

ANTONIO FLAMINI*

La responsabilità medica tra «formanti» e «nuova legge»

Sommario: 1. Rilievi introduttivi. - 2. L'evoluzione giurisprudenziale della responsabilità medica. - 3. L'affermarsi del «formante»: la responsabilità da contatto sociale. - 4. La diligenza professionale del medico. - 5. La «nuova legge», c.d. legge Balduzzi. - 6. Conclusioni.

1. Rilievi introduttivi

Negli ultimi anni si è verificato un forte incremento delle controversie relative alla responsabilità professionale, sia penale che civile, in campo sanitario. Il notevole aumento delle richieste di risarcimento nei confronti delle strutture sanitarie e dei medici che in esse operano per danni alla salute lamentati dai pazienti è stato determinato sia dalla presa di coscienza dei propri diritti da parte degli utenti del servizio sanitario nazionale, anche grazie all'attività di sensibilizzazione effettuata dalle associazioni in difesa dei diritti del malato, sia perché l'evoluzione dei mezzi di cura e di diagnosi espone il medico ad un maggior rischio derivante dal controllo e dal governo di strumentazioni assai sofisticate¹.

La responsabilità civile medica è stata oggetto, oltre che di approfonditi studi da parte della dottrina², di innumerevoli decisioni giurisprudenziali, fino a giungere, dopo una evoluzione non priva di oscillazioni, all'approdo sicuro della sua natura contrattuale per tutti i soggetti coinvolti (strutture sanitarie, medici dipendenti o convenzionati, medici liberi pro-

* *Professore Ordinario di Diritto Civile presso l'Università degli studi di Camerino.*

¹ Cfr. CASSANO G. e CIRILLO B., *Casi di responsabilità medica*, Santarcangelo di Romagna, 2013, p. 3 s.

² Oltre ai numerosi convegni ed ai relativi atti sul tema, si ricordano, a titolo esemplificativo, alcuni studi monografici: PRINCIGALLI A., *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983; ZAMBRANO V., *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, Napoli, 1993; ZANA M., *La responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 1993; ZENO-ZENCOVICH V., *La sorte del medico*, Padova, 1994; DE MATTEIS R., *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995; STANZIONE P. e ZAMBRANO V., *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998.

fessionisti); questo «formante giurisprudenziale»³, tuttavia, sembra essere messo in discussione da una nuova legge, c.d. legge Balduzzi dal nome del Ministro proponente, che, secondo alcuni, ripropone l'alternativa tra la natura contrattuale ed extracontrattuale della responsabilità medica. La questione non è di poco conto perché, nel caso in cui fallisca il procedimento di mediazione⁴, chi intende ottenere un risarcimento conseguente a responsabilità medica e sanitaria dovrà esperire la relativa azione avanti al giudice, il quale dovrà affrontare il problema della natura di tale responsabilità, se cioè si tratta di responsabilità contrattuale o di responsabilità extracontrattuale. Non è, ovviamente, una questione soltanto di carattere teorico, perché, anche se le differenze tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale si sono sempre più attenuate, le rispettive discipline presentano sostanziali diversità sia riguardo al termine di prescrizione, dieci anni per l'una e cinque anni per l'altra, sia relativamente all'onere della prova, dato che nella responsabilità contrattuale è il debitore che deve provare che il danno è derivato da causa a lui non imputabile,

³ Osserva FAVALE R., *Profili attuali della responsabilità civile medica*, in *Annali della Facoltà Giuridica*, n. 2/2013, p. 49, che l'area della responsabilità medica costituisce un sistema, o per alcuni un sottosistema, caratterizzato dalla primazia del formante giurisprudenziale rispetto agli altri che regolano le relazioni della vita.

⁴ Probabilmente proprio a causa dell'aumento del contenzioso giudiziale, tra le controversie per le quali il d.lgs. 4.3.2010, n. 28, ha previsto la mediazione obbligatoria vi sono anche quelle in materia di responsabilità medica e sanitaria. Tuttavia la Corte costituzionale, con sentenza del 6.12.2012, n. 272, ha dichiarato l'illegittimità della norma dell'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010 per eccesso di delega in quanto la legge che aveva delegato il Governo ad adottare il decreto legislativo non aveva previsto che la mediazione fosse obbligatoria per le materie in esso indicate. Nei pochi mesi correnti tra l'emanazione della norma e la sentenza della Corte costituzionale nei quali sono stati effettuati procedimenti di mediazione in materia di responsabilità medica e sanitaria si sono riscontrate notevoli difficoltà che hanno precluso nella gran parte dei casi il raggiungimento di un accordo tra le parti. Anche se spesso il fallimento del procedimento di mediazione è stato determinato dalla concomitanza del giudizio penale, è proprio la natura della questione controversa che difficilmente si presta alla conciliazione. Inoltre è ragionevole che nel corso del procedimento venga effettuata una perizia medico-legale necessaria per l'accertamento della responsabilità, il cui costo dovrà essere sopportato dalle parti. Qualora poi la conciliazione fallisca tale perizia risulterà effettuata inutilmente perché nel successivo procedimento avanti al magistrato non potrà essere utilizzata essendosi formata fuori del processo. Vi è pertanto il rischio che, contrariamente all'intento del legislatore, il procedimento di mediazione non solo non eviti il ricorso all'autorità giudiziaria, ma allunghi il tempo di soluzione della controversia e appesantisca i costi a carico delle parti. Sul punto, cfr. CASSANO G. e CIRILLO B., *Casi di responsabilità medica*, cit., p. 29 ss., dove si prospetta di fare ricorso allo strumento dell'accertamento tecnico preventivo, collocandosi anch'esso nel novero di quei mezzi apprestati per risolvere in via alternativa le controversie (*alternative dispute resolution*), con il vantaggio di arrivare però ad una relazione peritale che potrebbe essere utilizzata in un eventuale e successivo giudizio. Tuttavia, nonostante l'esistenza di tali problematiche, la mediazione obbligatoria per le controversie in materia di responsabilità medica e sanitaria è stata reinserita nell'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010 con una disposizione emanata dal Parlamento - art. 84, comma 1, lettera b), d.l. 21.6.2013, n. 69, convertito, con modificazioni, in l. 9.8.2013, n. 98 con la decorrenza indicata nell'art. 84, comma 2, del medesimo decreto - e si è superato così il problema dell'eccesso di delega che era stato posto dalla disposizione originariamente emanata dal Governo.

mentre nella responsabilità extracontrattuale è il danneggiato che deve dare la prova del danno ingiusto che si è verificato per dolo o colpa del danneggiante⁵.

2. L'evoluzione giurisprudenziale della responsabilità medica

Va innanzi tutto precisato che il rapporto diretto tra medico e paziente che si è a lui rivolto richiedendo una prestazione professionale è stato sempre inquadrato nell'ambito contrattuale, dato che si configura un vero e proprio contratto di prestazione professionale⁶. Pertanto l'inadempimento da parte del medico dà luogo ad una responsabilità contrattuale con i temperamenti dettati dall'art. 2236 c.c., secondo il quale se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non per dolo o colpa grave. In proposito si sottolinea che secondo la giurisprudenza l'imperizia o l'incompetenza per essere fonte di responsabilità deve essere grave⁷ e che nel settore sanitario si attribuiscono a colpevole imperizia la mancata percezione di un quadro clinico grave e facilmente riconoscibile, la somministrazione di farmaci sbagliati, i trattamenti sanitari eseguiti senza il rispetto di tecniche collaudate, l'omissione di accertamenti diagnostici suggeriti dalla scienza medica ufficiale, l'omissione di informazione sui rischi insiti nel trattamento sanitario⁸.

Relativamente alla responsabilità della struttura sanitaria, una giurisprudenza risalente ha affermato che l'ente pubblico ospedaliero è tenuto al risarcimento dei danni verso le persone ricoverate sia a titolo contrattuale, ove ricorrano gli estremi dell'inadempimento

⁵ Afferma VISINTINI G., *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, Napoli, 2009, p. 17 ss., che i civilisti definiscono come *summa divisio* tra i diversi tipi di responsabilità giuridiche la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e, dopo averne sottolineato le differenze di disciplina, precisa che in certi settori, come quelli della responsabilità di professionisti o di fornitori di servizi, si sta evidenziando l'emergere di tipi di responsabilità sottoposti a un regime unitario indifferente dalla fonte da cui essi derivano, violazione di contratti o fatti illeciti, in applicazione di regole di matrice giurisprudenziale che esprimono una unitarietà di disciplina a prescindere dal titolo, contrattuale o extracontrattuale, della responsabilità.

⁶ Il rapporto tra paziente e medico specialista di fiducia, che esercita una professione sanitaria in forma privata ed è dipendente dell'azienda ospedaliera nella quale il paziente è stato ricoverato, viene qualificato privatistico: cfr. Cass., 21.7.2003, n. 11316, in *De jure*; App. Caltanissetta, 15.1.2003, in *De jure*; Cass., 16.5.2000, n. 6318, in *De jure*.

⁷ Si precisa che la limitazione di responsabilità alla colpa grave attiene esclusivamente all'imperizia, non all'imprudenza e alla negligenza, cioè alla violazione della diligenza professionale media esigibile ex art. 1176, comma 2, c.c., rispetto alla quale rileva anche la colpa lieve: in tal senso Cass., 10.3.2014, n. 5506, in *www.dirittoegiusitizia.it*, 11.3.2014; cfr., tra le altre, Trib. Foggia, 15.5.2014, in *De Jure*; Trib. Salerno, 17.2.2014, n. 533, in *De Jure*; Trib. Torre Annunziata, 20.1.2014, n. 245, in *De Jure*.

⁸ Cfr. VISINTINI G., *Cos'è la responsabilità civile*, cit., p. 63.

degli obblighi contrattualmente assunti, sia a titolo extracontrattuale, ove vi sia stata inosservanza del principio del *neminem laedere*⁹. Successivamente la giurisprudenza è cambiata e il rapporto tra paziente e struttura sanitaria, pubblica e privata, è stato costantemente ritenuto di natura contrattuale¹⁰, perché l'operato del sanitario è riferibile direttamente ad essa a norma dell'art. 1228 c.c., che disciplina la responsabilità per fatto degli ausiliari¹¹. Pertanto la struttura sanitaria risponde a titolo contrattuale per l'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta da sanitario quale suo ausiliario necessario, sia quando è un suo dipendente sia quando manchi un rapporto di lavoro subordinato, poiché sussiste un collegamento tra la prestazione del medico e la sua organizzazione aziendale¹².

Diversa è stata invece ritenuta la situazione soggettiva del medico dipendente della struttura sanitaria. Per questa l'accettazione del paziente nell'ospedale, ai fini del ricovero oppure di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto d'opera professionale con il paziente e la struttura ospedaliera assume a proprio carico, nei confronti del malato, l'obbligazione di compiere l'attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica

⁹ Cass., 15.5.1973, n. 1368, riportata in nota da LEPRE A., *La responsabilità civile delle strutture sanitarie*, Milano, 2011, p. 113, nota 30, al quale si rinvia anche per un'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza in materia.

¹⁰ La giurisprudenza qualifica il rapporto tra struttura sanitaria e paziente come contratto atipico di ospitalità o di assistenza sanitaria: cfr., Trib. Verona, 15.10.1990, in *Arch. civ.*, 1991, p. 716 ss., con nota di MORELLI P., *La responsabilità civile in campo medico: appunti e riflessioni*; Cass., 13.4.2007, n. 8826, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 3, p. 849 ss., con nota di FIORI A. e MARCHETTI D., *Un altro passo verso l'obbligazione di risultato nella professione medica?*; Trib. Monza, 22.10.2001, in *De jure*.

¹¹ Trib. Milano, 3.12.2014, n. 14401, in *De jure*; Trib. Bari, 14.2.2014, in *De jure*; Trib. L'Aquila, 20.1.2012, n. 31, in *Riv. it. med. leg. e dir. san.*, 2013, 1, p. 459, con nota di BUFANO E., *Responsabilità contrattuale della struttura sanitaria nei confronti del paziente. Onere probatorio, danno e risarcimento*. In alcune decisioni la responsabilità della struttura è stata dichiarata in virtù del rapporto di immedesimazione organica con il suo dipendente: Cass. 13.11.1970, n. 2392, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, p. 622; Trib. Roma, 30.9.1978, in *Riv. giur. lav.*, 1979, II, p. 169; Trib. Pavia, 21.3.1980, in *Resp. civ. e prev.*, 1980, p. 565; Trib. Genova, 22.9.2002, in *Famiglia*, 2003, p. 1165 ss., con nota di BRUNETTA D'USSEAU F., *Insuccesso dell'intervento di interruzione di gravidanza e risarcimento del danno*.

¹² Cfr., Cass., 14.6.2007, n. 13953, in *De jure*, dove si afferma che non rileva la circostanza che il sanitario risulti essere anche «di fiducia» dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto. V., anche, Cass., 8.5.2001, n. 6386, in *De jure*, secondo cui il ricovero di un paziente in una struttura (pubblica o privata) deputata a fornire assistenza sanitaria avviene sulla base di un contratto tra il paziente stesso ed il soggetto gestore della struttura e l'adempimento di tale contratto, con riguardo alle prestazioni di natura sanitaria, è regolato dalle norme che disciplinano la corrispondente attività del medico nell'ambito del contratto di prestazione d'opera professionale, con la conseguenza che il detto gestore risponde dei danni derivati al paziente da trattamenti sanitari praticatigli con colpa, alla stregua delle norme di cui agli art. 1176 e 2236 c.c. Precisa RIZZO F., *Dal paziente al cliente*, in *Annali della Facoltà Giuridica*, n. 4/2015, p. 7, che il rapporto libero professionale o la scelta del medico dell'ospedale da parte del paziente non fanno venire meno la responsabilità della struttura ai sensi dell'art. 1228 c.c. per i danni da terzi alle sue dipendenze o, comunque, al suo servizio.

in relazione alla specifica situazione patologica del paziente preso in cura¹³. Poiché a questo rapporto contrattuale non partecipa il medico dipendente, che provvede allo svolgimento dell'attività diagnostica o terapeutica, la sua responsabilità verso il paziente per il danno cagionato da un suo atto diagnostico o terapeutico era considerata extracontrattuale in quanto si riteneva configurasse una violazione del principio generale del *neminem laedere*¹⁴.

Seguendo questo indirizzo la giurisprudenza per lungo tempo ha ammesso la possibilità di esperire nello stesso giudizio sia l'azione contrattuale che l'azione extracontrattuale¹⁵, in applicazione della teoria del cumulo o concorso¹⁶ delle due azioni elaborata con riguardo, in particolare, ai c.d. contratti di protezione. A fondamento della regola, che esprime il principio della massima tutela del danneggiato, è il presupposto che una medesima condotta leda un interesse che, oltre a trovare specifica tutela in un rapporto obbligatorio corrente tra danneggiante e danneggiato, debba ritenersi tutelato anche in via generale dalle norme sui fatti illeciti¹⁷.

¹³ Cfr., CATALDI R., MATRICARDI C., ROMANELLI F., VAGNONI S., ZATTI V., *La responsabilità professionale del medico*, Santarcangelo di Romagna, 2006, p. 159.

¹⁴ Cass., 24.3.1979, n. 1716, in *Foro it.*, 1980, I, c. 1115, e, successivamente, tra le altre, Cass., 13.3.1998, n. 2750, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 272 ss., con nota di RONCHI T.E., *Colpa grave del medico: valutazione tecnico-giuridica lasciata al mero arbitrio*; Cass., 26.3.1990, n. 2428, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 600 ss., con nota di CARUSI D., *Responsabilità del medico, prestazione professionale di speciale difficoltà e danno alla persona*. Ritene VISINTINI G., *Cos'è la responsabilità civile*, cit., p. 63 che quando il medico è strutturato nell'organico di un ospedale o di una casa di cura il titolo della sua responsabilità dovrebbe essere extracontrattuale essendo il contratto di cura stipulato dal paziente con l'ente. Su questa linea, già, CATTANEO G., *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 313; PRINCIGALLI A., *La responsabilità del medico*, cit., p. 265 ss.

¹⁵ Sul tema, Trib. La Spezia, 13.5.2005, in *Giur. it.*, 2006, p. 726 ss.; Cass., sez. lav., 23.6.1994, n. 6064, in *Foro it.*, 1995, I, c. 201 ss.

¹⁶ Sulla distinzione tra concorso – che ammette l'esperimento delle due azioni o in via elettiva o in via alternativa o l'una in via principale e l'altra in via subordinata – e cumulo – che permetterebbe al danneggiato di assommare i vantaggi dell'una e dell'altra azione nello stesso procedimento – , cfr. BUSTI S., *Contratto di trasporto aereo*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2001, p. 539. La questione terminologica, anche in riferimento alle diverse prospettive del processualista e del civilista, è affrontata da DE MATTEIS R., *Il cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una regola di formazione giurisprudenziale*, in *Il risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* a cura di G. Visintini, Milano, 1999, p. 399 ss. e, in particolare, nota 1.

¹⁷ In proposito Cass., 24.3.2000, n. 3536, in *Danno e resp.*, 2000, p. 602 ss., afferma in motivazione che «nel nostro ordinamento (contrariamente all'ordinamento francese dove vige incontrastato il principio del non - cumulo), quale si è venuto configurando per effetto del diritto vivente, vige il principio che è ammissibile il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, allorché un unico comportamento risalente al medesimo autore appaia di per sé lesivo non solo di diritti specifici derivanti al contraente da clausole contrattuali, ma anche dei diritti soggettivi, tutelati anche indipendentemente dalla fattispecie contrattuale (Cass. 23.6.1994, n. 6064; Cass. 7.8.1982, n. 4437). Ne consegue che in questo caso la parte che abbia subito il danno ben può proporre contestualmente sia un'azione di responsabilità contrattuale che aquiliana». In dottrina, SACCO R., *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* a cura di G. Visintini, Milano, 1984, p. 155 ss.; SCOGNAMIGLIO R., voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XV, p. 677 ss. A proposito dell'ordinamento tedesco, MONATERI P.G., *Cumulo della respon-*

Per la contemporanea presenza di un rapporto contrattuale tra il paziente e la struttura sanitaria e di una responsabilità extracontrattuale del medico nei confronti del paziente, il concorso delle responsabilità è stato definito «improprio»¹⁸. Da un punto di vista sostanziale, infatti, si è ritenuto sussistere il concorso quando da un medesimo comportamento derivano sia un inadempimento contrattuale sia un danno ingiusto in quanto lesivo di un diritto oggetto di particolare tutela indipendentemente dal rapporto negoziale. Sotto il profilo processuale, questa figura si risolve in una situazione di concorso di azioni esercitabili, tanto in via elettiva quanto cumulativa, ogniqualvolta possano essere assommati nello stesso processo i vantaggi dell'azione contrattuale e quelli dell'azione aquiliana.

Nel campo della responsabilità medica, invece, la fattispecie del concorso è stata estesa con la conseguente qualificazione di concorso improprio anche ad ipotesi, come quella in esame, in cui soggetti diversi sono chiamati a rispondere in solidarietà passiva a diverso titolo per il medesimo fatto, che assume contemporaneamente la veste di inadempimento contrattuale e di illecito civile. Così per il risarcimento del danno alla persona del paziente conseguente all'inadempimento della struttura ospedaliera e al fatto illecito del suo medico dipendente è stata ammessa la possibilità di esperire nello stesso giudizio sia l'azione contrattuale che quella extracontrattuale.

3. *L'affermarsi del «formante»: la responsabilità da contatto sociale*

Ascrivere l'attività del medico dipendente della struttura sanitaria alla responsabilità extracontrattuale non è parso tuttavia corretto perché il medico, che si presenta al paziente

sabilità contrattuale ed extracontrattuale, Padova, 1989, p. 31 ss. Afferma invece che se unico è il fatto causale, se l'evento dannoso è lo stesso, se la pretesa risarcitoria ha medesimo contenuto, non ha fondamento normativo l'esigenza di due diverse azioni di responsabilità, MAJELLO U., *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, p. 121.

¹⁸ Secondo ROSSELLO C., *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, II, p. 317 ss., il problema del concorso in senso proprio si pone esclusivamente se un unico fatto lesivo di cui sia autore uno dei soggetti di un rapporto obbligatorio si configuri al tempo stesso come inadempimento dell'obbligazione che vincola debitore e creditore e come violazione del precetto contenuto nell'art. 2043 c.c.; definisce di concorso improprio altre fattispecie nelle quali un medesimo fatto cagiona allo stesso soggetto un danno del quale rispondono a diverso titolo il debitore inadempiente (responsabilità contrattuale) e un terzo estraneo al rapporto obbligatorio (responsabilità extracontrattuale); a questo schema viene ricondotto il danno da errore terapeutico o diagnostico del quale rispondono la struttura sanitaria, a titolo di responsabilità contrattuale, e il medico dipendente ospedaliero che l'ha causato, a titolo di responsabilità extracontrattuale: così, ROSSELLO C., *Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto sulla giurisprudenza*, in *Contr. e impr.*, 1996, p. 661. In argomento v., anche, MONATERI P.G., *Le fonti delle obbligazioni*, 3, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ. diretto da R. Sacco*, Torino, 1998, p. 679 ss.

come colui che è designato dalla struttura sanitaria ad effettuare la prestazione, viene considerato alla stregua dell'autore di un qualsiasi fatto illecito¹⁹. Prendere in considerazione soltanto il momento finale della vicenda, cioè il verificarsi del danno, significa non tener conto del fatto che la vicenda stessa non inizia con il danno, ma con il «rapporto» tra medico e paziente nel quale questo si affida alle cure del medico che deve provvedere a prestarle. Anche se è indubbio che il rapporto tra medico e paziente non trova la fonte in un contratto che tra essi non è stato mai concluso, non si può affermare che sia irrilevante ai fini della qualificazione della responsabilità se da esso deriva un danno. Si deve comunque escludere che si possa discorrere di responsabilità extracontrattuale, che sussiste soltanto se l'autore del danno ingiusto non è legato al danneggiato da alcun rapporto giuridico precedente²⁰, mentre tra medico e paziente un rapporto esiste, anche se la sua fonte non è un contratto tra essi concluso.

Pertanto, se quella del medico dipendente o collaboratore di una struttura sanitaria non può essere qualificata responsabilità extracontrattuale, l'alternativa è che si tratti di responsabilità contrattuale; tuttavia ci si è chiesti come questa possa sussistere posto che il medico non può rispondere per l'inadempimento di un'obbligazione che non ha mai assunto, poiché l'unico soggetto che si è obbligato è la struttura sanitaria. Anche se l'obbligazione che il medico ha assunto è nei confronti della struttura sanitaria, in quanto suo dipendente o collaboratore, e nei confronti del paziente non ha alcun obbligo di prestazione, si ritiene che non possa essere neutralizzata e cancellata la professionalità che qualifica la sua opera e che si traduce in obblighi di conservazione della sfera giuridica di coloro che a tale professionalità si trovino affidati, pur quando essa si espliciti come prestazione nei confronti della struttura sanitaria²¹.

¹⁹ Sottolinea che il medico verrebbe considerato come un qualsiasi passante autore di un illecito CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, p. 194, ora in *La nuova responsabilità civile*, Milano, p. 478.

²⁰ In motivazione, Cass., 7.10.1998, n. 9911, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3525 s., dove si precisa che se a fondamento della pretesa viene enunciato l'inadempimento di un'obbligazione volontariamente contratta, ovvero anche derivante dalla legge, è ipotizzabile unicamente una responsabilità contrattuale e che può sorgere una responsabilità di natura aquiliana in luogo dell'esclusiva responsabilità di natura contrattuale se il fatto prospettato come generatore del danno sia completamente estraneo all'esecuzione della prestazione richiesta. In dottrina, RUSSO R., *Concorso di azione aquiliana e contrattuale*, in *Scritti per A. Scialoja*, II, Bologna, 1953, p. 627 ss. Con riferimento ai sinistri che colpiscono la persona del passeggero durante il contratto di trasporto ed alla responsabilità contrattuale del vettore, FLAMINI A., *I contratti di utilizzazione dei veicoli*, Napoli, 2003, p. 297 ss.

²¹ CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., p. 195.

In proposito va fatta una ulteriore osservazione: è pur vero che un contratto sussiste soltanto tra la struttura sanitaria e il paziente, e non tra questo e il medico, ma è altrettanto vero che quando il paziente si reca nella struttura per ricevere le cure queste debbono essere prestate necessariamente dal personale medico che in essa svolge la sua opera, perché la struttura senza l'attività professionale dei suoi dipendenti o collaboratori non potrebbe prestare alcuna cura. Il contratto di lavoro o di collaborazione stipulato tra la struttura sanitaria e il medico, oltre ad essere per essi la fonte delle reciproche obbligazioni, costituisce anche il presupposto necessario che legittima il paziente a richiedere le prestazioni al personale sanitario che opera nella struttura, dalle quali il personale stesso non solo non si può sottrarre, ma deve adempiere con la diligenza professionale dell'attività esercitata.

La natura contrattuale della responsabilità del medico dipendente della struttura sanitaria verso il paziente, secondo un consolidato orientamento della Cassazione, si fonda sul contatto sociale che si instaura tra quest'ultimo ed il medico chiamato ad adempiere nei suoi confronti la prestazione dovuta in quanto dipendente o collaboratore della struttura sanitaria.

Per tale ragione l'affidamento ingenerato nel paziente dal comportamento tenuto dal professionista, la presenza dei c.d. obblighi di protezione, oltre ai doveri deontologici propri dell'attività medica, devono essere considerati elementi talmente significativi, da far ritenere che il contatto sociale tra paziente e medico costituisca fonte produttiva di obbligazioni con la conseguenza che è soggetto alla responsabilità contrattuale.

Con l'espressione «contatto sociale» si riassume una duplice visione del fenomeno: in ragione della fonte, il fatto idoneo a produrre l'obbligazione in conformità dell'ordinamento a norma dell'art. 1173 c.c., ed in ragione del rapporto che ne scaturisce, il quale si atteggia ed è disciplinato secondo lo schema dell'obbligazione da contratto.

La categoria mette in luce una possibile dissociazione tra la fonte - individuata secondo lo schema dell'art. 1173 - e l'obbligazione che ne scaturisce, che può essere sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale, pur se il fatto generatore non è il contratto²². In questa prospettiva, quindi, si afferma che nel contatto sociale va ravvisata la fonte di

²² In motivazione, Cass., 22.1.1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, p. 441 ss., con nota di DI MAJO A., *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 1, I, p. 334 ss., con nota di THIENE A., *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*. Pre-

un rapporto che ha ad oggetto una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all'esercizio della propria attività all'interno della struttura con la quale il paziente ha stipulato il contratto, ad essa ricollegando obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi emersi o esposti a pericolo in occasione del detto «contatto», ed in ragione della prestazione medica che conseguentemente deve essere eseguita²³. È corretto affermare che, poiché sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito a un obbligo di prestazione e la violazione di tale obbligo si configura come *culpa in non faciendo*, la quale dà origine a responsabilità contrattuale²⁴.

L'esistenza di un contratto rileva per stabilire se il medico è obbligato alla sua prestazione, sì che se tale obbligazione non esiste il paziente non può pretendere alcuna prestazione; tuttavia se il medico interviene, in quanto tenuto nei confronti della struttura da cui dipende, l'esercizio della sua attività sanitaria non è diversa da quella svolta in esecuzione di un contratto d'opera professionale²⁵.

In questi casi non può esservi responsabilità aquiliana, che ricorre quando si verifica la lesione di situazioni giuridiche soggettive altrui che provoca un danno ingiusto quando danneggiante e danneggiato non sono legati tra loro da alcun vincolo giuridico e quindi non hanno alcun particolare obbligo reciproco. Quando invece tra danneggiante e danneggiato preesiste un rapporto in virtù del quale il primo deve effettuare una prestazione a favore del secondo, anche se con lui non ha stipulato un contratto, la lesione della situazione soggettiva che questo subisce è conseguenza dell'inadempimento di tale obbligazione e non della generica violazione del dovere di non ledere²⁶. È vero che il medico è obbligato a svolgere

cisa la sentenza che non si può criticare la definizione come «contrattuale» della responsabilità del medico dipendente di struttura sanitaria, invocando la rigidità del catalogo delle fonti *ex art. 1173 c.c.*, che non consentirebbe obbligazioni contrattuali in assenza di contratto; questa norma, stabilendo che le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito o da altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico, consente di inserire tra le fonti principi, soprattutto di rango costituzionale, tra cui il diritto alla salute, che trascendono singole proposizioni legislative; pertanto il contatto sociale qualificato costituisce uno degli «altri fatti idonei» a creare obbligazioni, in conformità dell'ordinamento giuridico, come disposto dall'art. 1173 c.c.

²³ Cass., 13.4.2007, n. 8826, cit.

²⁴ Così, CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., p. 197.

²⁵ Ancora, Cass., 13.4.2007, n. 8826, cit.

²⁶ In argomento, con riguardo alla responsabilità del vettore per i danni subiti dal passeggero, cfr., FLAMINI A., *I contratti di utilizzazione dei veicoli*, cit., p. 300 ss.

una prestazione professionale per il contratto che lo lega alla struttura sanitaria, ma è altrettanto vero che tale prestazione si concretizza in una attività professionale di diagnosi e cura in favore del paziente che sin dal suo inizio non può non essere svolta in conformità alla professione esercitata. Pertanto quando ricorre la violazione di obblighi, la responsabilità è necessariamente contrattuale, poiché il soggetto non ha fatto ciò a cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*, secondo lo schema caratteristico della responsabilità contrattuale²⁷.

In proposito si deve ricordare che la Suprema Corte²⁸ ha da tempo precisato che la responsabilità extracontrattuale ricorre soltanto quando la pretesa risarcitoria venga formulata nei confronti di un soggetto autore di un danno ingiusto non legato all'attore da alcun rapporto giuridico precedente, o comunque indipendentemente da tale eventuale rapporto, mentre, se a fondamento della pretesa venga enunciato l'inadempimento di un'obbligazione volontariamente contratta, ovvero anche derivante dalla legge, è ipotizzabile unicamente una responsabilità contrattuale.

L'esercente la professione medica che svolga la propria attività quale dipendente o collaboratore di una struttura sanitaria, pubblica o privata, non deve soltanto astenersi dal provocare danni al paziente che ad essa si è rivolto, ma è obbligato ad effettuare la prestazione perché a ciò è tenuto per il rapporto che lo lega alla struttura. D'altra parte è stato correttamente osservato che il paziente che si rivolge alla struttura sanitaria confida che i suoi operatori svolgano con professionalità l'attività alla quale sono abilitati dall'ordinamento e che l'abilitazione prescinda dalla circostanza se tale attività sia dovuta per un contratto stipulato con il paziente o perché obbligati in quanto dipendenti o collaboratori della struttura. La prestazione professionale del medico nei confronti del paziente non può che essere sempre la stessa, vi sia o no alla base un contratto d'opera professionale. L'esercizio della professione medica è un servizio di pubblica necessità, che non può svolgersi senza una speciale abilitazione dello Stato, da parte di soggetti di cui il pubblico è obbligato per legge a valersi²⁹, per cui, trattandosi di una professione protetta, l'esercizio di detto servizio non può essere diverso secondo che esista o no un contratto.

²⁷ Così, Cass., 22.1.1999, n. 589, cit.

²⁸ Per tutte, Cass., 1.10.1994, 7989, in *De jure*.

²⁹ Art. 359 c.p.

Non v'è dubbio che il medico non stipula un contratto con il paziente che si rivolge alla struttura sanitaria; ma la prestazione professionale che egli svolge ha origine dal rapporto contrattuale che lo lega alla struttura sanitaria e che lo obbliga ad eseguirla; tuttavia l'assenza di un contratto con il paziente non fa venir meno i suoi obblighi di comportamento verso chi, entrando con lui in «contatto», ha fatto affidamento sulla sua professionalità. Gli aspetti pubblicistici che connotano l'esercizio dell'attività del medico³⁰ comportano che esso non possa non essere unico da parte del singolo professionista, senza possibilità di distinguere se alla prestazione sanitaria egli sia tenuto o no contrattualmente. Sembra corretto affermare che se il medico, anche in assenza di un contratto, presta la sua attività professionale, perché vi è tenuto nei confronti della struttura ospedaliera in quanto suo dipendente, l'esercizio della sua attività sanitaria, e quindi il rapporto paziente-medico, non potrà essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico³¹. Nel momento in cui il medico esegue la prestazione in favore del paziente, in quanto a ciò tenuto per l'obbligazione assunta nei confronti della struttura sanitaria, si instaura il contatto sociale dal quale nascono gli obblighi di comportamento che connotano come contrattuale la sua responsabilità³².

4. La diligenza professionale del medico

La responsabilità del medico per i danni causati al paziente postula la violazione dei doveri inerenti il suo svolgimento, tra i quali quello della diligenza, che va a sua volta valutato con riguardo alla natura dell'attività e che in rapporto alla professione di medico chi-

³⁰ La professione medica è caratterizzata da un impegno sociale e di solidarietà che la connota di venature pubblicistiche e funzionali: cfr. FLICK G.M., *La salute nella Costituzione italiana: un diritto fondamentale, un interesse di tutti*, in *La responsabilità medica*, Milano, 2013, p. 17.

³¹ Cfr., in motivazione, Cass., 22.1.1999, n. 589, cit. Nel commentare la sentenza DI MAJO A., *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., p. 450, afferma che la responsabilità del medico, se si concretizza e attualizza non all'atto dell'assunzione formale di un obbligo ma in occasione della prestazione sanitaria, si atteggia, quanto al suo contenuto, come una normale obbligazione che richiama comportamenti destinati a produrre un risultato utile per il creditore.

³² In critica a quanto sostenuto da DI MAJO A., *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., p. 450, afferma CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 488 s., che, secondo tale impostazione, si tratterebbe di una obbligazione nel significato tradizionale del termine, la quale viene ad esistenza con l'esecuzione; ritiene l'A. che il paziente si attende un risultato utile dalla prestazione sanitaria, non però nei confronti del medico, ma della struttura sanitaria alla quale ha chiesto e ottenuto la prestazione. Questa osservazione, tuttavia, non sembra corretta perché il paziente non si attende un risultato utile dalla prestazione della struttura, ma dal medico in considerazione della sua professionalità, mentre dalla struttura si aspetta che gli metta a disposizione medici professionalmente validi, oltre agli altri servizi necessari per la cura della sua salute.

urgo implica scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione professionale. Infatti il medico chirurgo nell'adempimento delle obbligazioni inerenti la propria attività professionale è tenuto ad una diligenza che non è solo quella del buon padre di famiglia, come richiesto dall'art. 1176, comma 1, c.c., ma è quella specifica del debitore qualificato, come indicato dall'art. 1176, comma 2, c.c., la quale comporta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione medica. Il richiamo alla diligenza ha, in questi casi, la funzione di ricondurre la responsabilità alla violazione di obblighi specifici derivanti da regole disciplinari precise e sta a significare applicazione di regole tecniche all'esecuzione dell'obbligo, per cui diventa un criterio oggettivo e generale e non soggettivo. Ciò comporta, come è stato rilevato dalla dottrina, che la diligenza assume nella fattispecie un duplice significato: criterio oggettivo di determinazione del contenuto dell'obbligazione e parametro di imputazione del mancato adempimento³³.

Inoltre, relativamente alla responsabilità del medico, dipendente della struttura sanitaria, nei confronti del paziente si applica l'art. 2236 c.c., a norma del quale, qualora la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera risponde dei danni solo in caso di dolo o colpa grave³⁴. Tuttavia, tale limitazione di responsabilità professionale del medico ai soli casi di dolo o colpa grave attiene esclusivamente alla perizia per la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, mentre tale limitazione non sussiste, anche nei casi di speciale difficoltà, con riferimento ai danni causati per negligenza o imprudenza dei quali il medico risponde in ogni caso³⁵. Pertanto la limitazione

³³ Sul punto, FAVALE R., *Profili attuali della responsabilità civile medica*, cit., p. 55.

³⁴ Di tale norma veniva fatta un'applicazione analogica da parte dell'orientamento che sosteneva la responsabilità extracontrattuale del medico dipendente: cfr., in motivazione, Cass., 18.11.1997, n. 11440, in *Il civilista*, 2010, 2, p. 86; Cass., 20.11.1998, n. 11743, in *Danno e resp.*, 1999, p. 344.

³⁵ Tra le altre, Cass., 12.3.2013, n. 6093, in *De jure*; Cass., 19.4.2006, n. 9085, in *De jure*; Cass. 18.11.1997, n. 11440, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 2206. V., anche, Corte Cost. 22.11.1973, n. 166, in *De jure*, la quale in motivazione ha affermato che dalla 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, risulta che la esenzione o limitazione di responsabilità, secondo la giurisprudenza e dottrina, non conduce a dover ammettere che, accanto al minimo di perizia richiesta, basti pure un minimo di prudenza o di diligenza; anzi, c'è da riconoscere che, mentre nella prima l'indulgenza del giudizio del magistrato è direttamente proporzionata alle difficoltà del compito, per le altre due forme di colpa ogni giudizio non può che essere improntato a criteri di normale severità. Per la dottrina penalistica perché sussista la colpa occorre che il fatto sia dovuto ad una imprudenza, negligenza o imperizia; l'imperizia non riguarda soltanto la semplice deficienza di abilità professionale, ma occorre una insufficiente preparazione o una inettitudine di cui l'agente, pur essendo consapevole, non ha voluto tener conto; l'imprudenza è l'avventatezza, l'insufficiente ponderazione, e implica sempre una scarsa considerazione per gli interessi altrui, mentre la negligenza esprime un atteggiamento psichico alquanto diverso: si

della responsabilità del medico al dolo o alla colpa grave si applica soltanto nei casi che trascendono la preparazione medica³⁶, o perché la particolare complessità³⁷ discende dal fatto che il caso non è stato ancora studiato a sufficienza o non è stato ancora dibattuto con riferimento ai metodi da adottare³⁸.

Da tutto ciò consegue che sia la responsabilità del medico dipendente sia quella della struttura sanitaria hanno radice nell'esecuzione non diligente o errata della prestazione da parte del medico, per cui, accertata la stessa, risulta contestualmente accertata la responsabilità contrattuale e solidale di entrambi³⁹ e tale qualificazione discende non dalla fonte dell'obbligazione, ma dal contenuto del rapporto. Tra il paziente ed il medico dipendente si instaura un rapporto da contatto sociale, il cui inadempimento è sottoposto al regime di cui all'art. 1218 c.c. e, conseguentemente, a fronte della responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e della responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio, l'attore paziente danneggiato, deve limitarsi a provare il contratto, o il contatto sociale, le conseguenze del lamentato inadempimento, cioè il danno patrimoniale o non patrimoniale subito a causa della insorgenza o dell'aggravamento della patologia, e il nesso causale tra l'inadempimento e il danno; pertanto il paziente, come ogni altro creditore, non deve dare la prova della colpa del medico, ma deve soltanto allegarla, per cui competerà al medico, come ad ogni altro debitore, dare la prova che l'inadempimento non vi è stato o che, pur esistendo, non è stato etiologicamente rilevante⁴⁰.

La distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione che comporta la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà non influisce sulla distribuzione

tratta di trascuratezza, e precisamente della mancanza o deficienza di attenzione oppure di sollecitudine; così ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, p. 368 s. ed ivi riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

³⁶ Cass., 11.4.1995, n. 4152, in *Zacchia*, 1997, p. 114; Trib. Salerno, 17.2.2014, n. 533, in *De jure*.

³⁷ Cass., 28.5.2004, n. 10297, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2479.

³⁸ Cass., 12.8.1995, n. 8845, in *Zacchia*, 1997, p. 115; Trib. Roma, 7.1.2015, n. 259, in *De jure*; Cass., 2.2.2005, n. 2042, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, p. 944.

³⁹ Cfr. CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 490, nota 105.

⁴⁰ In argomento, tra le altre, Cass., 12.9.2013, n. 20904, in *www.dirittoegustizia.it*, 13.9.2013, con nota di VALERIO F., *Ancora una volta la Cassazione si schiera in favore del paziente: semplificata la prova del nesso causale*; Cass., 31.7.2013, n. 18341, in *Guida al diritto*, 2013, 43, p. 60; Cass., 1.2.2011, n. 2334, in *Ragusan*, 2011, fasc. 323-324, p. 239. Con riguardo alla responsabilità contrattuale per la mancata ottemperanza agli obblighi informativi cfr., in motivazione, Cass., 13.2.2015, n. 2847, in *De jure*.

dell'onere della prova, ma va apprezzata per la valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, gravando in ogni caso sul sanitario la prova dell'esatto adempimento⁴¹; comunque, il professionista, per usufruire della limitazione di responsabilità dell'art. 2236 c.c., deve provare che la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà⁴².

In definitiva sembra corretto affermare che, omologate le responsabilità della struttura sanitaria e del medico come responsabilità entrambe di natura contrattuale, sia ai fini della rilevanza del grado della colpa che della ripartizione dell'onere probatorio, non esiste una differenza di posizione tra i due soggetti, né una diversa posizione del paziente secondo che agisca nei confronti della struttura ospedaliera o del medico dipendente⁴³.

5. La «nuova legge», c.d. legge Balduzzi

L'interpretazione secondo cui la responsabilità del medico dipendente è di natura contrattuale non sembra debba essere modificata a seguito della emanazione dell'art 3, comma 1, d.l. 13.9.2012, n. 158 - c.d. decreto Balduzzi -, conv. in l. 8.11.2012, n.189; tale disposizione così recita: «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»⁴⁴.

⁴¹ DE LUCA M., *La nuova responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, Roma, 2012, p. 195. In giurisprudenza, tra le altre, Cass., 20.10.2014, n. 22222, in *Guida al diritto*, 2014, n. 46, p. 61.

⁴² Cass., 22.11.2012, n. 20586, in *www.dirittoegustizia.it*, 23.11.2012 con nota di GRECO A., *La complessità dell'intervento non esclude la responsabilità del medico*, nella quale è stato affermato che un intervento chirurgico di norma routinario non può mai ritenersi «di speciale difficoltà» per il solo fatto che nel corso di esso si verificano delle complicanze. In proposito è stato deciso che incombe al paziente l'onere di provare che l'intervento era di facile o routinaria esecuzione: cfr. Cass., 28.9.2009, n. 20790, in *Ragusan*, 2009, fasc. 307-309, p. 207; Cass., 19.5.1999, n. 4852, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 995 ss., con nota di GORGONI M., *Disfunzioni tecniche e di organizzazione sanitaria e responsabilità professionale medica*; Cass., 30.5.1996, n. 5005, in *Mass. Gius. civ.*, 1996, 797.

⁴³ In tal senso, Cass., 22.1.1999, n. 589, cit.

⁴⁴ Testo introdotto dalla legge di conversione che ha sostituito quello del decreto legge dal seguente tenore: «Fermo restando il disposto dell'articolo 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'articolo 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». L'originaria disposizione del decreto legge interveniva esclusivamente sulla responsabilità civile del medico, mentre quella introdotta in sede di conversione ha spostato il proprio baricentro dall'ambito civilistico a quello penalistico: cfr. CAJAZZO L. e MARZANO M., *La rilevanza*

Alcune recenti decisioni di merito hanno invece ritenuto che debba essere rivisto l'orientamento che ha affermato la natura contrattuale della responsabilità del medico.

In tali decisioni si ribadisce che la norma non incide né sul regime di responsabilità civile della struttura sanitaria (pubblica o privata) né su quello del medico che ha concluso con il paziente un contratto d'opera professionale (anche se nell'ambito della c.d. attività libero-professionale svolta dal medico dipendente pubblico): in tali casi sia la responsabilità della struttura sanitaria (contratto atipico di ospedalità o di assistenza sanitaria) sia la responsabilità del medico (contratto d'opera professionale) derivano da inadempimento e sono disciplinate dall'art. 1218 c.c., ed è indifferente che il creditore/danneggiato agisca per ottenere il risarcimento del danno nei confronti della sola struttura, del solo medico o di entrambi.

Inoltre il richiamo nella norma all'obbligo di cui all'art. 2043 c.c. per l'esercente la professione sanitaria che non risponde penalmente (per essersi attenuto alle linee guida), ma la cui condotta evidenzia una colpa lieve, non ha nessun riflesso sulla responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, che ha concluso un contratto atipico con il paziente (o, se si preferisce, è comunque tenuta *ex lege* ad adempiere determinate prestazioni perché inserita nel S.S.N.) ed è chiamata a rispondere *ex art.* 1218 c.c. dell'inadempimento riferibile direttamente alla struttura anche quando derivi dall'operato dei suoi dipendenti e/o degli ausiliari di cui si è avvalsa (art. 1228 c.c.)⁴⁵.

Si afferma invece che il tenore letterale dell'art. 3 comma 1 della legge Balduzzi e l'intenzione del legislatore conducono a ritenere che la responsabilità del medico (e quella degli altri esercenti professioni sanitarie) per condotte che non costituiscono inadempimento di un contratto d'opera (diverso dal contratto concluso con la struttura) venga ricondotta

delle linee guida nella valutazione della responsabilità professionale del medico e le novità della legge Balduzzi, in *Corr. giur.*, 2013, fasc. 4., p. 491, dove viene riportata la dichiarazione resa dal Ministro della salute Renato Balduzzi, in occasione della seduta del Senato relativamente alla disposizione come modificata alla Camera in sede di conversione, secondo cui «la norma ... non stravolge la disciplina della responsabilità, non deresponsabilizza l'esercente la professione sanitaria».

⁴⁵ Qualora il danno derivi dall'inadempimento di un medico convenzionato, la ASL è responsabile a norma dell'art. 1228 c.c. perché, quale debitore, si è avvalsa dell'opera del terzo nell'attuazione della sua obbligazione: in tal senso, Cass., 27.3.2015, n. 6243, in *www.dirittoegustizia.it*, 30.3.2015, con nota di SAVOIA R., *Anche la ASL è responsabile per il comportamento negligente del medico di base*, nella quale si precisa che la responsabilità del medico va ricondotta al «contatto sociale», tenuto conto dell'affidamento che egli crea per essere stato prescelto per rendere l'assistenza sanitaria dovuta e sulla base di una professione protetta.

dal legislatore alla responsabilità da fatto illecito *ex art.* 2043 c.c. e che, dunque, l'obbligazione risarcitoria del medico possa scaturire solo in presenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano (che il danneggiato ha l'onere di provare)⁴⁶.

Queste decisioni di giudici di merito si pongono in netto contrasto con l'orientamento della Cassazione che in proposito ha affermato che «la fattura della norma, là dove omette di precisare in che termini si riferisca all'esercente la professione sanitaria e concerne nel suo primo inciso la responsabilità penale, comporta che la norma dell'inciso successivo, quando dice che resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c., poiché *in lege aquilia et levissima culpa venit*, vuole solo significare che il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l'irrilevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità extracontrattuale, ma non ha inteso certamente prendere alcuna posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità di quella natura»; per tale ragione «Non sembra ricorrere, dunque, alcunché che induca il superamento dell'orientamento tradizionale sulla responsabilità da contatto e sulle sue implicazioni (da ultimo riaffermate da Cass. n. 4792 del 2013)»⁴⁷.

Conformemente a quanto deciso dalla Cassazione si è affermato che il richiamo all'art. 2043 è limitato all'individuazione dell'obbligo di risarcimento del danno e non all'intera disciplina del fatto illecito, per cui, essendo del tutto neutro rispetto alle norme

⁴⁶ Così Trib. Milano, 17.4.2014, in *De jure*. Analogamente, Trib. Milano, 23.7.2014, n. 9693, in *Foro it.*, 2014, 11, I, c. 3294. V., anche, Trib. Varese, 26.11.2012, n. 1406, in *Guida al diritto*, 2013, 5, p. 35, con nota di MARTINI F., *Se il dottore ha un obbligo civile di risarcimento la nuova legge aderisce al modello "aquiliano"*, la quale ha affermato che anche in caso di colpa lieve è ammessa l'azione *ex art.* 2043 c.c., sì che il legislatore sembra (consapevolmente e non per dimenticanza) suggerire l'adesione al modello di responsabilità civile medica come designato anteriormente al 1999, in cui, in assenza di contratto, il paziente poteva richiedere il danno iatrogeno esercitando l'azione aquiliana; nel prosieguo la sentenza esclude l'applicazione dell'art. 2043 c.c. perché nel caso deciso paziente e medico avevano stipulato uno specifico rapporto negoziale. Ha deciso che in sede civile anche in caso di colpa lieve è ammessa l'azione *ex art.* 2043 c.c. Trib. Enna, 18.5.2013, n. 252, in *De jure*. Ha ritenuto che, nonostante la novella della legge Balduzzi, nulla impedisce all'interprete di ritenere che, a fronte di una responsabilità medica anche per colpa lieve, siano esperibili sia l'azione extracontrattuale, da sola o in alternativa a quella contrattuale da contatto sociale, secondo il generale principio della cumulabilità dei due rimedi, quando venga in rilievo la lesione di diritti della persona, Trib. Brindisi, 18.7.2014, in *Guida al diritto*, 2014, 44, p. 23; tale sentenza, però, non ha tenuto conto che la teoria del concorso o cumulo è ormai superata: v., in proposito, quanto precisato alla nota 54. Ha riaffermato la natura contrattuale della responsabilità medica Trib. Milano, 18.11.2014, n. 13574, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 1, p. 163, e in *Rass. dir. farm.*, 2014, 6, p. 1330.

⁴⁷ Cass., 17.4.2014, n. 8940, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 3, 803. Ha riaffermato la responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria da contatto sociale Cass., 19.2.2013, n. 4030, in *Guida al diritto*, 2013, 17, p. 25.

applicabili non vale a considerare in termini aquiliani la responsabilità diretta dei sanitari⁴⁸ e consente di continuare ad utilizzare i criteri propri della responsabilità contrattuale. Osservazione ancor più rilevante è che se il richiamo all'art. 2043 dovesse comportare che il medico dipendente da una struttura sanitaria è soggetto alla responsabilità extracontrattuale si avrebbe come conseguenza che tale applicazione dovrebbe essere fatta anche per le ipotesi pacificamente contrattuali qual è quella del rapporto tra paziente e medico libero professionista. Il che sarebbe a dir poco assurdo.

Peraltro riguardo all'art. 3, comma 1, d.l. 13.9.2012, n. 158, è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3, 24, 25, 27, 28, 32, 33, 111 cost., nella parte in cui esprime un concetto di «non punibilità» dai confini equivoci, non delimitabile con la mera interpretazione, esclusiva per tutti gli esercenti la professione sanitaria, per qualsiasi reato colposo, dato che non ha definito la colpa lieve, né identificato le linee guida⁴⁹, le buone prassi e le autorità che dovrebbero codificarle, avvilendo la libertà di scienza, discriminando in modo ingiustificabile tra operatori pubblici sanitari e non sanitari che si occupano dei medesimi beni giuridici⁵⁰. La questione di legittimità, tuttavia, è stata dichiarata manifestamente inammissibile dalla Corte costituzionale perché il giudice *a quo* ha ommesso di descrivere compiutamente la fattispecie concreta sottoposta al suo giudizio e, conseguentemente, di fornire una adeguata motivazione in ordine alla rilevanza della questione. La Corte, però, nella motivazione ha osservato che, come risulta dalle prime pronunce emesse in argomento, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto - in accordo con la

⁴⁸ Trib. Cremona, 1.10.2013, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 4, p. 1321, con nota di GALLETTI F., *L'art. 3, comma 1, della legge Balduzzi: su chi grava il rischio delle c.d. (con)cause ignote?*. Osserva efficacemente Trib. Arezzo, 14.2.2013, in *De jure*, che non si può affermare che richiamare un obbligo equivalga a richiamare un'intera disciplina e deve quindi concludersi che il riferimento all'art. 2043 c.c., non alla disciplina dell'illecito extracontrattuale, ma esclusivamente all'obbligo «di cui all'art. 2043 del codice civile», sia del tutto neutro rispetto alle regole applicabili e consenta di continuare ad utilizzare i criteri propri della responsabilità contrattuale. Sottolinea Cass., 17.4.2014, n. 8940, cit., che la norma non esprime alcuna opzione da parte del legislatore per la configurazione della responsabilità civile del sanitario come responsabilità necessariamente extracontrattuale, ma intende solo escludere, in tale ambito, l'irrilevanza della colpa lieve.

⁴⁹ Sulle linee guida cfr., tra gli altri, DEBERNARDI G., *Sulla rilevanza delle «linee guida» nella valutazione della colpa medica*, in *Ragiusan*, 2014, fasc. 361-362, p. 142 ss.; GUERRA G., *La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, in *Ragiusan*, fasc. 359-360, 2014, pag. 158 ss.; CAJAZZO L. e MARZANO M., *La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità professionale del medico e le novità della legge Balduzzi*, cit., p. 485 ss.

⁵⁰ Trib. Milano, Sez. IX penale, 21.3.2013, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 4, p. 1256, con nota di PONTIS F., *La nuova responsabilità penale del sanitario per sola colpa grave. Illegittimità costituzionale o riscoperta della misura soggettiva della colpa?*

dottrina maggioritaria - che la limitazione di responsabilità prevista dalla norma censurata viene in rilievo solo in rapporto all'addebito di imperizia, giacché le linee guida in materia sanitaria contengono esclusivamente regole di perizia e non, dunque, quando all'esercente la professione sanitaria sia ascrivibile, sul piano della colpa, un comportamento negligente o imprudente⁵¹. Viene così confermato l'orientamento secondo cui la limitazione di responsabilità alle ipotesi di dolo o colpa grave si applica esclusivamente agli atti che trascendono la preparazione professionale media, mentre se il medico ha tenuto un comportamento negligente risponde anche per colpa lieve, perché, evidentemente, non ha tenuto la condotta diligente richiesta dalla natura dell'attività esercitata, come prescritto dall'art. 1176, comma 2, c.c.

Sembra quindi corretto affermare che, alla stregua della nuova legge, le linee guida accreditate operano come direttiva scientifica per l'esercente le professioni sanitarie e che la loro osservanza costituisce uno scudo protettivo contro istanze punitive che non trovino la loro giustificazione nella necessità di sanzionare penalmente errori gravi commessi nel processo di adeguamento del sapere codificato alle peculiarità contingenti⁵².

6. Conclusioni

L'interprete, comunque, si deve chiedere per quale ragione l'art. 3, comma 1, d.l. 13.9.2012, n. 158 prevede che, nel caso in cui l'esercente la professione sanitaria non risponde penalmente per colpa lieve, ha comunque l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c. Probabilmente il richiamo a tale norma, collegato alla depenalizzazione del comportamento illecito del medico che si è attenuto alle linee guida, è stato effettuato nella convinzione che l'illecito penale configuri, da un punto di vista civilistico, una responsabilità extracontrattuale. È stato affermato in giurisprudenza che l'art. 185 c.p. configura un particolare tipo di responsabilità concorrente, in quanto lo stesso fatto integra al tempo stesso un illecito penale

⁵¹ Corte cost., 6.12.2013, n. 295, in *Cass. pen.*, 2014, 3, p. 862.

⁵² In motivazione, Cass. pen., 9.4.2014, n. 47289, in *De jure*, dove si precisa che la norma, pur trovando terreno d'elezione nell'ambito dell'imperizia, può tuttavia venire in rilievo anche quando il parametro valutativo della condotta dell'agente sia quello della diligenza. Ha affermato che la norma esclude, limitatamente al profilo dell'imperizia, la rilevanza penale della colpa lieve, e non si estende agli errori diagnostici connotati da negligenza o imprudenza, perché le linee guida contengono solo regole di perizia, Cass. pen., 8.7.2014, n. 7346, in *De jure*; analogamente Cass. pen., 11.3.2014, n. 15495, in *Guida al diritto*, 2014, 25, p. 84, con nota di AMATO G., *Responsabilità del medico: in caso di colpa grave deve essere esclusa la non punibilità della condotta*; Cass. pen., 4.12.2013, n. 5460, in *De jure*.

ed un illecito civile, e mentre per quest'ultimo valgono i rimedi del codice civile e delle leggi speciali, per quello penale viene configurata una forma di responsabilità civilistica extracontrattuale, non potendosi dubitare che il reato sia un fatto illecito con le caratteristiche previste dall'art. 2043 c.c. (danno ingiusto, azione od omissione dolosa o colposa, rapporto di causalità tra comportamento e danno), sicché l'art. 185 c.p. non può che configurarsi come un'integrazione dell'art. 2043 c.c.⁵³. Si deve però osservare che il risarcimento previsto dall'art. 185 c.p. non consegue soltanto all'illecito aquiliano, ma anche all'inadempimento contrattuale, come avviene nel caso in cui un trasportato subisca una lesione a seguito di un sinistro: poiché la tutela dell'integrità fisica del trasportato è compresa tra le obbligazioni del vettore, che risponde dei sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio a norma dell'art. 1681 c.c., ove ricorra l'ipotesi di inadempimento-reato (lesioni colpose) il vettore è obbligato a risarcire a titolo di responsabilità contrattuale il danno biologico subito dal viaggiatore⁵⁴. Inoltre, per affermare l'obbligo del medico al risarcimento del danno anche quando non risponde penalmente per colpa lieve, è stato senz'altro più agevo-

⁵³ Così, in motivazione, Cass. pen., 4.5.2006, n. 33435, in *De jure*.

⁵⁴ Cfr. Cass., Sez. un., 11.11.2008, n. 26972, in *Riv. dir. comm.*, 2009, II, p. 63, la quale, con riferimento ai c.d. contratti di protezione, tra cui quelli del settore sanitario ed il contratto di trasporto, ha affermato: se «l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espediente del cumulo di azioni», in considerazione del fatto che interessi di natura non patrimoniale possono assumere rilevanza nell'ambito delle obbligazioni contrattuali, come «confermato dalla previsione dell'art. 1174 c.c., secondo cui la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore»; inoltre l'art. 1218 c.c., nella parte in cui dispone che il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, non può «essere riferito al solo danno patrimoniale, ma deve ritenersi comprensivo del danno non patrimoniale, qualora l'inadempimento abbia determinato lesione di diritti inviolabili della persona»; peraltro «eguale più ampio contenuto va individuato nell'art. 1223 c.c. secondo cui il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta, riconducendo tra le perdite e le mancate utilità anche i pregiudizi non patrimoniali determinati dalla lesione dei menzionati diritti». La risarcibilità del danno non patrimoniale derivante da inadempimento contrattuale era stata già affermata da FLAMINI A., *Viaggi organizzati e tutela del consumatore*, Napoli, 1999, p. 210 ss., perché l'art. 1174 c.c. prevede che la prestazione del debitore deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore, con la conseguenza che la mancata o inesatta prestazione non attua la funzione del regolamento contrattuale e obbliga il debitore al risarcimento del danno a norma dell'art. 1218 c.c., che, letto in connessione con l'art. 1223 c.c., giustifica il risarcimento del danno non patrimoniale quando l'inadempimento consiste nella mancata realizzazione dell'interesse non patrimoniale del creditore, cui era finalizzato il rapporto. Sul tema RIPA L., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2013, *passim*. Sulla natura contrattuale della responsabilità del vettore per la lesione dell'integrità fisica del passeggero e sul superamento della teoria del concorso tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, cfr. FLAMINI A., *Osservazioni critiche sulla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del vettore*, in *Dir. traspt.*, 2002, p. 820 s.

le richiamare l'art. 2043 c.c., per il quale la colpa è uno degli elementi dell'illecito, che non l'art. 1218 c.c., dove si dispone che il debitore è responsabile se non prova che l'inadempimento è dovuto ad una impossibilità che non può essere a lui imputata, non rilevando quindi la colpa.

Sembra quindi che il richiamo all'art. 2043 c.c. sia stato effettuato esclusivamente per ribadire l'obbligo del risarcimento del danno anche nel caso di assenza della responsabilità penale del medico⁵⁵.

Va anche sottolineato che la disposizione dell'art. 3, comma 1, d.l. n. 158/2012, dettata per contenere il contenzioso giudiziario e il fenomeno della c.d. medicina difensiva, non sarebbe neppure funzionale all'abbattimento dei risarcimenti, perché la responsabilità delle strutture nelle quali operano i sanitari, anche se questi venissero riassoggettati al regime aquiliano, resterebbe sempre contrattuale. Il suo ambito di applicazione va quindi circoscritto alla responsabilità penale del medico che, se si è attenuto alle linee guida, non risponde per colpa lieve⁵⁶.

Una ulteriore osservazione va fatta riguardo all'ultimo periodo della disposizione – «Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo» – che sembra introdurre una sorta di attenuazione della responsabilità anche da un punto di vista civilistico quando l'esercente la professione sanitaria si sia attenuto a linee guida ed a buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. Parrebbe che alla colpa venga attribuito un ruolo per la quantificazione del danno del

⁵⁵ Ritieni in proposito CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 160, che l'art. 2043 c.c. rimane come sfondo generico della disciplina della responsabilità del medico, la cui specificità va trovata altrove e altimenti.

⁵⁶ Individua la *ratio* dell'intervento normativo nella parziale depenalizzazione dell'illecito sanitario Trib. Bari, 30.4.2014, n. 2141, in *De jure*. Per quel che può valere, ma che in ogni caso sembra essere indicativo dell'intento di chi ha contribuito alla redazione della disposizione, si ricorda quanto affermato dall'On. Barani (medico) nel suo intervento in qualità di relatore della legge di conversione: «Con tale innovazione, il medico, se dovesse rispondere per colpa lieve, sarà sempre tenuto a risarcire il danno, ma non andrà incontro a responsabilità penali»; in proposito l'On. Turco ha affermato che la medicina difensiva può essere superata «se il medico svolge la sua opera in un ambiente sicuro che gli consente di prevenire gli errori e se sa che è perseguito penalmente quando c'è il dolo e non per colpa lieve, quando c'è un sistema di assicurazione che lo tutela»; gli interventi sono riportati da DE LUCA M., *La nuova responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, cit., p. 28, dove si osserva che precipuo intento della riforma è di evitare ai sanitari angoscianti persecuzioni di natura penale e non già di rifondare le regole della responsabilità civile del medico.

tutto nuovo ed anomalo rispetto a quello che ha avuto tradizionalmente⁵⁷, ispirato, oltre che ad una concezione tipicamente riparatoria e non sanzionatoria, al generale principio dell'integralità del risarcimento del danno. La colpa, nel sistema delineato dall'art. 2043 ss., costituisce il criterio generale di imputazione della responsabilità, unitamente ai criteri previsti per le c.d. responsabilità speciali, e non ha alcun ruolo né per la selezione dell'area del danno risarcibile né per la quantificazione del danno: diversamente da quanto accade nel diritto penale dove, nell'infliggere la pena, il giudice tiene conto del grado della colpa (art. 133, comma 1, n. 3, c.p.), nell'illecito civile la colpa è uno dei suoi elementi che determina, coesistendo con gli altri, esclusivamente l'insorgere dell'obbligazione risarcitoria⁵⁸. Se invece, come sembra fare la disposizione dell'art. 3, comma 1, d.l. n. 158/2012, la colpa, e in particolare la colpa lieve, dovesse determinare una riduzione del risarcimento, la funzione riparatoria della responsabilità civile subirebbe una deroga totalmente ingiustificata, con la conseguenza che una simile interpretazione esporrebbe la norma a forti rischi di incostituzionalità⁵⁹.

Anche per questa ultima osservazione, si può senz'altro concludere che si tratta di una norma poco tecnica che presenta incongruenze e difetti anche gravi⁶⁰, nella quale, probabilmente, sono stati confusi il piano penalistico e quello civilistico della responsabilità medica. Pertanto sembra corretto ritenere che il riferimento all'art. 2043 c.c. non ha operato alcuna scelta riguardo alla natura della responsabilità del medico, ma ha soltanto fatto salvo il risarcimento del danno anche in caso di applicazione della esimente penale, lasciando l'interprete libero di individuare il modello da seguire in ambito di risarcimento di natura civile, che pertanto va ribadito essere quello della responsabilità contrattuale⁶¹.

Camerino, giugno 2015.

⁵⁷ Cfr., su tale osservazione, GIRINELLI F., *Il Decreto Legge Balduzzi al vaglio della giurisprudenza: luci e ombre sulla responsabilità civile dei sanitari*, in *www.filodiritto.it*, 23.3.2015, p. 5.

⁵⁸ Ampiamente sulla colpa, FRANZONI M., *L'illecito*, in *Tratt. resp. civ.* diretto da M. Franzoni, Milano, 2010, p. 175 ss.

⁵⁹ Così, DE LUCA M., *La nuova responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, cit., p. 29.

⁶⁰ Osserva efficacemente FAVALE R., *Profili attuali della responsabilità civile medica*, cit., p. 50, che l'esempio della legge Balduzzi dimostra come il legislatore talvolta ignori i formanti dottrinale e giurisprudenziale. Sul concetto di formante si rinvia a SACCO R., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, p. 43 ss; ID, *Formante*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 438 ss.

⁶¹ CASSANO G. e CIRILLO B., *Casi di responsabilità medica*, cit., p. 10 ss.