

La responsabilità civile medica

Modelli di responsabilità dopo la legge n. 24 del 2017

Irene Ambrosi

Sommario: 1. Premessa. - 2. I modelli di responsabilità dopo la legge n. 24 del 2017. - 3. Responsabilità contrattuale della struttura.- 3.1. Assetti giurisprudenziali consolidati. - 3.2. Corollari pacifici. - 4. L'operato del medico: mutamento del titolo o della forma della responsabilità.- 4.1. Abbandono della teoria del contatto sociale nell'ambito della responsabilità del medico. - 4.2. Mutamento della forma più che del titolo; - 5. Gli effetti del mutamento.- 6. Dubbio sulla conformità a costituzione del metodo utilizzato dal legislatore. - 7. Le questioni aperte. - 7.1. Prima questione: i criteri di accertamento della colpa.- 7.2. Seconda questione: le regole in tema di riparto dell'onere della prova.-7.3.Terza questione: i criteri di valutazione e liquidazione del danno.

1. Premessa.

Il settore della responsabilità derivante dallo svolgimento dell'attività medico-chirurgica definito, a ragione, un "sottosistema della responsabilità civile"¹, rappresenta l'ambito di elezione nel quale la giurisprudenza ha tentato di tradurre e di dare concreta applicazione alle riflessioni dottrinali in tema di "nuove funzioni" della responsabilità civile e di mutevolezza dei confini del danno ingiusto².

¹ Il testo ripropone la relazione svolta in occasione del corso di formazione della Scuola Superiore della Magistratura svoltosi a Scandicci-Castel Pulci, in data 21 settembre 2018, dedicato al tema della responsabilità contrattuale e extracontrattuale.

² Lipari, *Le categorie civilistiche*, 2013, 194 e ss.; Barcellona, *L'ingiustizia del danno e il doppio regime di responsabilità*, Art. 2043, art. 96 c.p.c., in *Commentario al codice civile* diretto da Gabrielli, a cura di Carnevali, Torino, 2011, 701; Scognamiglio, *Il danno tanatologico e le funzioni della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 145 e ss. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, 2006, 443 e ss.; Galgano, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e Impresa*, 1985, 1 e ss. L'affermazione che si tratti di un sottosistema della responsabilità civile è pacifica sin da Sez. 3, n.009471/2004, Travaglino, Rv. 572947. In dottrina, di recente, la responsabilità medica è stata acutamente definita come "frontiera avanzata" della responsabilità civile. Così, E. Quadri, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, *Resp. civ. e prev.* 2017, 28.

In tale ambito, può considerarsi ampiamente giustificata la scelta operata dalla giurisprudenza di legittimità (risalente all'anno 1999)³ di inquadrare la responsabilità civile della struttura sanitaria e del medico operante in essa all'interno della responsabilità contrattuale, al fine di assicurare meccanismi protettivi a favore del paziente danneggiato, giustificati, per un verso, sull'affidamento che lo stesso paziente ripone sulla professionalità del medico e per l'altro in ragione della difficoltà di ricostruire il rapporto tra paziente e medico alla stregua della responsabilità del *neminem laedere* operante nei confronti "del chiunque".

Dal rigore di tale scelta si son fatte derivare le note conseguenze in tema di emersione del fenomeno della medicina cd. difensiva che ha proiettato riflessi negativi sia in termini di cure inappropriate nei confronti dei pazienti sia sulle finanze dello Stato e delle Regioni in termini di costi economici, nonché in quello speculare del contenimento dei costi assicurativi (per la mancanza di un preciso tetto tabellare ai temuti risarcimenti del danno non patrimoniale da *medical malpractice*)⁴.

In questa temperie è intervenuta la legge 8 marzo 2017, n.24, frutto di un lungo *iter* legislativo, da più parti ritenuta ormai ineluttabile al fine di scongiurare i rischi connessi agli effetti distorsivi derivanti dai fenomeni sopra descritti⁵ e con l'intento di porre un freno al governo giurisprudenziale della materia con un ritorno alla disciplina positiva⁶.

³ Cass. Sez. 3 n. 589 del 1999.

⁴ Nel 1° Rapporto Eurispes sul sistema sanitario, Milano, 2017, 122 e ss. si dà conto dei dati raccolti dalla Commissione parlamentare d'inchiesta sugli errori sanitari nel 2015. A fronte di 34.000 denunce annue dei pazienti per danni subiti nelle strutture ospedaliere o negli studi medici (il 78 % ha ad oggetto lesioni personali, il 7,8% il decesso) nel 95% si giunge all'assoluzione del medico nel penale; le domande di risarcimento dei danni nel civile vengono accolte nel 34% dei casi. Rispetto alla percezione dei medici, per il 77 per cento ritenevano che il rischio giudiziario costituisse una indebita pressione sulla attività svolta e compromettesse la qualità delle cure e il rapporto medico paziente.

⁵ Riguardo alla prescrizione - definibile come *ossimorica* - contenuta nell'art. 7 comma 5 della legge in commento secondo la quale "le disposizioni del presente articolo costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile" si è osservato che con essa il legislatore abbia voluto dare un segnale ben preciso e porre fine "al governo giurisprudenziale della materia" sancendo il ritorno della disciplina positiva. In tal senso, criticamente, G. Travaglino. *Vaghi appunti sulla riforma della responsabilità sanitaria*, Giustizia civile.com, 3. L'antefatto rispetto a tale curiosa disposizione è costituito dal decreto-legge 13 settembre 2012 n. 158 recante "Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute", convertito in legge 8 novembre 2012 n. 189, che aveva introdotto, tra l'altro, una disposizione di difficile lettura stabilendo, nel testo dell'art. 3, come modificato in sede di conversione, che «l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo». L'intenzione sottesa alla disposizione introdotta era all'evidenza quella di limitare il fenomeno della cd. medicina difensiva, ma l'inciso utilizzato «fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile», di difficile lettura, ha creato perplessità e incertezze negli interpreti rispetto al quadro consolidato [parla di «piccolo recente scompiglio» al riguardo, Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, 2015, 159 e ss.] ed è tornata alla ribalta la questione della natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità medica tanto che la Suprema Corte, con due

Molti gli aspetti rilevanti della riforma sia sotto il profilo pubblicistico sia sotto quello privatistico; sul versante pubblicistico giova segnalare l'inserimento della previsione concernente la "sicurezza delle cure" quale "parte costitutiva del diritto alla salute" (art.1), l'attribuzione della funzione di Garante per il diritto alla salute al difensore civico regionale o provinciale (art. 2), l'istituzione dell'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità con compiti di monitoraggio (art. 3) e la disciplina della responsabilità penale del medico (art. 6); su quello privatistico vanno ricordate le norme in tema di responsabilità civile della struttura e del medico (art. 7), la introduzione degli obblighi assicurativi (art. 10), la disciplina dell'azione diretta del danneggiato per il danno derivante da responsabilità sanitaria (art. 12) e delle azioni di rivalsa e di responsabilità amministrative (art. 9).

Un cenno merita l'enunciazione di principio di cui all'art. 1 della legge in commento per la quale il contenuto del diritto alla salute si arricchisce di un ulteriore elemento "la sicurezza delle cure" perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività⁷.

Notazione ulteriore merita, per completezza del complesso ambito esaminato, la recente entrata in vigore della legge 22 dicembre 2017, n. 219, recante norme in tema sia di consenso informato e di rifiuto del trattamento medico sia di disposizioni anticipate di trattamento, il cui iter parlamentare travagliato, durato quasi un decennio, rappresenta la misura delle difficoltà con le quali la società civile si misura nel difficile

distinte pronunce, ha escluso che la formula normativa utilizzata avesse innovato alcunché in ordine all'applicabilità delle regole di cui agli artt. 1218 e ss. c.c. in materia. In particolare, con la prima pronuncia, Sez. 3, n. 4030/2013, , (in un passo considerato, nel contesto della motivazione, un mero *obiter dictum*) ha affermato che la novella ha innovato soltanto la responsabilità penale del medico, mentre quella civile «segue le sue regole consolidate». Con la seconda pronuncia, Sez. 3, n. 8940/2014, Frasca, Rv. 630778, ha chiarito come la citata previsione normativa non abbia espresso alcuna opzione da parte del legislatore per la configurazione della responsabilità civile del sanitario come responsabilità necessariamente extracontrattuale, ma abbia inteso solo escludere, in tale ambito, l'irrilevanza della colpa lieve.

⁶ Tribunale Avellino, sez. II, 12/10/2017, n. 1806

La legge "Gelli" (legge n. 24/2017) stabilisce che la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria sia collocata nella responsabilità aquiliana pur prevedendo la clausola di salvezza rappresentata dall'assunzione di un'obbligazione contrattuale con il paziente" senza riconoscere l'applicazione retroattiva di tale disciplina prevalendo in tal caso la disciplina di cui all'art. 11 disp. prel. c.c., ne consegue che ai fatti verificatisi prima della sua entrata in vigore si applicano i principi del precedente quadro normativo e quindi la responsabilità contrattuale del medico fondata sulla teoria del contatto sociale.

⁷ Nella relazione illustrativa veniva specificato che l'elemento della sicurezza delle cure è «parte costitutiva del diritto alla salute» e si consegue anche mediante l'insieme di tutte le attività intese alla prevenzione ed alla gestione del rischio (connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie) e mediante l'impiego appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative.

bilanciamento tra diritti nascenti dal progresso della scienza e quelli tradizionali posti in crisi da quest'ultima⁸.

In particolare, nell'art. 1 viene promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico basata sul consenso informato, momento nel quale “si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico”.

Le considerazioni che seguono si atterranno al tema affidatomi concernente l'analisi della “nuova” disciplina della responsabilità civile medica, le regole di condotta, i criteri di riparto dell'onere della prova e quelli in tema di delimitazione del danno risarcibile.

2. I modelli di responsabilità dopo la legge n. 24 del 2017.

Sul piano dell'approccio metodologico, va osservato che la giurisprudenza era ed è del tutto consapevole che in materia sanitaria vi è la coesistenza di rapporti tra loro autonomi facenti tutti capo alla prestazione sanitaria rispetto alla quale l'opera intellettuale medica rimane il nucleo qualificante; attorno a tale nucleo, possono individuarsi tre tipologie di rapporti tra loro saldamente connessi: l'uno, tra struttura e paziente, l'altro, tra medico e paziente e l'altro ancora, tra la struttura e il medico.

Nell'assetto tradizionale ciascuno di questi rapporti è ricondotto al modello della responsabilità contrattuale; a seguito dell'entrata in vigore della legge in commento tutto muta riguardo al rapporto tra medico e paziente, con la conseguenza necessitata per l'interprete di analizzare partitamente i modelli delineati per ciascun rapporto.

3. Responsabilità contrattuale della struttura.

L'art. 7 (comma 1) della legge in commento mantiene l'assetto dettato dall'orientamento giurisprudenziale tradizionale (che da più di un ventennio ha ricondotto i menzionati rapporti alla responsabilità contrattuale), soltanto per il rapporto che intercorre tra la struttura e il paziente.

Viene, in particolare, stabilito che “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

⁸ In proposito, v. Flick, Dignità del vivere e dignità nel morire. Un cauto passo avanti, Cass. pen., 2018, 2302 e ss.

stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose”.

L’art. 7 (comma 2) estende la previsione del comma 1 anche “alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina.”.

Può dirsi, pertanto, che non si ravvisano variazioni rispetto ai punti fermi enucleati dalla consolidata giurisprudenza in ordine alla nozione ed alla disciplina della responsabilità della struttura sanitaria.

Alla luce della richiamata consolidata giurisprudenza, costituisce precisazione importante quella contenuta nel secondo comma dell’art. 7 concernente l’ambito di applicazione della responsabilità civile contrattuale della struttura ex artt. 1218 e 1228 c.c. per le prestazioni sanitarie svolte dal medico in regime di libera professione intramuraria ovvero nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina.

3.1. Assetti giurisprudenziali consolidati.

In primo luogo, il paziente-danneggiato poteva invocare rispetto alla struttura e al medico la presunzione di colpa di cui all’art. 1218 c.c. (anche qualora non fosse stipulato alcun contratto con il medico)⁹.

Il paziente aveva l’onere di provare l’esistenza del rapporto contrattuale e l’insorgenza della patologia e di allegare l’inadempimento del medico o della struttura sanitaria, astrattamente idonei a provocare il danno lamentato, rimaneva comunque a carico di questi ultimi l’onere di dimostrare che non vi fosse stato inadempimento o che esso non fosse stato rilevante dal punto di vista causale.

In tema di prova dell’inadempimento dell’obbligazione sanitaria, le Sezioni Unite della Corte di cassazione avevano esteso tale meccanismo di riparto dell’onere probatorio non soltanto al caso in cui fosse dedotto il mero inadempimento dell’obbligazione, ma anche quando fosse dedotto il suo inesatto adempimento; quindi al creditore istante era sufficiente la mera allegazione dell’inesattezza dell’adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell’obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o

⁹ Per l’estensione alla inesattezza dell’adempimento cfr. Sez. U. n. 13533/2001, Preden.

qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento¹⁰.

Gravava inoltre sui debitori (medico, struttura) anche la prova del nesso causale sia nell'ipotesi di una prospettata condotta inadempiente lesiva del diritto alla salute sia nell'ipotesi di lesione derivante dal difetto di informazione.

Infine, si poteva invocare il danno da perdita della *chance* di guarigione e di sopravvivenza; al riguardo giova notare che costituisce danno per il paziente non soltanto il peggioramento delle condizioni di salute dovute all'errore medico, ma anche la perdita della possibilità di migliorare o guarire¹¹ (vedi *infra, amplius*, le precisazioni formulate dalla più recente giurisprudenza di legittimità in ordine ai criteri di riparto dell'onere probatorio sul nesso causale in tema, § 7.2, note 42 e 43).

3.2. Corollari pacifici.

Anzitutto si è ritenuto e più volte ribadito che **l'accettazione del paziente** in una struttura pubblica o privata deputata a fornire assistenza sanitaria ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, trova la sua fonte in un **atipico contratto a prestazioni corrispettive** (talvolta definito come contratto di ospedalità, talvolta come contratto di assistenza sanitaria) **con effetti protettivi nei confronti del terzo**. Le Sezioni Unite, nel confermare tale ricostruzione, hanno valorizzato la complessità e l'atipicità del legame che si instaura tra struttura e paziente che va ben oltre la fornitura di prestazioni alberghiere atteso che, in virtù del contratto che si conclude con l'accettazione del paziente in ospedale, la struttura ha l'obbligo di fornire al paziente una prestazione assai articolata, definita genericamente di "assistenza sanitaria", che ingloba al suo interno, oltre alla prestazione principale medica, anche una serie di obblighi cd. di protezione ed accessori.

Pertanto, la responsabilità della struttura ricondotta all'inadempimento di obblighi propri della medesima, per un verso, si muove sulle linee tracciate dall'art. 1218 c. c. , per l'altro, in relazione alle prestazioni mediche che essa svolge per il tramite dei medici propri ausiliari, consente di abbandonare il richiamo, «alquanto artificioso, alla disciplina del contratto d'opera professionale e di fondare, semmai, la responsabilità dell'ente per fatto dei dipendenti sulla base dell'art. 1228

¹⁰ In tal senso Sez. U., n.13533 /2001, est. Preden.

¹¹ Si tratterebbe di una responsabilità oggettiva o di posizione, cfr. *amplius* in tema di riparto degli oneri probatori: Rossetti, *La responsabilità medica*, libro Treccani dell'anno, 2017, 2.

c.c.». (responsabilità diretta e indiretta) Quindi, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal servizio sanitario nazionale o da altro ente), insorgono a carico della struttura (ente ospedaliero o casa di cura), accanto ad obblighi di tipo *lato sensu* alberghieri, quelli di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze¹².

In secondo luogo, è pacifico che l'essere medico "di fiducia" o meno del paziente costituisce elemento neutro ai fini della responsabilità della struttura¹³.

Irrilevante viene altresì considerata la natura pubblica o privata della struttura cui il paziente si rivolge, «tenuto conto che sostanzialmente equivalenti sono a livello normativo gli obblighi dei due tipi di strutture verso il fruitore dei servizi; anche nella giurisprudenza si riscontra una equiparazione completa della struttura privata a quella pubblica quanto al regime della responsabilità civile, anche in considerazione del fatto che si tratta di violazioni che incidono sul bene della salute, tutelato quale diritto fondamentale dalla Costituzione, senza possibilità di limitazioni di responsabilità o differenze risarcitorie a seconda della diversa natura, pubblica o privata, della struttura sanitaria».¹⁴

Di recente, in tema di rapporto tra medico generico e azienda sanitaria locale in ordine al fatto illecito commesso dal medico generico, con essa convenzionato, nell'esecuzione delle prestazioni curative comprese tra quelle assicurate e garantite dal Servizio sanitario nazionale in base ai livelli stabiliti dalla legge, la giurisprudenza di legittimità ha ulteriormente precisato che, perché possa operare la responsabilità della Azienda Sanitaria Locale ex art. 1228 c.c., «*non è affatto dirimente la natura del rapporto che lega il debitore all'ausiliario, ma trova fondamentale importanza che il debitore in ogni caso si avvalga dell'opera del terzo nell'attuazione della sua obbligazione, ponendo tale opera a disposizione del creditore, sicché la stessa risulti così inserita nel procedimento esecutivo del rapporto obbligatorio*»¹⁵.

In materia di dotazioni, è stato precisato, che «*anche il pieno rispetto della normativa vigente*» «*non esime affatto da responsabilità la*

¹² Così, Sez. U. n. 577/2008.

¹³ In tal senso, si vedano: Sez. 3. n.13066/2004; Sez. 3. n.01698/2006; , Sez. 3. n.13953/2007 e , infine, Sez. 3, n.18610/2015.

¹⁴ Così ,ancora Sez. U. n. 577/2008, Segreto, Rv. 600903

¹⁵ Sez. 3, n.06243/2015, Vincenti, Rv. 635072.

struttura ospedaliera se, in relazione proprio a quelle condizioni di partenza pur non ottimali, le condotte degli operatori siano valutate comunque inadeguate». Spiega la Corte in proposito che la responsabilità di una struttura ospedaliera di emergenza per contratto cd. di spedalità deriva dall'obbligo di erogare la propria prestazione con massima diligenza e prudenza; essa comprende, oltre all'osservanza delle normative di ogni rango in tema di dotazione e struttura delle organizzazioni di emergenza, la tenuta in concreto, per il tramite dei suoi operatori, di condotte adeguate alle condizioni disperate del paziente, anche in rapporto alle precarie o limitate disponibilità di mezzi o risorse, pur conformi alle dotazioni o alle istruzioni previste dalla normativa vigente, adottando di volta in volta le determinazioni più idonee a scongiurare l'esito infausto¹⁶.

Una recente pronuncia ha affrontato la questione della natura delle Linee Guida¹⁷ e ha affermato - in tema di accertamento giudiziale della paternità - come le cd. Linee Guida di esecuzione delle indagini genetiche, dettate dalle principali associazioni internazionali di studiosi ed operatori della genetica forense, sebbene prive di forza cogente in quanto non tradotte in protocolli imposti da norme di legge o di regolamento, costituiscono regole comportamentali autoimposte e normalmente rispettate, volte ad assicurare, sulla base delle acquisizioni tecnico-scientifiche del tempo, risultati peritali attendibili e verificabili.

E' evidente che il sapere scientifico medico non può essere standardizzato e dunque le Linee Guida non eliminano la libertà del professionista medico nella scelta terapeutica, piuttosto hanno una funzione di orientamento sia per il professionista sia per il giudice che ne dovrà discernere il valore a seconda dell'accreditamento scientifico del soggetto e della comunità che le ha prodotte, il grado di indipendenza da interessi economici condizionanti e l'ampiezza del consenso che si è formato intorno ad esse. Il giudice compirà questa verifica avvalendosi di un perito per l'acquisizione delle informazioni necessarie e poi verificando il grado di accreditamento delle regole contenute nelle linee guida presso la comunità scientifica.

¹⁶ da Sez. 3, n. 21090/2015.

¹⁷ Sez. 1, n. 16229/2015. Le L.G. possono essere definite come forme codificate del sapere scientifico in continua evoluzione e che operano come direttiva scientifica per l'esercente le professioni sanitarie, con una funzione di orientamento. Attualmente il sistema nazionale delle linee Guida è gestito dall'Istituto Superiore della Sanità, ma a queste L.G. se ne aggiungono altre formulate dalla Regioni, dalle Aziende Ospedaliere e addirittura dalle Compagnia assicurative.

4. L'operato del medico: mutamento del titolo o della forma della responsabilità.

Sul lato del rapporto medico – paziente, l'art. 7, nel comma terzo, sembra travolgere l'assetto giurisprudenziale tradizionale del contatto sociale qualificato ed instaurare un regime binario di responsabilità (contrattuale della struttura ed extracontrattuale del medico).

L'intento chiaro, perseguito dal legislatore del 2017, è stato quello di porre fine all'orientamento giurisprudenziale che aveva valorizzato la teoria del cd. *contatto sociale* e che - a partire dalla sentenza Cass. n. 589 del 1999 - aveva ricondotto la responsabilità medica al titolo della responsabilità contrattuale.

Meno chiaro è se la legge in esame abbia inteso ribaltare **il titolo** della responsabilità civile del medico, portandola da contrattuale a extracontrattuale, salvo che lo stesso medico operi nell'adempimento di “una obbligazione contrattuale professionale assunta con il paziente”, ovvero abbia inteso soltanto richiamare **la forma** nella quale ricondurre una responsabilità (quella del medico operante nella struttura sanitaria) di difficile collocazione all'interno delle fonti delle obbligazioni.

In particolare, recita la disposizione che “l'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590-sexies del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge” (art. 7 comma 3).

4.1. Abbandono della teoria del contatto sociale nell'ambito della responsabilità sanitaria.

La *teoria del contatto sociale*, elaborata dalla dottrina italiana sulla scorta di quella tedesca è stata, dapprima utilizzata dalla giurisprudenza nelle ipotesi di danni subiti da un paziente a causa della non diligente esecuzione della prestazione da parte di un medico dipendente di un ente ospedaliero e, poi, utilizzata in una varietà di casi accomunati dalla violazione di obblighi di comportamento posti dall'ordinamento a carico di determinati soggetti (insegnante dipendente istituto scolastico ritenuto in solido responsabile dei danni da autolesione procuratisi dall'allievo)¹⁸

¹⁸ Cfr.. Sez. U. n. 09346/2002, Preden, e nello stesso senso più di recente Rv. 555386 Sez. n.

nonché nel peculiare interessante caso di danno conseguente a inesatte informazioni (nella specie previdenziali), attinenti al rapporto di lavoro, fornite, a richiesta, dall'ex datore di lavoro al lavoratore. In tale ipotesi, l'obbligo di comportamento in capo al datore di lavoro rispetto a informazioni in suo possesso attinenti al rapporto di lavoro che non sia più attuale, trova fondamento nell'affidamento che l'ex dipendente ripone nell'ex datore di lavoro, quale detentore qualificato delle informazioni relative ad un rapporto contrattuale ormai concluso, in un contesto che ha sullo sfondo la tutela costituzionale apprestata al lavoro dall'art. 35 Cost.¹⁹).

La responsabilità da contatto sociale si caratterizza come responsabilità per inadempimento senza obblighi di prestazione contrattualmente assunti, in fattispecie di danno di difficile inquadramento sistematico, «ai confini tra contratto e torto». Vengono ricondotte ad essa, ipotesi in cui la responsabilità extracontrattuale appare insufficiente, in quanto generica responsabilità del «chiunque», e nelle quali manca il fulcro del rapporto obbligatorio, costituito dalla prestazione vincolante. Fonte della prestazione risarcitoria non è né la violazione del principio del *neminem laedere*, né l'inadempimento della prestazione contrattualmente assunta, ma la lesione di obblighi di protezione, di comportamento, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi esposti a pericolo in occasione del contatto stesso.

Il rapporto che scaturisce dal “contatto” è ricondotto allo schema della obbligazione da contratto e la dottrina spiega il fondamento di tale scelta trattandosi per un verso di una zona di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale²⁰ e, per l'altro, storicizzando la teorizzazione relativa all'obbligazione senza prestazione in ragione del limite costituito dalle categorie tradizionali le quali non consentirebbero di andare oltre «*le colonne del diritto soggettivo, ma anche perché si intuisce che, oltre queste colonne, vi è uno spazio che non ammette di essere abbandonato all'irrelevanza giuridica*»²¹.

Per avere un'idea quantitativa dell'impatto e della attuazione pratica di tale teoria, basta operare una ricerca con le parole “contatto sociale” nella banca dati *Italgireweb* del Centro elettronico di documentazione della Corte per ottenere (dal 1999 al 2018) il dato complessivo di 270 decisioni, 120 delle quali risultano massimate.

02413/2014, Cirillo, Rv. 630341.

¹⁹ Cfr. Sez. 3 15992/2011.

²⁰ Lipari, op. cit., 2013, 194 e ss.

²¹ Barcellona, op. cit. 2011, 139 e ss.

Per quanto concerne l'obbligazione del medico nei confronti del paziente, efficacemente ha spiegato la Suprema Corte che tale situazione ricorre in presenza di un operatore di una professione cd. protetta (per l'esercizio della quale è richiesta una speciale abilitazione), particolarmente quando essa, come la professione medica, abbia ad oggetto beni costituzionalmente garantiti come il bene della salute tutelato dall'art. 32 della Costituzione.

Come opportunamente osservato in dottrina, la stessa qualificazione professionale del medico genera inevitabilmente un affidamento nei soggetti che su di essa fanno conto sulla base di un contatto sociale funzionale, cioè originariamente volto ad uno specifico fine, «affidamento dal quale, in forza del principio di buona fede, nascono obblighi di conservazione della sfera giuridica altrui che si interpongono tra la condotta e il danno e sottraggono l'eventuale responsabilità al regime del torto aquiliano»²².

La scelta compiuta nel 2017 dal legislatore di indicare espressamente che l'esercente la professione sanitaria (dipendente o meno di una struttura sanitaria pubblica o privata) risponde ai sensi dell'art. 2043 c.c., non limitandosi soltanto -come sarebbe stato naturale- a dettare la disciplina della specifica responsabilità²³, impone la verifica della tenuta degli approdi giurisprudenziali sino ad ora consolidati in ambito sanitario sia in tema di accertamento della responsabilità sia di graduazione della diligenza.

4.2. *Mutamento della forma più che del titolo.*

Una interpretazione della norma che tenga conto del contesto nel quale la legge in commento è intervenuta, del dichiarato fondamento teso al superamento del modello ricostruttivo precedente foriero di una serie di criticità (medicina difensiva, fuga delle società assicurative, incertezza degli importi risarcitori e non ultima la caratteristica peculiare dell'operato del professionista il quale presta la propria attività di cura verso il paziente senza aver contratto un'obbligazione con il medesimo) suggerisce di ritenere che la disposizione secondo la quale il professionista medico “risponde del proprio operato ai sensi dell'art. 2043 c.c.”, si limiti a ricondurre la disciplina di tale condotta alla responsabilità aquiliana come novella “forma” alla quale ricondurre la responsabilità del medico che

²² Castronovo, op. cit. 2006, 482- 483.

²³ Scognamiglio, Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria, Il Corriere giuridico, 2017, 747.

operi all'interno di una struttura sanitaria pubblica o privata e non come, viceversa, mutamento del titolo della responsabilità che resta quello di fattispecie di difficile inquadramento sistematico nel sistema delle fonti delle obbligazioni²⁴.

5. Gli effetti del mutamento.

Di immediata percezione gli effetti dell'avvenuto mutamento della forma alla quale ricondurre la responsabilità del medico nei diversi ambiti della prescrizione, dell'accertamento della colpa, dei criteri di riparto dell'onere probatorio, e dei criteri di liquidazione del danno.

Sul piano del termine di prescrizione del diritto (5 anni per la responsabilità extracontrattuale e 10 anni per quella contrattuale); può prefigurarsi l'applicazione del termine prescrizione più lungo nel caso l'atto medico integri reato (sebbene le pene previste per l'omicidio colposo e per le lesioni colpose potrebbero allungare il termine di prescrizione di un ulteriore anno, portandolo a 6 anni)²⁵.

Sul piano dell'onere probatorio dovendo il paziente fornire la prova del fatto illecito nella responsabilità extracontrattuale, mentre in caso di inadempimento contrattuale è la struttura sanitaria e l'esercente la professione sanitaria - a dover fornire la prova di aver adempiuto o esattamente adempiuto la propria prestazione.

Sul piano della colpa, il giudice "tiene conto" nella determinazione del danno della condotta del medico ai sensi dell'art. 5, comma 1, ovvero se lo stesso si sia attenuto alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e

²⁴ Sul punto, Franzoni, *La responsabilità*, op. cit. Il quale sottolinea che il fatto socialmente rilevante agli effetti dell'art. 1173 c.c. non è più il contatto sociale che determina la responsabilità del debitore secondo l'art. 1218 c.c. ma diviene l'illecito aquiliano che regola il rapporto fra medico e paziente. Contra, si ritiene di "portata non dirimente" il nuovo testo della legge considerando che si intende soltanto modificare il regime di responsabilità del medico senza interferire nell'inquadramento del suo comportamento tipico all'interno del settore dell'adempimento delle obbligazioni, v. Napoli, *La responsabilità sanitaria nel sistema civilistico. Punti fermi e nuove prospettive di riforma*, Resp. civ. e prev. 2017, 91.

²⁵ Secondo Franzoni, *La responsabilità fra il giudice e la legge*, "la vera portata di questa invenzione giurisprudenziale, nata nel 1999, (la responsabilità da contatto sociale n.d.r.), è di aver comportato l'applicazione della prescrizione ordinaria dell'art. 2946 c.c. e non della prescrizione breve dell'art. 2497 c.c. Forse l'intenzione dei giudici inizialmente è stato di creare un sistema parallelo a quello dell'illecito aquiliano, di fatto la vera innovazione è consistita nell'estendere la tutela per quei casi per i quali la prescrizione era già maturata" e ciò avrebbe reso oltremodo oneroso l'assunzione del rischio nel settore sanitario.

regolamentato con decreto del Ministro della salute, salve le specificità del caso concreto (art. 7, comma 39). In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali.

Sul piano dei criteri di liquidazione del danno, la previsione contenuta nell'art. 7, comma 4, secondo cui il risarcimento dei danni causati dal medico operante nell'ospedale saranno risarciti secondo criteri stabiliti dal codice delle assicurazioni per la liquidazione del danno alla persona causato da sinistri stradali (artt. 138 e 139 codice delle assicurazioni private, di cui al d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209) era già stata prevista dal d.l. 13 settembre 2012 n. 158 (decreto Balduzzi).

Va al riguardo sottolineato che le tabelle macro permanenti previste nella delega contenuta nell'art. 138 del codice delle assicurazioni non hanno ancora visto la luce²⁶.

6. Dubbio sulla conformità a Costituzione del metodo utilizzato dal legislatore.

E' stato condivisibilmente osservato da chi ritiene sia mutato il titolo della responsabilità che assai discutibile appare il metodo seguito dal legislatore che, senza limitarsi a dettarne la sola disciplina, ha qualificato il tipo di responsabilità alla quale ricondurre l'operato del medico (così privando l'interprete del consueto compito di interpretazione)²⁷.

Tale metodo potrebbe dar luogo ad una questione di costituzionalità.

Infatti, potrebbe sostenersi sulla base dell'art. 3 Cost. - in relazione al principio di ragionevolezza, ma anche sotto il profilo della disparità di trattamento rispetto ad altre categorie professionali - che la natura della prestazione professionale sanitaria consistente in un *facere* e caratterizzata da una *relazione* tra il medico e il paziente, non possa essere collocata all'interno della responsabilità extracontrattuale per fatto illecito, caratterizzata, a sua volta, dal principio del *neminem laedere* ovvero da un *non facere* e dalla mancanza di ogni relazione tra danneggiante e danneggiato (si pensi, all'ipotesi classica della responsabilità civile derivante da incidente stradale).

In tal modo il medico verrebbe ad essere equiparato all'autore di qualsiasi fatto illecito (un chiunque - *quisque*).

²⁶ Rossetti, *La responsabilità medica*, op. cit. 7.

²⁷ Scognamiglio, *Regole di condotta ...*, op. ult. cit., 2017, 747.

Al fine di superare il possibile dubbio, giova richiamare quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale sia in via generale allorquando è stata chiamata a decidere della legittimità delle norme in tema di danno alla persona e di risarcimento del danno non patrimoniale²⁸, sia in via particolare in tema di predeterminazione legale del danno alla persona rispetto agli ambiti dell'assicurazione della responsabilità civile obbligatoria²⁹.

La Corte costituzionale non ha mai ritenuto di incidere sulla struttura della responsabilità civile, ma ha piuttosto reso pronunce interpretative di rigetto e da ultimo in merito alla legittimità costituzionale dell'art. 139 cod. assicurazioni ha, tra l'altro, rammentato che è ragionevole il bilanciamento operato dal legislatore tra i contrapposti valori coinvolti nel vigente sistema di responsabilità civile per la circolazione dei veicoli obbligatoriamente assicurati nel quale le assicurazioni, concorrendo ex lege il Fondo di garanzia per le vittime della strada, perseguono anche fini solidaristici e l'interesse risarcitorio particolare del danneggiato deve comunque misurarsi con quello, generale e sociale, degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi. Infatti, il meccanismo standard di quantificazione del danno attinente al solo specifico e limitato settore delle lesioni di lieve entità e coerentemente riferito alle conseguenze pregiudizievoli registrate dalla scienza medica, lascia spazio al giudice di personalizzare l'importo risarcitorio risultante dall'applicazione delle tabelle.

Medesimo discorso potrebbe essere fatto *mutatis mutandis* con riferimento alla disciplina in esame nel bilanciamento tra i contrapposti valori coinvolti nel vigente sistema di responsabilità civile in tema di sicurezza delle cure nella tutela della salute e i prescritti obblighi di assicurazione nel quale le imprese, concorrendo ex lege al Fondo di garanzia per le vittime degli errori sanitari, perseguono anche fini solidaristici e l'interesse risarcitorio particolare del danneggiato deve

²⁸ Cfr. Franzoni La responsabilità fra il giudice e la legge, 2017 il quale richiama in proposito la celeberrima sentenza Corte Cost. 14 luglio 1986, n. 184.

²⁹ cfr. Corte cost. n. 235/2014 sulla legittimità costituzionale dell' art. 139 cod. assicurazioni. ove la Corte tra l'altro ha rammentato che è ragionevole il bilanciamento operato dal legislatore tra i contrapposti valori coinvolti nel vigente sistema di responsabilità civile per la circolazione dei veicoli obbligatoriamente assicurata nel quale le assicurazioni, concorrendo ex lege al Fondo di garanzia per le vittime della strada, perseguono anche fini solidaristici e l'interesse risarcitorio particolare del danneggiato deve comunque misurarsi con quello, generale e sociale, degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi. Infatti ,l'introdotta meccanismo standard di quantificazione del danno attinente al solo specifico e limitato settore delle lesioni di lieve entità e coerentemente riferito alle conseguenze pregiudizievoli registrate dalla scienza medica, lascia spazio al giudice personalizzare l'importo risarcitorio risultante dall'applicazione delle tabelle.

comunque misurarsi con quello, generale e sociale, degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi.

Vi sono ulteriori settori, inoltre, ove l'intervento del legislatore comunitario nel regolare come responsabilità oggettiva la responsabilità del produttore ha costituito l'evoluzione della presunzione di colpa già impiegata dalla giurisprudenza in materia, senza che tale intervento sia stato giudicato non compatibile con la Carta costituzionale o con il Trattato dell'Unione europea.

Superato il dubbio sul *metodo*, vale la pena di affrontare le questioni che possono dirsi “aperte” e connesse alla stessa *struttura* della responsabilità medica quale “sottosistema” della responsabilità civile, valendo per quella, ciascuno degli elementi costitutivi di questa: ovvero la condotta, l'evento, il nesso di causalità tra la prima ed il secondo e l'ingiustizia del danno (i.e. lesivo di un interesse giuridicamente protetto).

7. Le questioni.

La più “vistosa” delle differenze tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, come prima accennato, è quella data dal fatto che la prova della colpa e del nesso di causalità è a carico del danneggiato ovvero nel caso che ci occupa del paziente.

Per effetto di tale differenza si aprono una serie di questioni: la prima attiene ai criteri di valutazione della condotta ovvero alle regole di accertamento della colpa, la seconda alle regole di riparto dell'onere della prova in tema di nesso causale e la terza ai criteri di valutazione e liquidazione del danno.

7.1. Criteri di accertamento della colpa.

Le differenze di *struttura* indicano che nella colpa contrattuale rileva la deficienza dello sforzo diligente dovuto nell'interesse altrui mentre in quella extracontrattuale rileva l'inosservanza della diligenza dovuta nei rapporti della vita di relazione secondo parametri sociali o professionali di condotta.

Giova richiamare la dizione del codice penale secondo cui il *delitto è colposo quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa della negligenza o imprudenza o imperizia ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline* (art. 43,3° comma c.p.).

Da tale generale regola discendono i singoli aspetti della colpa, comuni sia alla colpa contrattuale che a quella extracontrattuale, ovvero l'incuria o negligenza, l'imprudenza, l'imperizia e l'illegalità. (l'incuria consiste nel difetto di attenzione volta alla salvaguardia altrui, l'imprudenza nel difetto delle misure di cautela idonee a prevenire il danno, l'imperizia è l'inosservanza delle regole tecniche proprie di una determinata professione, l'illegalità è l'inosservanza delle norme giuridiche volte a prevenire il pericolo di danni ingiusti).

E' pacifico in dottrina e in giurisprudenza che si tratti di una nozione obiettiva che prescinde dalla cattiva volontà o dall'attitudine del soggetto; pertanto si è in colpa anche se si è fatto del proprio meglio ma l'evento colposo si sia determinato per propria inettitudine.

Va peraltro ricordato che il criterio principalmente utilizzato per misurare l'adempimento della obbligazione, ove la colpa è presunta, è **quello della diligenza** che, per la prestazione a contenuto professionale, come è quella in esame, deve "valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata" come recita **l'art. 1176, comma 2, c.c.**

In termini generali, è stato autorevolmente affermato in dottrina che «*la diligenza misura l'obbligo cui il soggetto è tenuto*» e che, con riferimento alla responsabilità in campo medico, la giurisprudenza della Corte di cassazione ha da tempo assunto un orientamento assai rigoroso nell'esigere che il medico presti la sua attività con diligenza scrupolosa e superiore alla media³⁰. Tale analisi trova conferma nell'esame degli ultimi trenta anni di giurisprudenza di legittimità secondo cui la nozione del professionista medio, lungi dal riferirsi ad un professionista «*mediocre*» sottende un professionista «*“bravo”*: ovvero serio, preparato, zelante, efficiente»³¹.

In tema di responsabilità del professionista medico, vige, inoltre, la regola di **cui all'art. 2236 c.c.**, che limita la responsabilità del prestatore d'opera ai casi di dolo e colpa grave «se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà». Tale limitazione - spiega la giurisprudenza - attiene soltanto all'imperizia e non all'imprudenza e alla negligenza, con la conseguenza che risponde per colpa lieve il professionista che nell'esecuzione di un intervento o di una terapia medica, provochi un danno per omissione di diligenza.³²

In dottrina si è osservato al riguardo, per un verso, che sono pochi i casi in cui la giurisprudenza ha fatto riferimento a tale norma e, per l'altro,

³⁰ Bianca, Il contratto, Diritto civile, 3 vol., Milano, 1990, 478.

³¹ Sin da Sez. 3, Sentenza n. 3616/1972 per giungere, da ultimo, a Sez. 3, n. 24213/2015.

³² Cass. Sez. 3 19/04/2006, n. 9085, Manzo.

che la valutazione del carattere normale o eccezionale del problema offre ampi spazi di manovra al prudente apprezzamento del giudice³³.

La giurisprudenza, dal suo canto, ha precisato che la distinzione fra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà non vale come criterio di ripartizione dell'onere della prova, ma rileva soltanto ai fini della valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, spettando, al sanitario la prova della particolare difficoltà della prestazione, in conformità con il principio di generale *favor* per il creditore danneggiato cui l'ordinamento è informato (nella responsabilità contrattuale)³⁴.

La giurisprudenza ha altresì chiarito che una semplice «complicanza» non equivale a speciale difficoltà dell'intervento medico e non esclude la colpa del sanitario. Pertanto, la regola della speciale difficoltà per consolidato orientamento non si applica agli interventi di *routine* e di facile esecuzione³⁵.

In tema di onere della prova della diligenza, la Corte ha pure di recente affermato come al medico convenuto in un giudizio di responsabilità - per superare la presunzione a suo carico posta dall'art. 1218 c.c. - non basti dimostrare che l'evento dannoso per il paziente costituisca una «complicanza», rilevabile nella statistica sanitaria, dovendosi ritenere tale nozione priva di rilievo sul piano giuridico e soltanto indicativa «nel lessico medico» di un evento, insorto nel corso dell'*iter* terapeutico, astrattamente prevedibile, nel cui ambito il peggioramento delle condizioni del paziente può solo ricondursi ad un fatto o prevedibile ed evitabile, e dunque ascrivibile a colpa del medico, ovvero non prevedibile o non evitabile, sì da integrare gli estremi della causa non imputabile³⁶.

³³ Di Majo, Delle obbligazioni in generale, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano.1988, 437.

³⁴ Sez. 3 n.22222/2014, Scarano, Rv. 633277 con cui è stata cassata la sentenza di merito che aveva respinto la domanda di risarcimento danni di una paziente per la lesione di una corda vocale conseguente ad un intervento di tiroidectomia, ritenendolo, da un lato, di non facile esecuzione ed omettendo, dall'altro, di valutare la condotta del medico specialista alla stregua del criterio di diligenza qualificata.

³⁵ 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); - la diagnosi precoce nel neonato della fenilchetonuria (Cass. 2.2.2005 n. 2042, in Giur san, 2005, 365); -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 Giust. civ., 2006, I, 2186); - la corretta immobilizzazione delle articolazioni di un arto ustionato (Cass. 3.3.1995 n. 2466, in Giur. it., 1996, I, 1); - l'elettroshock (Cass. 15.12.1972 n. 3616, in Resp. civ. prev., 1973, 243).

³⁶ Sez. 3, n.13328/2015, Rossetti, Rv. 636015. In ordine alla scelta di un trattamento terapeutico o di un

Il criterio della diligenza “qualificata” posto dall'art. 1176, comma 2, c.c., costituisce dunque regola generale di valutazione del comportamento del debitore e di apprezzamento dell'esattezza della prestazione dovuta ai fini di cui all'art. 1218 c.c.

Tanto richiamato, la prima osservazione in tema di *compatibilità* dell'orientamento giurisprudenziale consolidato (fondato sulla presunzione di colpa quale regola della responsabilità per inadempimento ex art. 1218 c.c.) con il novello regime di responsabilità del medico ridisegnato ex art. 2043 c.c. attiene al nuovo criterio di accertamento della colpa; si abbandona il canone della presunzione di colpa ex art. 1218 c.c.

metodo di intervento rischiosi, la Corte ha ribadito un principio già affermato, secondo cui, qualora nel corso di un trattamento terapeutico o di un intervento, emerga una situazione la cui evoluzione può comportare rischi per la salute del paziente, il medico, che abbia a disposizione metodi idonei ad evitare il verificarsi della situazione pericolosa, è tenuto ad impiegarli, essendo suo dovere professionale applicare metodi che salvaguardino la salute del paziente, preferendoli a quelli che possano anche solo esporla a rischio, sicché, ove egli privilegi il trattamento più rischioso e la situazione pericolosa si determini, non riuscendo egli a superarla senza danno, la colpa si radica già nella scelta inizialmente compiuta. Il caso riguardava i danni lamentati in conseguenza di intervento microchirurgico di asportazione di ernia discale per via trans articolare all'esito del quale si era reso necessario un altro intervento (dopo tre giorni) effettuato con tecnica trans toracica con esito finale di lesione dell'integrità psico-fisica del 68%. E' stato anche precisato che la diligenza esigibile dal medico nell'adempimento della sua prestazione professionale, pur essendo quella “qualificata” (nella massima si è preferita l'aggettivazione “rafforzata”), non è sempre la medesima, ma varia col variare del grado di specializzazione di cui sia in possesso il medico e del grado di efficienza della struttura in cui si trova ad operare. Da ciò consegue che da un medico di alta specializzazione ed inserito in una struttura di eccellenza è esigibile una diligenza più elevata di quella esigibile, dinanzi al medesimo caso clinico, da parte del medico con minore specializzazione od inserito in una struttura meno avanzata, in tal senso, v. Sez. 3, n. 17143/2012, Scarano, Rv. 623986. Nello stesso segno, si è aggiunto altresì che al professionista e (a fortiori allo specialista) è richiesta una diligenza “particolarmente qualificata” dalla perizia e dall'impiego di strumenti tecnici adeguati al tipo di attività da espletare e dallo standard professionale della categoria cui si appartiene e l'impegno dovuto dal professionista, se si profila superiore a quello del comune debitore, va considerato viceversa corrispondente alla diligenza normale in relazione alla specifica attività professionale o lavorativa esercitata, giacché il medesimo deve impiegare la perizia ed i mezzi tecnici adeguati allo standard professionale o lavorativo della sua categoria; tale standard valendo a determinare, in conformità alla regola generale, il contenuto della perizia dovuta e la corrispondente misura dello sforzo diligente adeguato per conseguirlo, nonché del relativo grado di responsabilità. Così, da ultimo, in una interessante fattispecie in cui un aiuto primario, in caso di impedimento del primario, aveva ommesso di eseguire un intervento chirurgico urgente, la Corte ha affermato che il predetto viola gli obblighi su di esso gravanti, i quali includono non solo quello di attivarsi secondo le regole dell'arte medica, avuto riguardo al suo standard professionale di specialista, ma anche di salvaguardare, ai sensi dell'art. 1375 c.c., la vita del paziente. Il caso riguardava i danni irreversibili patiti dal nato in conseguenza del ritardo con cui avevano effettuato il taglio cesareo durante il parto. Sotto il profilo più generale dell'adempimento delle obbligazioni, particolarmente significativo il richiamo che la pronuncia fa agli obblighi di buona fede oggettiva o correttezza, quale generale principio di solidarietà sociale la cui violazione comporta l'insorgenza di responsabilità (anche extracontrattuale) concretantesi nel «mantenere un comportamento leale, osservando obblighi di informazione e di avviso nonché di salvaguardia dell'utilità altrui - nei limiti dell'apprezzabile sacrificio - dalla cui violazione conseguono profili di responsabilità in ordine ai falsi affidamenti anche solo colposamente ingenerati nei terzi» Sez. 3, n. 7682/2015, Scarano, Rv. 633277; in proposito, cfr. in dottrina, Bianca, op. cit. 1990, 478 e v. inoltre Sez. U., n. 28056/2008, Morcavallo, Rv. 605685.

nonché il parametro classico della diligenza sancito dall'art. 1176, comma 2, c.c. (difficilmente esportabile nell'ambito della responsabilità da fatto illecito), ma si conferma la necessità di un criterio tendenzialmente oggettivo di verifica della sussistenza stessa della responsabilità civile del medico mediante il richiamo alle raccomandazioni previste dalle linee guida nazionali o in mancanza dalle buone pratiche assistenziali; assumendo tali raccomandazioni/buone pratiche il ruolo di criteri di verifica della colpa medica da intendersi come condotta esigibile secondo *standards* obiettivi di diligenza professionale applicabili al settore sanitario.

In particolare, l'art. 5 della legge in commento (richiamato dall'art. 7, comma 3) prescrive che i medici “nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali.”

La seconda osservazione da formulare è in tema di “colpevolezza”; appare superato il disallineamento tra responsabilità civile e penale che era insito nella vecchia dizione del cd. decreto Balduzzi (l. n. 189 del 2012) con cui era stata esclusa la rilevanza penale delle condotte penali connotate dalla “colpa lieve”³⁷.

L'intenzione sottesa alla disposizione introdotta dal citato decreto era all'evidenza quella di limitare il fenomeno della cd. medicina difensiva, ma l'inciso utilizzato «fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile», di difficile lettura, creò perplessità e incertezze negli

³⁷ In particolare L'art. 3, comma 1, l. 8 novembre 2012, n. 189 (decreto-legge “Balduzzi” n. 158 del 2012) abrogato prevedeva “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 c.c.”

[parla di «piccolo recente scompiglio» al riguardo, Castronovo, L'eclissi del diritto, 2015, 159 e ss. ed è tornata alla ribalta la questione della natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità medica tanto che la Suprema Corte ha chiarito come la citata previsione normativa non abbia espresso alcuna opzione da parte del legislatore per la configurazione della responsabilità civile del sanitario come responsabilità necessariamente extracontrattuale, ma abbia inteso solo escludere, in tale ambito, l'irrelevanza della colpa lieve.

interpreti rispetto al quadro consolidato. Si ritenne che la limitazione prevista nell'ambito penale non potesse valere in ambito civilistico, tenuto conto che il giudice civile avrebbe potuto individuare responsabilità del medico anche in caso di osservanza delle linee guida e delle buone pratiche.

Le perplessità vengono superate dalla nuova formulazione della legge, la quale prevede che nelle ipotesi di reati di omicidio colposo o di lesioni colpose (art. 590 sexies c.p. *“qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando siano rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto”*(Art. 6).

L'aver conformato la condotta del medico al rispetto delle linee guida ma anche *“alle specificità del caso concreto”* consente di ritenere che il medico resta esente dalla responsabilità solo se, anche nel rispetto delle linee guida, abbia conformato la condotta alla peculiarità della singola esigenza diagnostica, terapeutica, etc. ciò avrà ancora più rilievo ai fini della rivalsa e cioè ad escludere la colpa grave e precludere l'azione di rivalsa nei casi in cui vi sia stato il rispetto delle buone pratiche e delle raccomandazioni.

Il descritto assetto in tema di operato del medico, nonostante allontani l'interprete dai criteri consueti utilizzati in tema di adempimento dell'obbligazione (artt. 1176 e 1218 c.c.), va posto in relazione al tema dell'inversione dell'onere probatorio ex art. 2043 c.c. al fine di verificarne gli esiti rispetto a quelli raggiunti dagli orientamenti giurisprudenziali tradizionali in tema di contatto sociale.

Criteri funzionali all'accertamento della colpa utilizzati dalla giurisprudenza di legittimità sono quelli che indagano: 1) sulla natura facile o meno dell'operato del professionista; 2) sul peggioramento delle condizioni del paziente; 3) sulla graduazione della colpa di volta in volta richiesta (lieve o presunta se in presenza di casi routinari o dai protocolli codificati; grave, se relativa ad un intervento che trascende la preparazione mediate (non sperimentata non studiata o che esiga un grado di specializzazione notevole); 4) sul corretto adempimento dell'onere di informazione ai fini del consenso al trattamento; 5) sulla regolare tenuta della cartella clinica³⁸.

³⁸ Per tale *“pentologo”*, cfr. Cass. Sez. 3 n. 7997 del 2005.

In tema di operato del medico, pur non costituendo il risultato negativo di un intervento chirurgico una prova sufficiente della *colpa* del chirurgo, tenuto conto che anche operazioni correttamente eseguite possono avere un esito infausto, nell'ipotesi di operazioni semplici o *di routine* che non comportino un particolare rischio per il paziente l'esito infausto, e addirittura il decesso, costituisce un anomalo risultato che denuncia la deviazione della condotta dai binari di una condotta diligente.

L'anomalia del risultato può fondarsi anche su presunzioni di fatto; in altri termini, ciò che il danneggiato dovrà provare non è l'elemento soggettivo psicologico dell'autore del danno, ma l'obiettiva deviazione dagli standard sociali e normativi della condotta.

In tali ipotesi *la presunzione di fatto* che il paziente può far valere ha l'effetto di far gravare sul presunto responsabile l'onere della prova della sua mancanza di colpa.

E addirittura, assumendo la nozione di colpa un valore obiettivo comprensiva dell'inosservanza di regole giuridiche, la prova di tale inosservanza è già *prova della colpa (res ipsa loquitur)* senza che possa dirsi operante una responsabilità speciale o aggravata e ancora l'autore del fatto dovrà dimostrare che l'inosservanza della norma discende ed è conseguenza di un caso fortuito, non evitabile con la normale diligenza.

Pertanto, nella ipotesi di operazione sanitaria di *routine* il risultato che si ottiene dato dalla rilevanza obiettiva delle linee guida come parametro di riferimento e dal criterio della loro adeguatezza al caso specifico è del tutto conforme alla giurisprudenza consolidata sul punto e ricostruita sul modello dell'adempimento della prestazione³⁹.

In tal caso, spetta comunque al professionista superare la presunzione che il risultato anomalo o le complicanze insorte siano state determinate dalla sua responsabilità, dimostrando che siano state, invece, prodotte da un evento imprevisto ed imprevedibile secondo la diligenza qualificata in base alle conoscenze tecnico-scientifiche del momento; ne consegue che il giudice, al fine di escludere la responsabilità del medico nella suddetta ipotesi, non può limitarsi a rilevare l'accertata insorgenza di "complicanze intraoperatorie", ma deve, altresì, verificare la loro eventuale imprevedibilità ed inevitabilità, nonché l'insussistenza del nesso causale tra la tecnica operatoria prescelta e l'insorgenza delle predette complicanze, unitamente all'adeguatezza delle tecniche scelte dal chirurgo per porvi rimedio.

³⁹ In tema di *prestazione di routine v. da ultimo Cass. Sez. 3, 13 ottobre 2017, n. 24074, Olivieri*; nello stesso senso: *Cass. Sez. 3, 17 giugno 2016, n. 12516, Esposito*.

Ciò verrà ottenuto, per un verso, mediante la duplice verifica che il medico si sia attenuto alle linee guida e, per l'altro, che abbia tenuto conto delle specificità del caso concreto.

Ulteriore aspetto problematico in ordine alla tutela risarcitoria dei diritti inviolabili, lesi dal fatto illecito in ambito sanitario, è quello secondo cui non sarebbe applicabile il limite di cui all'art. 1225 c.c. (operante in materia di responsabilità contrattuale, in difetto di richiamo nell'art. 2056 c.c.), secondo cui, al di fuori dei casi di dolo, il risarcimento viene limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui l'obbligazione è sorta. Ciò potrebbe far ipotizzare una certa contraddittorietà negli esiti degli intenti di alleggerimento degli oneri probatori del medico perseguiti dalla disciplina normativa in esame.

Sul significato di tale differenza dottrina autorevole dubita: è dettata per un'esigenza equitativa quale disposizione di favore verso il debitore colposo, ma resta di difficile spiegazione il fatto che non sia estesa alla responsabilità extracontrattuale.

Può ritenersi che la questione perda di significato anche sul versante extracontrattuale tenuto conto che attraverso il principio di regolarità causale può applicarsi il principio prevedibilità del danno (vincolo assunto contenuto in limiti di normalità)⁴⁰.

7.2. Seconda questione: le regole in tema di riparto dell'onere della prova.

A seguito della modifica normativa in esame, come già precisato, vigono le regole ordinarie del riparto dell'onere probatorio in tema di responsabilità extracontrattuale incombendo sul paziente danneggiato l'onere di provare anche il nesso causale tra la condotta ed il danno ingiusto derivatone.

Come da tempo chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, in tema di responsabilità medica il problema della prova del nesso causale, anzitutto, va depurato dai riflessi che in esso proietta la tradizionale distinzione tra obbligazioni di risultato e di mezzi. Secondo tale superata impostazione, si riteneva che, nelle obbligazioni di mezzi essendo aleatorio il risultato, incombesse sul creditore l'onere di provare che il mancato risultato fosse dipeso da scarsa diligenza e che, nelle obbligazioni di risultato, invece, incombesse sul debitore l'onere di provare che il mancato risultato fosse dipeso da causa a lui non imputabile.

⁴⁰ V. in proposito Bianca, op cit. , 144.

Secondo le Sezioni Unite, il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2967 c.c. in materia di responsabilità contrattuale «è identico sia che il creditore agisca per l'adempimento della obbligazione, ex art. 1453 c.c., sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale, ex art. 1218 c.c., senza richiamarsi in alcun modo alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato». Da ciò consegue, che nell'ipotesi in cui la lesione sia avvenuta all'interno di una struttura sanitaria (la fattispecie riguardava il danno da contagio per epatite derivante da emotrasfusione con sangue infetto), per un verso, il danneggiato deve provare il contratto relativo alla prestazione sanitaria ed il danno assunto (allegando che i convenuti erano inadempienti avendolo sottoposto ad emotrasfusione con sangue infetto), per l'altro, la struttura sanitaria e il medico in essa operante, debbono entrambi fornire la prova «che tale inadempimento non vi era stato, poiché non era stata effettuata una trasfusione con sangue infetto, oppure che, pur esistendo l'inadempimento, esso non era eziologicamente rilevante nell'azione risarcitoria proposta, per una qualunque ragione, tra cui quella addotta dell'affezione patologica già in atto al momento del ricovero»⁴¹.

In altri termini, una volta che il paziente abbia provato l'esistenza del rapporto contrattuale e l'insorgenza della patologia e abbia allegato l'inadempimento del medico o della struttura sanitaria, astrattamente idonei a provocare il danno lamentato, rimane comunque a carico di questi ultimi l'onere di dimostrare che non vi sia stato inadempimento o che esso non sia stato rilevante dal punto di vista causale.

Detto criterio di riparto dell'onere probatorio, è stato applicato anche quando viene dedotto l'inesatto adempimento del sanitario; quindi al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento⁴².

⁴¹ Così, Sez. U., n. 577/2008..

⁴² Le Sezioni Unite n. 13533 del 30/10/2001, (in tema di inesattezza dell'adempimento non legato ad una prestazione sanitaria) affermarono che grava sul debitore l'onere di fornire la prova dell'avvenuto adempimento o dell'esattezza dell'adempimento ma tale onere - che trova fondamento nel disposto di cui all'art. 2697, comma 2, c.c. - ma che tale onere non può reputarsi esteso alla dimostrazione della mancanza del nesso causale, che, diversamente dall'adempimento, non integra un fatto estintivo del diritto del creditore. Inoltre, mentre la previsione a carico del debitore dell'onere di fornire la prova "positiva" dell'avvenuto adempimento si giustifica in ragione del criterio di vicinanza della prova (secondo cui l'onere probatorio va posto a carico della parte che più agevolmente può assolverlo), tale criterio non potrebbe essere invocato ai fini dell'inversione dell'onere della prova in ordine al nesso causale tra la condotta dell'obligato e il danno lamentato dal creditore. Tanto il nesso causale

In proposito giova richiamare gli ultimi arresti della giurisprudenza di legittimità che hanno tentato di alleggerire l'onere probatorio a carico dell'esercente la professione sanitaria.

Nella più recente giurisprudenza della S.C. è stato infatti affermato che nei giudizi di risarcimento del danno da responsabilità medica, è onere del paziente dimostrare l'esistenza del nesso causale, provando che la condotta del sanitario è stata, secondo il criterio della regolarità causale ("più probabile che non"), causa del danno, sicché, ove la stessa sia rimasta assolutamente incerta, la domanda deve essere rigettata. Una volta che il danneggiato abbia assolto a tale onere, spetta al convenuto dimostrare l'impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile, provando che l'inesatto adempimento è stato determinato da un impedimento imprevedibile ed inevitabile con l'ordinaria diligenza.

In tema di ripartizione dell'onere probatorio nell'ambito della responsabilità contrattuale, giova ricordare che l'art. 1218 c.c. esonera infatti il creditore dalla prova della colpa del debitore - che si presume, salva la prova liberatoria eventualmente fornita dal debitore medesimo - ma non anche dalla prova del nesso causale tra la condotta colposa di quest'ultimo (l'inadempimento imputabile) e il danno, nesso che va invece dimostrato dal creditore secondo la regola generale di cui all'art. 2697, comma 1, c.c., in quanto fatto costitutivo dell'azionamento diritto al risarcimento⁴³.

Ulteriore aspetto di particolare complessità si presenta allorché venga accertata la responsabilità della struttura e del medico, la prima chiamata a rispondere in via contrattuale, il secondo in via

"materiale" (intercorrente tra l'inadempimento e l'evento di danno) quanto il nesso causale "giuridico" (intercorrente tra l'evento lesivo e le sue conseguenze pregiudizievoli) integrano infatti elementi egualmente "distanti" da entrambi i soggetti del rapporto obbligatorio, talché non può ipotizzarsi a carico del debitore l'onere di fornire una prova liberatoria rispetto all'assenza del nesso di causa analoga a quella richiestagli in relazione all'esattezza dell'adempimento.

Il sistema così delineato è stato esteso alla responsabilità sanitaria, sin da Cass., Sez. U., 11/01/2008, n. 577, secondo cui «in materia di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante». Questo orientamento venne infatti affermato in relazione ad una fattispecie particolare nella quale il creditore-attore aveva allegato un inadempimento qualificato (consistente nell'effettuazione di un'emotrasfusione), tale da comportare di per sé, in assenza di fattori alternativi "più probabili", la presunzione della derivazione del contagio dalla condotta. La prova della prestazione sanitaria conteneva già, in questa prospettiva, quella del rapporto di causalità, per modo che non poteva che incombere sul debitore convenuto l'onere di fornire una prova idonea a superare tale presunzione secondo il criterio generale di cui all'art. 2697, comma 2, c.c., e non la prova liberatoria richiesta dall'art. 1218 c.c.

⁴³ In tal senso cfr. Cass. 26/07/2017 n. 18392.

extracontrattuale, e sebbene ciascuno risponda per un titolo diverso saranno tenuti come debitori in via solidale al risarcimento del danno nei confronti del paziente.

L'unicità del fatto dannoso richiesta dall'art. 2055 c.c. ricorre nel caso in esame ed è volta a rafforzare la garanzia del danneggiato sia rispetto ad un danno causato dal medico facente parte di un *equipe* il quale abbia concorso alla causazione dell'evento dannoso sia rispetto alla responsabilità della struttura che risponde ex art. 1228 c.c. *per fatto dell'ausiliario* di cui si sia avvalsa nel compimento della prestazione⁴⁴.

In particolare, ciascuno dei soggetti convenuti risponderà secondo il proprio titolo di responsabilità: la struttura ex art. 1218 c.c. per fatto proprio, ex art. 1228 c.c. per il fatto dell'ausiliario e cioè dell'inadempimento di quest'ultimo (in quanto l'inadempimento dell'ausiliario è elemento costitutivo della responsabilità del debitore, mentre l'ausiliario non risponde nei confronti del creditore in quanto non è parte del rapporto obbligatorio), nel contempo il medico risponde ex art. 2043 c.c.⁴⁵.

Il carattere solidale dell'obbligazione risarcitoria comporta la soluzione del problema di come vanno regolati i rapporti interni tra i soggetti solidalmente responsabili soprattutto ed in particolare con

⁴⁴ Secondo Cass. Sez. 3 24/09/2015 n.18899 “L'unicità del fatto dannoso richiesta dall'art. 2055 c.c., ai fini della configurabilità della responsabilità solidale degli autori dell'illecito, va intesa in senso non assoluto ma relativo, sicché ricorre tale responsabilità, volta a rafforzare la garanzia del danneggiato e non ad alleviare la responsabilità degli autori dell'illecito, pur se il fatto dannoso sia derivato da più azioni od omissioni, dolose o colpose, costituenti fatti illeciti distinti e anche diversi, sempreché le singole azioni o omissioni, legate da un vincolo di interdipendenza, abbiano concorso in maniera efficiente alla produzione del medesimo evento di danno, a nulla rilevando, a differenza di quanto accade nel campo penalistico, l'assenza di un collegamento psicologico tra le stesse, ovvero le diverse conseguenze dannose derivanti da quell'evento unitario, le quali potranno assumere rilievo ai fini dell'eventuale azione di regresso tra i danneggianti. (Nella specie, la S.C., in accoglimento del ricorso, ha ravvisato l'unicità del fatto dannoso nel contegno posto in essere, da un lato, da un praticante farmacista, resosi responsabile della sottrazione, ai danni della farmacista titolare, di ricette mediche assistite, successivamente utilizzate - per la riscossione del rimborso dovuto dal Servizio Sanitario nazionale - da altri due farmacisti, ciascuno operante singolarmente, nelle qualità di titolari di propri e distinti esercizi farmaceutici).”

⁴⁵ Come esempio di complessità in tema di regresso della struttura sanitaria nei confronti del suo ausiliario cfr. Tribunale Milano, sez. I, 23/11/2016, secondo cui il titolo di responsabilità che invoca il paziente nei confronti del medico non è lo stesso che connota il rapporto tra la struttura sanitaria privata ed il dipendente-professionista, che non può che essere regolato dal contratto che lega i predetti soggetti per cui, mentre il danneggiato deve provare gli elementi costitutivi della responsabilità aquiliana in capo al medico, con il quale non è intercorso un rapporto contrattuale, la struttura che invece è tenuta contrattualmente verso il paziente danneggiato, può rivolgere al suo ausiliario la propria pretesa di rimborso dell'importo risarcitorio versato non con un'azione di regresso interno tra condebitori solidali disciplinata, ai fini dell'onere probatorio e della prescrizione, dalle norme della responsabilità extracontrattuale, ma dimostrando il suo inadempimento all'obbligazione assunta ai sensi dell'art. 1176, comma 2, c.c., restando salva la possibilità del medico di dimostrare che l'inadempimento non sia lui imputabile.

riferimento all'ulteriore questione se la struttura possa rivalersi nei confronti del medico nel caso in cui la condanna pronunciata sia dovuta all'esclusivo fatto doloso o colposo di questi⁴⁶.

In proposito, dopo la legge Gelli, quale azione di regresso/surrogazione debbono esercitare la struttura o l'impresa di assicurazione che abbiano corrisposto al danneggiato l'indennizzo?

Molti i dubbi al riguardo.

L'azione generale di regresso ex art. 1299 c.c. poteva essere esercitata dalla struttura, quella di surrogazione ex art. 1916 c.c. dall'assicuratore della responsabilità civile.

Poteva altresì essere invocata la regola del regresso prevista ex art. 1298 c.c. nei rapporti interni tra debitori e creditori solidali (ove vi è la presunzione di parità delle quote di ciascuno) o nel caso di fatto dannoso imputabile a più persone quella ex art. 2055 c.c. (secondo la quale se il tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno, colui che ha risarcito il danno ha regresso contro ciascuno degli altri nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Nel dubbio le colpe si presumono eguali)⁴⁷.

Sulla disciplina delle azioni di rivalsa e di responsabilità previste dalla legge in commento possono formularsi i seguenti spunti di riflessione.

Il primo attiene **“all'azione di responsabilità amministrativa”**, prevista su iniziativa del giudice contabile (art. 9 comma 5) nell'ipotesi in cui la domanda di risarcimento proposta dal danneggiato nei confronti della struttura pubblica sia accolta.

Tale previsione può indurre a ritenere risolti i dubbi giurisprudenziali in ordine alla possibilità di promovimento dell'azione generale di regresso ex art. 1299 c.c. da parte della struttura sanitaria pubblica al fine di recuperare le somme pagate al paziente in conseguenza dell'errore del medico proprio dipendente.

Secondo l'orientamento tradizionale la struttura pubblica (una ASL, un'azienda ospedaliera) risarcendo il danno al paziente il danno causato dal proprio dipendente medico aveva la possibilità di promuovere l'azione di surrogazione ex art. 1203 c.c., ma anche la possibilità di

⁴⁶ V. in proposito le interessanti e ancora attuali (anche a seguito dell'entrata in vigore della legge) osservazioni di P. Spaziani, *Il d.d.l. sulla responsabilità professionale del personale sanitario in discussione al Senato (AS 2224)*, Giudice donna on line, n. 2, 2016, 18 e ss.

⁴⁷ Per una particolare fattispecie in tema di rapporti interni. Cfr. Sez. 3, n. 16488/2017.

proporre l'azione di danno erariale dinanzi la Corte dei Conti ex art. 22 D.p.r. n. 3 del 1957⁴⁸.

Potrebbe ritenersi che la dizione della norma renda necessaria l'azione di danno erariale mediante l'azione del giudice contabile, nel senso che nell'ambito della responsabilità medica le somme erogate dalla struttura pubblica potranno essere recuperate (allorquando la disciplina diverrà applicabile) soltanto attraverso un giudizio di responsabilità contabile.

Il secondo attiene alla ulteriore questione se **l'azione di rivalsa** in esame costituisca una ipotesi speciale rispetto all'azione di regresso fra condebitori solidali prevista dall'art. 1299 c.c.

Qualche elemento a favore della ricostruzione sistematica che considera detta azione di rivalsa ipotesi speciale di azione di regresso in ambito sanitario può ricavarsi dal fatto che essa può essere esercitata se ricorrono i seguenti presupposti qualitativi, temporali e quantitativi:

-per quanto concerne i presupposti qualitativi, l'azione di rivalsa può essere esercitata soltanto in caso di dolo e colpa grave del medico (art. 9 comma 1);

- per quanto concerne i presupposti temporali, l'azione di rivalsa può essere esercitata nei casi in cui il medico non sia stato parte del giudizio nel quale è stata pronunciata la decisione di risarcimento del danno nei confronti della struttura e della impresa assicurativa (art. 9 commi 2 e 7), chiarendo che la decisione pronunciata nel giudizio contro la struttura e l'assicuratore non fa stato nei confronti del medico che non è stato parte e che in quest'ultimo caso, l'azione di rivalsa può essere azionata soltanto "successivamente" "al risarcimento avvenuto sulla base del titolo giudiziale o stragiudiziale", con i due termini di decadenza (un anno e 45 giorni dalla comunicazione);

- per quanto concerne i presupposti quantitativi, la misura della di rivalsa e quella della surrogazione ex art. 1916 c.c. proposta dalla compagnia di assicurazione per singolo evento, in caso di colpa grave, non può superare una somma pari al triplo del valore maggiore del reddito professionale (vengono esclusi dalla previsione i professionisti che operano in regime libero professionale cfr. art. 9 comma 6 ultimo periodo).

⁴⁸ Si veda Cass. Sez. U. n. 369/1991 (risolvendo un conflitto di giurisdizione tra giurisdizione civile per risarcimento dei danni e giurisdizione contabile hanno affermato che le giurisdizioni sono reciprocamente indipendenti nei profili istituzionali e che "l'interferenza può avvenire tra giudizi non tra giurisdizioni") nonché la giurisprudenza amministrativa e contabile conforme a tale orientamento, citata in Rossetti, *la vigna dell'inetto*, 2.

Ipotizziamo che - come è probabile - l'impresa di assicurazione, pagato l'indennizzo, si surroggi nella posizione che aveva la struttura verso il responsabile del danno ovvero chiedendo il riconoscimento del proprio diritto a rivalersi nei confronti del medico:

- incontrerà il limite della colpa grave e non potrà richiedere il regresso per colpa lieve;
- sarà soggetta al termine di decadenza di un anno e al termine di decadenza ancora più stringente di 45 giorni derivante dall'obbligo di comunicazione (art. 13);
- sarà soggetta infine al massimale (della misura della rivalsa e della surrogazione richiesta dalla impresa di assicurazione) che non potrà superare una somma "pari al triplo del valore maggiore del reddito professionale, ivi compresa la retribuzione lorda, conseguito nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo".

Qualche elemento a sfavore di tale ricostruzione:

* in primo luogo, si è osservato che mentre è normale che l'azione contabile sia limitata alla colpa grave e al dolo, ciò è assolutamente discutibile quando sia "calmierata" riguardo a rapporti che appartengono al diritto comune delle obbligazioni, sia in rapporto all'azione di regresso generale rispetto al proprio dipendente da parte della struttura ex art. 1299 c.c., sia in relazione all'azione di surrogazione intentata dalla assicurazione ex art. 1916 c.c. con le quattro limitazioni sopra indicate (la più eclatante che non possa rivalersi se non per la colpa grave e nei limiti del massimale previsto). Vale a dire che a parità di credito muta la possibilità di recuperarlo a seconda della qualità di chi lo pretende (paziente danneggiato, struttura, assicurazione). La misura del credito muta dunque a seconda della qualità del creditore.

* in secondo luogo, si è paventato un effetto perverso quasi un circolo inestricabile tra limitata surrogazione - premi più alti – meno contributi a disposizione del Fondo di garanzia; ma si è osservato che la surrogazione, consentendo il recupero dell'indennizzo, porta ad un contenimento dei premi.

* infine si è evidenziato che l'assicuratore che volesse agire in surrogazione potrà recuperare dal terzo responsabile soltanto una parte del credito (facendosi riferimento al triplo del valore maggiore della retribuzione lorda annuale del medico nel triennio nel quale la condotta che ha causato il danno è iniziata) ⁴⁹.

⁴⁹ Nel ritenere, invece, sempre esercitabile l'azione di regresso generale ex art. 1299 c.c., si vedano le

7.3. I criteri di valutazione e liquidazione del danno.

Un profilo relevantissimo che avrebbe richiesto ben più attenzione del fugace cenno al problema, è quello del raccordo con il sistema di liquidazione del danno alla persona contenuto nel comma 4 dell'art. 7 ove si specifica che il danno conseguente all'attività della struttura e del medico è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private ⁵⁰.

Il tema è quello della predeterminazione legale del danno alla persona rispetto agli ambiti della assicurazione della responsabilità civile obbligatoria, tema già ritenuto (come già ricordato) costituzionalmente conforme. ⁵¹

In questo ambito, elementi di criticità sono, per un verso, la previsione secondo cui il *giudice tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria nella determinazione del risarcimento del danno* (art. 7, comma 3) e, per l'altro, la circostanza che *“il danno è risarcito”* sulla base delle tabelle delle cd. macropermanenti previste nella delega contenuta nell'art. 138 del codice delle assicurazioni che ad oggi non hanno ancora visto la luce. Pertanto, il calmere risarcitorio viene ancorato a parametri non ancora esistenti.

Anche il calmere assicurativo è ancorato a parametri ancora non esistenti. Va rilevato, infatti, che l'art. 10 comma 6 della legge in commento demanda alla normativa secondaria (ancora non emanata – doveva esserlo ad agosto 2017) anche la determinazione dei requisiti minimi delle polizze assicurative. Tace la norma su parametri specifici idonei ad isolare i rischi in categorie omogenee. Avrebbe di certo meritato una maggior attenzione l'enucleazione di indicazioni dettagliate in tema di sistemi di gestione del rischio sia per le strutture sanitarie sia per il medico, individuando classi di rischio a cui far corrispondere massimali differenziati, nonché il chiarimento sulla consistenza delle “misure

interessanti osservazioni critiche di Rossetti, *L'assicurazione*, op. cit.

⁵⁰ Cfr. M. Gagliardi, *Profili assicurativi*, op.cit., 2017, 3.

⁵¹ cfr. Corte cost. n. 235/2014 sulla legittimità costituzionale dell' art. 139 cod. assicurazioni. ove la Corte tra l'altro ha rammentato che è ragionevole il bilanciamento operato dal legislatore tra i contrapposti valori coinvolti nel vigente sistema di responsabilità civile per la circolazione dei veicoli obbligatoriamente assicurata nel quale le assicurazioni, concorrendo *ex lege* al Fondo di garanzia per le vittime della strada, perseguono anche fini solidaristici e l'interesse risarcitorio particolare del danneggiato deve comunque misurarsi con quello, generale e sociale, degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi. Infatti, l'introdotta meccanismo standard di quantificazione del danno attinente al solo specifico e limitato settore delle lesioni di lieve entità e coerentemente riferito alle conseguenze pregiudizievoli registrate dalla scienza medica, lascia spazio al giudice personalizzare l'importo risarcitorio risultante dall'applicazione delle tabelle.

analoghe” per il caso di assenza o di parziale copertura dell’ente da parte della impresa di assicurazione⁵².

⁵² Sia consentito rinviare a I. Ambrosi, *Obblighi assicurativi, azione diretta, meccanismi di rivalsa e regresso nella responsabilità sanitaria (notazioni a margine della legge 8 marzo 2017 n. 24)*, in corso di pubblicazione.