

ANTONIO MIELE^(*)

LA RESPONSABILITÀ MEDICA ALLA LUCE DELLA «LEGGE BALDUZZI»

Abstract: The paper aims at reconstructing the legal nature of the professional responsibility of the physician after the Balduzzi's reform (Decree Law 13 September 2012, n. 158). The essay retraces the evolution of doctrine and jurisprudence relevant to medical responsibility, with particular reference to the most recent cases before the Court of merit and the 'Suprema Corte di Cassazione'.

SOMMARIO: 1. Le peculiarità della responsabilità del professionista intellettuale. – 2. L'evoluzione giuridica della natura della responsabilità medica. – 3. La controversa natura giuridica della responsabilità medica dopo l'avvento della legge Balduzzi.

1. — *Le peculiarità della responsabilità del professionista intellettuale.*

La professione intellettuale, come autorevolmente enunciato in dottrina, consiste in quelle caratteristiche attività di particolare pregio per il loro carattere intellettuale, che trovano il loro elemento qualificante proprio nella prestazione dell'opera puramente creativa, a significare la peculiarità che si ravvisa nell'apporto offerto dall'intelligenza e dalla cultura del professionista medesimo⁽¹⁾.

Più nel dettaglio, elementi qualificanti della stessa sono: la prestazione di un'opera intellettuale, improntata oltre che ai generali canoni di diligenza e prudenza, alle specifiche regole (*leges artis*) del settore di riferimento del professionista; la tendenziale autonomia e discrezionalità riconosciuta al professionista nell'esecuzione della prestazione, anche ove si inserisca in un rapporto di lavoro subordinato (su tutti l'esempio del medico dipendente

^(*) Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali Luiss Guido Carli di Roma.

⁽¹⁾ G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 70.

dell'ente ospedaliero); il carattere personale della prestazione ai sensi dell'art. 2232 c.c., in ragione del rapporto fiduciario che viene ad instaurarsi tra professionista e cliente⁽²⁾. Inoltre, per l'esercizio di talune professioni intellettuali è necessaria per legge l'iscrizione in appositi albi o elenchi *ex* art. 2229 c.c.

L'art. 2230 c.c., regolamentando il contratto d'opera professionale richiama, da un lato, la normativa dettata nel capo di cui esso fa parte, dall'altro, in quanto compatibili, le disposizioni dettate per il contratto d'opera (art. 2222 c.c.). Le fattispecie previste dall'art. 2222 c.c. e dall'art. 2230 c.c., si configurano come due *species* del medesimo *genus*, rappresentato dalla categoria del lavoro autonomo. L'aspetto di distinzione tra le due fattispecie si riscontra nella diversa natura dell'opera svolta dal singolo prestatore. Mentre nel contratto d'opera questa consiste in una qualsiasi attività che determini una modificazione dello stato preesistente di una cosa, realizzandosi con ciò, anche qualora si tratti di un servizio, al contrario nel contratto d'opera intellettuale l'opera, o più precisamente la prestazione, consiste nell'attuazione di un determinato comportamento rispetto ad un risultato. Nel contratto d'opera intellettuale l'opera rileva, quindi, nel suo aspetto dinamico e strumentale, quale tramite per il conseguimento di un determinato obbiettivo, anche se non è escluso che oggetto del contratto tra professionista intellettuale e cliente possa essere proprio un *opus*.

Il codice civile prevede per il contratto d'opera intellettuale una disciplina speciale rispetto allo schema generale della *locatio operis*. Ricorrono, nello specifico, indubbi aspetti favorevoli quali la disciplina sul compenso, le spese e gli acconti *ex* artt. 2233 e 2234 c.c. e soprattutto sulla responsabilità *ex* art. 2236 c.c., ma anche taluni aspetti sfavorevoli, quale quello sulla facoltà di recesso del cliente di cui all'art. 2237 c.c.⁽³⁾.

⁽²⁾ Il dettato dell'art. 2232 c.c. prevede che: «il prestatore d'opera deve eseguire personalmente l'incarico assunto». Ciò non esclude che il professionista, nell'adempimento della propria prestazione, possa avvalersi di ausiliari e sostituti, purché questi operino sotto la sua direzione e responsabilità in modo tale da salvaguardare il *proprium* del legame fiduciario.

⁽³⁾ Il disposto dell'art. 2237, 1° comma c.c., riconosce in favore del cliente il diritto di recedere dal contratto, rimborsando al prestatore d'opera le spese sostenute e pagando il

Tra gli aspetti favorevoli, merita una particolare attenzione la disciplina della responsabilità del professionista intellettuale. Il disposto dell'art. 2236 c.c. recita testualmente che: «se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni se non in caso di dolo o colpa grave». In pratica, se per le prestazioni ordinarie il professionista risponde del danno causato anche per colpa lieve, nell'ipotesi in cui la sua prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il professionista risponderà dei danni cagionati solamente in caso di dolo o colpa grave. La *ratio legis* del precetto normativo sarebbe quella di contemperare due opposte esigenze: quella di non mortificare l'iniziativa del professionista con timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso e quella, inversa, di non indulgere nel caso di decisioni non ponderate o riprovevoli inerzie del professionista⁽⁴⁾. Il punto di equilibrio si troverebbe nell'applicazione delle normali regole di responsabilità, stabilendo per i soli casi in cui ricorrono problemi tecnici di speciale difficoltà l'esenzione del professionista dalla responsabilità per colpa lieve, prevedendosi così un'attenuazione della normale responsabilità, rispondendo dei danni solo in caso di colpa grave e dolo. La giurisprudenza di Cassazione ha accolto un'interpretazione dell'art. 2236 c.c. secondo la quale tale norma si applicherebbe soltanto quando è in discussione la perizia del professionista e non quando, al contrario, ci si trovi di fronte all'imprudenza o all'incuria del professionista. A sostegno di tale lettura dell'art. 2236 c.c. la dottrina ritiene che il legislatore faccia riferimento ai "problemi tecnici", perché la colpa che viene in rilievo è soltanto l'imperizia, consistente nella violazione di regole tecniche e nella mancanza di determinate cognizioni⁽⁵⁾.

Il concetto di "problemi tecnici di speciale difficoltà" non è definibile in termini generali per tutte le professioni, ma deve essere precisato, caso

compenso per l'opera svolta. Il cliente, quindi, non è tenuto a risarcire alla controparte il lucro cessante.

⁽⁴⁾ Così si legge nella Relazione al codice civile (n. 917), nonché in Corte cost., 28 novembre 1973, n. 166, in *www.cortecostituzionale.it*.

⁽⁵⁾ F. GALGANO, *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Padova, 2007, p. 34.

per caso, dal giudice in relazione alla concreta qualificazione soggettiva del professionista. L'inutilità di una definizione generale deriva dalla vaghezza del concetto in parola: per problemi tecnici, infatti, si debbono intendere quei problemi caratterizzati da straordinarietà e particolare eccezionalità nel loro manifestarsi e/o nel loro evolversi, la cui risoluzione trascende la preparazione media: o perché ancora non studiati a sufficienza; oppure perché dibattuti con riguardo ai metodi da adottare (molteplici e tra di loro incompatibili)⁽⁶⁾. In particolare, con riferimento alla professione medica, integrano problemi tecnici di speciale difficoltà: i casi che, per essere stati oggetto, nella stessa letteratura medica, di dibattiti e studi dagli esiti tra loro opposti, per la novità della loro emersione, ovvero per essere caratterizzati dalla straordinarietà e particolare eccezionalità del loro manifestarsi, non possono considerarsi ricompresi nel doveroso – *rectius* diligente – patrimonio culturale, professionale e tecnico del professionista, avuto riguardo, anche in questo caso, alle peculiarità del settore ove svolge la sua attività, e ad uno standard medio di riferimento⁽⁷⁾.

Sempre in riferimento all'ipotesi della prestazione professionale medica, all'art 2236 c.c. non va assegnata rilevanza alcuna ai fini della ripartizione dell'onere probatorio, incombendo in ogni caso sul medico il dover dare la prova della particolare difficoltà della prestazione, giacché la norma in questione implica solamente una valutazione della colpa del professionista in relazione alle circostanze del caso concreto⁽⁸⁾.

In ogni caso di insuccesso della prestazione professionale incombe sul medico l'onere di dare la prova della particolare difficoltà della prestazione e delle problematiche tecniche insorte⁽⁹⁾. Il paziente che agisce in giudizio, deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria, deve provare il contratto e allegare l'inadempimento del professionista, restando a carico dell'obbligato l'onere di provare l'esatto adempimento, con la conseguenza

⁽⁶⁾ Cass., 8 luglio 1994, n. 6464 in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 767.

⁽⁷⁾ Cass., 7 maggio 1988, n. 3389 in *www.leggiditalia.it*.

⁽⁸⁾ Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 1824.

⁽⁹⁾ Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, c. 455 ss.

che la distinzione tra 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 cui l'ordinamento è informato⁽¹⁰⁾.

Il disposto dell'art. 1176, 2° comma c.c. secondo il quale «nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata», delinea una seconda caratteristica della prestazione professionale. Il professionista, nell'esercizio della sua attività, è tenuto a rispettare non solo i canoni richiesti dalla diligenza generica⁽¹¹⁾, ma anche quelli relativi alla diligenza specifica richiesta dalla natura della prestazione.

Secondo la dottrina maggioritaria, il richiamo operato dal legislatore alla natura dell'attività esercitata non crea una nozione di diligenza diversa rispetto a quella contenuta nel primo comma dello stesso articolo, ma detta criteri aggiuntivi alla diligenza media costituiti, appunto, da una diligenza professionale, da dedursi di volta in volta, in relazione all'attività esercitata⁽¹²⁾. Non può, dunque, parlarsi di una responsabilità aggravata a carico del professionista, ma più semplicemente di una responsabilità calibrata sulla natura dell'attività esercitata.

In riferimento alla prestazione del medico, il disposto dell'art. 1176, 2° comma c.c., gli impone, nell'adempimento delle obbligazioni contrattuali inerenti alla propria attività professionale, di adottare una diligenza che non è solo quella del buon padre di famiglia *ex* art. 1176, 1° comma c.c., ma è anche quella specifica del debitore qualificato, la quale comporta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la

⁽¹⁰⁾ Cass., 20 ottobre 2014, n. 22222, in *www.leggiditalia.it*.

⁽¹¹⁾ Ossia quelli di cui all'art. 1176, 1° comma c.c. secondo il quale il debitore nell'adempire la prestazione deve usare la diligenza del buon padre di famiglia.

⁽¹²⁾ F. SANTORO-PASSARELLI, *Professioni intellettuali*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 25.

conoscenza della professione medica, ivi compreso l'obbligo di sorveglianza sulla salute del soggetto operato anche nella fase postoperatoria⁽¹³⁾.

Il richiamo alla diligenza ha, in questi casi, la funzione di ricondurre la responsabilità alla violazione di obblighi specifici derivanti da regole disciplinari precise. In altri termini, il richiamo alla diligenza, in dette ipotesi, sta a significare l'applicazione di regole tecniche all'esecuzione dell'obbligo, e quindi il parametro della diligenza diventa un criterio oggettivo e generale e non soggettivo. In tale forma di diligenza è quindi compresa anche la perizia, da intendersi come conoscenza e attuazione delle regole tecniche proprie di una determinata arte o professione. Il grado della diligenza, di per sé astratto ed oggettivo, deve pur sempre essere apprezzato in relazione alle circostanze concrete e tra queste, quanto alla responsabilità professionale del medico, vi rientrano anche le dotazioni della struttura ospedaliera in cui esso opera.

2. — *L'evoluzione giuridica della natura della responsabilità medica.*

In ambito civilistico, si distinguono due differenti forme di responsabilità con connotazioni giuridiche diverse: la responsabilità contrattuale e la responsabilità extracontrattuale. Costituisce illecito extracontrattuale, la violazione di un diritto o di una situazione giuridica tutelata in modo assoluto, *erga omnes*, mentre si ha responsabilità contrattuale, o da inadempimento, quando viene violato un diritto relativo⁽¹⁴⁾. Le due distinte responsabilità generano differenti conseguenze, sia in ambito di onere della prova che in ambito di prescrizione della relativa azione di responsabilità e di effetti giuridici relativi al risarcimento del danno.

Le principali caratteristiche della responsabilità extracontrattuale si ravvisano nell'art. 2043 c.c. il quale stabilisce che: «qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno». La responsabilità extracontrattuale prescinde

⁽¹³⁾ Cass., 11 marzo 2002, n. 3492 in *www.leggiditalia.it*.

⁽¹⁴⁾ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1989, p. 205.

dall'esistenza di un vincolo contrattuale o obbligatorio. Ne costituiscono elementi costitutivi: il fatto lesivo, il dolo o la colpa del danneggiante, l'anti-giuridicità o ingiustizia del danno, il nesso di causalità e il danno.

La responsabilità contrattuale è, invece, conseguenza dell'inadempimento di un'obbligazione dovuta. Essa consiste, quindi, nella violazione di uno specifico dovere, proveniente da un preesistente vincolo obbligatorio rimasto inadempito. La responsabilità contrattuale è disciplinata dall'art. 1218 c.c., secondo il quale: «il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno se non prova che l'inadempimento o il suo ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile». Il debitore pertanto deve compiere la prestazione al momento dovuto, nel luogo dovuto e secondo le modalità stabilite. La mancata realizzazione di detto comportamento costituisce inadempimento dell'obbligazione. Affinché sorga la responsabilità contrattuale, quindi, è necessario *in primis* la sussistenza del nesso causale ossia che il danno sia conseguenza immediata⁽¹⁵⁾ e diretta del comportamento negligente del debitore⁽¹⁶⁾.

Nell'ambito dell'esercizio dell'attività medica, anzitutto, occorre distinguere la responsabilità gravante sulla struttura sanitaria da quella derivante da fatti di cui è chiamato a rispondere il singolo medico che in concreto ha posto in essere la condotta colposa pregiudizievole per il paziente.

Con riguardo alla prima ipotesi, è ormai consolidato, in dottrina⁽¹⁷⁾ e giurisprudenza⁽¹⁸⁾, l'inquadramento della stessa nell'ambito della responsabilità contrattuale, sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini

⁽¹⁵⁾ Per immediatezza si intende il requisito negativo del nesso di causa, inteso nel senso della mancanza di un concorso di altre cause efficienti, che possano aver reso mediato l'apporto causale dell'agente.

⁽¹⁶⁾ Secondo quanto stabilito dalle Sezioni Unite nella famosa sentenza *Franzese*, la condotta illecita deve essere antecedente causale rispetto all'evento; deve essere scientificamente provata la regolarità del processo causale; tale ricostruzione deve essere anche logicamente e razionalmente credibile (Cass, Sez. Un., 11 luglio 2002, n. 30328).

⁽¹⁷⁾ F. PECCENNINI, *Dalla responsabilità del medico alla responsabilità sanitaria*, in AA.VV., *La responsabilità sanitaria*, Bologna, 2007, p. 1 ss.

⁽¹⁸⁾ Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, in www.leggiditalia.it.

del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto. In un primo tempo, tale legame è stato interpretato e disciplinato sulla base dell'applicazione analogica al rapporto paziente-struttura delle norme in materia di contratto di prestazione d'opera intellettuale vigenti nel rapporto medico-paziente, con il conseguente appiattimento della responsabilità della struttura su quella del medico⁽¹⁹⁾.

Da detta ricostruzione derivava, infatti, un duplice ordine di conseguenze. In primo luogo, anche nei confronti della struttura sanitaria era applicabile la limitazione di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c. per gli interventi di difficile esecuzione. In secondo luogo, per affermare la responsabilità contrattuale della struttura era imprescindibile l'accertamento della colpa del medico⁽²⁰⁾.

Al fine di valorizzare e distinguere la complessità della prestazione di assistenza sanitaria gravante sulla struttura sanitaria, la giurisprudenza ha successivamente inaugurato un nuovo percorso interpretativo distinguendo il rapporto paziente-struttura da quello paziente-medico. La fonte del rapporto paziente-struttura è stata identificata in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo, insorgono a carico della casa di cura o dell'ente ospedaliero, accanto a quelli di tipo *latu sensu* alberghieri, obblighi 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 o emergenze⁽²¹⁾. Da tale ricostruzione consegue l'apertura a forme di responsabilità autonome dell'ente, che prescindono dall'accertamento della condotta negligente del medico.

La suddetta ricostruzione è stata consacrata dalle sentenze nn. 576-585 della S.C. dell'11 gennaio 2008. È stato così definitivamente riconosciuto che: oggetto dell'obbligazione non è solo la prestazione del medico, ma una

⁽¹⁹⁾ Cass., Sez. un., n. 577/2008, cit.

⁽²⁰⁾ In tal senso la cassazione ha affermato la riconducibilità della responsabilità della struttura sanitaria a quella tipica del professionista (Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, cit.).

⁽²¹⁾ Cass., Sez. un., n. 577/2008, cit.

prestazione complessa definita di “assistenza sanitaria”; l’attività del medico non è che un segmento della più complessa prestazione richiesta all’ente ospedaliero, potendosi riconoscere una responsabilità di quest’ultimo anche in mancanza di responsabilità del personale sanitario o di difetto di connessione eziologica tra l’esito infausto e l’intervento chirurgico; unitario è il criterio di responsabilità, sia per la casa di cura privata che pubblica, non essendo possibile differenziare la responsabilità in base alla natura del soggetto danneggiante, trattandosi di violazioni che incidono sul fondamentale diritto alla salute, senza possibilità di limitazioni di responsabilità o differenze risarcitorie a seconda della diversa natura (pubblica o privata) della struttura sanitaria.

Con riguardo alla responsabilità del medico che ha eseguito la prestazione sanitaria, il problema della natura della sua responsabilità si pone in quanto, nella maggior parte dei casi, l’obbligo di cura del sanitario trova fondamento, non già in un contratto d’opera professionale direttamente stipulato con il paziente⁽²²⁾, ma nel rapporto di lavoro alle dipendenze della struttura sanitaria sia essa pubblica o privata. Dalla dicotomia tra parte formale (l’ente) del contratto di cura concluso con il paziente e parte sostanziale (il medico) che materialmente esegue la prestazione pattuita sono derivati ampi dibattiti in dottrina e giurisprudenza riguardo la natura della responsabilità di quest’ultimo.

Secondo l’impostazione precedentemente illustrata, l’accettazione di un paziente nell’ospedale, ai fini del ricovero oppure di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto d’opera professionale tra il paziente e l’ente ospedaliero⁽²³⁾. A questo rapporto contrattuale il medico rimane del tutto estraneo, venendo a instaurarsi con il malato solo un rapporto giuridicamente indiretto⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ Nel qual caso è indubbia la natura contrattuale della connessa responsabilità.

⁽²³⁾ Cass., 24 marzo 1979, n. 1716, in *Foro it.*, 1980, I, c. 1115.

⁽²⁴⁾ Prova ne è che il paziente non ha alcuna facoltà di scelta del medico che lo avrà in cura. Del resto, il medico designato provvede allo svolgimento dell’attività diagnostica e della conseguente attività terapeutica quale organo dell’ente ospedaliero e non già in forza di un vincolo contrattuale che lo lega al paziente.

Da ciò era discesa la conclusione che la responsabilità del sanitario verso il paziente per il danno cagionato da un suo errore diagnostico o terapeutico è soltanto extracontrattuale, con la conseguenza che il diritto al risarcimento del danno spettante al paziente nei confronti del medico si prescrive nel termine quinquennale *ex art. 2947 c.c.*⁽²⁵⁾. In definitiva, la struttura sanitaria e il medico dipendente rispondono dei danni occorsi al paziente a titolo diverso, rispettivamente contrattuale ed extracontrattuale, potendo il paziente danneggiato invocare il cumulo o il concorso di responsabilità al fine di garantire una maggiore tutela dei beni fondamentali della persona⁽²⁶⁾.

Un approccio così rigoroso ha, però, mostrato una serie di limiti tanto sul piano della tenuta teorica che delle conseguenze pratiche. Sotto il primo versante, ravvisare nel medico un *quisque de populo* che senza alcun titolo si ingerisce nell'altrui sfera giuridica, significa non tener conto del rapporto che egli instaura con il paziente e in virtù del quale è chiamato a osservare gli stessi obblighi cui sarebbe tenuto in base a un contratto diretto. Anche sotto il diverso profilo delle ricadute pratiche tale tesi mostra tutta la sua inadeguatezza. Corollari della responsabilità aquiliana del medico sono: la prescrizione del diritto del paziente al risarcimento del danno nel breve termine di 5 anni⁽²⁷⁾ e il più gravoso onere probatorio a suo carico non operando l'inversione dell'onere della prova di cui all'art. 1218 c.c.

Sul finire degli anni ottanta, la giurisprudenza ha recepito le critiche mosse dalla dottrina alla qualificazione extracontrattuale della responsabilità del medico. Si è inaugurato un nuovo corso a favore della natura contrattuale delle responsabilità tanto dell'ente ospedaliero che del medico dipendente.

La prima sentenza della Cassazione ad inaugurare il nuovo corso fonda la sua argomentazione sul disposto dell'art. 28 Cost. a norma del quale «i funzionari e dipendenti dello stato e degli enti pubblici, sono direttamente

⁽²⁵⁾ Cass., 24 marzo 1979, n. 1716, cit.

⁽²⁶⁾ Precisando ulteriormente, si tratta di un'ipotesi di concorso improprio; mentre si ha concorso proprio laddove un unico comportamento risalente al medesimo autore appaia di per sé lesivo non solo di diritti specifici derivanti dal contratto, ma anche dei diritti soggettivi tutelati *erga omnes*, indipendentemente dalla fattispecie contrattuale.

⁽²⁷⁾ Anziché nell'ordinario termine di 10 anni *ex art. 2946 c.c.*

responsabili secondo le leggi penali civili e amministrative degli atti compiuti in violazione dei diritti». Sulla base di tale presupposto si afferma la responsabilità contrattuale diretta e di tipo professionale sia dell'ente in quanto ad esso è riferibile l'operato del medico dipendente sulla base del principio dell'immedesimazione organica sia del medico in quanto la sua responsabilità avrebbe radice comune a quella dell'ente⁽²⁸⁾. Detta tesi ha prestato il fianco ad una molteplicità di critiche: il richiamo all'art. 28 Cost. non è apparso esaustivo; il richiamo alla comune radice della responsabilità sia dell'ente che del medico non è sembrato risolutivo, potendosi ipotizzare casi di concorso di responsabilità contrattuale e extracontrattuale derivanti dal medesimo fatto lesivo⁽²⁹⁾.

Attesi tali elementi di criticità avverso la suddetta tesi, si è percorsa la diversa strada dell'applicazione della normativa relativa al contratto a favore di terzo, fondata sull'assunto secondo cui l'ente gestore del servizio sanitario, nel momento in cui si insatura la prestazione professionale del medico, stabilisce anche che il beneficiario di detta prestazione sia il paziente che successivamente richiederà la prestazione sanitaria. Anche tale ricostruzione è stata sottoposta a numerose critiche, dalle quali è emerso che, in primo luogo, potrebbe anche mancare il contratto tra casa di cura e medico; in ogni caso, si è obiettato che il soggetto danneggiato non agisce in forza del contratto esistente tra l'ente e il medico, di cui egli sarebbe terzo beneficiario, ma agisce in forza del diverso "contratto" intervenuto tra lui e l'ente gestore per ottenere la prestazione sanitaria, rispetto alla quale egli non è terzo beneficiario ma parte contrattuale.

Le medesime critiche sono state mosse anche nei confronti di coloro che ravvisano in tale fattispecie un contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo. Nel caso del rapporto medico-paziente, l'attività diagnostica e terapeutica, quindi la prestazione, è dovuta direttamente nei confronti del paziente, che non è mero beneficiario di obblighi di protezione, ma destinatario degli obblighi di prestazione del contratto.

⁽²⁸⁾ Cass., 1° marzo 1988, n. 2144, in *Resp. civ. e prev.*, 1988, p. 992.

⁽²⁹⁾ Si tratta, come già evidenziato, delle ipotesi di concorso o cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale "proprio" (in capo allo stesso agente) e "improprio" (in capo a soggetti diversi).

Alla luce delle critiche sopra evidenziate, la soluzione più convincente al fine di attribuire natura contrattuale alla responsabilità del medico appare quella elaborata dalla Cassazione nella celebre sentenza n. 589 del 22 gennaio 1999⁽³⁰⁾.

Per la prima volta la giurisprudenza di legittimità ha affermato che l'obbligazione del medico dipendente per responsabilità professionale nei confronti del paziente si fonda sul "contatto sociale"⁽³¹⁾ caratterizzato dall'affidamento che il malato ripone in colui che esercita una professione protetta che ha per oggetto beni costituzionalmente tutelati. La natura contrattuale di tale obbligazione è individuata con riferimento non alla fonte, ma al con-

⁽³⁰⁾ La giurisprudenza ha in tale sentenza definitivamente recepito le critiche mosse dalla dottrina alla tesi della natura extracontrattuale delle responsabilità del medico. Fondamentale è stato, al riguardo, il contributo di C. CASTRONOVO, in *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV., *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, I, p. 148 ss.

⁽³¹⁾ Come sostenuto dalla dottrina per contatto sociale si intende la relazione, priva di fonte contrattuale, che intercorre tra due soggetti dei quali il primo faccia affidamento nell'adempimento di un dovere di diligenza gravante sul secondo in ragione delle sue qualità tecnico-professionali; il rapporto concretamente intervenuto tra i due soggetti e l'affidamento che legittimamente il primo riponga nei confronti del secondo integrano un fatto idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c. e, in particolare, a produrre un obbligo di protezione. Il contenuto di tale obbligo si sostanzia nell'utilizzo di un'adeguata diligenza nell'espletamento della propria attività tecnica o professionale, tale da evitare il verificarsi di pregiudizi in capo al soggetto con cui sia venuto in contatto. Pur in assenza di un sia pur tacito vincolo contrattuale, il soggetto gravato da obblighi di protezione risponderà dei danni cagionati per negligenza secondo la disciplina della responsabilità da inadempimento e non ex art. 2043 c.c. Il principale teorico del concetto dell'obbligo di protezione è HEINR. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *Arch. civ.*, 1932, 136, p. 257 ss.; v. anche H. STOLL, *Il contratto e i terzi*, in *Annuario del diritto tedesco*, a cura di S. Patti, Milano 2000, p. 17. In Italia, v. soprattutto C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 123 ss.; ID., *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 1 ss.; ID., *Sul significato di "materia contrattuale" e "materia di illeciti civili" nelle fonti europee relative alla competenza giurisdizionale*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 526 ss.; F. BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 1342 ss., spec. p. 1354 ss.; ID., *Doveri di protezione*, in *Digesto civ.*, VII, Torino, 1994, p. 225 ss.; F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 109 ss.; A. DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 1 ss. In giurisprudenza v. Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Contratti*, 2007, p. 991.

tenuto del rapporto. Il “contatto”, infatti, si instaura tra medico e paziente al momento dell'accettazione e della presa in carico del sanitario, inquadrando in tal modo la fattispecie nella categoria dottrinale dei cosiddetti rapporti contrattuali di fatto, nei quali il rapporto obbligatorio nasce da comportamenti modellati su una fattispecie contrattuale di cui seguono la disciplina, seppur in assenza di una base negoziale⁽³²⁾. Nei confronti del medico dipendente si configurerebbe una responsabilità contrattuale nascente da un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto, in quanto, poiché sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, e la violazione di esso si configura come *culpa in non faciendo*, la quale dà origine a responsabilità contrattuale.

Non è possibile criticare la qualificazione come “contrattuale” della responsabilità del medico, invocando la rigidità del catalogo delle fonti *ex art.* 1173 c.c. L'art. 1173 c.c., 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 (diritto alla salute), che trascendono singole proposizioni legislative. In questa prospettiva, quindi, si ammette che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrano in contatto, senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali, e tuttavia ad esso si ricollegano obblighi comportamentali di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso⁽³³⁾. In tali casi non può esservi solo responsabilità aquiliana, poiché questa non nasce

⁽³²⁾ In senso contrario v. M. PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e resp.*, 2009, pp. 705-706, secondo cui «non si tratta di “estendere” al rapporto tra medico e paziente il contratto intercorrente tra quest'ultimo e la struttura sanitaria: l'attività del medico è, propriamente, adempimento dell'ente (tramite un ausiliario), e questo esclude sia una qualifica di essa come adempimento di un *distinto* contratto col paziente, sia la qualificazione come *prestazione autonoma* dell'agente, quale ipotesi cioè di adempimento del terzo».

⁽³³⁾ Cfr. E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, p. 355 ss.

in violazione di obblighi ma dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive altrui. Quando ricorre la violazione di obblighi, la responsabilità è contrattuale, poiché il soggetto non ha fatto (*culpa in faciendo*) ciò a cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*, secondo lo schema tipico della responsabilità contrattuale.

La prestazione del medico nei confronti del paziente pertanto è sempre la stessa, vi sia o meno un contratto d'opera professionale tra i due. Ciò è dovuto al fatto che, trattandosi dell'esercizio di un servizio di pubblica necessità, che non può svolgersi senza una speciale abilitazione dello Stato, l'esercizio di tale attività non può essere diversa a seconda che esista o meno un contratto. L'assenza formale di un contratto non è in grado di neutralizzare la professionalità che qualifica *ab origine* l'opera del medico, e che si traduce in obblighi di comportamento nei confronti di chi su tale professionista ha fatto affidamento, entrandovi in contatto.

Non si tratta quindi di contatto sociale dal quale insorge un'obbligazione senza prestazione. Bensì l'obbligazione nascente dal contatto sociale non ha ad oggetto la sola protezione del paziente ma una prestazione che si modella su quella conseguente alla stipula di un contratto d'opera professionale.

La presenza o meno di un contratto quindi acquista rilievo solo al fine di stabilire se il medico è obbligato alla prestazione della sua attività sanitaria⁽³⁴⁾. In assenza di un esplicito contratto il paziente non potrà pretendere la prestazione sanitaria dal medico, ma se il medico interviene perché a tanto tenuto nei confronti dell'ente ospedaliero di appartenenza, l'esercizio della sua attività sanitaria non potrà essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un esplicito contratto intercorrente tra paziente e medico.

La teoria del contatto sociale ha così omologato la responsabilità della struttura sanitaria e quella del medico, attribuendo ad entrambe natura contrattuale. Da ciò consegue per il paziente danneggiato, l'elisione delle differenze di regime probatorio a seconda che si agisca nei confronti dell'ente ospedaliero o del medico dipendente: e ciò, in particolare, sia ai fini della

⁽³⁴⁾ Salvi i casi in cui tale attività è obbligatoria *ex lege*.

prova dell'inadempimento causalmente rilevante *ex art.* 1218 c.c. che dell'elemento soggettivo⁽³⁵⁾.

Su quest'ultima tematica si è assistito ad un'importante evoluzione giurisprudenziale. L'orientamento tradizionale della giurisprudenza, operando sul terreno della dicotomia obbligazioni di mezzi/obbligazioni di risultato⁽³⁶⁾ differenziava il regime probatorio in tema di inadempimento della prestazione medica (obbligazione di mezzi) rispetto a quello ordinario previsto dall'art. 1218 c.c. (riferibile alle sole obbligazioni di risultato). Sulla base di tale orientamento si riteneva che mentre per le obbligazioni di risultato incombesse sul creditore solo l'onere di provare il titolo dell'obbligazione e la scadenza del termine per l'adempimento (*id est*, l'inadempimento) al contrario, nel caso di obbligazioni di mezzi, questi era tenuto a provare l'inesatto adempimento *ex art.* 1176, 2° comma c.c.⁽³⁷⁾.

⁽³⁵⁾ Stante l'inversione dell'*onus probandi* rispetto alla fattispecie aquiliana di cui all'art. 2043 c.c.

⁽³⁶⁾ Tale distinzione è stata originariamente elaborata in Francia da R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, V, Paris, 1925, 1237, p. 536 ss., e recepita in Italia da L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. di dir. comm.*, 1954, p. 192. Da questa è derivata una netta distinzione della concezione unitaria di obbligazione in due categorie opposte sul piano della responsabilità: nelle obbligazioni di mezzi trova applicazione la regola della responsabilità per colpa; in quelle di risultato, la regola della responsabilità oggettiva. Le obbligazioni di risultato si considerano adempiute se il debitore è stato diligente nel perseguimento del risultato, mentre quelle di risultato, a prescindere dalla diligenza del debitore. Pertanto sul piano squisitamente probatorio, mentre nelle obbligazioni di mezzi il debitore, per andare esente da responsabilità, deve provare la propria diligenza, in quelle di risultato invece, è tenuto a dimostrare di avere realizzato il risultato, a prescindere dall'assunzione di un comportamento diligente. In senso critico, v. M. PARADISO, *op. cit.*, p. 703 ss. Sul punto, v. ora G. SICCHIERO, *Dalle obbligazioni «di mezzi e di risultato» alle obbligazioni «governabili o non governabili»*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 1391 ss., il quale propone una rilettura della distinzione classica tra obbligazioni di mezzi e risultato, anche oggi concretamente utilizzata dalla giurisprudenza e codificata nei principi *Unidroit*, rilevando come in ogni attività esistano prestazioni che possono essere promesse perché governabili dal debitore ed altre che invece sfuggono al suo controllo e sono perciò non governabili. Su questa base è possibile conciliare il rapporto tra gli artt. 1176 e 1218 c.c., escludendo la rilevanza del requisito della colpa, salve le ipotesi in cui sia richiamato dal legislatore, come nell'art. 2236 c.c.

⁽³⁷⁾ Tale onere subiva un temperamento solo nel caso di interventi operatori di routine

La tesi dell'allocazione differenziata dell'onere della prova in funzione della natura (semplice o complessa) dell'intervento terapeutico è stata confutata dall'intervento delle Sezioni unite con la sentenza n. 13533 del 2001. In tale sentenza è stato enucleato il principio secondo il quale poiché il presupposto fattuale ossia l'inadempimento è il medesimo, non può che essere identico il criterio di riparto dell'onere della prova sia che il creditore agisca per la risoluzione contrattuale e/o per il risarcimento del danno, che per l'adempimento. In tutti e tre i casi egli sarà tenuto a provare solo la fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi all'allegazione della mera circostanza dell'inadempimento della controparte; mentre il debitore convenuto sarà gravato dell'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento o dall'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Lo stesso principio, a detta delle Sezioni Unite, trova applicazione anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento ma l'inesatto adempimento dell'obbligazione. Grava pur sempre sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento.

In pratica, il paziente dovrà provare l'esistenza del contratto (o del contatto sociale) e allegare l'inadempimento consistente nell'aggravamento della situazione patologica o nell'insorgenza di nuove patologie per l'effetto dell'intervento; mentre resta a carico del medico o dell'ente ospedaliero la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile (*id est*, l'alea terapeutica).

3. — *La controversa natura giuridica della responsabilità medica dopo l'avvento della legge Balduzzi.*

L'art. 3, 1° comma del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con modificazioni dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, stabilisce che «l'esercente

o comunque di non difficile esecuzione ai quali conseguisse un risultato inaspettatamente peggiorativo delle condizioni finali del paziente.

la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene alle 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».

Detto intervento legislativo è finalizzato a risolvere il contrasto sorto in sede giurisprudenziale: ad un orientamento meno attento alle indicazioni terapeutiche contenute nelle linee guida, siccome ritenute incapienti la multiformità dei casi clinici sottoposti al vaglio giudiziale vista la loro astrattezza, si contrapponeva una giurisprudenza che, al contrario, non prescindeva da quelle indicazioni nel valutare la colpa del medico.

Il legislatore ha così imposto al giudice di tener conto in relazione alle peculiarità del caso concreto delle linee guida ospedaliere e dei protocolli terapeutici, accertando se siano stati o meno eseguiti. Tali *guidelines* rientrano *ex lege* fra i criteri che il giudice deve utilizzare per sindacare l'attività professionale svolta da un medico. Il rispetto delle *guidelines* tuttavia non esonera il medico se concorrono altri elementi che inducono per la sussistenza della colpa grave. Le *guidelines* costituiscono un criterio di valutazione concorrente, poiché è il caso concreto ad imporre i comportamenti correttamente attivabili e non viceversa. Se così non fosse il medico diverrebbe un mero burocrate dei trattamenti sanitari indicati o imposti.

L'art. 3 della l. n. 189/2012 al fine di limitare la responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie e contrastare il fenomeno della medicina difensiva ha quindi introdotto una scriminante, ovvero una situazione in presenza della quale un fatto che altrimenti costituirebbe reato, non lo è. Qualora il medico si sia attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica e versi in astratto in ipotesi di colpa lieve non risponde penalmente ovvero la sua condotta non è qualificabile come reato.

Nelle ipotesi in cui il medico sia esonerato da responsabilità penale per colpa lieve, il legislatore si è premurato di precisare che «in tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile». Il richiamo esplicito alla disciplina della responsabilità risarcitoria da fatto illecito (art.

2043 c.c.)⁽³⁸⁾ ha suscitato ampi dibattiti in dottrina e giurisprudenza riguardo la natura giuridica della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria.

Sulla base di un primo orientamento, la l. n. 189/2012 non muterebbe la natura della responsabilità civile del medico.

Secondo il Tribunale di Arezzo il richiamo all'art. 2043 c.c. contenuto nella legge Balduzzi è limitato all'individuazione di un obbligo senza alcuna indicazione dei criteri da applicare nell'individuazione della responsabilità risarcitoria del medico e quindi non vi sarebbero ragioni per ritenere che la novella incida sulla costruzione della responsabilità medica (responsabilità contrattuale) e che imponga un *revirement* giurisprudenziale nel senso di un ritorno ad un'impostazione aquiliana, con le consequenziali ricadute in punto di riparto degli oneri probatori e di durata del termine di prescrizione⁽³⁹⁾.

Anche i giudici del Tribunale di Rovereto hanno sostenuto che nessuna portata innovatrice deriva dal decreto Balduzzi in merito alla responsabilità civile del medico che, nonostante il richiamo all'art. 2043 c.c., va comunque ricondotta al disposto dell'art. 1218 c.c. in caso di inadempimento o inesatto adempimento dell'obbligazione legale gravante anche sul medico e che troverebbe la sua fonte nella legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (l. n. 833/1978)⁽⁴⁰⁾.

Sul punto si è pronunciata a più riprese anche la Cassazione. La giurisprudenza della Suprema Corte ha sottolineato che si tratta di una norma il cui tratto di novità si rinviene esclusivamente in funzione delimitativa della responsabilità penale che ne deriva in quanto, se, da un lato, opera una distinzione tra colpa lieve e colpa grave, dall'altro, tende a dare rilevanza alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica prevedendo, in particolare, che il medico che vi si sia attenuto non risponda più a titolo di omicidio e/o di lesioni colpose per colpa lieve, ma solo per colpa grave. Nessuna innovazione è riscontrabile riguardo la natura giuridica

⁽³⁸⁾ V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 378.

⁽³⁹⁾ Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013, n. 196 in *Danno e resp.*, 2013, pp. 368-370.

⁽⁴⁰⁾ Trib. Rovereto, 29 dicembre 2013, C. MASIERI, *Sui riflessi civilistici dell'art. 3 d.l. Balduzzi in tema di colpa medica*, in www.penalecontemporaneo.it.

della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria. Il riferimento all'art. 2043 c.c. è una svista del legislatore, un errore involontario nella formulazione della norma, inidoneo in quanto tale a modificare il quadro concettuale di riferimento e la natura sempre contrattuale della responsabilità del medico⁽⁴¹⁾.

Sempre la Cassazione ha affermato che «l'art. 3, comma 1, della legge n. 189/2012, 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 prendere posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità di quella natura. La norma, dunque, non induce il superamento dell'orientamento tradizionale sulla responsabilità da contatto e sulle sue implicazioni»⁽⁴²⁾.

Un diverso orientamento giurisprudenziale ha affermato che, in assenza di un contratto, la responsabilità del medico andrebbe ricondotta a quella da fatto illecito, stante l'esplicito richiamo dell'art. 3, l. n. 189/2012, all'art. 2043 c.c.

Il Tribunale di Varese ha evidenziato che la struttura della disposizione legislativa introdotta dalla legge Balduzzi sembra abbastanza logica. In sede civile, anche in caso di colpa lieve, è ammessa l'azione di risarcimento del danno *ex art. 2043 c.c.* Il legislatore in modo consapevole e non per dimenticanza ha riabbracciato il modello di responsabilità civile medica così come designato precedentemente al 1999⁽⁴³⁾, secondo il quale in assenza di contratto il paziente danneggiato poteva richiedere il danno, esercitando l'azione aquiliana. Tale interpretazione è conforme alla stessa finalità del decreto Balduzzi, ossia quella di contrastare il fenomeno della medicina

⁽⁴¹⁾ Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030 in *Danno e resp.*, 2013, p. 367 s.

⁽⁴²⁾ Cass., ord. 17 aprile 2014, n. 8940, in *www.foroitaliano.it*.

⁽⁴³⁾ Cass., Sez. un., 22 gennaio 1999, n. 589, in *www.leggiditalia.it*.

difensiva. Il medico vedrebbe, infatti, alleggerito il suo onere probatorio, gravando sul paziente danneggiato anche l'onere – non richiesto *ex art.* 1218 c.c. – di provare l'elemento soggettivo di imputazione della responsabilità⁽⁴⁴⁾.

Anche i giudici del Tribunale di Torino hanno evidenziato che il legislatore ha dettato una norma che smentisce l'elaborazione giurisprudenziale della teoria del contatto sociale, affermando che nei casi di irrilevanza penale della condotta del medico egli è comunque responsabile *ex art.* 2043 c.c. Il fatto che anche in tali fattispecie resti comunque fermo l'obbligo di cui all'*art.* 2043 c.c. significherebbe che per il legislatore tale obbligo viene dato per scontato anche nei casi penalmente rilevanti. L'*art.* 2043 c.c. sarebbe la norma a cui ricondurre la responsabilità del medico. L'*art.* 3, l. n. 189/2012 cambia il "diritto vivente", operando una scelta di campo del tutto chiara e congruente con la finalità di contenimento degli oneri risarcitori della sanità pubblica e stabilisce il definitivo superamento della teoria del contatto sociale⁽⁴⁵⁾.

Secondo lo stesso Tribunale di Milano, il tenore letterale del 1° comma dell'*art.* 3, l. n. 189/2012 non sembra legittimare semplicisticamente un'interpretazione della norma nel senso che il richiamo all'*art.* 2043 c.c. sia atecnico o frutto di una svista, né l'articolo in questione può essere qualificato come una legge esclusivamente penale o eccezionale che, *ex art.* 14 disp. prel. c.c., troverebbe applicazione nei soli casi ivi previsti. Se è corretta l'affermazione della Corte di Cassazione secondo cui è escluso che la legge Balduzzi abbia inteso esprimere un'opzione a favore della qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità extracontrattuale, non è al contrario condivisibile l'interpretazione complessiva dell'*art.* 3, 1° comma della l. n. 189/2012, laddove la Corte conclude che a tale norma non andrebbe attribuito alcun rilievo che possa condurre al superamento dell'orientamento giurisprudenziale precedente del contatto sociale⁽⁴⁶⁾. Se la responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria fosse pur sempre

⁽⁴⁴⁾ Trib. Varese, 26 novembre 2012, in *Danno e resp.*, 2013, pp. 375-378.

⁽⁴⁵⁾ Trib. Torino, 26 febbraio 2013, in *Danno e resp.*, 2013, pp. 373-375.

⁽⁴⁶⁾ Cass., ord. 17 aprile 2014, n. 8940, cit.

una responsabilità contrattuale, anche in assenza di un contratto fra il sanitario e il paziente, risulterebbe errato oltre che superfluo il richiamo effettuato dal legislatore all'art. 2043 c.c. Tale tipologia di responsabilità non verrebbe infatti in rilievo nemmeno nelle ipotesi esplicitamente indicate dal legislatore.

Pertanto, secondo quanto sostenuto dal Tribunale di Milano, sembra corretto interpretare il disposto dell'art. 3, 1° comma della l. n. 189/2012 nel senso che il legislatore ha inteso fornire una precisa indicazione nel senso che, al di fuori dei casi in cui il paziente sia legato al professionista da un rapporto contrattuale, il criterio attributivo della responsabilità civile del medico va individuato in quello della responsabilità da fatto illecito *ex* art. 2043 c.c., con tutto ciò che ne consegue sia in tema di riparto dell'onere della prova, sia di termine di prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento del danno. Solo aderendo a detto orientamento si può attribuire alla norma un'interpretazione conforme tanto al suo tenore letterale quanto all'intenzione del legislatore. Proprio in sede di conversione del decreto legge il legislatore ha voluto consapevolmente alleggerire la responsabilità del medico attraverso il richiamo all'art. 2043 c.c.

Attribuire un diverso significato all'art. 3, 1° comma della l. n. 189/2012 significherebbe violare il disposto dell'art. 12 disp. prel. c.c., elidendo il richiamo all'art. 2043 c.c.⁽⁴⁷⁾.

Dai richiami giurisprudenziali effettuati, in riferimento alla natura giuridica della responsabilità medica emerge un quadro fortemente spaccato che necessita di dover essere ricostruito. Prima di prendere posizione sulla possibile portata innovatrice della previsione normativa introdotta dall'art. 3, l. n. 189/2012, occorre premettere che essa non riguarda tutti i casi di responsabilità in ambito sanitario.

In primo luogo, la norma in esame non riguarda in alcun modo la responsabilità della struttura sanitaria. Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale la responsabilità risarcitoria della struttura sanitaria va sempre ricondotta alla responsabilità da inadempimento *ex* art. 1218 c.c.

⁽⁴⁷⁾ Trib. Milano, 2 dicembre 2014.

Per le strutture sanitarie inserite nel Servizio sanitario nazionale l'obbligo di prestare l'assistenza sanitaria può essere individuato nella stessa l. n. 833/1978 (istitutiva del servizio sanitario pubblico a tutela del diritto alla salute garantito *ex art. 32 Cost.*). Diversamente per le strutture sanitarie private non inserite nel Servizio sanitario nazionale l'analoga responsabilità risarcitoria discende dalla conclusione di un contratto atipico di ospitalità o di assistenza sanitaria concluso al momento dell'accettazione del paziente nella struttura sanitaria.

Ne deriva che, ogni qualvolta il paziente agisca nei confronti della sola struttura sanitaria, non assume alcun rilievo la previsione dell'art. 3, 1° comma della l. n. 189/2012 che si riferisce esclusivamente all'esercente la professione sanitaria. Il paziente che agisce nei confronti della struttura sanitaria è pertanto tenuto a provare l'esistenza del contratto di ospitalità e a dedurre l'inadempimento di una delle prestazioni sanitarie dovute dalla struttura.

Qualora il danneggiato intenda agire nei confronti dell'esercente la professione sanitaria occorre distinguere l'ipotesi in cui il paziente abbia concluso un contratto con il medico da quella in cui le parti non hanno concluso nessun contratto.

È indubbio che nel caso in cui il paziente abbia stipulato un contratto con il medico egli potrà continuare ad invocare la responsabilità da inadempimento *ex art. 1218 c.c.* del medico. Nessun riflesso quindi potrà avere in tal caso sulla responsabilità risarcitoria del medico la previsione contenuta nell'art. 3, 1° comma della l. n. 189/2012 e in particolare il richiamo all'art. 2043 c.c. È infatti escluso che la legge Balduzzi abbia inteso esprimere un'opzione a favore della qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità extracontrattuale⁽⁴⁸⁾.

Escluse quindi dall'ambito di applicazione della legge Balduzzi le sopra menzionate ipotesi, si desume che il problema applicativo dell'art. 3, 1° comma della l. n. 189/2012 si pone solo in relazione a quei casi in cui il paziente agisca contro il medico responsabile del danno, senza allegare l'esistenza di un contratto d'opera professionale.

⁽⁴⁸⁾ Cass., ord. 17 aprile 2014, n. 8940, cit.

Il tenore letterale dell'art. 3, 1° comma della l. n. 189/2012 e le finalità perseguite dalla legge Balduzzi (contenimento della spesa pubblica e riduzione del fenomeno della medicina difensiva) non sembrano legittimare un'interpretazione di tale norma nel senso che il richiamo all'art. 2043 c.c. sia frutto di una "svista" del legislatore o sia stato adottato in modo "atecnico"⁽⁴⁹⁾.

Il legislatore non ha adottato in modo inconsapevole il richiamo all'art. 2043 c.c. Ciò emerge anche da quello che è stato il percorso legislativo che ha condotto all'attuale disposto dell'art. 3, 1° comma della l. n. 189/2012. Nella sua originaria formulazione, detta norma aveva un contenuto totalmente differente rispetto a quello adottato dal parlamento in sede di conversione del d.l. 159/2012. L'originario disposto dell'art. 3, 1° comma del d.l. 158/2012 prevedeva che: «fermo restando il disposto dell'art. 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'art. 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale». La norma, quindi, non conteneva alcuna previsione destinata ad incidere sulla responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria e nessun richiamo alla responsabilità da fatto illecito. In sede di conversione il legislatore ha completamente stravolto il disposto dell'art. 3, 1° comma, prevedendo che: «l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene alle 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».

Stante il tenore letterale del nuovo art. 3, 1° comma, non appare corretta l'interpretazione fornita dalla Corte di Cassazione secondo la quale il richiamo all'art. 2043 c.c. sarebbe frutto di un errore e risulterebbe privo

⁽⁴⁹⁾ Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030, cit.

di qualsiasi rilievo⁽⁵⁰⁾. Compito dell'interprete non è quello di svuotare di significato l'art. 3, 1° comma, l. n. 189/2012 ma quello di attribuire il senso che può avere in base al suo tenore letterale e all'intenzione del legislatore (art. 12, disp. prel. c.c.).

Da quella che è la nuova formulazione dell'art. 3, 1° comma della l. n. 18/2012 appare evidente che il Parlamento, in sede di conversione, abbia voluto alleggerire la posizione degli esercenti la professione sanitaria non solo escludendone la responsabilità penale in caso di colpa lieve ma anche riconoscendone in tali casi la responsabilità civile non già *ex art. 1218 c.c.*, bensì *ex art. 2043 c.c.*

A meno che non si consideri la norma in questione una legge penale o una legge eccezionale⁽⁵¹⁾, sulla base dei criteri ermeneutici indicati all'art. 12 disp. prel. c.c., appare arduo sostenere che il legislatore sia incorso in un errore e abbia inteso limitarsi a far salvo l'obbligo di risarcire il danno mediante un atecnico richiamo all'art. 2043 c.c. Sia il richiamo esplicito alla norma cardine che prevede il risarcimento del danno per fatto illecito sia l'inequivoca volontà della legge Balduzzi di restringere e di limitare la responsabilità risarcitoria derivante dall'esercizio delle professioni sanitarie per porre rimedio al dilagante fenomeno della medicina difensiva inducono a rivedere i criteri di imputazione della responsabilità risarcitoria del medico per i danni provocati in assenza di un contratto concluso dal professionista con il paziente.

A fronte del dettato normativo contenuto nell'art. 3, 1° comma della l. n. 189/2012 o si ritiene che essa sia una legge penale o eccezionale, destinata a disciplinare solo ed esclusivamente i casi ivi previsti, o sembra corretto dover interpretare la norma nel senso che la responsabilità risarcitoria del medico, eccezion fatta per i casi in cui il paziente sia legato al medico da un contratto d'opera professionale, vada ricondotta nell'alveo della responsabilità da fatto illecito *ex art. 2043 c.c.* con tutto ciò che ne consegue in tema di riparto

⁽⁵⁰⁾ Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030, cit.

⁽⁵¹⁾ Per cui ai sensi dell'art. 14 disp. prel. c.c. troverebbe applicazione nei soli casi ivi previsti.

dell'onere della prova e di termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno.

Il disposto dell'art. 3, 1° comma della legge Balduzzi porta a rivedere l'orientamento giurisprudenziale che riconduceva la responsabilità del medico in ogni caso all'art. 1218 c.c., anche in assenza di un contratto d'opera professionale tra medico e paziente. La stessa teoria del contatto sociale non era risultata immune da critiche. Come da alcuni evidenziato, questa non era nient'altro che una forzatura giurisprudenziale, venendo il medico a essere tenuto *ex art. 1218 c.c.* a risarcire i danni anche in mancanza di un contratto con il paziente.

Il superamento ad opera del legislatore della teoria del "contatto sociale"⁽⁵²⁾ non sembra comportare un'insopprimibile compressione delle possibilità per il paziente di ottenere il risarcimento dei danni derivanti dalla lesione dei diritti fondamentali della persona. Ricondurre in tali casi la responsabilità del medico nell'alveo della responsabilità da fatto illecito dovrebbe favorire la c.d. alleanza terapeutica tra medico e paziente, senza che il professionista sanitario sia più tenuto ad uno "strisciante" obbligo di risultato al quale il medico non è normativamente tenuto ma a cui finisce per essere di fatto tenuto in forza dell'applicazione del disposto dell'art. 1218 c.c.⁽⁵³⁾.

Conseguenza processuale della nuova natura della responsabilità del medico sembrerebbe essere la scelta del paziente di agire nei confronti della sola struttura sanitaria, beneficiando del più favorevole regime di responsabilità da inadempimento⁽⁵⁴⁾. La *ratio legis* è quindi chiara: la previsione di un differente regime di responsabilità della struttura sanitaria (contrattuale) e del medico (extracontrattuale) e la possibilità per il paziente di agire nei soli

⁽⁵²⁾ Cass., Sez. un., 22 gennaio 1999, n. 589, cit.

⁽⁵³⁾ Ponendo a suo carico l'obbligo di risarcire il danno qualora questi non fosse in grado di provare di aver esattamente adempiuto la prestazione e che il danno derivasse da causa a lui non imputabile.

⁽⁵⁴⁾ In tale ipotesi, si prevede l'esercizio dell'azione di rivalsa nei confronti del professionista sanitario, da parte della struttura sanitaria. Tale azione tuttavia è esercitabile solo in caso di dolo o colpa grave del medico e soltanto successivamente al risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o stragiudiziale.

confronti della struttura sanitaria, salva la rivalsa di quest'ultima, ma solo per dolo o colpa grave del medico, sono volte a disincentivare azioni di responsabilità dirette nei confronti dell'esercente la professione sanitaria. Se il danneggiato agisse nei confronti del solo medico sarebbe gravato dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2043 c.c. Esercitando l'azione nei confronti della struttura sanitaria, invece, il paziente beneficerebbe del più mite onere della prova di cui all'art. 1218 c.c. e, al contempo, il medico, in sede di rivalsa, sarebbe esente da responsabilità in caso di fatto illecito commesso con colpa non grave⁽⁵⁵⁾.

In conclusione il dettato dell'art. 3, 1° comma della l. n. 189/2012 non incide sul regime di responsabilità civile della struttura sanitaria né del medico che ha concluso un contratto d'opera professionale con il paziente. Tali ipotesi di responsabilità derivano da inadempimento e restano disciplinate dall'art. 1218 c.c.

Se non si ritiene l'art. 3, 1° comma della l. n. 189/2012 una legge penale o eccezionale, la responsabilità del medico è ricondotta dalla legge Balduzzi alla disciplina della responsabilità aquiliana, stante l'esplicito richiamo all'art. 2043 c.c.

Da ciò non consegue una compressione del diritto al risarcimento del danno del paziente in conseguenza di una lesione del suo diritto alla salute o all'integrità fisica. Egli potrà sempre esercitare l'azione da inadempimento nei confronti della struttura sanitaria qualora intenda avvalersi dei "vantaggi" della disciplina di cui all'art. 1218 c.c.⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁵⁾ I relativi danni sarebbero giuridicamente ed economicamente posti a carico della struttura sanitaria.

⁽⁵⁶⁾ Resta fermo il diritto del paziente di agire anche nei confronti dell'esercente la professione sanitaria *ex* art. 2043 c.c.