

LE NUOVE LEGGI CIVILI COMMENTATE

RIVISTA BIMESTRALE
ANNO XL

a cura di
GIORGIO CIAN
ALBERTO MAFFEI ALBERTI
PIERO SCHLESINGER

4/2017

> edicolaprofessionale.com/NLC

Direzione:

G. Balena, M. Campobasso, M. Cian, G. De Cristofaro,
M. De Cristofaro, F. Delfini, G. Guerrieri, M. Meli,
S. Menchini, E. Minervini, S. Pagliantini, D. Sarti

Redattore capo:

A. Finessi

**Il nuovo modello procedimentale di liberazione
dell'immobile pignorato (d.l. n. 59/16, conv., con modif.,
dalla l. n. 119/16)**

**La riforma dell'esecuzione 2016
(d.l. n. 59/16, conv., con modif., dalla l. n. 119/16)**

La responsabilità civile in ambito sanitario

Le assicurazioni di responsabilità civile in ambito sanitario

**Accordo di corresponsione *una tantum*
e procedure stragiudiziali di separazione e divorzio**

**La trascrivibilità dell'accordo di mediazione
che accerta l'usucapione**

Riforma del diritto dei contratti e cessione di quote sociali



Wolters Kluwer

SAGGI ED APPROFONDIMENTI

NICOLA DE LUCA

Professore della Univ. Campania “Vanvitelli” e della LUISS Guido Carli

MANUEL FERRANTE

Dottore di ricerca in diritto civile dell’Univ. Molise

ANDREA NAPOLITANO

Dottore in giurisprudenza della LUISS Guido Carli,
LLM Candidate Columbia University (*)

LA RESPONSABILITÀ CIVILE IN AMBITO SANITARIO

(artt. 7-9 l. 8 marzo 2017, n. 24)

SOMMARIO. 1. La responsabilità civile dell’esercente la professione sanitaria e delle strutture sanitarie. – 2. *A)* La responsabilità delle strutture sanitarie. – 3. *B)* La responsabilità del medico dipendente delle strutture sanitarie. – 4. *Segue:* la responsabilità penale e civile dell’esercente la professione sanitaria. – 5. *C)* Allocazione degli oneri di allegazione e prova e prescrizione. – 6. *Segue:* il concorso tra responsabilità contrattuale e aquiliana. – 7. Il nesso di causalità e il relativo regime probatorio. – 8. Il danno e il relativo regime probatorio.

1. La responsabilità civile dell’esercente la professione sanitaria e delle strutture sanitarie.

Secondo una ricerca dell’Organizzazione Mondiale della Sanità risalente al 2000, l’Italia vanta il secondo sistema sanitario migliore del mondo in termini di efficienza di spesa e accesso alle cure pubbliche per i cittadini, dopo la Francia⁽¹⁾. Il dato è stato sostanzialmente confermato nel

(*) Contributo pubblicato previo parere favorevole formulato da un componente del *Comitato per la valutazione scientifica*. Sebbene frutto di una riflessione comune, sono da imputarsi a Nicola de Luca il par. 1; a Nicola de Luca e Andrea Napolitano, i parr. 2-6; a Manuel Ferrante i parr. 7-8. Gli autori hanno tenuto conto delle osservazioni del referee, nonché di quelle del prof. Mario Campobasso, che ringraziano. Resta ovviamente ferma la responsabilità per eventuali errori e per le opinioni espresse.

⁽¹⁾ *Sanità, nella classifica mondiale Italia battuta solo dalla Francia*, in *Corriere della Sera*, 20 giugno 2000.

2014: secondo una classifica elaborata da Bloomberg, l'Italia risultava terza nel mondo per efficienza della spesa sanitaria⁽²⁾.

Nonostante la reputazione di cui gode il servizio sanitario italiano, i casi di *medical malpractice* sono tutt'altro che infrequenti e danno luogo a notevole contenzioso. Adirittura vi sono intere sezioni di tribunali italiani che, di fatto, vengono esclusivamente impegnate in controversie che hanno ad oggetto casi di responsabilità civile in ambito sanitario. Tali controversie evidenziano, da una parte, inefficienze del sistema sanitario pubblico o privato – ad es., danni dovuti ad infezioni nosocomiali, ritardo nelle cure, o inadeguatezza delle strutture – e dall'altra parte, più frequentemente, errori umani: errate diagnosi o errati trattamenti da parte dei medici.

Chi agisce in giudizio lamenta un danno alla propria salute o a quello di un proprio congiunto che imputa ora alla struttura sanitaria o al medico ora, più spesso, ad entrambi. Il danno materiale lamentato viene ascritto alla condotta a volte commissiva, ma più spesso omissiva, del medico e per esso della struttura sanitaria cui appartiene. L'obiettivo ultimo è ottenere un ristoro per equivalente pecuniario, là dove il danno materiale – come accade normalmente – sia permanente e non possa essere emendato.

Fino a tempi assai recenti, la materia della responsabilità sanitaria risultava esclusivamente assoggettata ai principi del codice civile. Tuttavia, l'importante formante giurisprudenziale venutosi a creare per la proliferazione delle azioni giudiziarie pendenti davanti ai tribunali italiani aveva notevolmente contribuito, nel corso del tempo, ad affinare l'impiego degli strumenti generali per la specifica materia⁽³⁾.

(2) *La sanità italiana? «È la più efficiente in Europa e terza nel mondo»*, in *Il Sole 24 Ore*, 7 ottobre 2014.

(3) Amplicissima la letteratura, spesso dedicata anche ai profili assicurativi. Oltre a DE LUCA, *Assicurazione della responsabilità medica*, in *Assicurazioni*, 2008, I, p. 465 (già ID., *Tipologie principali di assicurazioni di responsabilità civile*, in *Responsabilità e assicurazione*, a cura di C. Borgia, Milano, 2007, p. 412 ss.), v., anche per i profili pratici, tra gli altri, HAZAN e ZORZIT, *Responsabilità sanitaria e assicurazione*, Milano, 2012; VISINTINI, *La responsabilità del debitore per fatto degli ausiliari*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da Visintini, III, Padova, 2009, spec. p. 605 ss.; DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova, 2007; COMANDÉ e TURCHETTI, *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*, Padova, 2004. Da ultimo, v. PARTENZA, *La nuova responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria*, Pisa, 2017; CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria*, in questa *Rivista*, 2017, p. 453, nonché GELLI, HAZAN e ZORZIT (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Milano, 2017 (uscito quando il presente scritto era in bozze e del quale dunque non si è potuto tenere conto).

La giurisprudenza si è dovuta anzitutto confrontare con il problema della configurazione della responsabilità medica, soprattutto in relazione alle più frequenti ipotesi di *malpractice*, che si verificano nelle strutture sanitarie pubbliche o private, a seconda dei casi, in assenza di un espresso contratto d'opera tra paziente e medico, ovvero tra il paziente e la stessa struttura sanitaria.

Al riguardo si poneva la necessità di risolvere alcuni importanti dubbi:

a) se la struttura pubblica o privata nella quale il medico opera dovesse rispondere (e a quale titolo) dei danni da quest'ultimo cagionati e, in particolare, se tale responsabilità sussistesse solo quando tra la struttura ospedaliera ed il medico vi fosse un rapporto di lavoro dipendente;

b) se anche in assenza di un espresso contratto d'opera tra paziente e medico quest'ultimo dovesse direttamente rispondere del proprio operato nei confronti dei pazienti e, in caso affermativo, se a titolo di illecito o di responsabilità contrattuale;

c) se l'onere della prova circa il danno, il nesso causale e l'elemento soggettivo della condotta dovesse gravare sul paziente.

Come meglio vedremo, le soluzioni oggi dettate dalla recente l. 8 marzo 2017, n. 24, che introduce una riforma organica in materia di sicurezza delle cure e di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie, sono in larga parte da considerare un *restatement* di tale formante giurisprudenziale; in alcuni casi, viceversa⁽⁴⁾, le suddette soluzioni sono state adottate proprio per correggere tale formante, in linea con la anticipata riforma della responsabilità penale degli esercenti la professione sanitaria, risalente alla c.d. Legge Balduzzi del 2012 (d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con modificazioni dalla l. 8 novembre 2012, n. 189). La riforma contiene inoltre importanti previsioni sul processo⁽⁵⁾ e sull'assicurazione di responsabilità⁽⁶⁾.

2. A) *La responsabilità delle strutture sanitarie.*

Quanto al primo quesito, la giurisprudenza aveva da tempo risposto che tra paziente e struttura sanitaria, anche in mancanza di un accordo

(4) La disciplina della responsabilità individuale dell'esercente la professione sanitaria di cui all'art. 7 della suddetta legge è in tal senso esemplare.

(5) Su cui v. ZUMPARO, *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, in questa *Rivista*, 2017 p. 480.

(6) I temi connessi all'assicurazione saranno affrontati, con saggio coordinato al presente, da DE LUCA, D'AIELLO e SCHIAVOTTIELLO, *L'assicurazione della responsabilità civile in ambito sanitario*, in questa *Rivista*, 2017, p. 788 ss.

espresso, si stabilisce un legame contrattuale, c.d. da contatto sociale, a nulla rilevando se il paziente abbia avuto possibilità di scegliere consapevolmente il medico o la struttura presso la quale sottoporsi alle cure.

Il principio della responsabilità contrattuale è stato affermato per la prima volta in una decisione della Suprema Corte risalente al 1978⁽⁷⁾: questa prima decisione, pur affermando la natura contrattuale della responsabilità, non chiariva se questa derivasse dall'inadempimento di un contratto d'opera professionale, in cui cioè le prestazioni dell'ente coincidono con quelle dei medici di cui si serve, o se invece il rapporto struttura-paziente dovesse essere ricondotto ad altro contratto, probabilmente atipico.

A pochi mesi di distanza, la Corte risolse il dubbio specificando che l'accettazione del paziente nell'ospedale, ai fini del ricovero ovvero di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto d'opera professionale tra il paziente e l'ente ospedaliero, il quale assume a proprio carico, nei confronti del paziente, l'obbligazione di svolgere l'attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica in relazione alla specifica situazione patologica del paziente preso in cura⁽⁸⁾. Nel formulare questa affermazione, la Suprema Corte intendeva principalmente escludere che il contratto d'opera potesse intercorrere con il medico di cui l'ente si serve e che può assumere responsabilità solo a titolo di illecito⁽⁹⁾.

Con successive sentenze⁽¹⁰⁾, tuttavia, la Suprema Corte ha sposato una diversa tesi in relazione alla responsabilità della struttura sanitaria, sostenendo che l'accettazione del paziente in una struttura deputata a fornire assistenza sanitario-ospedaliera, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto di prestazione d'opera atipico di ospedalità o di assistenza sanitaria, in base al quale la stessa è tenuta ad una prestazione complessa, che non si esaurisce nella effettuazione delle cure mediche e di quelle chirurgiche (generali e specialistiche), ma si estende ad una serie di altre prestazioni, quali la messa a

(7) Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141.

(8) Cass. 24 marzo 1979, n. 1716.

(9) Come meglio vedremo anche in seguito (par. 6), questo *dictum* assume particolare rilevanza a seguito della l. n. 24/17 nel cui art. 7, comma 3°, si precisa che l'esercente la professione sanitaria, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente, risponde del proprio operato esclusivamente ai sensi dell'art. 2043 c.c., e cioè a titolo di illecito aquiliano.

(10) Cass., sez. un., 1 luglio 2003, n. 9556, in *Giur. it.*, 2003, p. 1359; Cass. 29 luglio 2004, n. 14488; Cass. 26 gennaio 2006, n. 1698; Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ.*, 2007, p. 1824; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 1428; in *Giur. it.*, 2008, p. 63, nonché da ultimo, Cass. 3 febbraio 2012, n. 1620.

disposizione di personale medico ausiliario e di personale paramedico, di medicinali, e di tutte le attrezzature tecniche necessarie, nonché di quelle *lato sensu* alberghiere.

In presenza di un contratto di ospedalità, la responsabilità della struttura ha natura contrattuale, sia in relazione a propri fatti d'inadempimento sia per quanto concerne il comportamento dei medici dipendenti, a norma dell'art. 1228 c.c., secondo cui il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi, ancorché non alle sue dipendenze, risponde anche dei fatti dolosi o colposi dei medesimi⁽¹¹⁾.

Questa impostazione viene oggi recepita dall'art. 7, comma 1°, l. n. 24/17, per il quale «la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvale dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile delle loro condotte dolose o colpose».

L'inquadramento civilistico della responsabilità della struttura sanitaria non è di immediata evidenza e richiede un chiarimento.

È condiviso in dottrina e giurisprudenza che la responsabilità contrattuale per fatto altrui di cui all'art. 1228 c.c. ha carattere oggettivo, nel senso che il debitore (nel caso di specie la struttura ospedaliera) non può esimersi da responsabilità affermando di non avere avuto colpa nella scelta dell'ausiliario che ha cagionato il danno (nel caso di specie i medici)⁽¹²⁾.

È utile anche precisare che il fondamento civilistico della responsabilità contrattuale per fatto altrui deve essere individuato non già nel prin-

⁽¹¹⁾ La prima pronuncia di merito in tal senso è Trib. Nocera Inferiore 31 ottobre 2002, in *Arch. civ.*, 2003, p. 650, a mente della quale «il ricovero di un paziente in una struttura ospedaliera, deputata a fornire assistenza sanitaria, avviene sulla base di un contratto (c.d. contratto atipico di ospedalità) tra il paziente stesso ed il soggetto gestore della struttura e l'adempimento di tale contratto, con riguardo alle prestazioni di natura sanitaria, resta regolato dalle norme che disciplinano la corrispondente attività del medico nell'ambito del contratto di prestazione d'opera professionale, con la conseguenza che il detto gestore risponde dei danni derivanti al paziente da trattamenti sanitari praticatigli con colpa, alla stregua delle norme di cui agli art. 1176 e 2236 c.c.». Nello stesso senso in seguito, Trib. Venezia 13 dicembre 2004, in *Danno e resp.*, 2005, p. 989; Trib. Locri 20 agosto 2003, in *Corti calabresi*, 2004, p. 666; Trib. Milano 10 settembre 2007, in *Foro pad.*, 2007, I, p. 54; Trib. Brindisi-Ostuni 14 giugno 2011, in *Corti pugliesi*, 2010, p. 374; Trib. Bari 16 aprile 2012, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 488; App. Roma 10 gennaio 2012, *ivi*, 2013, p. 470; Trib. Varese 14 marzo 2012, *ivi*, 2013, p. 2001.

⁽¹²⁾ Il punto è estesamente trattato da CALVO, *op. cit.*, p. 470 ss., il quale giunge alla conclusione che la struttura sanitaria non risponde in assenza di colpa, ma il parametro per la prova liberatoria non è dato dalla condotta della struttura stessa (assenza di *culpa in eligendo*), bensì da quella dell'ausiliario (assenza di colpa nell'illecito).

cipio di cui al brocardo *cuius commoda eius incommoda*, come sostenuto da parte della giurisprudenza e della dottrina (soprattutto tedesca), bensì nel fatto che titolare dal lato passivo del contratto di ospedalità, e dunque obbligato a fornire la prestazione, è esclusivamente la struttura ospedaliera, mentre non vi è alcun rapporto tra gli ausiliari di cui questa si avvale, cioè i medici, e il paziente.

Al riguardo, perciò, è netta la differenza tra la responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari (art. 1228 c.c.), ove obbligata è solo la parte astretta dal vincolo contrattuale, e la responsabilità aquiliana per fatto dei domestici e dei commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti, ove obbligati sono sia l'autore materiale della condotta (*ex art. 2043 c.c.*) sia il suo padrone o committente (*ex art. 2049 c.c.*). Inoltre, a differenza di quanto previsto dalla fattispecie di cui all'art. 2049 c.c., che fonda la responsabilità (oggettiva) dei padroni e committenti esclusivamente sul rapporto di dipendenza, nel caso della responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari (di cui all'art. 1228 c.c.) potrebbe non esserci alcun rapporto di dipendenza tra il titolare dell'obbligazione e gli autori del fatto dannoso: la categoria degli 'ausiliari' infatti è più ampia rispetto a quelle dei 'domestici' e 'commessi', comprendendo tutti coloro che, su invito del debitore, si adoperano nell'esecuzione della prestazione promessa dal primo.

Sul presupposto che la responsabilità di cui all'art. 1228 c.c. ha a fondamento l'estraneità del creditore nella scelta dei mezzi che il debitore impiega per l'adempimento della propria obbligazione, *non dovrebbe* essere ricondotto alla responsabilità di cui all'art. 1228 c.c. il caso del medico di fiducia del paziente, quantunque in rapporto di dipendenza con la struttura sanitaria. Al più, in questi casi, si *dovrebbe* valutare la sussistenza di una responsabilità dei padroni e committenti, là dove vi sia rapporto di dipendenza e la condotta del medico integri i presupposti dell'illecito aquiliano: la struttura sanitaria assumerebbe in questo caso responsabilità solidale a norma dell'art. 2049 c.c., pur restando comunque fermo, ai fini della determinazione del danno risarcibile, il concorso di colpa del creditore per avere scelto il medico.

L'uso del condizionale è tuttavia necessitato dal fatto che la giurisprudenza ha costantemente ritenuto che il rapporto fiduciario del paziente con il medico fosse insufficiente ad escludere la responsabilità della struttura ospedaliera. Decisivo rilievo viene infatti attribuito al fatto che la struttura sanitaria comunque si avvale dell'opera di un medico, e che la scelta del paziente cade (anche tacitamente) su un professionista inserito nella struttura sanitaria: anche in questo caso perciò la scelta del paziente viene operata nell'ambito di quella più generale effettuata dalla struttura

sanitaria (soprattutto quella privata) ⁽¹³⁾. *A fortiori*, perciò, è irrilevante che la scelta del medico venga fatta dalla struttura sanitaria con (anche tacito) consenso del paziente.

Come accennato, la nozione di ausiliario è più ampia di quella di domestico o commesso: e di questa distinzione appare pienamente consapevole il legislatore della l. n. 24/17, là dove precisa che la responsabilità per fatto dell'esercente la professione sanitaria può essere assunta dalla struttura sanitaria o sociosanitaria anche se il professionista è scelto dal paziente e se lo stesso non risulti dipendente della struttura nella quale rende la propria opera (art. 7, comma 1°). Anche questo profilo era stato oggetto di significative pronunce in giurisprudenza.

Con riguardo al rapporto tra medico della cui attività si debba rispondere e struttura ospedaliera, la giurisprudenza ha infatti affermato il principio che l'ente ospedaliero, pubblico o privato, risponde a titolo contrattuale per i danni subiti da un paziente a causa della non diligente esecuzione della prestazione sanitaria da parte di un medico alle sue dipendenze ⁽¹⁴⁾. La responsabilità dell'ente sorge non solo in occasione di uno stabile rapporto di lavoro dipendente, bensì tutte le volte che l'ente ospedaliero possa esercitare i poteri connessi al vincolo di subordinazione ⁽¹⁵⁾. Al riguardo è anche utile ricordare che, mentre in passato si riteneva che l'azienda sanitaria locale di appartenenza non fosse responsabile per i danni cagionati al paziente da un medico convenzionato ⁽¹⁶⁾, con un recente provvedimento la Cassazione ha mutato indirizzo reputando che sulla ASL si configura una obbligazione *ex lege* di prestare l'assistenza medico-generica che assolve attraverso il medico convenzionato, di cui quindi risponde ⁽¹⁷⁾.

⁽¹³⁾ Tra altre, v. Cass. 22 settembre 2015, n. 18610; Cass. 28 novembre 2007, n. 24742; Cass. 14 giugno 2007, n. 13953; Cass. 14 luglio 2004, n. 13066; Trib. Napoli 6 ottobre 2009, in *Rass. dir. farm.*, 2010, p. 261.

⁽¹⁴⁾ Cass. 28 maggio 2004, n. 10297, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2479.

⁽¹⁵⁾ Cass. 27 luglio 1998, n. 7336, in *Arch. civ.*, 1999, p. 461, osservando che «ciò che conta, ai fini del sorgere di detta responsabilità sia dell'ente che del medico è la natura subordinata dell'attività di quest'ultimo in favore del primo, la quale deriva non dalla natura precaria o stabile della sua attività né dal fatto che essa sia retribuita o meno, né dalle modalità di detta retribuzione, che quindi può essere, come nella fattispecie anche "a gettone", ma dall'inserimento di detta attività nella struttura organizzativa e funzionale dell'ente che la utilizza (Cass., 05-05-1980, n. 2957)».

⁽¹⁶⁾ Poiché tra quest'ultimo e la ASL non ricorre né un rapporto di immedesimazione organica né di ausiliarietà, e la ASL non assume il rischio dell'attività del sanitario, rimanendo pur sempre libera sia nella predisposizione dell'organizzazione che mette a disposizione del paziente, sia nella scelta delle cure da praticare: così Cass. pen. 11 aprile 2008, n. 36502.

⁽¹⁷⁾ Secondo Cass. 27 luglio 2015, n. 6243, l'ASL è responsabile civilmente, ai sensi

Come accennato, l'art. 7, comma 1°, l. n. 24/17, equipara del tutto le strutture sanitarie pubbliche e quelle private.

Ebbene, già prima dell'intervento legislativo, con specifico riferimento alle strutture ospedaliere private, si era affermato che il ricovero di un paziente fosse caratterizzato dalla nascita di un contratto a prestazioni corrispettive avente ad oggetto, da parte dell'ente, l'obbligo di porre in essere un'attività sanitaria non dissimile, nella sostanza, da quella apprestata da un ospedale pubblico⁽¹⁸⁾. Per la giurisprudenza, infatti, la prestazione del medico operante in una casa di cura privata rappresenta il profilo essenziale e maggiormente qualificante della suddetta attività e a nulla rileva che il medico operi in quel centro una o infinite volte.

Secondo la giurisprudenza prevalente fino alla l. n. 24/17, ai fini dell'insorgenza della responsabilità della casa di cura privata è dunque irrilevante che il medico ne sia dipendente, essendo sufficiente che vi sia un potere di direzione e vigilanza dell'ente privato sull'attività del medico, in virtù di un rapporto non occasionale ma non necessariamente di lavoro subordinato, che può essere anche temporaneo e non continuativo⁽¹⁹⁾; secondo parte della giurisprudenza, il rapporto potrebbe essere addirittura occasionale⁽²⁰⁾.

È meritevole di essere sottolineato che alcune delle pronunce richiamate fanno espresso riferimento ad una responsabilità della casa di cura privata a norma dell'art. 2049 c.c. (onde giustificare la solidarietà con il medico), mentre questa norma non dovrebbe essere invocata fuori dei casi di lavoro dipendente in senso stretto. Tale riferimento appare comunque

dell'art. 1228 c.c., del fatto illecito che il medico, con essa convenzionato per l'assistenza medico-generica, abbia commesso in esecuzione della prestazione curativa, ove resa nei limiti in cui la stessa è assicurata e garantita dal SSN in base ai livelli stabiliti secondo legge.

⁽¹⁸⁾ Questa la conclusione della Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, c. 455.

⁽¹⁹⁾ Così, Cass. 14 luglio 2004, n. 13066; Cass. 26 gennaio 2006, n. 1698; Cass. 14 giugno 2007, n. 13953, nonché Trib. Roma 28 giugno 1982, in *Temi romana*, 1982, p. 601; Trib. Napoli 15 febbraio 1995, in *Foro nap.*, 1996, p. 76; Trib. Milano 20 ottobre 1997, in *Danno e resp.*, 1999, p. 82; in *Resp. civ.*, 1998, p. 1144; in *Riv. it. med. leg.*, 1999, p. 596; Trib. Rimini 17 febbraio 2007, in *Corr. merito*, 2007, p. 1014; Trib. Milano 5 marzo 2009, in *Resp. civ.*, 2009, p. 696; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 1036; Trib. Napoli 25 agosto 2009, in *Gazz. for.*, 2010, I, p. 51.

In senso analogo, sebbene in un *obiter dictum*, v. anche Cass. 11 marzo 1998, n. 2678, in *Arch. civ.*, 1998, p. 917.

⁽²⁰⁾ In questo senso, App. Napoli 22 settembre 1997, in *Foro nap.*, 2000, p. 167, secondo cui «in caso di lesione della salute del paziente, la responsabilità contrattuale della clinica, solidale con quella del predetto sanitario, ex art. 1228 c.c., non viene mai meno, quali che siano i rapporti esistenti tra la clinica e il medico, anche se quest'ultimo ha utilizzato le strutture della clinica per quella sola ed unica volta».

non più necessario alla luce della riforma che supera sul punto il problema di qualificazione del rapporto tra struttura sanitaria e medico, affermando la responsabilità contrattuale della prima (*ex artt. 1218 e 1228 c.c.*) anche in difetto di un rapporto di dipendenza con il medico.

3. B) *La responsabilità del medico dipendente delle strutture sanitarie.*

Mentre la responsabilità del medico libero-professionista è sempre stata pacificamente ascrivibile a fonte contrattuale, ed in specie ad un contratto di opera professionale (artt. 2229-2238 c.c.), più complesso inquadramento ha richiesto la responsabilità del medico dipendente delle strutture sanitarie pubbliche o private.

Al riguardo, un rilevante peso hanno avuto due previsioni costituzionali: l'una, quella dell'art. 32 Cost., che assicura la tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività; l'altra, quella dell'art. 28 Cost., in materia di responsabilità civile dei dipendenti pubblici, la quale esige che i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici siano direttamente responsabili secondo le leggi penali, civili e amministrative, per gli atti compiuti in violazione di diritti. Quest'ultima norma, nel porre il principio della corresponsabilità dell'ente di appartenenza, conferma al contempo che la responsabilità dell'ente non esclude quella del suo impiegato civile.

In materia di responsabilità del medico, la giurisprudenza della Suprema Corte ha a lungo configurato una responsabilità diretta del medico ospedaliero pubblico – ed analogamente di quello privato – in presenza degli elementi dell'illecito aquiliano, connotato dunque sia dall'elemento oggettivo del danno ingiusto sia da quello soggettivo della condotta dolosa o colposa dell'agente. Tale orientamento è stato confermato anche a seguito della configurazione della responsabilità dell'ente ospedaliero come contrattuale: la Suprema Corte aveva infatti sostenuto che, poiché al rapporto contrattuale con la struttura sanitaria pubblica o privata non partecipa il medico dipendente, che provvede allo svolgimento dell'attività diagnostica e della conseguente attività terapeutica, quale organo dell'ente ospedaliero, la responsabilità del predetto sanitario verso il paziente per il danno cagionato da un suo errore diagnostico o terapeutico, può sì sussistere ma è soltanto extracontrattuale⁽²¹⁾.

Questa impostazione risulta di particolare rilievo per l'interpretazione dell'art. 7, comma 3°, l. n. 24/17, che – in linea di continuità con la Legge

(21) Cass. 24 marzo 1979, n. 1716.

Balduzzi – opera una inequivoca riconduzione della responsabilità personale del medico, non legato al paziente da vincolo contrattuale, all'illecito aquiliano.

Al di là della non facile combinazione tra responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e aquiliana del medico, soprattutto per ciò che attiene agli oneri di allegazione e prova in capo al danneggiato – che vedremo tra breve (par. 6) –, si poneva inoltre la questione se la corresponsabilità di quest'ultimo potesse essere limitata alle ipotesi di concorso doloso o gravemente colposo nella commissione dell'illecito. La giurisprudenza, infatti, era stata posta di fronte al dubbio se la corresponsabilità del medico dipendente di struttura sanitaria pubblica, in assenza di una disciplina *ad hoc*, dovesse essere equiparata a quella degli impiegati civili dello Stato per gli atti compiuti in violazione dei diritti dei cittadini.

Al riguardo si fa riferimento agli artt. 22 e 23 d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3 (di attuazione del precetto di cui all'art. 28 Cost.), a mente dei quali l'impiegato dello Stato o di enti pubblici che cagioni ad altri un *danno ingiusto* è personalmente obbligato a risarcirlo, in solido con lo Stato o l'ente di appartenenza⁽²²⁾. Come noto, ai fini della predetta disciplina si considera danno ingiusto solo quello derivante da violazioni dei diritti dei terzi che l'impiegato abbia commesso *per dolo* o *per colpa grave*⁽²³⁾. Pur non mancando qualche pronuncia di merito che aveva ritenuto di potervi fare riferimento⁽²⁴⁾, la Cassazione – richiesta di pronunciarsi sul punto –

(22) Art. 22 – *Responsabilità verso i terzi*: «L'impiegato che, nell'esercizio delle attribuzioni ad esso conferite dalle leggi o dai regolamenti, cagioni ad altri un danno ingiusto ai sensi dell'art. 23 è personalmente obbligato a risarcirlo. L'azione di risarcimento nei suoi confronti può essere esercitata congiuntamente con l'azione diretta nei confronti dell'Amministrazione qualora, in base alle norme ed ai principi vigenti dell'ordinamento giuridico, sussista anche la responsabilità dello Stato. L'amministrazione che abbia risarcito il terzo del danno cagionato dal dipendente si rivale agendo contro quest'ultimo a norma degli articoli 18 e 19 (...)».

Art. 23 – *Danno ingiusto*: «È danno ingiusto, agli effetti previsti dall'art. 22, quello derivante da ogni violazione dei diritti dei terzi che l'impiegato abbia commesso per dolo o per colpa grave; restano salve le responsabilità più gravi previste dalle leggi vigenti. La responsabilità personale dell'impiegato sussiste tanto se la violazione del diritto del terzo sia cagionata dal compimento di atti od operazioni, quanto se la detta violazione consista nell'omissione o nel ritardo ingiustificato di atti od operazioni al cui compimento l'impiegato sia obbligato per legge o per regolamento».

(23) Un regime apparentemente simile, ma invero decisamente più restrittivo, è stato previsto per i magistrati: l'art. 2 l. 13 aprile 1988, n. 117, in *G.U.* n. 88 del 15 aprile 1988, c.d. "Legge Vassalli", infatti prevede che il terzo possa sì agire giudizialmente solo nei casi in cui il magistrato abbia agito con dolo o colpa grave nei suoi confronti, ma tale azione può essere diretta esclusivamente contro lo Stato.

(24) In questo senso, Trib. Biella 11 novembre 1996, in *Giur. merito*, 1997, p. 1055.

aveva escluso che la disciplina riguardante gli impiegati civili dello Stato potesse trovare applicazione anche nei confronti del medico ospedaliero pubblico⁽²⁵⁾.

In definitiva, quindi, si riteneva che la responsabilità diretta del medico dipendente di ente pubblico o privato sorgesse a norma dell'art. 2043 c.c. al ricorrere dei relativi presupposti, aggiungendosi a quella dell'ente pubblico o privato di appartenenza, tenuti al risarcimento non solo a norma dell'art. 2049 c.c. (che obbliga i padroni e committenti a risarcire i danni cagionati dal fatto illecito dei loro preposti nell'esercizio delle incombenze cui sono adibiti) ma direttamente a norma dell'art. 1228 c.c. (che impone l'obbligato che si vale dell'opera di terzi per adempiere alla propria obbligazione di rispondere anche dei fatti dolosi o colposi di costoro).

Tuttavia, con un importante mutamento di giurisprudenza, nel 1999⁽²⁶⁾ la Suprema Corte superò questa impostazione, affermando che anche la responsabilità del medico doveva considerarsi di natura contrattuale, non solo nei casi in cui potesse ravvisarsi un espresso contratto d'opera professionale tra lo stesso e il paziente, ma anche quando il medico fosse meramente messo a disposizione dalla struttura sanitaria prescelta o comunque entrata in contatto con il paziente. Secondo la Suprema Corte, infatti, parimenti di tipo contrattuale doveva considerarsi il rapporto che sorge tra il paziente e il medico curante presso la struttura sanitaria in cui il paziente è ricoverato, qualora tra gli stessi si fosse configurato un c.d. contatto sociale. Più esattamente, il "contatto sociale" corrente fra il paziente e i medici-operatori comporta l'assunzione di responsabilità – assimilabile alla responsabilità contrattuale – anche in capo al personale sanitario, il quale è tenuto, *in solidum* con l'ente di cura, al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali (in applicazione dell'art. 2059 c.c.).

Questa nuova impostazione è stata costantemente tenuta ferma fino alla già accennata riforma Balduzzi⁽²⁷⁾. Sul punto occorre una breve digressione sul complesso *iter* che ha condotto alla già menzionata riforma organica in materia di sicurezza delle cure e di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie (l. n. 24/17).

(25) Cass. 27 luglio 1998, n. 7336, in *Arch. civ.*, 1999, p. 461.

(26) Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 999.

(27) In questo senso, Trib. Nocera Inferiore 30 giugno 2004, in *Corti salernitane*, 2005, p. 576. Nello stesso senso, Trib. Vibo Valentia 10 giugno 2004, in *Corti calabresi*, 2004, p. 947.

4. Segue: *La responsabilità penale e civile dell'esercente la professione sanitaria.*

Nonostante vari tentativi, pendenti già nella scorsa decade⁽²⁸⁾, il legislatore italiano non era riuscito a trovare il necessario consenso su una riforma organica, bensì solo sulla definizione della responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria. Si tratta della già citata Legge Balduzzi, la quale tuttavia – forse involontariamente – ha avuto notevole impatto anche sotto il profilo civilistico.

L'art. 3 Legge Balduzzi – oggi abrogato e trasfuso, in parte, nell'art. 590 *sexies* c.p. e, in parte, nel menzionato art. 7, comma 3°, l. n. 24/17 – aveva infatti espresso il principio secondo cui l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. Resta tuttavia ferma la responsabilità civile – come definitivamente chiarito dall'ultima riforma – a titolo di illecito aquiliano, la quale si può configurare anche in presenza di colpa lieve. Come meglio si chiarirà in prosieguo, a proposito della determinazione del danno, così nella Legge Balduzzi come nella l. n. 24/17, è stabilito che il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria alla luce delle buone pratiche clinico assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida e dell'art. 590 *sexies* c.p.

Per comprendere il senso di queste previsioni occorre fare alcune necessarie premesse.

Anzitutto, sono *professioni sanitarie* quelle che lo Stato riconosce quali attività di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione. Possono esercitare le professioni sanitarie i soggetti muniti di un titolo abilitante ed iscritti in appositi albi⁽²⁹⁾. Alcune professioni sanitarie sono costituite in ordini e collegi, con sede in ciascuna delle province del territorio nazionale⁽³⁰⁾.

⁽²⁸⁾ E v. per le indicazioni DE LUCA, *Assicurazione della responsabilità medica*, cit., a p. 466, nt. 2; PARTENZA, *La nuova responsabilità*, cit., p. 29 ss.

⁽²⁹⁾ In Italia, l'esercizio delle professioni sanitarie è consentito anche a chi abbia conseguito all'estero i titoli di studio e di abilitazione previsti, previo riconoscimento da parte del Ministero della salute. A coloro che, acquisito in Italia un titolo professionale dell'area sanitaria, intendono esercitare la propria professione all'estero, il Ministero della salute rilascia, su richiesta dell'interessato, un attestato di conformità della formazione conseguita ai requisiti previsti dalle direttive europee.

⁽³⁰⁾ Tra gli ordini e collegi: *a)* Ordini provinciali dei medici chirurghi e degli odontoiatri; *b)* Ordini provinciali dei veterinari; *c)* Ordini provinciali dei farmacisti; *d)* Collegi provinciali delle ostetriche; *e)* Collegi provinciali degli infermieri professionali (IPASVI) e *f)*

L'art. 5 l. n. 24/17 ribadisce (rispetto alla Legge Balduzzi che già lo affermava) che gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative e riabilitative, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle buone pratiche clinico-assistenziali e alle raccomandazioni previste dalle linee guida elaborate dalle società scientifiche accreditate dal Ministro della salute. Ancora in continuità con la Legge Balduzzi, l'art. 6, comma 2°, l. n. 24/17 conferma l'esimente penale per chi si attiene a tali buone pratiche e linee guida, inserendola tuttavia direttamente nel codice penale (art. 590 *sexies* c.p.) e dunque maggiormente integrandola con il suo sistema.

Sotto il vigore della Legge Balduzzi, la Cassazione penale aveva già avuto occasione di affermare alcuni principi che trovano conferma nel nuovo art. 590 *sexies* c.p. *Da una parte*, la previsione che incentra sulla colpa lieve dell'esercente la professione sanitaria un'ipotesi che ne esclude la responsabilità penale vale solo per i comportamenti *imperiti* e non anche per quelli *negligenti*⁽³¹⁾: ed oggi, infatti, si parla espressamente di responsabilità a titolo di *imperizia*. *Dall'altra parte*, la limitazione di responsabilità per colpa lieve si estende anche al sanitario che abbia eseguito un intervento chirurgico routinario e che abbia osservato le raccomandazioni contenute nelle linee guida ad esso relative, non essendo richiesta, a differenza di quanto avviene per la limitazione di cui all'art. 2236 c.c., la risoluzione di casi di speciale difficoltà⁽³²⁾.

In generale, per *buone pratiche* accreditate dalla comunità scientifica si intendono interventi, strategie e approcci finalizzati a prevenire o mitigare le conseguenze inattese delle prestazioni sanitarie o a migliorare il livello di sicurezza delle stesse⁽³³⁾. Per *linee guida* si intendono invece quelle rac-

Collegi provinciali dei tecnici sanitari di radiologia medica (TSRM). Esiste una Commissione Centrale per gli Esercenti le Professioni Sanitarie (CCEPS), con il compito di vagliare i provvedimenti di tali enti in materia disciplinare, di tenuta degli albi professionali e di elezioni degli organi direttivi.

⁽³¹⁾ Cfr., *ex multis*, Cass. pen. 20 marzo 2015, n. 16944, in *Guida al dir.*, 24, 2015, p. 68; Cass. pen. 23 maggio 2014, n. 36347, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 1317; Cass. pen. 4 dicembre 2013, n. 5460, in *Riv. pen.*, 2014, p. 489. Tuttavia, il punto non è del tutto pacifico in giurisprudenza: v., ad es., Cass. pen. 1 luglio 2015, n. 45527, nonché Cass. pen. 9 ottobre 2014, n. 47289, secondo cui «in tema di responsabilità medica, la limitazione della responsabilità in caso di colpa lieve prevista dall'art. 3 [sc. della Legge Balduzzi], pur trovando terreno d'elezione nell'ambito dell'imperizia, può tuttavia venire in rilievo anche quando il parametro valutativo della condotta dell'agente sia quello della diligenza».

⁽³²⁾ Cass. pen. 9 ottobre 2014, n. 47289.

⁽³³⁾ D.m. Sanità 15 luglio 1997, di recepimento delle linee guida dell'Unione europea di buona pratica clinica per la esecuzione delle sperimentazioni cliniche dei medicinali.

comandazioni di comportamento clinico, elaborate al fine di aiutare medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche.

Astrattamente, linee guida e buone pratiche possono provenire da diverse fonti ed in particolare possono essere elaborate dalle comunità scientifiche sia a livello nazionale che internazionale. Tuttavia, per superare alcune critiche mosse alla Legge Balduzzi⁽³⁴⁾, conferendo doverosa certezza al riferimento alle linee guida (anche in considerazione della rilevanza penale), l'art. 5 l. n. 24/17 prevede che per linee guida possano considerarsi solo quelle iscritte nel Sistema nazionale per le linee guida (SNLG) e pubblicate nel sito internet dell'Istituto Superiore di Sanità.

Nel sito internet dell'Istituto Superiore di Sanità⁽³⁵⁾ si legge che il Sistema nazionale per le linee guida (SNLG) produce, aggiorna e diffonde raccomandazioni *evidence-based* per la pratica clinica secondo regole definite. Con questo metodo risultano quindi raccolte «per ogni patologia le linee guida [che] descrivono le alternative disponibili e le relative possibilità di successo in modo che il medico possa orientarsi nella gran quantità di informazione scientifica in circolazione, il paziente abbia modo di esprimere consapevolmente le proprie preferenze, e l'amministratore possa compiere scelte razionali in rapporto agli obiettivi e alle priorità locali».

Anche la soluzione della l. n. 24/17, tuttavia, non sembra poter andare esente da critiche, per il rischio ampiamente sottolineato di legittimare le società scientifiche, anziché un garante istituzionale nazionale o internazionale, quali produttori di linee guida⁽³⁶⁾.

⁽³⁴⁾ In argomento, PALADINI, *Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella c.d. legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2015, p. 881; GUERRA, *La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, in *Ragiusan: rass. giur. della sanità*, 2014, n. 359, p. 158; Debernardi, *Sulla rilevanza delle «linee guida» nella valutazione della colpa medica*, *ivi*, 2014, n. 361, p. 142; CIVELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle «linee-guida», tra colpa grave e colpa lieve (la nuova disposizione del «decreto sanità»)*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 85.

⁽³⁵⁾ www.snl-g-iss.it.

⁽³⁶⁾ Il presidente della Fondazione Gimbe (componente italiano del *Guidelines International Network* – GIN), Nino Cartabellotta, dichiarava quanto segue sul *Sole24Ore* del 10 febbraio 2016: «Oltre 25 anni di ricerca sulle metodologie di produzione delle linee guida hanno dimostrato che la loro qualità non è garantita dall'autorevolezza dei produttori, né tantomeno dalla loro legittimazione normativa, ma è strettamente legata al rigore metodologico nel processo di elaborazione – che condiziona la ricerca, la valutazione e la selezione delle evidenze scientifiche – e a un'adeguata *governance* dei conflitti di interesse che influenzano in maniera rilevante la formulazione delle raccomandazioni cliniche». Pertanto si auspicava che il legislatore prendesse «in considerazione due modifiche fondamentali al testo del decreto: innanzitutto, prevedere un riferimento esplicito a standard metodologici internazionali per la produzione di linee guida; in secondo luogo affidare il ruolo di garante

Tanto opportunamente premesso, lo specifico richiamo all'art. 2043 c.c., dapprima contenuto nell'art. 3 della Legge Balduzzi, ora nell'art. 7, comma 3°, l. n. 24/17, ha avuto un notevole impatto sulla giurisprudenza successiva che, come ricordato, era costantemente orientata a qualificare anche la responsabilità individuale del medico come contrattuale, anche in assenza di una prestazione professionale assunta dal medico nei diretti confronti del paziente⁽³⁷⁾.

Secondo un primo filone giurisprudenziale, l'innovazione in materia di responsabilità penale del medico sarebbe risultata ininfluenza in materia civilistica, in quanto «l'art. 3, 1° comma, d.l. 158/2012, conv. dalla l. 189/2012, c.d. “decreto Balduzzi” non impone alcun ripensamento dell'attuale inquadramento contrattuale della responsabilità sanitaria, ma si limita (nel primo periodo) a determinare un'esimente in ambito penale (i cui contorni risultano ancora tutti da definire), facendo salvo (nel secondo periodo) l'obbligo risarcitorio e sottolineando (nel terzo periodo) la rilevanza delle linee guida e delle buone pratiche nel concreto accertamento della responsabilità (con portata sostanzialmente ricognitiva degli attuali orientamenti giurisprudenziali)»⁽³⁸⁾.

Altra parte della giurisprudenza aveva invece ritenuto di dover mutare il precedente orientamento, reputando che la responsabilità del medico potesse sussistere solo a titolo di illecito civile, con tutti i connessi elementi, oneri probatori e regole di prescrizione. In una delle prime pronunce si legge che «in materia di responsabilità medica, il richiamo all'art. 2043 c.c. operato dall'art. 3, comma 1°, Legge Balduzzi) significa che, nei casi in precedenza ricondotti al modello della responsabilità da c.d. “contatto”, il medico risponde dei danni che cagiona ai pazienti a titolo di responsabilità aquiliana, ferma restando la responsabilità da inadempimento della strut-

metodologico all'Istituto Superiore di Sanità, attualmente citato come mero “collettore” di linee guida tramite il proprio sito *web*».

⁽³⁷⁾ Per un *excursus* della giurisprudenza successiva alla Legge Balduzzi, v. anche PARTENZA, *La nuova responsabilità*, cit., p. 41 ss.

⁽³⁸⁾ Trib. Arezzo 15 febbraio 2013, in *Danno e resp.*, 2013, p. 368; in *Assicurazioni*, 2013, p. 340; Trib. Cremona 19 settembre 2013, *ivi*, 2013, p. 539; Trib. Pisa 10 giugno 2015, in *www.lanuovaproceduracivile.com*. Nello stesso solco anche Trib. Brindisi 18 luglio 2014, in *Danno e resp.*, 2015, p. 56, ove l'espressione dell'invero singolare principio secondo cui «se anche il legislatore, con il decreto Balduzzi, ha voluto suggerire l'adesione al modello di responsabilità civile medica come disegnato anteriormente al 1999, in cui, come noto, in assenza di contratto, il paziente poteva richiedere il danno iatrogeno esercitando l'azione aquiliana, nondimeno è indubbio che tale scelta si pone in contrasto con l'univoco orientamento interpretato in materia che, muovendo le mosse da Cass. 589 del 1999, ricostruisce come contrattuale – seppur non da contratto ma da contatto – la responsabilità dei medici e della struttura ospedaliera».

tura per violazione del c.d. contratto di ospitalità»⁽³⁹⁾. Il punto veniva poi ampiamente sviluppato in una importante sentenza del Tribunale di Milano, secondo cui «il tenore letterale dell'art. 3 comma 1° della Legge Balduzzi e l'intenzione del legislatore conducono a ritenere che la responsabilità del medico (e quella degli altri esercenti professioni sanitarie) per condotte che non costituiscono inadempimento di un contratto d'opera (diverso dal contratto concluso con la struttura) venga ricondotta dal legislatore del 2012 alla responsabilità da fatto illecito *ex art. 2043 c.c.* e che, dunque, l'obbligazione risarcitoria del medico possa scaturire solo in presenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano (che il danneggiato ha l'onere di provare)»⁽⁴⁰⁾. Lo stesso principio veniva esteso anche alle strutture sanitarie private e ai medici ivi operanti con rapporti di lavoro dipendente⁽⁴¹⁾.

Infine, secondo un orientamento ribadito più volte dal Tribunale di Torino «il richiamo all'art. 2043 c.c. operato dall'art. 3, 1° comma, Legge Balduzzi, ha inteso innovare il diritto vivente, sancendo che il medico e la struttura sanitaria, ove non agiscano quali controparti contrattuali, rispondono dei danni che cagionano ai pazienti a titolo di responsabilità aquiliana, e non secondo lo schema della responsabilità contrattuale “da contatto sociale”»⁽⁴²⁾.

L'art. 7, comma 3°, l. n. 24/17 chiarisce che, salvo che il danno non sia commesso nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente, è a titolo di illecito aquiliano, *ex art. 2043 c.c.*, la responsabilità individuale di un esercente la professione sanitaria che risulti operante:

(a) all'interno della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata, anche se scelto dal paziente e ancorché non dipendente della struttura stessa (art. 7, commi 1° e 3°);

⁽³⁹⁾ In questi termini Trib. Enna 18 maggio 2013, in *Assicurazioni*, 2013, p. 540.

⁽⁴⁰⁾ Trib. Milano 17 luglio 2014, in *Assicurazioni*, 2014, p. 682; in *Danno e resp.*, 2015, p. 47; in *Resp. civ.*, 2015, p. 172 (m). Tuttavia, altra sezione del medesimo Tribunale di Milano, con motivazione non priva di incoerenza, ha sposato l'opposta tesi della responsabilità contrattuale, v. Trib. Milano 20 febbraio 2015, n. 2336, in *Resp. civ.*, 2015, p. 163 (s.m.) secondo cui «il comma 1 dell'art. 3 del d.l. Balduzzi come sostituito dalla legge di conversione si riferisce, esplicitamente, ai (soli) casi di colpa lieve dell'esercente la professione sanitaria che si sia attenuto a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, perciò la responsabilità del medico ospedaliero – anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 3 l. n. 189 del 2012 – è da qualificarsi come contrattuale»; analogamente v. Trib. Bari 7 luglio 2015, n. 3114, in *Defure*, 2016.

⁽⁴¹⁾ Trib. Milano 23 luglio 2014, in *Foro it.*, 2014, I, c. 3294.

⁽⁴²⁾ Trib. Torino 14 febbraio 2013, in *Assicurazioni*, 2013, p. 340; Trib. Torino 26 febbraio 2013, in *Danno e resp.*, 2013, p. 373.

(b) in regime di libera prestazione intramuraria (art. 7, commi 2° e 3°);
 (c) in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale (art. 7, commi 2° e 3°); o

(d) attraverso la telemedicina (art. 7, commi 2° e 3°)⁽⁴³⁾.

Quindi, in linea con la disciplina previgente (se correttamente interpretata), anche secondo l'attuale disciplina il rapporto tra paziente e medico ospedaliero o convenzionato non può essere qualificato come contratto d'opera formatosi per effetto del "contatto sociale", neppure nel caso in cui la scelta del medico sia stata effettuata dal paziente⁽⁴⁴⁾. Pertanto, per la sussistenza della responsabilità, non può più impiegarsi il criterio della diligenza del «regolato ed accorto professionista», ma occorre indagare l'elemento soggettivo, che sussiste quando il fatto illecito è ascrivibile al dolo o alla colpa dell'agente e che è definito in ambito penalistico.

Può essere utile ricordare che il dolo sussiste quando «l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria omissione» (art. 43 c.p.), mentre la colpa sussiste quando la condotta del medico è connotata da negligenza, imprudenza o imperizia (art. 43 c.p.). Più in particolare, (a) è negligente quel medico che con il suo comportamento mostra trascuratezza, disinteresse e

(43) Secondo la definizione data dalle Linee di Indirizzo Nazionali sulla Telemedicina approvate dal Consiglio Superiore di Sanità del Ministero della salute in data 12 luglio 2012, per Telemedicina si intende una «modalità di erogazione di servizi di assistenza sanitaria, tramite il ricorso a tecnologie innovative, in particolare alle Information and Communication Technologies (ICT), in situazioni in cui il professionista della salute e il paziente (o due professionisti) non si trovano nella stessa località. La Telemedicina comporta la trasmissione sicura di informazioni e dati di carattere medico nella forma di testi, suoni, immagini o altre forme necessarie per la prevenzione, la diagnosi, il trattamento e il successivo controllo dei pazienti. I servizi di Telemedicina vanno assimilati a qualunque servizio sanitario diagnostico/terapeutico. Tuttavia la prestazione in Telemedicina non sostituisce la prestazione sanitaria tradizionale nel rapporto personale medico-paziente, ma la integra per potenzialmente migliorare efficacia, efficienza e appropriatezza. La Telemedicina deve altresì ottemperare a tutti i diritti e obblighi propri di qualsiasi atto sanitario. Si precisa che l'utilizzo di strumenti di Information and Communication Technology per il trattamento di informazioni sanitarie o la condivisione on line di dati e/o informazioni sanitarie non costituiscono di per sé servizi di Telemedicina. A titolo esemplificativo, non rientrano nella Telemedicina portali di informazioni sanitarie, social network, forum, newsgroup, posta elettronica o altro» (art. 2.1).

(44) Sul punto, v. per un primo commento (alla versione del d.d.l. approvata dal Senato nel gennaio 2017), HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 75, ivi a p. 80; v. però la critica di CALVO, *op. cit.*, p. 467.

superficialità nei confronti dell'assistito, e che omette senza giustificato motivo di fare quegli accertamenti o di attuare quelle terapie che la maggioranza dei suoi colleghi nelle medesime condizioni avrebbe posto in essere; (b) è imprudente quel medico che mostra di non tenere conto dei rischi cui espone il proprio assistito (cioè si dimostra incapace di prevederli e dunque di prevenirli): così, non è imprudente chi usa mezzi diagnostici o terapeutici rischiosi o pericolosi, ma chi li usa senza un'effettiva necessità; infine (c) è imperito – come già anticipato – il medico che, pur avendo un titolo abilitante alla professione che esercita, non si aggiorna o ignora le buone pratiche clinico-assistenziali e le raccomandazioni delle linee guida accreditate.

La colpa può a sua volta essere considerata grave o lieve e ciò rileva, nel sistema disegnato a seguito della Legge Balduzzi, per descrivere i casi in cui, pur non potendo essere accertata la responsabilità penale, può sussistere responsabilità civile. Come anticipato, tale distinzione rileva generalmente nelle *sole* ipotesi di imperizia, non già anche in quelle di negligenza od imprudenza⁽⁴⁵⁾. Inoltre, come vedremo in seguito (par. 6), la colpa lieve rileva ai fini dell'azione di rivalsa, dato che l'esercente la professione sanitaria risponde verso la struttura sanitaria cui si imputa la relativa responsabilità (e che abbia adempiuto in luogo dell'esercente la professione sanitaria) solo per dolo o colpa grave: la rivalsa, tuttavia non può esercitarsi per somma eccedente il triplo della retribuzione lorda annua (art. 9, comma 6°)⁽⁴⁶⁾.

Anche nell'ambito del codice civile o di leggi speciali non è infrequente il riferimento alla colpa grave⁽⁴⁷⁾; il che, ragionando *a contrario*, consente

⁽⁴⁵⁾ Cfr., *ex multis*, Cass. pen. 20 marzo 2015, n. 16944, in *Guida al dir.*, 24, 2015, p. 68; Cass. pen. 23 maggio 2014, n. 36347, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 1317; Cass. pen. 4 dicembre 2013, n. 5460, in *Riv. pen.*, 2014, p. 489. Tuttavia il punto non è del tutto pacifico in giurisprudenza: v., ad es., Cass. pen. 1 luglio 2015, n. 45527, nonché Cass. pen. 9 ottobre 2014, n. 47289, secondo cui «in tema di responsabilità medica, la limitazione della responsabilità in caso di colpa lieve prevista dall'art. 3 [*sc.* della Legge Balduzzi], pur trovando terreno d'elezione nell'ambito dell'imperizia, può tuttavia venire in rilievo anche quando il parametro valutativo della condotta dell'agente sia quello della diligenza».

⁽⁴⁶⁾ La limitazione quantitativa all'esercizio dell'azione di rivalsa in caso di colpa grave non si applica tuttavia per gli esercenti la professione sanitaria in regime *intra-moenia* (art. 9, comma 6°, ultimo periodo).

⁽⁴⁷⁾ Ad esempio, in ambito assicurativo la colpa grave rileva in materia di dichiarazioni inesatte o reticenti (artt. 1892-1893 c.c.) e in materia di sinistri cagionati dall'assicurato o dal dipendente (art. 1900, commi 1° e 2° c.c.); in mancanza di una definizione positiva è intervenuta la giurisprudenza a definire la colpa grave come condotta di straordinaria ed evidente negligenza che non sia rapportabile neppure a quel minimo grado di accortezza naturalmente esigibile da chiunque. V. sul punto Cass. 13 ottobre 2009, n. 21679; Cass. 19

anche di individuare quando la colpa possa invece qualificarsi come lieve. In materia di responsabilità sanitaria, la norma che maggiormente rileva ai fini della distinzione tra colpa grave o lieve è probabilmente quella posta dall'art. 2236 c.c., secondo cui non risponde dei danni il prestatore d'opera che abbia dovuto approntare soluzioni a problemi tecnici di speciale difficoltà, salvo che la condotta non sia connotata da dolo o colpa grave⁽⁴⁸⁾.

Nei casi in cui la giurisprudenza ha ricondotto il rapporto tra paziente, struttura sanitaria e medici ad un contratto d'opera, ora tipico ora atipico, ha conseguentemente affermato la rilevanza dell'esenzione di cui all'art. 2236 c.c.; in quest'ambito, pertanto, la giurisprudenza si è più volte trovata a dover individuare quali comportamenti possono dirsi connotati da colpa lieve e quali da colpa grave. Ovviamente, non può dirsi scontato che le elaborazioni giurisprudenziali aventi ad oggetto l'interpretazione di questa norma siano trasponibili *sic et simpliciter* anche ai casi in cui la responsabilità del medico debba considerarsi di tipo aquiliano. Al momento, tuttavia, non essendosi ancora formati nuovi orientamenti giurisprudenziali successivi alle innovazioni apportate a partire dalla Legge Balduzzi, appare inevitabile continuare a confrontarsi con il formante relativo all'interpretazione di questa norma.

In proposito, di grande importanza appare il principio affermato dalla Suprema Corte già nel 1995, secondo cui «[l]a responsabilità del professionista per i danni causati nell'esercizio della sua attività postula la violazione dei doveri inerenti al suo svolgimento, tra i quali quello della diligenza che va a sua volta valutato con riguardo alla natura dell'attività e che in rapporto alla professione di medico-chirurgo implica scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione professionale. Ne consegue che il professionista risponde anche per colpa lieve quando per omissione di diligenza ed inadeguata preparazione provochi un danno nell'esecuzione di un intervento operatorio o di una terapia medica, mentre risponde solo se versa in colpa grave quante volte il caso affidatogli sia di particolare complessità o perché non ancora sperimentato o studiato a sufficienza, o perché non ancora dibattuto con riferimento ai metodi terapeutici da eseguire»⁽⁴⁹⁾.

A titolo esemplificativo, è stata ritenuta sussistente la colpa grave in capo:

novembre 2001, n. 14456, in *Contratti*, 2002, p. 804; Trib. Treviso 15 marzo 2011, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 1389.

⁽⁴⁸⁾ Cass. 28 settembre 2009, n. 20790, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 2215, con nota di ROSSETTI; Cass. 13 marzo 2007, n. 5846; Cass. 19 aprile 2006, n. 9085; Cass. 13 gennaio 2005, n. 583.

⁽⁴⁹⁾ Cass. 12 agosto 1995, n. 8845.

– ai medici dipendenti di un ente ospedaliero per avere scelto, nell'attività di assistenza al parto, una certa metodologia in presenza di dati obiettivi che ne imponevano l'esclusione⁽⁵⁰⁾;

– ad un medico curante che, fattosi sostituire per un certo periodo da un altro medico, «in assenza di tenuta di uno schedario degli assistiti, non abbia informato il sostituto di una grave ed accertata intolleranza ad un determinato farmaco da parte di un paziente» (nella specie il medico sostituto, non avvisato dell'intolleranza, prescrisse ad una paziente il farmaco "Voltaren" rispetto al quale la stessa aveva già dato segni di allergia e la cui assunzione ne provocò la morte per shock anafilattico)⁽⁵¹⁾;

– all'odontoiatra che, in presenza di problemi tecnici di speciale difficoltà, abbia praticato un intervento chirurgico in sito diverso da quello su cui si sarebbe dovuto svolgere e senza tenere conto di un preesistente stato di invalidità del paziente⁽⁵²⁾.

Per converso, si risponde anche solo per colpa lieve quando il professionista non abbia posto in essere una prestazione diligente per fronteggiare un caso ordinario, per il quale cioè il bagaglio tecnico del professionista medio appartenente al medesimo settore appare adeguato. A titolo esemplificativo, è stata ritenuta sussistente la colpa lieve in capo:

– alla ginecologa che non abbia impedito l'aborto del feto⁽⁵³⁾;

– al medico specialista che abbia errato l'indagine diagnostica istologica priva del connotato della sperimentabilità⁽⁵⁴⁾;

– al medico militare che abbia omesso l'accertamento delle conseguenze neurologiche – nella specie di carattere epilettico – patite da un soldato a seguito di trauma cranico per lo scoppio fortuito di una bomba e rivelatesi poi letali⁽⁵⁵⁾;

– al medico che, in un caso di lombosciatalgia-emilaminectomia, abbia errato diagnosi, omesso il ricorso ad indagini strumentali e male gestito i tempi dell'emergenza medico-chirurgica⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁰⁾ Cass. 5 dicembre 1995, n. 12505, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2494, con nota di LENOCI; in *Danno e resp.*, 1996, p. 195, con nota di LAZARI.

⁽⁵¹⁾ App. Bologna 14 dicembre 1993, in *Giur. merito*, 1994, p. 677, con nota di IADECOLA.

⁽⁵²⁾ Cass. 2 luglio 1991, n. 7262, in *Foro it.*, 1992, I, c. 803.

⁽⁵³⁾ Cass. pen. 13 febbraio 2014, n. 11804.

⁽⁵⁴⁾ Trib. Aquila 20 gennaio 2012, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 459, con nota di BUFANO.

⁽⁵⁵⁾ Cass. 22 febbraio 1988, n. 1847.

⁽⁵⁶⁾ Cass. 19 aprile 2006, n. 9085.

5. *Segue: C) Allocazione degli oneri di allegazione e prova e prescrizione.*

La configurazione della responsabilità della struttura sanitaria e del medico come contrattuale o aquiliana ha importanti ricadute in materia di oneri di allegazione e prova, oltre che di prescrizione del diritto. Come noto, infatti, la prescrizione dei diritti nascenti da contratto è ordinaria (art. 2946 c.c.), mentre quella dei diritti nascenti da illecito aquiliano è quinquennale (art. 2947 c.c.).

Quanto agli oneri di allegazione e prova, la giurisprudenza di merito, conformemente alla tesi secondo cui il medico poteva sì rispondere ma solo a titolo di illecito aquiliano, aveva in un primo tempo sostenuto che l'ospedale rispondesse dell'operato dei suoi dipendenti solo una volta dimostrato da parte del paziente-danneggiato sia il nesso di causalità, sia la colpa grave nell'esercizio dell'attività professionale del medico dipendente⁽⁵⁷⁾.

Conformemente alla configurazione della responsabilità sanitaria come responsabilità derivante da contratto atipico di spedalità, per la struttura, e da contatto sociale, per il medico, tale indirizzo è stato successivamente superato. Una pronuncia delle sezioni unite della Corte di Cassazione del 2008⁽⁵⁸⁾, in un caso di danno da emotrasfusione, aveva definitivamente sovvertito tale orientamento affermando che, in tema 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.

In altri termini, come in tutta la materia contrattuale, anche nel campo della responsabilità sanitaria, si riteneva che gravasse sul convenuto debitore che intendesse liberarsi dalla responsabilità, fornire la prova che l'inadempimento non sussiste o che lo stesso non sia a lui imputabile (art. 1218 c.c.).

L'inadempimento non sussiste quando il debitore dimostra che l'obbligazione è stata eseguita con la richiesta diligenza. In materia di responsabilità sanitaria, è stato da tempo chiarito che l'obbligazione assunta verso il paziente – salvo particolari casi che si sono posti soprattutto in materia

⁽⁵⁷⁾ V. ad esempio Trib. Firenze 25 maggio 1981, in *Dir. prat. assic.*, 1981, p. 698; App. Genova 10 marzo 1997, in *Danno e resp.*, 1997, p. 470 con nota di DE MATTEIS.

⁽⁵⁸⁾ Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, c. 455.

di chirurgia estetica e di professione odontoiatrica⁽⁵⁹⁾ – è non di risultato ma di mezzi⁽⁶⁰⁾ (e sempre che tale distinzione possa essere accolta). Pertanto, anche ove sia allegato dall'attore che le cure apprestate non sono state risolutive della patologia, il medico o la struttura sanitaria convenuta potranno sempre dimostrare che vi è stato esatto adempimento. La dimostrazione dell'esatto adempimento dell'obbligazione contrattuale dipende dalla valutazione del grado di diligenza che il debitore era tenuto ad impiegare. Al riguardo è opinione assolutamente dominante che la diligenza richiesta al medico e, per esso, alla struttura sanitaria, sia di tipo professionale (art. 1176, comma 2°, c.c.), e non quella del buon padre di famiglia (art. 1176, comma 1°, c.c.).

Uno studio a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione⁽⁶¹⁾ chiarisce che al medico non si chiede una diligenza media o mediocre, ma una diligenza superiore alla media: «a tal riguardo sono molti anni ormai che la Corte di Cassazione viene ripetendo che la diligenza esigibile dal medico deve essere “superiore alla media”⁽⁶²⁾; che la diligenza che

⁽⁵⁹⁾ V. Cass. 25 novembre 1994, n. 10014, secondo cui «il sanitario può assumere una semplice obbligazione di mezzi, ovvero anche una obbligazione di risultato, da intendersi quest'ultimo non come dato assoluto ma da valutare con riferimento alla situazione pregressa ed alle obiettive possibilità consentite dal progresso raggiunto dalle tecniche operatorie». V. anche Cass. 10 settembre 1999, n. 9617, in cui la Suprema Corte ha riconosciuto come obbligazione di risultato quella di un medico che aveva proposto e praticato un intervento di incollaggio delle tube a una paziente – quale metodo anticoncezionale sicuro al cento per cento – che successivamente era rimasta incinta. Secondo App. Roma 10 gennaio 2012, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 470, in relazione ad un intervento di chirurgia plastica – nella specie rinoplastica – di natura voluttuaria (cioè non necessaria dal punto di vista della cura medica), non connotato da caratteristiche di incertezza metodologica (c.d. intervento di routine), il conseguimento di un risultato positivo rappresenta il riferimento per valutare la correttezza dello stesso.

Ma in senso di escludere *tout court* la fattispecie dell'obbligazione di risultato, anche nell'ipotesi di chirurgia estetica, v. Cass. 3 dicembre 1997, n. 12253, secondo cui «l'obbligazione del professionista nei confronti del proprio cliente, anche nel caso di intervento di chirurgia estetica, è di mezzi, onde il chirurgo non risponde del mancato raggiungimento del risultato che il cliente si attendeva e che egli non è tenuto ad assicurare, nell'assenza di negligenza od imperizia, fermo l'obbligo del professionista di prospettare al paziente realisticamente le possibilità dell'ottenimento del risultato perseguito».

⁽⁶⁰⁾ Cass. 25 novembre 1994, n. 10014; Cass. 4 marzo 2004, n. 4400; Cass. 19 aprile 2006, n. 9085; Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 3, p. 849. Ricorda efficacemente Calvo, *op. cit.*, p. 455 che il medico non promette la guarigione del paziente, ma si obbliga a curarlo conformemente alle acquisizioni scientifiche suffragate dalla propria esperienza.

⁽⁶¹⁾ Rossetti, *Responsabilità sanitaria e tutela dalla salute*, Quaderno n. 2 del 2011, p. 15.

⁽⁶²⁾ Cass. 15 dicembre 1972, n. 3616, in *Resp. civ. e prev.*, 1973, p. 243. Il principio non è stato però sempre incontrastato: secondo Cass. 18 ottobre 1994, n. 8470, ad esempio,

“deve impiegare nello svolgimento [della] professione è quella del regolato ed accorto professionista, ossia del professionista esercente la sua attività con scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione professionale”⁽⁶³⁾. Questa speciale diligenza esigibile dal medico “comporta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione medica”⁽⁶⁴⁾, ed impone al medico non solo la corretta esecuzione della prestazione sanitaria in senso stretto, ma anche la corretta esecuzione delle attività accessorie, come l’obbligo di sorveglianza sulla salute del soggetto operato anche nella fase postoperatoria⁽⁶⁵⁾. Può dunque concludersi che, per la Corte di Cassazione, il medico “medio” di cui all’art. 1176, comma 2°, c.c., non è un medico mediocre, ma al contrario è un medico bravo, anzi, molto bravo: un medico che si aggiorna, che va ai convegni, che studia, che si preoccupa della sorte del cliente anche quando non è tenuto ad essere presente in ospedale⁽⁶⁶⁾, che consiglia al paziente tutte le alternative terapeutiche possibili e ragionevoli».

«la disciplina generale di cui all’art. 1176 c.c. (...) importa [per il medico] l’obbligo di usare la diligenza del buon padre di famiglia».

⁽⁶³⁾ Principio affermato per la prima volta già da Cass. 8 marzo 1979, n. 1441, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, p. 1494, e da Cass. 22 febbraio 1988, n. 1847, in *Arch. civ.*, 1988, p. 684, poi divenuto tratteggio. V. infatti, per tutte, la più recente Cass. 13 gennaio 2005, n. 583, in *Resp. e ris.*, 2005, 2, p. 44.

⁽⁶⁴⁾ Cass. 3 marzo 1995, n. 2466, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, p. 91; Cass. 19 maggio 1999, n. 4852, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2874; Cass. 29 luglio 2010, n. 17694.

⁽⁶⁵⁾ Cass. 11 marzo 2002, n. 3492, in *Guida al dir.*, 2002, 24, p. 24; Cass. 1 febbraio 2011, n. 2334, in *Danno e resp.*, 2011, p. 835.

⁽⁶⁶⁾ Cass. 8 marzo 1979, n. 1441, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, p. 1494, ove si legge: «la prestazione professionale del chirurgo non si esaurisce nel compimento del puro e semplice atto operatorio, ma comprende tutto il complesso di cure e di rimedi cui il paziente deve essere assoggettato allo scopo di praticare l’intervento con il minore rischio e di assicurare in seguito un rapido e favorevole decorso dell’infermità, prevedendo o eliminando le possibili complicazioni attraverso le misure ritenute più opportune. Ne discende che, ove per il mancato compimento di tale attività, il paziente subisca un evento lesivo collegato all’insorgere di dette complicanze, non può negarsi la responsabilità del chirurgo, qualunque sia la natura, contrattuale o meno, dell’opera professionale da lui prestata nei confronti del paziente, trattandosi di compiti strettamente inerenti all’attività professionale del chirurgo, il quale è comunque tenuto al loro assolvimento quando procede ad un intervento chirurgico, indipendentemente dal rapporto giuridico in base al quale egli l’esegue e, quindi, anche se il paziente abbia concluso il contratto di prestazione d’opera professionale con il responsabile sanitario della clinica in cui l’intervento chirurgico è stato poi effettuato. Né tale responsabilità viene meno ove il chirurgo non abbia l’obbligo di trattarsi nella clinica ove ha effettuato l’intervento operatorio, dal momento che dal compimento dell’intervento stesso discende il suo obbligo di praticare tutti i necessari trattamenti post-operatori e quindi di fare in modo di essere prontamente avvertibile per apprestare i necessari rimedi contro possibili complicanze».

Al riguardo si sono però poste due complesse questioni. Da una parte, se – trattandosi di obbligazione nascente da un contratto d'opera professionale o comunque ad esso assimilato – i debitori convenuti possano opporre la necessità di soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà: infatti, in questi casi, il prestatore d'opera non risponde dei danni se non in caso di dolo o colpa grave (art. 2236 c.c.). Dall'altra parte, se le prestazioni routinarie debbano essere trattate alla stregua delle obbligazioni di risultato, con onere in capo ai debitori convenuti di dimostrare che l'inadempimento – presunto per il mancato conseguimento del risultato – sia invece dovuto a fattori esterni ed imprevedibili, nonostante la diligenza richiesta dal caso.

Quanto ai problemi tecnici di speciale difficoltà, la giurisprudenza – pur ammettendo in astratto l'applicabilità dell'art. 2236 c.c. per gli interventi sperimentali o di altissima specializzazione, che trascendono la preparazione media ovvero non risultino sufficientemente studiati o sperimentati⁽⁶⁷⁾ – si è in concreto mostrata riluttante a ritenerne integrati i presupposti. Come è stato ben scritto sul punto, «per quanti sforzi si facciano, è ben raro individuare decisioni edite di legittimità o di merito nelle quali si sia ritenuta sussistente la colpa del medico, ma la si sia reputata “non grave”, ai sensi dell'art. 2236 c.c.»⁽⁶⁸⁾.

Con riferimento agli interventi routinari, la giurisprudenza ha affermato che l'intervento routinario, in quanto ordinariamente idoneo ad assicurare il risultato, non esige da parte dell'attore la rigorosa prova del nesso di causalità, potendo risultare sufficiente la dimostrazione della elevata probabilità di risultato utile (c.d. criterio del più probabile che non); dall'altra parte, ha altresì affermato che il medico si libera dalla responsabilità solo dimostrando che gli esiti sfavorevoli siano stati determinati da un evento impreveduto e imprevedibile⁽⁶⁹⁾. Così configurata, l'obbligazione assunta

⁽⁶⁷⁾ E v. Cass. 26 marzo 1990, n. 248, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 600; Cass. 12 agosto 1995, n. 8845; Cass. 18 aprile 2005, n. 7997, in *Corr. giur.*, 2006, p. 257.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. ancora *Responsabilità sanitaria e tutela dalla salute*, cit., p. 19, che cita una inedita decisione del Trib. Roma 18 luglio 2004, *P. c. Ospedale Pediatrico Bambin Gesù*, avente ad oggetto il caso di un chirurgo il quale, nell'eseguire un intervento di correzione di una stenosi aortica mediante ricostruzione in goretx dell'istmo aortico in un ragazzo di 16 anni, aveva causato lo stiramento del nervo ricorrente, e la conseguente disфонia del paziente. Sul punto v. anche CALVO, *op. cit.*, p. 455 ss.

⁽⁶⁹⁾ In Cass. 16 gennaio 2009, n. 975, in *Foro it.*, 2010, I, c. 994, la Cassazione ha affermato che ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e/o del medico per l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, il danneggiato deve fornire la prova del contratto (o del «contatto»), dell'aggravamento della situazione patologica (o dell'insorgenza di nuove patologie) e del relativo nesso di causalità con l'azione o l'omissione

dal medico è perciò assimilabile ad un'obbligazione di risultato in quanto non consente la liberazione del debitore solo provando il diligente adempimento della prestazione (art. 1176 c.c.), ma esige altresì la dimostrazione che il danno è stato determinato da causa a lui non imputabile (art. 1218 c.c.). In questo modo, l'onere probatorio in capo al debitore convenuto risulta aggravato.

Per fare un esempio, si pensi all'intervento di osteosintesi per frattura di metacarpo della mano, pacificamente a carattere routinario, trattato con viti contrapposte anziché con filo di Kirschner o con placca e viti. Ove la riduzione della frattura non riesca e si debba dare corso a nuovo intervento, l'attore dovrà allegare il danno (cioè l'invalidità temporanea derivante dalla nuova degenza e l'eventuale residuo danno permanente) e l'inadempimento, ossia o una scelta terapeutica erronea rispetto alla situazione del caso concreto ovvero una inesatta esecuzione della stessa (o entrambe), con la deduzione che il danno sia probabilmente conseguenza dell'inadempimento. Il medico si libera non già dimostrando che l'inadempimento lamentato non sussista, in quanto il trattamento prescelto era corretto ed era stato correttamente eseguito, ma solo provando che il danno è stato conseguenza di un fattore esterno impreveduto ed imprevedibile: ad esempio, un urto accidentale della mano.

Quanto osservato in materia di interventi routinari consente altresì di comprendere l'ulteriore strumento con il quale l'esercente la professione o la struttura sanitaria, secondo la giurisprudenza sorta sotto il previgente sistema, potevano escludere la propria responsabilità, pur non potendo dimostrare che la prestazione fosse stata esattamente adempiuta: ed infatti, come avvertito, la responsabilità viene meno anche quando sia dimostrato che l'inadempimento (pur sussistente) non è imputabile all'esercente la professione o alla struttura sanitaria (art. 1218 c.c.).

Tale prova può essere fornita solo attraverso la dimostrazione del concorso di elementi esterni alla condotta del medico o della struttura

dei sanitari, restando a carico dell'obbligato la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti siano stati determinati da un evento impreveduto e imprevedibile (nello stesso senso, v. anche Cass. 29 luglio 2010, n. 17694; Cass. 14 febbraio 2008, n. 3520, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 948). Tuttavia, sempre secondo la Suprema Corte, l'insuccesso o il successo parziale di un intervento di routine, o, comunque, con alte probabilità di esito favorevole, implicano di per sé la prova dell'anzidetto nesso di causalità, giacché tale nesso, in ambito civilistico, consiste anche nella relazione probabilistica concreta tra comportamento ed evento dannoso, secondo il criterio del «più probabile che non» (in questo senso, v. già Cass. 26 giugno 2007, n. 14759, in *Foro it.*, 2008, I, c. 2961; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 1429).

idonei alla interruzione del nesso: tali possono considerarsi, in linea di principio, o sviluppi imprevedibili e non controllabili di patologie pregresse o concomitanti, ovvero il concorso di fattori umani estranei al controllo del medico, tra cui interventi eseguiti da altri medici o strutture sanitarie ovvero il concorso determinante del paziente stesso nella causazione del danno (70).

La nuova disciplina fornita dalla l. n. 24/17 non sembra in sé modificare il quadro relativo alla responsabilità della struttura sanitaria, posto l'espreso richiamo ai principi dell'art. 1218 c.c. Né appare innovare al formante giurisprudenziale in materia di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria quando questo abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale con il paziente.

Complessa appare invece la ricostruzione del regime degli oneri di allegazione e prova qualora il paziente danneggiato reputi di agire contestualmente nei confronti della struttura socio sanitaria e dell'esercente la professione sanitaria, posto che in tal caso, in relazione ad una medesima condotta, devono essere dimostrati gli elementi costitutivi della responsabilità della struttura (sempre a titolo contrattuale) e del medico (ora a titolo contrattuale ora aquiliano).

6. Segue: *il concorso tra responsabilità contrattuale e aquiliana. Osservazioni critiche.*

È pacifico in giurisprudenza che un medesimo danno possa originare da una pluralità di condotte ascrivibili a vari coautori anche a diverso titolo, contrattuale per alcuni e aquiliano per altri: ad es., il lavoratore può esigere il risarcimento del danno sia dal datore sia da terzi che abbiano concorso a titolo di illecito (71); i creditori che abbiano fatto affidamento sulla solvibilità del proprio debitore possono avanzare pretese risarcitorie, a titolo di illecito aquiliano, anche verso la banca che abbia concesso abusivamente credito (72), del revisore che non abbia formulato osservazioni doverose sul bilancio (73), dell'esperto che non abbia correttamente

(70) Cass. 30 settembre 2014, n. 20547; Cass. 31 luglio 2013, n. 1834, in *Gazz. for.*, 2013, 6, p. 21; Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577; Cass. 19 aprile 2006, n. 9085.

(71) Ad es., Cass. 4 marzo 1993, n. 2605.

(72) Ad es., Cass. 13 gennaio 1993, n. 343; App. Milano 11 maggio 2004, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2004, II, p. 643.

(73) A favore della (prevalente) tesi della responsabilità aquiliana, v., tra gli altri, RANIERI, *La responsabilità da false informazioni*, in *Giur. comm.*, 1976, I, p. 648 ss.; SANTARONI, *La responsabilità del revisore*, Milano, 1984, p. 199 ss.; FORTUNATO, *La certificazione del bilancio. Profili giuridici*, Napoli, 1985, p. 91 (nonché ID., *sub art. 2409-sexies*, in *Commen-*

stimato i rischi di una fusione a seguito di acquisizione con indebitamento⁽⁷⁴⁾ o di un attestatore che abbia infedelmente attestato la fattibilità di un piano di concordato⁽⁷⁵⁾. Non è infrequente che la corresponsabilità del terzo, per la posizione di garante della tutela dell'interesse del danneggiato, pur in difetto di un rapporto contrattuale diretto, venga ricondotta alla responsabilità contrattuale: è questo, ad es., almeno secondo alcuni, il caso della responsabilità dei revisori legali dei conti⁽⁷⁶⁾.

Ipotesi affatto diversa, tuttavia, è quella in cui un medesimo fatto materiale dia corso ad una pluralità di corresponsabili, ciò che tipicamente può accadere quando il comportamento della persona fisica si svolga

tario Niccolini-Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 845); BUSSOLETTI, *Le società di revisione*, Milano, 1985, p. 332 ss.; BUSNELLI, *Itinerari europei nella "terra di nessuno" tra contratto e "fatto illecito": la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 539. In giurisprudenza, anche la Cassazione ha di recente affermato la natura extracontrattuale di questa responsabilità, in ragione della forte esigenza di tutelare l'affidabilità delle contrattazioni e del mercato mobiliare: v. Cass. 18 luglio 2002, n. 10403, in *Società*, 2002, p. 1513, con nota di SALAFIA, *Responsabilità extracontrattuale delle società di revisione per danni a terzi*; v. inoltre, Trib. Milano 6 ottobre 2008, in *Riv. dir. soc.*, 2010, I, p. 113, con nota di BUTA, *La responsabilità della società di revisione per un erroneo giudizio sul bilancio: il caso Parmalat*; App. Torino 30 maggio 1995, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 497, con nota di VALENSISE, *Le responsabilità delle società di revisione – Considerazioni dopo le prime pronunzie giurisprudenziali*.

⁽⁷⁴⁾ Pur in assenza di specifiche disposizioni positive (salvo per i profili di responsabilità penale, disciplinati dal rinvio, contenuto nell'art. 2501 *sexies*, comma 6°, c.c., all'art. 64 c.p.c. in tema di responsabilità del consulente tecnico d'ufficio), si ritiene che gli esperti di cui all'art. 2501 *sexies* c.c. rispondano civilisticamente in via contrattuale nei confronti della società conferente (o delle società conferenti) l'incarico e in via extracontrattuale nei confronti dei terzi, cioè dei soci, dei creditori, e di tutte le società partecipanti all'operazione. In questo senso, v. BONELLI, *Responsabilità della società di revisione nella certificazione obbligatoria e volontaria dei bilanci*, in *Riv. società*, 1979, p. 974; SERRA e SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni di società*, Torino, 1994, p. 73; C. SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, 7***, 1, Torino, 2004, p. 378; BARCELLONA, *Responsabilità da informazioni al mercato: il caso dei revisori legali dei conti*, Torino, 2003, p. 235. V. anche, ma senza una presa di posizione nella disputa sulla natura della responsabilità *de qua*, CACCHI PESSANI, *sub art. 2501-sexies*, in *Commentario Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari*, Milano, 2006, p. 612; PERRINO, *sub art. 2501-sexies*, in *Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres*, cit., p. 1958.

⁽⁷⁵⁾ E v. Trib. Venezia 19 maggio 2015, in *Dir. fall.*, 2016, p. 1040, con nota di NAPOLITANO, *Azioni di responsabilità esercitate nel fallimento: corresponsabilità dell'attestatore del piano ex art. 182 bis l. fall. e criteri di quantificazione del danno*.

⁽⁷⁶⁾ E v. soprattutto BARCELLONA, *Responsabilità da informazione al mercato: il caso dei revisori legali dei conti*, Torino, 2003, p. 203 ss. Alcuni autori assumono tuttavia una posizione "intermedia", muovendo dalla generalità del principio espresso dall'art. 2043 c.c., ma al tempo stesso riconoscendo che l'antigiuridicità del fatto fonte di responsabilità per i revisori risiede nell'inosservanza di specifici obblighi di legge (a tutela della società revisionata, dei soci e dei terzi): così, v. ROSSI, *Revisione contabile e certificazione obbligatoria*, Milano, 1985, p. 194; CASADEI, *La responsabilità della società di revisione*, Milano, 2000, p. 87 ss.; FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, p. 143.

nell'ambito delle funzioni che questa espleta per un ente personificato. Si è già fatto l'esempio (e sul punto si ritornerà a breve) della responsabilità degli impiegati dello Stato e di quella dei magistrati; ma si può invero anche pensare alla responsabilità diretta verso terzi degli amministratori di società: responsabilità che, come è stato recentemente sottolineato, non è dettata per escludere l'imputazione organica all'ente, bensì per affermare quella concorrente della persona fisica⁽⁷⁷⁾.

Ebbene, rispetto alle ipotesi appena indicate, il nuovo sistema della corresponsabilità degli esercenti una professione sanitaria si connota per una serie di elementi distintivi.

La responsabilità della struttura sanitaria, ove sussistente, è sempre regolata come contrattuale, a norma degli artt. 1218 e 1228 c.c. Il richiamo espresso all'art. 1218 c.c. addebita in capo alla struttura sanitaria l'onere della dimostrazione dell'esatto adempimento dell'obbligazione assunta, anche di fatto, verso il paziente. Considerando gli approdi della giurisprudenza in materia di responsabilità delle strutture per gli interventi routinari, sembra tuttavia doversi escludere che la struttura sanitaria si liberi solo dimostrando che il danno è conseguenza di un elemento estraneo alla condotta, e cioè che non sussista nesso causale tra quest'ultima e il danno. Come meglio vedremo in seguito (al par. 7), nonostante la giurisprudenza favorisca i danneggiati che dimostrano almeno una probabilità alta di sussistenza del nesso, resta fermo che tale prova comunque grava su chi agisce.

Ciò precisato, ai fini della prova dell'esatto adempimento non basta la dimostrazione di avere apprestato mezzi adeguati, e cioè di impiegare esercenti le professioni sanitarie astrattamente dotati di idonei requisiti. Il richiamo all'art. 1228 c.c. esclude, infatti, che il fatto degli ausiliari possa apprezzarsi, a norma dell'art. 1218 c.c., come causa esterna idonea a determinare impossibilità di rendere la prestazione dovuta per causa a sé non imputabile. Al riguardo, va peraltro notato che, nella elaborazione della responsabilità per fatto degli ausiliari, il fatto doloso o colposo di questi ultimi si imputa oggettivamente al debitore della prestazione contrattuale, sul presupposto che a questo compete la scelta dei mezzi con cui adempiere. Sul punto, viceversa, l'art. 7, comma 1°, l. n. 24/17 è (relativamente) innovativo là dove afferma che anche la circostanza che gli esercenti la professione sanitaria siano stati eventualmente scelti dal pa-

⁽⁷⁷⁾ In questo senso, v. STAGNO D'ALCONTRES e DE LUCA, *Le società*, II, *Le società di capitali*, Torino, 2017, p. 670 s.

ziente è insufficiente ad escludere la responsabilità della struttura sanitaria che, comunque, di costoro si sia avvalsa⁽⁷⁸⁾. La formulazione della nuova legge non sembra tuttavia escludere che la scelta operata dal paziente possa essere apprezzata a titolo di concorso colposo nella causazione del danno (art. 1227 c.c.).

Esaminati i profili connotanti la responsabilità della struttura, si può ora passare ad esaminare quella dell'esercente la professione sanitaria. Come già in parte accennato, l'art. 7, comma 3°, l. n. 24/17 chiarisce che la condanna di quest'ultimo potrà aversi solo con la positiva dimostrazione che la sua condotta sia stata illecita, e cioè connotata da profili di colpevolezza. Anzitutto si rileva che, una volta affermato che la struttura sanitaria risponde per il fatto degli ausiliari, l'art. 7 in esame assume essenzialmente valore negativo: esso infatti va apprezzato come negazione della possibilità di qualificare la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria come contrattuale, da contatto sociale⁽⁷⁹⁾. Per il resto, la medesima disposizione afferma un principio che avrebbe potuto comunque ricavarsi dal sistema. È infatti noto che il terzo danneggiato da fatto doloso o colposo degli ausiliari ha azione diretta anche nei confronti dell'autore materiale dell'illecito, dimostrandone i relativi presupposti⁽⁸⁰⁾. Inoltre, anche il richiamo diretto all'art. 2043 c.c. si apprezza in negativo, in quanto chiarisce che, a differenza del caso degli impiegati dello Stato e dei magistrati, la responsabilità diretta degli esercenti la professione sanitaria sussiste anche nei casi in cui la condotta sia connotata da colpa lieve.

Quest'ultimo punto merita una riflessione di carattere sistematico.

Pur essendo fattispecie simili, la responsabilità civile degli impiegati dello Stato (d.p.r. n. 3/57), dei magistrati (l. 13 aprile 1988, n. 117 – c.d.

⁽⁷⁸⁾ La dottrina maggioritaria (v. per tutti VISINTINI, *La responsabilità del debitore per fatto degli ausiliari*, cit., p. 588) esclude che possa darsi responsabilità ex art. 1228 c.c. quando la scelta dell'ausiliario provenga dal "creditore". Tuttavia, già in passato la giurisprudenza in materia di responsabilità sanitaria aveva affermato che la responsabilità della struttura nei confronti del paziente può sorgere anche ex art. 1228 c.c., in ipotesi di inadempimento della prestazione medica svolta direttamente dal sanitario quale ausiliario della struttura (e pure in assenza di un rapporto di lavoro subordinato), «non rilevando in contrario al riguardo la circostanza che il sanitario risulti essere anche "di fiducia" dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto». Così, Cass. 26 gennaio 2006, n. 1698; Cass. 14 giugno 2007, n. 13953; Cass. 28 novembre 2007, n. 24742. Sul punto, CALVO, *op. cit.*, p. 470, rilevando il distacco tra art. 7, comma 1°, l. n. 24/17 e art. 1228 c.c., il quale non contempla un legame contrattuale del terzo con l'ausiliario.

⁽⁷⁹⁾ Per alcune perplessità, v. tuttavia CALVO, *op. cit.*, p. 467.

⁽⁸⁰⁾ V. ad es. Cass. 3 dicembre 2003, n. 18476, nonché Cass. 8 gennaio 1999, n. 108 in materia di trasporto marittimo.

legge Vassalli) e dei medici (da ultimo, l. n. 24/17) viene disciplinata piuttosto diversamente dal legislatore.

Infatti, ai sensi del d.p.r. n. 3/57, gli impiegati dello Stato rispondono dei danni cagionati a terzi ingiustamente, e cioè con dolo o colpa grave (art. 22, comma 1°, primo periodo); qualora sussista anche la responsabilità dello Stato, l'azione può essere proposta congiuntamente, ma alla p.a. che abbia risarcito il danno è riconosciuta azione di rivalsa nei confronti del proprio funzionario (art. 22, comma 1°, secondo periodo), e ciò anche se la condotta di quest'ultimo si è caratterizzata per colpa lieve⁽⁸¹⁾.

Ai sensi della c.d. legge Vassalli, invece, la responsabilità dei magistrati può essere fatta valere solo nei casi di dolo o colpa grave, ma al cittadino non è riconosciuta azione risarcitoria diretta contro il singolo magistrato. In questi casi, il danneggiato potrà quindi agire solo nei confronti dello Stato, il quale avrà poi azione di rivalsa nei confronti del magistrato.

Ancora diversa è, come visto, la responsabilità degli esercenti la professione sanitaria come da ultimo disegnata dalla l. n. 24/17. Quest'ultima infatti fa generico riferimento all'art. 2043 c.c., così prevedendo che gli esercenti la professione sanitaria possano rispondere non solo a titolo di dolo o colpa grave, ma anche di colpa lieve (art. 7). Tuttavia, contrariamente a quanto disposto in materia di impiegati dello Stato, è previsto che la struttura che si trovi a risarcire il danno può rivalersi sull'esercente la professione sanitaria *solo* qualora questo abbia agito con dolo o colpa grave e, in quest'ultimo caso, solo nei limiti del triplo del suo stipendio lordo annuale (art. 9).

Il sistema così ricostruito si presta ad alcune critiche.

Anzitutto, se la previsione di una disciplina *ad hoc* come quella prevista dalla legge Vassalli sembra giustificabile in ragione della tutela del principio di indipendenza della magistratura⁽⁸²⁾, meno comprensibile appare la disparità di trattamento tra gli esercenti la professione sanitaria e gli impiegati dello Stato: come visto, la rivalsa dello Stato nei confronti dei

(81) Ciò non è espressamente stabilito dalla legge, ma è quanto si ricava univocamente dal comma 2° dell'articolo in questione, che stabilisce che «[c]ontro l'impiegato addetto alla conduzione di autoveicoli o altri mezzi meccanici l'azione dell'Amministrazione è ammessa solo nel caso di danni arrecati per dolo o colpa grave». Il punto è peraltro pacifico in giurisprudenza, e v. ad es. Corte Conti 17 maggio 1993, n. 122.

(82) La ragionevolezza di tale soluzione è stata non solo affermata dalla giurisprudenza di legittimità (e v. in questo senso Cass. 29 gennaio 2015, n. 1715), ma anche avallata dalla Corte di giustizia di Lussemburgo. Quest'ultima infatti, pur avendo in passato condannato l'Italia per aver limitato la responsabilità dei magistrati ai soli casi di dolo o colpa grave, non ha mai posto in discussione l'esclusione della proponibilità di un'azione diretta del cittadino nei confronti del singolo magistrato (v. Corte giust. UE 24 novembre 2011, C-379/10).

propri funzionari è sempre permessa, anche in caso di colpa lieve, con la conseguenza che il peso finale dei risarcimenti grava sempre su questi ultimi. Viceversa, il meccanismo delle rivalse previsto in materia di responsabilità degli esercenti la professione sanitaria fa sì che tale peso finale gravi integralmente sull'esercente *solo* nei casi di dolo (e di colpa grave per gli esercenti *intra-moenia*). Ebbene, tale disparità appare ancor più difficile da giustificare ora che, con la riforma apportata dalla l. n. 24/17, la responsabilità degli esercenti la professione sanitaria è stata ricondotta nell'alveo dell'illecito⁽⁸³⁾.

In secondo luogo, appare intrinsecamente incoerente la regola che permette al terzo di agire sempre sia nei confronti dell'esercente la professione sanitaria sia nei confronti della struttura, e di escutere l'uno o l'altra, a propria discrezione, ma con significativa disparità di effetti⁽⁸⁴⁾.

Si faccia l'ipotesi di un soggetto che convenga in giudizio esclusivamente l'esercente la professione sanitaria e ne ottenga la condanna dimostrando l'illecito, ma senza provare – come peraltro non necessario – se la condotta era connotata da colpa grave o dolo. Si potrebbe dubitare che l'esercente la professione sanitaria, il quale possa dimostrare che la condotta è connotata da sola colpa lieve, abbia azione di rivalsa nei confronti dell'ente non essendo tale fattispecie oggetto di regolamentazione espressa.

Per risolvere il dubbio, si tratta perciò di comprendere se la disciplina in materia di rivalse, prevista esclusivamente sul presupposto che sia la

⁽⁸³⁾ Fino all'entrata in vigore della recente l. n. 24/17, la giurisprudenza aveva tradizionalmente escluso l'applicabilità del d.p.r. n. 3/57 alla responsabilità dei medici, e ciò in quanto quest'ultima era ritenuta di natura contrattuale (in questo senso, v. tra le tante Cass. 10 settembre 2010, n. 19277). Già prima dell'equiparazione del titolo di responsabilità ad opera della l. n. 24/17, tuttavia, in molti ritenevano di poter estendere ai medici la disciplina degli impiegati di Stato, soprattutto sulla base del d.p.r. 20 dicembre 1979, n. 761, in *G.U.* n. 45 del 15 febbraio 1980, in materia di "stato giuridico delle USL", il quale espressamente stabiliva (e stabilisce) che «[i]n materia di responsabilità, ai dipendenti delle unità sanitarie locali si applicano le norme vigenti per i dipendenti civili dello Stato di cui al decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3, e successive integrazioni e modificazioni» (art. 28, comma 1°).

⁽⁸⁴⁾ Per un simile rilievo, v. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo*, cit., p. 83, il quale tuttavia ritiene che il dubbio debba essere risolto considerando l'obbligo per la struttura sanitaria di garantire all'esercente idonea polizza di assicurazione od altre misure analoghe. La soluzione appare tuttavia non sempre adeguata a tutelare il patrimonio dell'esercente la professione sanitaria in quanto: *a*) la polizza potrebbe prevedere franchigie, inopponibili ai danneggiati, ma non all'esercente assicurato; *b*) le altre analoghe misure devono essere apprestate direttamente dalla struttura e presuppongono dunque un diritto dell'esercente di avvalersene, e cioè in definitiva che l'esercente abbia rivalsa verso la struttura; in ogni caso, *c*) si verificherebbe una disparità di trattamento per i casi di accertata colpa grave.

struttura a pagare nei confronti del terzo danneggiato, esprima in realtà principi suscettibili di essere applicati anche “in senso inverso”, quando cioè ad essere escusso sia il patrimonio dell’ esercente la professione sanitaria. La risposta negativa porrebbe seri dubbi di costituzionalità realizzando un’ evidente disparità di trattamento. Come noto, tuttavia, l’ incostituzionalità di una norma può essere pronunciata solo quando di essa non sia possibile un’ interpretazione costituzionalmente orientata, il che sembra imporre la preferenza per la soluzione affermativa al dubbio. Al di là della condivisione del principio, che non spetta all’ interprete sindacare, stante il silenzio della legge sul punto, sembra dunque necessario riconoscere il diritto del medico di rivalersi sulla struttura di quanto sia stato costretto a pagare qualora venga riconosciuta una sua responsabilità per colpa lieve, ovvero, nei casi di colpa grave, di quanto ecceda l’ ammontare massimo che la struttura avrebbe da lui potuto esigere (*i.e.* il triplo del suo stipendio) ⁽⁸⁵⁾.

Delineati i contorni della responsabilità della struttura e dell’ esercente la professione, può transitarsi all’ esame delle situazioni nelle quali il danneggiato intenda farle valere congiuntamente.

Al riguardo, sembra doversi escludere che il danneggiato possa valersi della eventuale incapacità della struttura sanitaria di dimostrare l’ esatto adempimento o l’ inimputabilità dell’ inadempimento per ottenere prova della colpevolezza dell’ esercente la professione sanitaria. Pur in presenza di un medesimo fatto materiale causativo del danno, da allegare e dimostrare in capo al danneggiato, non sembra infatti che l’ accertamento dell’ inadempimento equivalga anche a dimostrazione dell’ illecito: né la dimostrazione della negligenza, imprudenza o imperizia in capo all’ esercente la professione sanitaria dovrà necessariamente condurre ad affermare la responsabilità della struttura sanitaria. Resta ferma, infatti, la possibilità di dimostrare – sotto il profilo del nesso di causalità – che il danno è conseguenza non già della condotta colpevole che vale altresì da inadempimento, ma di circostanze estranee alla condotta umana e da questa non controllabili.

Va infine notato che le regole in materia di responsabilità civile in ambito sanitario sono espressamente definite di carattere imperativo. Con tale affermazione sembra volersi escludere che il contratto, ove sussistente in forma espressa, possa validamente escludere o limitare la responsabilità della struttura sanitaria o dell’ esercente; non potrebbe dunque

⁽⁸⁵⁾ L’ infelice formulazione di legge al riguardo è in via di correzione.

risultare sufficiente al riguardo una specifica approvazione del paziente⁽⁸⁶⁾.

7. *Il nesso di causalità e il relativo regime probatorio.*

Pur restando invariate le disposizioni di legge poste a fondamento della responsabilità della struttura sanitaria e del medico (su tutti, gli artt. 1218, 1228, 2043 e 2236 c.c.), dalla fine degli anni '70, l'azione ermeneutica della giurisprudenza si è concentrata sull'introduzione di nuovi principi interpretativi degli elementi oggettivi e soggettivi della predetta responsabilità, tanto da trasformarla in una sorta di responsabilità "speciale".

In tema di causalità, la l. n. 24/17 è in linea con l'orientamento espresso dalla giurisprudenza (anche dopo l'entrata in vigore della Legge Balduzzi), teso a rendere più agevole l'esercizio del diritto al risarcimento del danno da parte del paziente (e/o dei suoi congiunti), quando ad essere convenuta in giudizio è la struttura sanitaria⁽⁸⁷⁾. Al contrario, la rinnovata natura extracontrattuale della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, che il legislatore ha "ripristinato" dopo circa 20 anni⁽⁸⁸⁾, costituisce un elemento rivoluzionario, il cui impatto sui generali principi in tema di responsabilità medica dovrà essere analizzato con specifico riguardo ai correttivi introdotti a tutela del paziente/danneggiato.

In linea generale, il nesso di causalità assume connotati peculiari nell'ambito della responsabilità sanitaria, la prestazione medica intervenendo in presenza di una condizione di salute generalmente già compromessa (salvo che non si tratti, ad es., di interventi di chirurgia estetica), con conseguente difficoltà di stabilire se il peggioramento delle condizioni di salute sia eziologicamente riconducibile alla condotta del medico ovvero se si sarebbe verificato indipendentemente da essa. Tant'è che, negli ultimi anni, la Corte di Cassazione ha elaborato una serie di regole *ad hoc* proprio

⁽⁸⁶⁾ Nota CALVO, *op. cit.*, p. 470 che la natura imperativa delle norme "annienta" il frequente patto con il quale le case di cura private si esonerano dalla responsabilità per l'operato del medico prescelto dal paziente. Il che tuttavia non influisce sulla ripartizione interna del peso del risarcimento, e cioè sulla possibilità di recupero in via di rivalsa delle somme eventualmente pagate dalla struttura al terzo; come accennato, non opera in questo caso il limite quantitativo alla rivalsa.

⁽⁸⁷⁾ «[I]l medico o la struttura sanitaria convenuta in giudizio dal preteso danneggiato ha ormai possibilità di scampo pressoché nulle»: così, App. Roma 11 marzo 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 1157.

⁽⁸⁸⁾ Si fa riferimento all'intervento di Cass. n. 589/1999 *cit.*, che ha qualificato la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria come contrattuale da "contatto sociale".

sul delicato (ed estremamente complesso) tema dei criteri di accertamento e valutazione del nesso di causalità in ambito sanitario, che si esamineranno in appresso.

Il nesso di causalità «è elemento strutturale dell'illecito, che corre – sul piano strettamente oggettivo e secondo una ricostruzione logica di tipo sillogistico – tra un comportamento (dell'autore del fatto) astrattamente considerato (...) e l'evento»⁽⁸⁹⁾, prescindendo da ogni valutazione circa la prevedibilità dell'evento da parte dell'autore del fatto, che invece attiene esclusivamente all'elemento soggettivo.

La prima fase del giudizio di causalità (l'accertamento del c.d. nesso di causalità materiale) verte sulla riconducibilità della condotta all'evento dannoso: deve considerarsi causa dell'evento «ogni comportamento antecedente (prossimo, intermedio, remoto) che abbia generato, o anche solo contribuito a generare» l'evento⁽⁹⁰⁾. La seconda fase del giudizio si incentra, invece, sull'accertamento del nesso di causalità giuridica, che intercorre tra condotta illecita/evento dannoso e i danni da essi derivanti, ed è volto a selezionare le conseguenze risarcibili in favore del danneggiato⁽⁹¹⁾.

Giova ora stabilire – sul piano strettamente “operativo” – su chi gravi l'onere di provare il nesso di causalità così declinato.

Prima dell'intervento della l. n. 24/17 (che ha confermato la responsabilità contrattuale – *ex artt.* 1218 e 1228 c.c. – della struttura sanitaria, ma ha qualificato come aquiliana la responsabilità del medico), la giurisprudenza di legittimità era costante nell'affermare che, «[i]n tema di responsabilità civile nell'attività medico-chirurgica, ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e/o del medico per l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, il danneggiato deve fornire la prova del contratto (o del contatto) e dell'aggravamento della situazione patologica (o dell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) e del relativo nesso di causalità con l'azione o l'omissione dei sanitari, restando a carico dell'obbligato – sia esso il sanitario o la struttura – la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in

⁽⁸⁹⁾ Cass. 12 settembre 2013, n. 20904.

⁽⁹⁰⁾ Cass. n. 20904/2013 cit.

⁽⁹¹⁾ L'obbligo risarcitorio sorge «allorché siano positivamente accertati tre fatti giuridici (condotta, lesione e danno), legati da due nessi causali (causalità materiale tra la condotta e la lesione, causalità giuridica tra quest'ultima e il danno)»: così, ROSSETTI, *Responsabilità sanitaria e tutela della salute*, cit., p. 23. Anche la giurisprudenza, così come la dottrina maggioritaria, conferma il processo di accertamento del nesso in tale duplice scomposizione. Su tutte, Cass., sez. un., 26 gennaio 1971, n. 174, e Cass. 15 ottobre 1999, n. 11629.

modo diligente e che quegli esiti siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile»⁽⁹²⁾.

Sul profilo della causalità materiale, la citata pronuncia precisa che il nesso eziologico presuppone che la condotta – commissiva od omissiva – della struttura e/o del medico (di cui la struttura risponde *ex artt.* 1228 c.c.) si ponga come antecedente necessario, anche in concorso con altri, rispetto all'evento dannoso.

Ne consegue che, se il vincolo contrattuale stretto con la struttura fa sorgere, in capo a quest'ultima, l'obbligo di eseguire una prestazione curativa nei confronti del paziente, quest'ultimo sarà tenuto a dimostrare, quale evento dannoso scaturente dall'esecuzione del rapporto curativo (da inserirsi nella serie causale che ha condotto a tale evento)⁽⁹³⁾:

(i) o la persistenza della patologia per cui si era richiesta la prestazione curativa;

(ii) o l'aggravamento di detta patologia (anche sino a un esito nefasto);

(iii) ovvero l'insorgenza di una nuova patologia diversa da quella oggetto della prestazione curativa.

In tal modo, il paziente/attore si avvale di un'agevolazione probatoria creata dalla giurisprudenza, essendo sufficiente la dimostrazione che la lesione sofferta sia l'effetto dell'azione (o dell'omissione) del convenuto, sul quale grava l'onere di provare (in qualità di debitore *ex artt.* 1218 e 1228 c.c.) che la prestazione professionale è stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti sono stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹²⁾ Cass. n. 20904/2013, cit. Nello stesso senso, più di recente, v. Cass. 20 marzo 2015, n. 5590, che richiama espressamente Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577.

⁽⁹³⁾ Di contro, come si esaminerà *infra*, «il concreto svolgimento del rapporto curativo presso la struttura ospedaliera (...) e, quindi, i comportamenti positivi attraverso i quali essa aveva operato e gli eventuali comportamenti omissivi della stessa, e, dunque, la dimostrazione della idoneità o della inidoneità dei detti comportamenti ad assicurare l'esatta esecuzione della prestazione dedotta nel rapporto curativo e la dimostrazione che eventuali comportamenti omessi avrebbero potuto assicurarla e scongiurare l'evento rilevavano, invece, sul piano della causalità in senso giuridico ed a quello dell'elemento soggettivo».

⁽⁹⁴⁾ Una recente pronuncia della Suprema Corte riporta sinteticamente l'attuale orientamento della giurisprudenza in merito alla prova liberatoria del medico, con applicazione del principio (già sancito dalla nota Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533) di c.d. vicinanza della prova: «in ogni caso di “insuccesso” incombe invero al medico o alla struttura provare che il risultato “anomalo” o anormale rispetto al convenuto esito dell'intervento o della cura, e quindi dello scostamento da una legge di regolarità causale fondata sull'esperienza, dipende da fatto a sé non imputabile, in quanto non ascrivibile alla condotta mantenuta in conformità alla diligenza dovuta, in relazione alle specifiche circostanze del caso concreto (v. Cass. 9 ottobre 2012, n. 17143), bensì ad evento imprevedibile e non superabile con l'adeguata diligenza (cfr., Cass. 21 luglio 2011, n. 15993; Cass. 7 giugno

Il criterio utilizzato dalla giurisprudenza per stabilire se la condotta della struttura sanitaria (o del medico, *ex art.* 1228 c.c.) possa essere qualificata come antecedente causale senza il quale l'evento non si sarebbe verificato è, per la causalità commissiva, quello della c.d. causalità umana (è causa dell'evento – in senso giuridico – quell'antecedente storico che sia in grado di produrre l'evento secondo *l'id quod plerumque accidit*); per l'accertamento della causalità omissiva, invece, la giurisprudenza ricorre al criterio del “più probabile che non”.

Quanto alla causalità commissiva, la regola della *condicio sine qua non* (secondo cui un evento è da considerare causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo)⁽⁹⁵⁾ deve essere applicata alla luce del criterio della causalità adeguata (o regolarità causale), con la conseguenza che il rapporto di sequenza temporale tra l'antecedente e il dato consequenziale «integri gli estremi di una sequenza possibile, alla stregua di un calcolo di regolarità statistica, per cui l'evento appaia come una conseguenza non imprevedibile dell'antecedente»⁽⁹⁶⁾.

Pertanto, l'evento deve rientrare tra le conseguenze “normali” della condotta, senza ricorrere né alla causalità naturalistica, né a quella statistica, né a quella logica/intuitiva del giudice, bensì sulla base di un rapporto di probabilità scientifica “qualificata” (ossia, «quando ne sia conseguenza altamente probabile e verosimile, non già una mera possibilità astratta») (97).

Spetterà quindi al convenuto (struttura sanitaria e/o medico), per negare la sussistenza del nesso di causalità, dimostrare che tale antecedente

2011, n. 12274. E già Cass. 24 maggio 2006, n. 12362; Cass. 11 novembre 2005, n. 22894). In altri termini, dare la prova del fatto impeditivo (v. Cass. 28 maggio 2004, n. 10297; Cass. 21 giugno 2004, n. 11488), rimanendo in caso contrario soccombente, in applicazione della regola generale *ex art.* 1218 e 2697 c.c., di ripartizione dell'onere probatorio fondata sul principio di c.d. vicinanza alla prova o di riferibilità (v. Cass. 9 novembre 2006, n. 23918; Cass. 21 giugno 2004, n. 11488; Cass., sez. un., 23 maggio 2001, n. 7027; Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.; Cass. 13 settembre 2000, n. 12103), o ancor più propriamente (come sottolineato anche in dottrina), sul criterio della maggiore possibilità per il debitore onerato di fornire la prova, in quanto rientrante nella sua sfera di dominio, in misura tanto più marcata quanto più l'esecuzione della prestazione consista nell'applicazione di regole tecniche sconosciute al creditore, essendo estranee alla comune esperienza, e viceversa proprie del bagaglio del debitore come nel caso specializzato nell'esecuzione di una professione protetta» (Cass. 6 maggio 2015, n. 8989).

⁽⁹⁵⁾ Da ultimo, Cass. 4 dicembre 2012, n. 21727.

⁽⁹⁶⁾ Cass. 23 giugno 2015, n. 12923.

⁽⁹⁷⁾ Da ultimo, Cass. 30 ottobre 2009, n. 23059; v anche Cass. 26 giugno 2007, n. 14759, Cass. 5 giugno 2007, n. 13082 e Cass. 11 novembre 2005, n. 22894.

causale sia stato «neutralizzato, sul piano eziologico, dalla sopravvenienza di un fatto di per sé idoneo a determinare l'evento»⁽⁹⁸⁾.

Diversamente, secondo le sezioni unite della Cassazione civile (che prendono le distanze dal criterio di accertamento consolidato nella giurisprudenza penale e ancorato all'elevata credibilità razionale – o probabilità logica – del giudizio controfattuale), l'accertamento del nesso di causalità omissiva va distinto in due fasi: individuare preventivamente l'obbligo specifico o generico che imponeva all'agente di tenere la condotta omessa; stabilire, attraverso un giudizio ipotetico, se l'azione ipotizzata, ma omessa, avrebbe impedito l'evento⁽⁹⁹⁾.

Per stabilire se l'evento non si sarebbe verificato, qualora l'agente avesse posto in essere la condotta doverosa impostagli (con esclusione di fattori alternativi), il giudice deve compiere un giudizio ipotetico c.d. "controfattuale" (che pone al posto dell'omissione il comportamento alternativo dovuto). A tale giudizio ipotetico, va poi applicata la regola del "più probabile che non"⁽¹⁰⁰⁾, in base alla quale è causa dell'evento quella condotta che eziologicamente ha una probabilità superiore al 50% di aver provocato quel detto evento⁽¹⁰¹⁾.

⁽⁹⁸⁾ ROSSETTI, *Responsabilità sanitaria e tutela della salute*, cit., p. 24, che richiama Cass. 5 gennaio 2010, n. 25 e la Cass. n. 23059/2009, cit. Come vedremo *infra*, la giurisprudenza ha talvolta notevolmente aggravato l'onere probatorio del medico/struttura nei casi di incertezza circa l'individuazione della causa dell'evento, ritenendo che gravi comunque sul convenuto anche la dimostrazione (*rectius*, individuazione) della causa dell'evento dannoso. Da ultimo, v. Cass. n. 5590/2015, cit., secondo cui «le regole di distribuzione degli oneri probatori fanno sì che, a tutela del paziente che si affida ad una struttura sanitaria per sottoporsi ad un intervento chirurgico, l'onere probatorio del medico, nel fornire la prova liberatoria dalla sua responsabilità è correttamente adempiuto laddove questi non si limiti a provare la correttezza della propria prestazione, ma sia in grado di dimostrare anche, in positivo, che l'esito infausto è dovuto ad un altro evento individuato (preesistente o sopravvenuto) indipendente dalla propria volontà e sfera di controllo». Tuttavia, una pronuncia di tale tenore – che concretamente confonde il piano della colpa con il piano del nesso – comporterebbe che il convenuto medico/struttura vada esente da responsabilità non soltanto provando di aver eseguito diligentemente la propria prestazione, ma anche di dimostrare quale causa sia stata eziologicamente idonea a produrre l'evento dannoso. Sebbene questo fosse il contenuto presente in motivazione, il principio poi espresso dalla sentenza (in sede di rimessione della causa al giudice di merito) è conforme al già riportato orientamento (consolidato) della Suprema Corte.

⁽⁹⁹⁾ Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581.

⁽¹⁰⁰⁾ Regola divenuta di costante applicazione a partire da Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619.

⁽¹⁰¹⁾ «La regola della "certezza probabilistica" non può essere ancorata esclusivamente alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classe di eventi (c.d. probabilità quantitativa), ma va verificata riconducendo il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma disponibili nel caso concreto (c.d. probabilità logica)» Cass. 19 gennaio 2016, n. 768, che richiama Cass. n. 581/2008, cit. Sul punto, giova richiamare la recente Cass. 17

Con particolare riguardo alla regola del “più probabile che non”, la giurisprudenza ha ritenuto agevolmente applicabile il criterio della regolarità statistica a fenomeni rilevabili per grandi numeri, mentre ha accolto il criterio di semplice probabilità quando le rilevazioni quantitative risultano per piccoli numeri.

Nel corso degli anni, alle regole di accertamento della causalità omisiva sono stati introdotti alcuni correttivi, soprattutto per l'ipotesi di concomitanza di causa umana (condotta della struttura e/o del medico) con cause naturali⁽¹⁰²⁾.

La questione merita un opportuno approfondimento.

Il consolidato orientamento formatosi in merito all'interpretazione degli artt. 40 e 41 c.p., pacificamente applicabili alla responsabilità civile, afferma che, nel caso in cui le condizioni ambientali e/o i fattori naturali che caratterizzano la realtà fisica su cui incide la condotta umana siano in grado di per sé di determinare l'evento (ossia indipendentemente dalla condotta umana), l'autore dell'azione o dell'omissione deve andare esente da qualsivoglia addebito di responsabilità. Al contrario, qualora tali condizioni e/o fattori «non possano dar luogo, senza l'apporto umano, all'evento di danno, l'autore del comportamento imputabile è responsabile per intero di tutte le conseguenze da esso scaturenti secondo normalità, atteso che in tal caso non può operarsi una riduzione proporzionale in ragione della minore gravità della sua colpa, in quanto una comparazione del grado di incidenza eziologica di più cause concorrenti può instaurarsi soltanto tra una pluralità di comportamenti umani colpevoli, ma non tra una causa umana imputabile ed una concausa naturale non imputabile»⁽¹⁰³⁾.

febbraio 2011, n. 3847, che ha sintetizzato il consolidato e condivisibile approdo dottrinario e giurisprudenziale sul tema, evidenziando che «la probabilità statistica consente solo di affermare con quale frequenza eventi di un certo tipo si verificano, ma non ha alcuna capacità esplicativa e non può perciò garantire la spiegazione causale di un singolo evento; essa indica solo la frequenza del rapporto tra classi di eventi, attenendo a tipi di fatto e non al rapporto tra un determinato fatto, supposto causante, ed un determinato evento, supposto causato. Nel processo giudiziario, dovendo il giudice ricostruire fatti determinati e non studiare fenomeni naturali o sociali, viene invece in rilievo la probabilità logica, che indica il grado di conferma razionale della conclusione deduttiva con la quale si afferma che un singolo evento è stato causato dalla condotta di chi si assuma responsabile del suo accadimento».

⁽¹⁰²⁾ Del tutto estranea al profilo esaminato è l'ipotesi di concorso tra cause umane, parimenti imputabili. In tal caso, si fa applicazione dell'art. 2055 c.c., che sancisce una responsabilità in solido in capo ai coautori del medesimo evento dannoso, salva la determinazione delle singole quote di responsabilità nell'azione di regresso.

⁽¹⁰³⁾ Cass. 28 marzo 2007, n. 7577. V. anche Cass. 9 aprile 2003, n. 5539 e Cass. 27 maggio 1995, n. 5924.

Tuttavia, va dato atto che la Suprema Corte, con una pronuncia del 2009⁽¹⁰⁴⁾ poi rivelatasi isolata, aveva fornito una lettura diametralmente opposta alla questione relativa all'addebitabilità alla struttura (o al medico) dell'integrale responsabilità dell'evento in presenza di condizioni patologiche pregresse del paziente, sancendo la rilevanza delle concause naturali in base al c.d. criterio equitativo proporzionale del nesso di causalità, quantomeno al fine di ridurre equitativamente (e proporzionalmente) la misura del danno risarcibile.

Vale a dire che non poteva consentirsi di addebitare alla struttura (o al medico) anche quella porzione di risarcimento che trovava la propria fonte in una causa non riconducibile alla condotta umana.

Con un intervento del 2011⁽¹⁰⁵⁾, la stessa Cassazione ha preso le distanze dall'isolato precedente e ha riconfermato il proprio consolidato orientamento, sostenendo che, allo stesso modo nella responsabilità contrattuale e aquiliana, l'incidenza di una causa naturale o è tale da escludere del tutto il nesso di causalità, o è del tutto irrilevante, con la conseguenza che l'evento dannoso deve essere integralmente ricondotto alla condotta dell'agente (il quale non è stato in grado di fornire la prova della causa non imputabile).

Anche con pronunce successive, la Suprema Corte ha dunque negato la possibilità di operare una riduzione proporzionale del risarcimento in ragione della minore gravità dell'apporto causale (e non della colpa) della struttura (o del medico), atteso che «una comparazione del grado di incidenza eziologica di più cause concorrenti può instaurarsi soltanto tra una pluralità di comportamenti umani colpevoli, ma non tra una causa umana imputabile ed una concausa naturale non imputabile»⁽¹⁰⁶⁾.

Ciò non toglie che, nonostante la validità del delineato principio causale puro c.d. *“all or nothing”*⁽¹⁰⁷⁾, in presenza di uno stato patologico pregresso, al giudice sia comunque consentito intervenire nella fase della determinazione del danno, al fine di limitare l'ammontare del risarcimento in presenza di concause naturali dell'evento dannoso.

A tal riguardo, la Suprema Corte ha recentemente chiarito che non possono, tuttavia, comportare una riduzione/esclusione del danno risarci-

⁽¹⁰⁴⁾ Cass. 16 gennaio 2009, n. 975.

⁽¹⁰⁵⁾ Cass. 21 luglio 2011, n. 15991.

⁽¹⁰⁶⁾ Cass. 6 maggio 2015, n. 8995.

⁽¹⁰⁷⁾ «[S]e il danno alla salute od alla vita di un paziente dovesse risultare ascrivibile per l'1% alla condotta di un medico, e per il 99% a cause naturali, il medico risponderà del danno per intero», ROSSETTI, *Responsabilità sanitaria e tutela della salute*, cit., p. 29.

bile gli aggravamenti legati alle eccezionali condizioni personali del danneggiato (es., emofilia, cardiopatia, rara allergia), né quelli determinati dal fatto successivo del terzo, e in particolare del medico (cura errata, errato intervento medico). Di contro, è fatta salva l'ulteriore e diversa ipotesi di «stato patologico pregresso del paziente/danneggiato non legato all'altrui condotta colposa da un nesso di interdipendenza causale»⁽¹⁰⁸⁾.

Giova ora soffermarsi sul profilo della c.d. causalità “presunta”.

Posto che l'onere della prova del nesso di causalità – nell'ambito della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale – grava in capo all'attore/danneggiato (parimenti nella delineata ottica di agevolazione dell'esercizio del diritto al risarcimento in favore di quest'ultimo)⁽¹⁰⁹⁾, la giurisprudenza di legittimità ha da tempo ammesso la possibilità che la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria (e/o del medico) venga dichiarata in presenza di un nesso di causalità soltanto “presunto”.

Ad esclusione di alcuni pronunciamenti del 2013⁽¹¹⁰⁾, la giurisprudenza – anche con sentenze successive – si è attestata su un'interpretazione secondo la quale, nel caso in cui sia stato accertato che la condotta della struttura e/o del medico costituisca un antecedente causale astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato dal paziente, ma permanga incertezza circa la causa che abbia effettivamente provocato il danno, tale incertezza ricade sulla struttura e/o sul medico.

Vale a dire che, in applicazione del più generale principio della vicinanza della prova, spetta alla struttura sanitaria (anche *ex art.* 1228 c.c.) dimostrare con certezza una circostanza idonea a neutralizzare il nesso di causalità tra la propria condotta e il danno conseguente, quale – ad esempio – «l'individuazione di un fatto, imprevisto e imprevedibile ma pur sempre riconducibile alla condizione fisica del paziente, il quale potrebbe

⁽¹⁰⁸⁾ Cass. 29 febbraio 2016, n. 3893. Il giudice della Suprema Corte, esaminando un caso di invalidità permanente del 100% provocata a un neonato per la concorrenza di due cause – una causa umana, consistente nella non corretta gestione del travaglio e nella conseguente ipossia, e una causa naturale del tutto indipendente e preesistente rispetto alla condotta umana, ossia una sindrome di Down – hanno ritenuto che alla riduzione dell'ammontare del risarcimento dovesse pervenirsi «in considerazione della peculiarità della fattispecie concreta, sul piano della equitativa valutazione del danno *ex art.* 1226 c.c. [, e] non già sempre e comunque in termini di automatica percentuale corrispondenza ad “operazioni di apporcionamiento/frazionamento” del nesso di causalità (come discenderebbe dall'accoglimento del suindicato c.d. criterio equitativo proporzionale del nesso di causalità)».

⁽¹⁰⁹⁾ «In relazione ad inadempimento – nella specie, inerente ad errata diagnosi – il creditore della prestazione ha l'onere di provare il pregiudizio subito e il nesso causale tra lo stesso e l'inadempimento, mentre in riferimento a quest'ultimo è il convenuto a dover provare di aver esattamente adempiuto la prestazione».

⁽¹¹⁰⁾ Cass. 26 febbraio 2013, n. 4792; Cass. 18 luglio 2013, n. 17573.

in ipotesi avere un crollo delle proprie condizioni generali non prevedibile a priori»⁽¹¹¹⁾.

In particolare, tale aggravamento dell'onere probatorio in capo alla struttura si palesa nelle ipotesi in cui l'incertezza circa l'effettiva causa dell'evento dannoso sia riconducibile, ad esempio, alla non corretta tenuta della cartella clinica⁽¹¹²⁾.

Come già anticipato, l'entrata in vigore della l. n. 24/17 – che ha previsto una rinnovata natura extracontrattuale della responsabilità del medico – potrebbe escludere l'operatività del principio di causalità “presunta” nell'ipotesi in cui l'azione del paziente sia rivolta – in via aquiliana – (anche) nei confronti del medico.

In tema di responsabilità aquiliana, la prova del nesso di causalità grava sempre in capo all'attore/danneggiato, tanto che le ipotesi di responsabilità extracontrattuale c.d. aggravate ovvero oggettive sono tali soltanto con riguardo all'aggravamento dell'onere della prova in capo al convenuto in merito al profilo della colpa ovvero dell'interruzione del nesso di causalità (si pensi alla responsabilità dei padroni e dei committenti, così come a quella per cose in custodia o per la circolazione dei veicoli e natanti).

Non è dato, invece, riscontrare agevolazioni probatorie (avallate dalla giurisprudenza) in favore dell'attore/danneggiato, il quale sarebbe esonerato dall'individuare con certezza la causa produttiva del danno e, dunque, dal fornire la dimostrazione del nesso causale.

Ciò, nonostante le difficoltà per l'attore/danneggiato – che è dato ravvisare anche con maggiore evidenza nella responsabilità del medico – nel dover dimostrare che la condotta del danneggiante non si è conformata

⁽¹¹¹⁾ Cass. n. 5590/2015, cit.

⁽¹¹²⁾ «[L]a difettosa tenuta della cartella clinica non vale ad escludere la sussistenza del nesso eziologico tra la colposa condotta del medico e le conseguenze dannose sofferte dal paziente, ove risulti provata la idoneità di tale condotta a provocare il danno, ma consente anzi il ricorso alle presunzioni, assumendo rilievo, al riguardo, il criterio della “vicinanza alla prova”, cioè della effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla». Da ultimo, v. Cass. 8 novembre 2016, n. 22693, che riepiloga anche il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità sul tema. Ancora, Cass. 12 giugno 2015, n. 12218 (ribadendo un principio affermato in origine da Cass. 13 settembre 2000, n. 12103), sostiene che «[l']incompletezza della cartella clinica è circostanza di fatto che il giudice di merito può utilizzare per ritenere dimostrata l'esistenza d'un valido nesso causale tra l'operato del medico e il danno patito dal paziente. Non in modo automatico, però: affinché quella incompletezza rilevi ai fini del decidere, è necessario che: (a) l'esistenza del nesso di causa tra condotta del medico e danno del paziente non possa essere accertata proprio a causa della incompletezza della cartella; (b) il medico abbia comunque posto in essere una condotta astrattamente idonea a causare il danno».

a regole tecniche che sono usualmente estranee al bagaglio della comune esperienza e che, invece, attengono a uno specifico ambito professionale.

Alla luce di tali considerazioni, si ritiene che il principio di causalità “presunta” trovi un ostacolo applicativo, laddove il paziente intenda dare dimostrazione della responsabilità extracontrattuale del medico.

8. *Il danno e il relativo regime probatorio.*

Sul profilo del risarcimento del danno, l'art. 7 l. n. 24/17, solleva numerose questioni.

Si è già riferito come l'esercente una professione sanitaria all'interno di una struttura risponda nei confronti del danneggiato a titolo di responsabilità aquiliana, salvo che non sussista un rapporto contrattuale diretto, mentre la struttura sanitaria risponde sempre a titolo contrattuale.

La definizione della natura aquiliana o contrattuale della responsabilità non rileva, tuttavia, sull'onere della prova del danno risarcibile, di cui è sempre onerato l'attore⁽¹¹³⁾. Elementi di sostanziale novità emergono, invece, dal secondo periodo del comma 3° del citato art. 7, là dove si prevede che «[i]l 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».

Al riguardo, è opportuno ricordare che l'art. 3, comma 1°, Legge Balduzzi⁽¹¹⁴⁾ – norma parimenti volta a disciplinare la responsabilità del medico e abrogata proprio dall'art. 4, comma 2°, l. n. 24/17 – poneva in stretta correlazione la responsabilità penale e quella civile dell'esercente la professione sanitaria, stabilendo che quest'ultimo sarebbe andato esente

⁽¹¹³⁾ Come ben riepiloga il recente Trib. Ivrea 15 aprile 2016, «tanto in caso di responsabilità extracontrattuale la parte danneggiata, in presenza di un fatto storico qualificabile come illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c., ha l'onere della prova degli elementi costitutivi di tale fatto, del nesso di causalità, del danno ingiusto e della imputabilità soggettiva (vedi *ex multis* Cass. civile n. 390/08), quanto anche in tema di responsabilità contrattuale grava sul danneggiato l'onere di fornire la prova dell'esistenza del danno lamentato e della sua riconducibilità al fatto del debitore in quanto l'art. 1218 c.c., che pone una presunzione di colpevolezza dell'inadempimento, non modifica l'onere della prova che incombe sulla parte che abbia agito per l'accertamento di tale inadempimento, allorché si tratti di accertare l'esistenza del danno (cfr. Cass. civile nn. 12354/09 e 21140/07)».

⁽¹¹⁴⁾ «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».

da responsabilità penale per colpa lieve, qualora si fosse attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, «resta[n-do] comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile».

Sicché, ove si fosse accertato che l'esercente la professione sanitaria si era attenuto alle predette linee guida e/o alle buone pratiche nell'esecuzione della prestazione medica, il giudice penale non avrebbe potuto incriminarlo a fronte di condotte caratterizzate dalla sola colpa lieve, mentre il giudice civile avrebbe dovuto⁽¹¹⁵⁾ condannarlo al risarcimento del danno, liquidandolo in considerazione della conformità della condotta alle richiamate linee guida/buone pratiche.

La l. n. 24/17 sembrerebbe aver reciso lo stretto collegamento tra la responsabilità penale e quella civile, giacché non si afferma espressamente (come previsto all'interno della Legge Balduzzi) che, pur se esclusa la responsabilità penale, «resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile»; al contrario, poiché il giudice deve tener conto, nella determinazione del risarcimento del danno, della condotta dell'esercente la professione sanitaria, inidonea a determinare responsabilità penale, sarà ben possibile che la responsabilità civile possa essere esclusa per l'assenza di responsabilità penale.

Altro elemento di novità è dato ravvisarsi in ragione dell'uso della congiunzione “e” da parte del legislatore, quando stabilisce che il giudice 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».

Sintatticamente, dovrebbe sussistere una differenza tra la condotta del medico che si attiene alle linee guida/buone pratiche (ai sensi dell'art. 5 l. n. 24/17) e quella sì conforme alle linee guida/buone pratiche, ma che ha prodotto l'evento «a causa di imperizia» (prevista al nuovo art. 590 *sexies* c.p.), con la conseguenza che al giudice sarebbe consentito “intervenire” sul risarcimento anche nell'ipotesi in cui il medico si sia attenuto alle linee guida/buone pratiche, ma l'evento si sia realizzato per negligenza e/o imprudenza (dato che, quando l'evento si realizzi a causa di imperizia, a rilevare è la previsione dell'art. 590 *sexies* c.p.).

⁽¹¹⁵⁾ E non soltanto potuto. Trattandosi di causa di non punibilità, ciò presuppone che il fatto di reato sia stato accertato in tutte le sue componenti, inclusa la colpevolezza. L'accertamento di una condotta colposa dà inevitabilmente la stura al diritto del paziente a essere risarcito degli eventuali danni sofferti, la responsabilità civile essendo funzionale a riparare integralmente le lesioni sofferte dal danneggiato.

Una simile interpretazione ci pare, però, in contrasto sia con tutti gli orientamenti della giurisprudenza e della dottrina formati dopo l'introduzione della Legge Balduzzi, sia con il principio generale in forza del quale una condotta colposa può consentire un'attenuazione della responsabilità se il medico era imperito, non certo se negligente e/o imprudente rispetto all'esecuzione della prestazione⁽¹¹⁶⁾.

Allo stesso tempo, il costrutto della norma legittima astrattamente a ritenere che il legislatore abbia in realtà voluto parallelamente escludere la responsabilità civile ogniquale non fosse configurabile una responsabilità penale (in caso di evento prodotto per imperizia, ancorché nel rispetto delle linee guida/buone pratiche).

Tuttavia, tale interpretazione deve considerarsi parimenti non perseguibile, atteso che l'art. 7 è strutturato in modo tale da consentire l'intervento del giudice – oltre che in presenza di condotta ai sensi del citato art. 5 – anche laddove la condotta posta in essere dal medico ricalchi quella prevista all'art. 590 *sexies* c.p., seppur limitando tale intervento alla «determinazione del risarcimento del danno».

Ne consegue che, in caso di condotta imperita ma conforme alle linee guida/buone pratiche, il giudice non potrà tener conto di siffatta condotta per escludere – nell'*an* – la responsabilità del medico, atteso che i poteri conferiti al giudice dalla novella legislativa sono circoscritti alla sola sfera del *quantum*.

La tesi esposta trova conforto nel tenore del nuovo art. 7, che contiene un ulteriore elemento distintivo rispetto al previgente art. 3 della Legge Balduzzi.

Mentre nella previgente disciplina il giudice doveva tenere conto della (conformità della) condotta rispetto alle linee guida/buone pratiche «*anche* nella determinazione del risarcimento del danno» (enfasi aggiunta), nella l. n. 24/17 la congiunzione «*anche*» è stata espunta.

Ne consegue che – come poc'anzi esposto – il legislatore sembrerebbe avere espressamente negato che la conformità della condotta alle linee guida/buone pratiche possa influire sull'*an* della responsabilità sanitaria, sancendo – al contrario – che, all'esito della quantificazione del danno sulla base dei criteri normativi dettati dagli artt. 1223, 1225, 1226, 1227

⁽¹¹⁶⁾ A tal proposito, si pensi che anche l'attenuazione/esclusione della responsabilità sanitaria nei casi di intervento caratterizzato da particolari difficoltà nell'esecuzione (ai sensi dell'art. 2236 c.c.) è consentita esclusivamente allorquando l'evento di danno si verifichi a causa dell'imperizia del medico nell'esecuzione di tale intervento, non certo a causa di negligenza e/o imprudenza nell'esecuzione.

e 2056 c.c., il giudice dovrà poi valutare l'eventuale lievità della colpa del medico (per essersi costui attenuto alle linee guida/buone pratiche) al fine di ridurre l'entità del risarcimento, quasi fosse un premio «consistente “in uno sconto sul risarcimento del danno (senza distinzione fra danno patrimoniale e non)”, per il professionista sanitario rimproverabile soltanto per una colpa di modesta entità»⁽¹¹⁷⁾.

Infatti, l'analogo tenore delle disposizioni previste dalla l. n. 24/17 e dalla Legge Balduzzi (rispettivamente, art. 7, comma 4°, e art. 3, comma 4°) fa sì che debba trovare conferma l'opinione avallata dalla dottrina, secondo cui l'incidenza della gravità della colpa è funzionale alla sola diminuzione del risarcimento del danno (e mai al suo aggravamento, con il correlato rischio di attribuire alla norma un'inammissibile funzione punitivo-sanzionatoria), considerato che la previsione riguarda la sola condotta del medico che si attiene alle linee guida/buone pratiche⁽¹¹⁸⁾.

Per completezza, è opportuno richiamare gli orientamenti sorti in giurisprudenza e dottrina dopo l'entrata in vigore della Legge Balduzzi sulla gravità della colpa quale criterio di quantificazione del danno risarcibile.

I commentatori della Legge Balduzzi avevano condivisibilmente ritenuto l'adozione del suddetto criterio quale «elemento di discontinuità rispetto alle regole generali che dominano questa materia», posto che la gravità della colpa era stata da sempre utilizzata esclusivamente – e, indifferentemente, nella responsabilità contrattuale e in quella extracontrattuale – nell'ambito del giudizio volto alla quantificazione del solo danno non patrimoniale e, in particolare, del c.d. danno morale soggettivo.

Invece, la Legge Balduzzi (allora) e la l. n. 24/17 (oggi) introducono nell'ordinamento una disciplina che consente al giudice di applicare sifatto criterio per intervenire su tutte le tipologie di danno, patrimoniale e

⁽¹¹⁷⁾ FACCIOLO, *La quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l'avvento della Legge Balduzzi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 2, p. 111, che richiama l'opinione espressa da POTETTI, *Nesso causale e colpa nella responsabilità medica, penale e civile, dopo il d.l. n. 158 del 2012 (art. 3 comma 1o)*, in *Giur. merito*, 2013, p. 1760. Sul punto, alla luce della novella, si v. anche CALVO, *op. cit.*, p. 461, secondo il quale la norma andrebbe interpretativamente corretta nel senso che «la colpa è esclusa quando il medico abbia osservato le linee-guida, ovvero si sia da esse diligentemente discostato tenuto conto delle specificità connotanti il caso concreto».

⁽¹¹⁸⁾ «Per ritenerla riferibile anche a comportamenti diversi pare necessario procedere in via di interpretazione analogica, come noto vietata per le norme eccezionali: e la disciplina *de qua*, ponendosi, come già visto, in contrasto con i principi fondamentali del nostro sistema risarcitorio, sembra collocarsi proprio all'interno di questa categoria». FACCIOLO, *op. cit.*, p. 111.

non (ne è prova – come si vedrà meglio *infra* – l’eliminazione dell’aggettivo «biologico» dalla tipologia di danni risarcibili ai sensi dell’art. 7 l. n. 24/17).

Ma è evidente che la norma in questione debba essere prudentemente coordinata con i succitati criteri normativamente previsti ai fini della quantificazione del danno, ponendosi in deroga con il principio generale dell’integrale ristoro del danno, che impone al responsabile di ricostruire il patrimonio del danneggiato nella medesima composizione che avrebbe avuto in assenza dell’evento dannoso (e, a monte, della condotta colpevole).

Nonostante il tenore poco convincente dell’art. 7 in commento, è condivisibile ritenere che l’interpretazione finora esposta sia coerente con la *ratio* della “nuova” disciplina in tema di responsabilità medica, tesa proprio a neutralizzare il pericolo della c.d. medicina difensiva e, di conseguenza, ad alleggerire le pressioni subite dall’esercente la professione sanitaria, il quale avrà consapevolezza che il suo agire in conformità alle linee guida/buone pratiche gli “garantirà” uno sconto sulla misura del danno che dovesse essere eventualmente condannato a risarcire.

Da ultimo, considerato – come detto – il quasi analogo tenore rispetto all’art. 3, comma 3°, Legge Balduzzi⁽¹¹⁹⁾, in questa sede si concentrerà l’attenzione sulle due novità rilevanti introdotte dall’art. 7, comma 4°, l. n. 24/17, che così recita: «il danno conseguente all’attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell’esercente la professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, integrate, ove necessario, con la procedura di cui al comma 1° del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti alle attività di cui al presente articolo».

Il legislatore ha dunque confermato la decisione di estendere alla materia della responsabilità sanitaria il meccanismo di liquidazione del danno stabilito per i pregiudizi derivanti dalla circolazione stradale e di-

⁽¹¹⁹⁾ La disposizione introdotta dalla Legge Balduzzi, art. 3, comma 3°, così recitava: «[i]l danno biologico conseguente all’attività dell’esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 d.lgs. n. 209/2005, eventualmente integrate con la procedura di cui al comma 1° del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti all’attività di cui al presente articolo». La scelta di conservare pressoché inalterato il tenore della disposizione anche nella novella legislativa in commento conduce a ritenere che le innovazioni introdotte con la Legge Balduzzi siano state ritenute efficaci dal legislatore.

sciplinato dai suddetti artt. 138 e 139 c. ass. (rispettivamente per le lesioni c.d. macro/micro permanenti). Tuttavia, posto che – finora – non è ancora entrato in vigore il regolamento attuativo ministeriale concernente le lesioni c.d. macropermanenti, per queste ultime continuano generalmente (e sull'intero territorio nazionale) a trovare applicazione le tabelle giudiziali elaborate dal Tribunale di Milano⁽¹²⁰⁾.

La prima novità contenuta nell'art. 7, comma 4°, l. n. 24/17 risiede nella già accennata eliminazione dell'aggettivo «biologico» alla tipologia di danno risarcibile mediante le predette tabelle. Ciò costituisce frutto – con ogni probabilità – del recepimento degli approdi della giurisprudenza costituzionale e di legittimità.

A tal riguardo, giova evidenziare che, con l'arresto delle sezioni unite civili del 2008⁽¹²¹⁾, la liquidazione del danno non patrimoniale deve essere omnicomprensiva e, cioè, tale da coprire l'intero pregiudizio a prescindere dai *nomina iuris* dei vari tipi di danno.

In tal modo, è stata superata l'iniziale tendenza a sommare le singole voci di danno (biologico, morale, esistenziale), tutte autonomamente valutate e autonomamente risarcite, che spesso comportava un'illegittima duplicazione del risarcimento del medesimo pregiudizio, sebbene identificato con “nomi” diversi.

Di conseguenza, la giurisprudenza è stata chiamata a coordinare la liquidazione su base tabellare (prevista dal citato art. 139 d.lgs. n. 209/05, per le micropermanenti, e generalmente dal Tribunale di Milano, per le macropermanenti) con i principi stabiliti nella citata pronuncia delle sezioni unite.

Fatte salve le perplessità sorte con riguardo all'applicazione a livello nazionale delle tabelle predisposte dal Tribunale di Milano, le quali tuttavia sono state generalmente ritenute idonee – attraverso la previsione di variazioni rispetto ai parametri in esse prefissati – a modulare il risarcimento dei danni non patrimoniali sulle peculiarità del caso concreto⁽¹²²⁾, nelle more tra l'entrata in vigore della Legge Balduzzi e la l. n. 24/17, la Consulta⁽¹²³⁾ si è pronunciata sulla legittimità costituzionale del citato art. 139 c. ass.

Secondo i giudici rimettenti, il meccanismo di liquidazione del danno biologico su base tabellare previsto nel citato art. 139 non sarebbe in grado di garantire una piena riparazione del pregiudizio subito dal dan-

⁽¹²⁰⁾ Ad eccezione di alcuni Tribunali, come quello di Roma, che ha redatto e applica le proprie tabelle.

⁽¹²¹⁾ Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972.

⁽¹²²⁾ Cass. 7 giugno 2011, n. 12408.

⁽¹²³⁾ Corte cost. 16 ottobre 2014, n. 235.

neggiato, né un'adeguata personalizzazione dello stesso, sia in ragione della rigidità dell'aumento percentuale dell'importo nella misura massima del quinto (20%), sia per l'impossibilità di liquidare l'eventuale, non contemplato, danno morale.

Confermando la succitata concezione unitaria e onnicomprensiva del danno non patrimoniale e confutando la vigenza di un sistema indennitario (e non risarcitorio), la Consulta ha invece precisato che le tabelle previste all'art. 139 c. ass., pur facendo testuale riferimento al solo danno biologico, contemplano anche il danno morale (quando degeneri in lesione all'integrità psico-fisica), da risarcire mediante l'incremento dell'ammontare del danno biologico, secondo la previsione, e nei limiti, di cui alla disposizione del citato art. 139, comma 3°, c. ass.

Ciò comporta che il giudice debba, caso per caso, procedere a un'adeguata personalizzazione del danno anche avvalendosi delle tabelle, sia con riferimento al danno biologico, sia con riferimento al danno morale, salvo che quest'ultimo debba essere ricompreso nel danno biologico.

Da ultimo, il nuovo art. 7 della l. n. 24/17 parrebbe poi aver esplicitamente recepito quel filone interpretativo sviluppatosi in dottrina dopo l'entrata in vigore della Legge Balduzzi, secondo cui la disposizione che prevedeva il risarcimento dei danni conseguenti esclusivamente all'attività dell'esercente la professione sanitaria avrebbe dovuto essere applicata estensivamente anche ai danni imputabili alla struttura sanitaria per carenze organizzative, ovvero ai sensi dell'art. 1228 c.c.⁽¹²⁴⁾.

Infatti, rispetto alla Legge Balduzzi, che prevedeva l'applicabilità degli artt. 138 e 139 c. ass. al solo danno (biologico) conseguente all'attività dell'esercente la professione sanitaria, la l. n. 24/17 ne estende espressamente l'applicazione anche alla struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata.

È, dunque, venuto meno quel doppio binario (sebbene poi non attuato in concreto dalla giurisprudenza) per la liquidazione dei danni derivanti da *malpractice* medica. Infatti, il medico e la struttura sanitaria devono essere parimenti assoggettati ai criteri previsti dalle tabelle introdotte dai citati artt. 138 e 139 c. ass., in linea con la generale *ratio* della disciplina appena entrata in vigore.

⁽¹²⁴⁾ BREDA, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in *Contr. e impr.*, 2014, p. 800 ss.