

La responsabilità civile dell'«esercente la professione sanitaria»

Carlo Masieri
(Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche
nell'Università degli Studi di Milano)

Abstract During the last 15 years Italian Medical Malpractice Law has become something different from other sub-systems of Tort Law. For instance, the “Social Contact” doctrine led to an unexpected and overruling case law, making Medical Malpractice Law a sort of Contract Law-like field, with huge consequences on the burden of proof as well as on the timing due for the statute of limitations. Still, high amounts of damages are granted by domestic judges on behalf of patients. All these features, jointly considered, actually increased Medical Malpractice litigation rate and as a consequence the Italian insurance market is presently dealing with a deep crisis, while the costs for defensive medicine are becoming more and more burdensome for the Italian Public Health Service, namely the “Servizio Sanitario Nazionale”. To face these issues, the Italian legislator is trying to take advantage of its traditional tools, as a recent statutory law, namely the so called “Decreto Balduzzi”, can easily testify (section 3 of the law decree September, 13, 2012, n. 158, final text dated November, 8, 2012, n. 189). While Decreto Balduzzi refers to the use of clinical practice guidelines in order to assess medical negligence and limit the amount of damages, it seems to leave the “Social Contact” doctrine in order to return to Tort Law. Nevertheless, Italian Courts’ decisions still settle Medical Malpractice cases in contrasting ways. The aim of this paper is to try and offer a possible path for interpreting “Decreto Balduzzi”, starting from its literal meaning, with particular focus on its range of applicability and criterion for damages quantification.

Sommario 1. L’evoluzione della disciplina contenuta nel c.d. decreto Balduzzi. – 2. I destinatari della norma. – 3. La natura della responsabilità civile in seguito alla novella. – 3.1. Il contenimento dei costi derivanti dalla medicina difensiva come presunta *ratio legis* dell’intervento normativo. – 3.2. Le differenze testuali introdotte con la legge di conversione. – 3.3. La lettera dell’art. 3, co. 1, del decreto Balduzzi. – 4. Il risarcimento del danno. – 5. L’irretroattività della normativa. – 6. Conclusioni e prospettive.

1 L’evoluzione della disciplina contenuta nel c.d. decreto Balduzzi

L’art. 3 d.l. 13 settembre 2012, n. 158, recante «*disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute*»¹, ha introdotto nel nostro ordinamento una disciplina speciale della responsabilità civile del medico. Tale decreto, c.d. “Balduzzi” dal nome

1 Pubblicato in G.U., 13 settembre 2012, n. 214.

dell'allora Ministro della Salute, era volto al «riassetto dell'organizzazione sanitaria» in un contesto di generale «contrazione delle risorse finanziarie destinate al Servizio sanitario nazionale a seguito delle varie manovre di contenimento della spesa pubblica»². L'art. 3, co. 1, prevedeva originariamente che «Fermo restando il disposto dell'articolo 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'articolo 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale»³.

Il decreto in esame è stato poi convertito con l. 8 novembre 2012, n. 189⁴, subendo importanti modifiche, in particolare nel passaggio alla Camera dei Deputati. Un parere espresso dalla II Commissione permanente - Giustizia in sede consultiva⁵, seguito abbastanza pedissequamente dalla XII Commissione - Affari sociali⁶, ha contribuito in maniera determinante alla formulazione entrata definitivamente in vigore con la legge di conversione, che riportiamo di seguito: «1. 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».

2 Le citazioni sono tratte dal *preambolo* del decreto-legge.

3 Cfr. la Relazione dei Ministri proponenti il Disegno di legge di conversione C. 5440 della XVI legislatura, disponibile su http://leg16.camera.it/_dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0063150.pdf. Detta relazione, in merito all'art. 3, co. 1, afferma che «la norma si propone di determinare i casi di esclusione dalla responsabilità per i danni derivanti dall'esercizio della professione sanitaria stabilendo che il giudice, nell'accertamento della colpa lieve, tiene conto dell'osservanza da parte degli esercenti le professioni sanitarie nello svolgimento della prestazione professionale, delle linee guida e delle buone pratiche della comunità scientifica nazionale e internazionale».

4 «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, recante disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute», pubblicata in G.U. n. 263 del 10 novembre 2012 - Suppl. Ord. n. 201. Nel medesimo numero della G.U. è reperibile il testo del decreto coordinato con la legge di conversione.

5 Cfr. *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni Parlamentari della Camera dei Deputati - XVI legislatura - Giustizia (II)*, 11 ottobre 2012, disponibile online su <http://leg16.camera.it/824?tipo=C&anno=2012& mese=10&giorno=11&view=&commissione=02&pagina=data.20121011.com02.bollettino.sede00010.tit00010#data.20121011.com02.bollettino.sede00010.tit00010>.

6 Cfr. proposta emendativa n. 3.100, pubblicata nel *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni Parlamentari della Camera dei Deputati - XVI legislatura - Affari sociali (XII)*, 12 ottobre 2012, disponibile online su <http://documenti.camera.it/leg16/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2012/10/12/leg.16.bo10719.data20121012.pdf>, p. 21.

2 I destinatari della norma

Innanzitutto bisogna definire quali sono i destinatari della disposizione in esame. Secondo alcuni commentatori⁷, l'art. 3, co. 1, - e in particolare la disciplina penalistica - sarebbe rivolta solo ai medici dipendenti del Servizio Sanitario Nazionale o di strutture convenzionate. Alcune indicazioni in un senso differente si possono però trarre dal dato letterale e dall'interpretazione sistematica. In primo luogo, l'articolo 3 del decreto Balduzzi⁸ regolamenta

7 Ad es. per V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2013, IV, p. 383: «occorre [...] prendere atto che il nuovo art. 3 della legge di conversione 8 novembre 2012, n. 189 [...] costituisce una *lex specialis* o *ad personam* per i soli medici del servizio pubblico sanitario [...]».

8 È opportuno riportare il testo integrale dell'art. 3 nella sua versione definitiva, così come modificato anche dal successivo art. 27, co. 1, d.l. 24 giugno 2014, n. 114, convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 114: «Art. 3 (Responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie)

1. *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.*
2. *Con decreto del Presidente della Repubblica, adottato ai sensi dell'articolo 17, co. 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, da emanare entro il 30 giugno 2013, su proposta del Ministro della salute, di concerto con i Ministri dello sviluppo economico e dell'economia e delle finanze, sentite l'Associazione nazionale fra le imprese assicuratrici (ANIA), la Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri, nonché le Federazioni nazionali degli ordini e dei collegi delle professioni sanitarie e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative delle categorie professionali interessate, anche in attuazione dell'articolo 3, co. 5, lettera e), del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, al fine di agevolare l'accesso alla copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie, sono disciplinati le procedure e i requisiti minimi e uniformi per l'idoneità dei relativi contratti, in conformità ai seguenti criteri:*
 - a) *determinare i casi nei quali, sulla base di definite categorie di rischio professionale, prevedere l'obbligo, in capo ad un fondo appositamente costituito, di garantire idonea copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie, anche nell'esercizio dell'attività libero-professionale intramuraria, nei limiti delle risorse del fondo stesso. Il fondo viene finanziato dal contributo dei professionisti che ne facciano espressa richiesta nella misura determinata dal soggetto gestore del fondo di cui alla lettera b), e da un ulteriore contributo a carico delle imprese autorizzate all'esercizio dell'assicurazione per danni derivanti dall'attività medico-professionale, determinato in misura percentuale ai premi incassati nel precedente esercizio, comunque non superiore al 4 per cento del premio stesso, con provvedimento adottato dal Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro della salute e il Ministro dell'economia e delle finanze, sentite la Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri, nonché le Federazioni nazionali degli ordini e dei collegi delle professioni sanitarie;*
 - b) *determinare il soggetto gestore del Fondo di cui alla lettera a) e le sue competenze senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica;*
 - c) *prevedere che i contratti di assicurazione debbano essere stipulati anche in base a condizioni che dispongano alla scadenza la variazione in aumento o in diminuzione*

un'«attività»⁹, che accomuna una serie di soggetti, senza distinguerli in base al loro rapporto con il Servizio Sanitario Nazionale. Esso fa riferimento infatti alla generalità degli “esercenti le professioni sanitarie”, non solo ai medici¹⁰. Inoltre, la locuzione «esercente la professione sanitaria», rinvenuta al co. 2, che è rivolto alla generalità dei “professionisti” sanitari – a prescindere da eventuali loro rapporti con il Servizio Sanitario Nazionale¹¹ – è la stessa espressione con cui il co. 1 dell’art. 3 identifica i propri destinatari.

del premio in relazione al verificarsi o meno di sinistri e subordinare comunque la disdetta della polizza alla reiterazione di una condotta colposa da parte del sanitario accertata con sentenza definitiva.

3. Il danno biologico conseguente all’attività dell’esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, eventualmente integrate con la procedura di cui al co. 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.
4. Nel rispetto dell’ambito applicativo dell’articolo 3, co. 5, lettera e) del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, per i contenuti e le procedure inerenti ai contratti assicurativi per i rischi derivanti dall’esercizio dell’attività professionale resa nell’ambito del Servizio sanitario nazionale o in rapporto di convenzione, il decreto di cui al co. 2 viene adottato sentita altresì la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano. Resta comunque esclusa a carico degli enti del Servizio sanitario nazionale ogni copertura assicurativa della responsabilità civile ulteriore rispetto a quella prevista, per il relativo personale, dalla normativa contrattuale vigente.
5. Gli albi dei consulenti tecnici d’ufficio di cui all’articolo 13 del regio decreto 18 dicembre 1941, n. 1368, recante disposizioni di attuazione del codice di procedura civile, devono essere aggiornati con cadenza almeno quinquennale, al fine di garantire, oltre a quella medico legale, una idonea e qualificata rappresentanza di esperti delle discipline specialistiche dell’area sanitaria anche con il coinvolgimento delle società scientifiche, tra i quali scegliere per la nomina tenendo conto della disciplina interessata nel procedimento.
6. Dall’applicazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica».

9 Cfr. in particolare il co. 3, che parla espressamente delle «fattispecie [...] afferenti all’attività di cui al presente articolo».

10 Anche se il *preambolo* del decreto Balduzzi parla – erroneamente a parere di chi scrive – di «responsabilità dei medici». La disciplina in esame è invero sicuramente rivolta ai medici-chirurghi, ai farmacisti e agli infermieri, cfr. art. 99, r.d. 27 luglio 1934, n. 1265 così come modificato dall’art. 1, l. 26 febbraio 1999, n. 42. Più problematico è forse il riferimento ivi contenuto ai veterinari. Cfr. però le altre figure professionali segnalate dal Ministero della Sanità e i relativi riferimenti normativi su http://www.salute.gov.it/portale/temi/p2_6.jsp?lingua=italiano&id=91&area=professioni-sanitarie&menu=vuoto.

11 Il co. 2 dell’art. 3 della legge Balduzzi riguarda in particolare i contratti di assicurazione stipulati dagli esercenti le professioni sanitarie, indipendentemente dalla struttura in cui svolgono la loro attività, autorizzando il Governo a imporre per normativa regolamentare a tali negozi caratteri più favorevoli per i professionisti. Infatti, lo stesso art. 3, co. 2 della legge Balduzzi impone al Governo l’adozione di regolamenti, in materia di «procedure e requisiti minimi e uniformi per l’idoneità» dei contratti di assicurazione medica stipulati ai sensi dell’art. 3, co. 5, lett. e), del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, che riguarda tutti i «professionisti», che sono tenuti secondo la disposizione da ultimo citata «a stipulare idonea assicura-

In generale, l'art. 3 non sembra rivolto – a parte il co. 4 – ai soli operatori del Servizio Sanitario Nazionale¹². Un ulteriore *argumentum* a favore dell'applicazione generalizzata dell'art. 3, co. 1, a tutti i professionisti della salute si basa sul principio costituzionale di uguaglianza. Il testo vigente dell'art. 3, co. 1 presenta un'assoluta centralità della disciplina penalistica, che non potrebbe essere limitata agli operatori dipendenti del S.S.N., pena la violazione dell'art. 3 Cost. per ingiustificata esclusione della depenalizzazione per gli altri "esercenti le professioni sanitarie"¹³.

zione per i rischi derivanti dall'esercizio dell'attività professionale». Non si tratta quindi solo dei professionisti che svolgono la loro attività all'interno del Servizio Sanitario Nazionale.

Cfr. nello stesso senso da ultimo le novità introdotte dall'art. 27, co. 1, d.l. 24 giugno 2014, n. 114, convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 114.

12 All'interno dell'art. 3 vi sono invero discipline relative a diverse problematiche. Il co. 5 riguarda i consulenti tecnici di ufficio, che ben possono essere soggetti non dipendenti da esso. Il co. 6, dicendo che «dal presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica», non è in grado di dare un'impronta complessivamente speciale all'articolo, poiché al co. 2 – rivolto indubbiamente alla generalità dei medici e non solo a quelli che prestano il loro servizio all'interno del S.S.N. – si dice che «*il soggetto gestore del Fondo di cui alla lett. a) e le sue competenze*» non devono generare «*nuovi o maggiori oneri della finanza pubblica*», oneri che non sarebbero solo quelli derivanti dal S.S.N. Il co. 4 dell'art. 3 della legge Balduzzi detta invece una disciplina speciale per «esercizio dell'attività professionale resa nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale o in rapporto di convenzione»: in questo caso la procedura di regolamentazione governativa viene resa più complessa, viste anche le specifiche competenze in materia di Salute previste in capo alle Regioni dall'art. 117 Cost. Il Lettore si accorge infatti *ictu oculi* che il co. 4 fa esplicito riferimento al «*decreto di cui al co. 2*», il quale, se non è diverso per materia – assicurazioni in favore del medico – lo è per destinatari e disciplina.

13 Non sarebbe ragionevole limitare l'applicazione della disciplina penalistica ai soli dipendenti del S.S.N. in base allo scopo che il decreto Balduzzi formalmente persegue, cioè la riduzione delle spese del S.S.N. dovute alla medicina difensiva. L'obiettivo principale dell'art. 3 nella sua formulazione originale era, secondo quanto affermato dalla Relazione alla legge di conversione cit., la limitazione del fenomeno della c.d. medicina difensiva, cioè «*la prescrizione di esami diagnostici inappropriati*» e ogni altro «*insieme di atti e comportamenti posti in essere al fine di evitare i possibili contenziosi*». La norma appariva però in concreto direttamente volta a eliminare l'enorme mole delle condanne al risarcimento dei danni per la condotta del medico che si trovasse in colpa lieve. Cfr. infatti Disegno di legge C. 5440 della XVI legislatura cit., p. 5: «*L'articolo 3 mira a contenere il fenomeno della cosiddetta "medicina difensiva", che determina la prescrizione di esami diagnostici inappropriati, con gravi conseguenze sia sulla salute dei cittadini, sia sull'aumento delle liste di attesa e dei costi a carico delle aziende sanitarie. Il carattere di urgenza è legato alla considerazione che la richiamata situazione di forte restrizione delle risorse finanziarie disponibili per il Servizio sanitario nazionale, il mancato controllo di questo crescente fattore di spesa inappropriata genererà insopportabili difficoltà per le regioni e le aziende sanitarie. In particolare, la norma si propone di determinare i casi di esclusione dalla responsabilità per i danni derivanti dall'esercizio della professione sanitaria stabilendo che il giudice, nell'accertamento della colpa lieve, tiene conto dell'osservanza da parte degli esercenti le professioni sanitarie nello svolgimento della prestazione professionale delle linee guida e delle buone pratiche della comunità scientifica nazionale e internazionale*». Di conseguenza, si voleva abbattere i costi assicurativi che la disciplina contrattuale di settore fa ricadere sull'Azienda Sanitaria pubblica. In sostanza, il co. 1 dell'art. 3, nella sua formulazione originale, era rivolto a di-

Non sono destinatarie della norma invece le strutture sanitarie, sia pubbliche che private¹⁴, che non figurano in alcun modo nell'articolo in esame.

3 La natura della responsabilità civile in seguito alla novella

L'art. 3, co. 1, del decreto Balduzzi disciplina la responsabilità del sanitario sia sul versante penalistico, sia su quello civilistico. Al di là dell'inquadramento della disposizione per cui «*L'esercente la professione sanitaria [...] non risponde penalmente per colpa lieve*»¹⁵, ciò che qui interessa è quanto segue, relativamente alla responsabilità civile: «*In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile*». Questa proposizione ha invero sollevato numerosi dubbi interpretativi, principalmente a causa del riferimento all'art. 2043 c.c.

Come è noto, infatti, la giurisprudenza riconduce ormai da più di quindici anni la responsabilità civile in ambito sanitario alla disciplina dell'inadempimento, di cui all'art. 1218 c.c. In particolare, prendendo come esempio le condotte dei medici, sono state identificate due distinte fattispecie. Nel caso di conclusione di un contratto di prestazione d'opera tra un medico in regime di libera professione e un paziente, la riconduzione all'art. 1218 c.c. è assai immediata. Quando invece le prestazioni sanitarie vengono eseguite da un medico dipendente di una struttura sanitaria pubblica, in mancanza di un vero e proprio contratto, un'influente dottrina¹⁶ ha identificato nel

minuire il più possibile il numero di condanne al risarcimento del danno per colpa lieve, e, in combinato disposto con il co. 4, che escludeva qualsiasi costo al sistema pubblico per la copertura assicurativa dei medici in caso di colpa grave risultando potenzialmente idoneo a diminuire una parte dei costi a carico del Servizio Sanitario Nazionale. Non è rimasto però nulla di ciò nella attuale formulazione dell'art. 3, co. 1 del decreto Balduzzi. La sola disposizione che esclude la responsabilità penale non si può dire infatti sufficiente ad indurre i medici a non attuare tecniche di medicina difensiva, quando resta critica la loro posizione nei procedimenti civili.

¹⁴ In questo senso, cfr. Trib. Enna, 18 maggio 2013, n. 252 (est. De Simone), in *Danno e resp.*, 2014, I, p. 80 ss., con nota di ZORZIT, *La responsabilità del medico alla luce del "decreto Balduzzi": un viaggio tra nuovi e vecchi scenari*.

Contra, per un applicazione dell'art. 3, co. 1 decreto Balduzzi anche alle strutture sanitarie basata sulla *ratio legis* dell'intero decreto Balduzzi e su argomentazioni di carattere logico-consequenziale o processualistico, cfr. Trib. Torino, sez. IV civ., 26 febbraio 2013 (est. Scovazzo), in *Danno e resp.*, 2013, IV, p. 373 ss., con nota di CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*.

¹⁵ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237 (pres. Brusco, rel. Blaiotta), in *Giur. it.*, 2013, p. 996 ss. Cfr. anche D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2013, IV, p. 73 ss.

¹⁶ Cfr. C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto, in Le ragioni del diritto: scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, I, p. 147 ss.; più di recente, si legga del medesimo Autore *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 443-553.

“contatto sociale” tra sanitario e paziente un «atto o fatto idoneo» a far insorgere un’obbligazione ex art. 1173 c.c.¹⁷. Conseguentemente, il medico ospedaliero, che in passato rispondeva dei danni cagionati a titolo di responsabilità extracontrattuale, deve rispondere a titolo di inadempimento, ex art. 1218 c.c. Tale soluzione, fatta propria da una celebre sentenza della Corte di Cassazione¹⁸, si è imposta nella giurisprudenza.

Con l’entrata in vigore del decreto Balduzzi, così come modificato dalla legge di conversione, gli interpreti si sono domandati se, con il riferimento all’art. 2043 c.c., il legislatore abbia inteso disciplinare la fonte della responsabilità civile del medico in senso divergente da quanto affermato nel formante giurisprudenziale, e cioè ponendo nel nulla il riferimento alla teoria del “contatto sociale” e alla responsabilità ex art. 1218 c.c. del medico ospedaliero.

3.1 Il contenimento dei costi derivanti dalla medicina difensiva come presunta *ratio legis* dell’intervento legislativo

Tra le argomentazioni a favore di un ritorno alla responsabilità extracontrattuale, la prima pronuncia di merito che ha affrontato il problema, Trib. Varese, sez. I, 26 novembre 2012, n. 1406 (est. Buffone)¹⁹, di poco successiva all’entrata in vigore della norma, dopo aver prospettato due diverse possibili interpretazioni del riferimento all’art. 2043 c.c.²⁰, afferma in un *obiter*

17 Cfr. art. 1173 c.c. (Fonti delle obbligazioni): «Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico».

18 Cfr. Cass. civ., sez. III, 22 aprile 1999, n. 589, in *Danno e resp.*, 1999, p. 294 ss., con nota di CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in *Corr. giur.*, 1999, IV, p. 441 ss., con nota di DI MAJO, *L’obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Giust. civ.*, 1999, IV, p. 999, con nota di GIACALONE, *La responsabilità del medico dipendente dal servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale o “transtipica”*; in *Resp. civ. prev.*, 1999, III, p. 661 ss., con nota di FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il “contratto sociale” conquista la Cassazione*; in *Riv. it. med. leg.*, 2001, IV - V, p. 831 ss., con nota di FIORI e D’ALOJA, *La responsabilità professionale dei medici dipendenti dal servizio sanitario nazionale dopo la sentenza della Cassazione civile n. 589/1999 detta del “contatto sociale”. Trentadue anni dopo il fatto medico apprende che la sua responsabilità non era extracontrattuale, bensì contrattuale: con le relative conseguenze*.

19 In *Danno e resp.*, 2013, IV, p. 375, con nota di CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, cit. Sostanzialmente, ripropone le medesime argomentazioni Trib. Enna, 18 maggio 2013, n. 252, cit.

20 Si legge nella pronuncia citata che «la norma, con la dichiarata finalità di intervenire contro il dilagante fenomeno della cd. medicina difensiva, introduce una sorta di “esimente” speciale nella responsabilità penale medica, circoscrivendola alle sole ipotesi di colpa grave e dolo. Per il caso della colpa lieve, tuttavia, dichiara la persistenza della responsabilità civile del medico; e, però, così facendo, individua quale grimaldello normativo non già

dictum che il legislatore avrebbe coscientemente operato un'opzione²¹ a favore della responsabilità extracontrattuale, abbandonando il "sottosistema" di regole del "contatto sociale" individuato dalla dottrina e applicato dal formante giurisprudenziale. Tale interpretazione comporterebbe un onere della prova e un termine di prescrizione più favorevoli per il sanitario convenuto, e quindi - diminuendo i casi di condanna di quest'ultimo - andrebbe nella direzione di abbattere i costi della medicina difensiva gravanti sul Servizio Sanitario Nazionale²². Successivamente, la sez. I del Tribunale di Milano, con la sentenza 17 luglio 2014 (dep. 23 luglio 2014), n. 9693 (est. Gattari)²³, ha osservato che lo scopo di ridurre i costi della medicina difen-

l'art. 1218 c.c., bensì l'art. 2043 c.c. Sussiste un vivace dibattito circa la corretta interpretazione della previsione di nuovo conio. Secondo una certa lettura, la previsione si concilierebbe con l'intento di scongiurare i rischi legati alla cd. medicina difensiva e, pertanto, restaurerebbe il regime di responsabilità civile anteriore al *revirement* del 1999: in altri termini, il Legislatore consapevole avrebbe indicato agli interpreti la preferenza del Parlamento per l'orientamento giurisprudenziale che predica(va) l'applicazione dell'art. 2043 c.c. e non anche lo schema del cd. contatto sociale qualificato. Secondo altra lettura, il riferimento all'art. 2043 c.c. costituirebbe semplicemente una svista del Legislatore, inidonea a mutare il senso della giurisprudenza costante in tema di applicabilità dello statuto della responsabilità contrattuale».

21 Il decreto Balduzzi così come modificato dalla legge di conversione non sarebbe però una legge di interpretazione autentica, poiché - sempre secondo Trib. Varese, sez. I, 26 novembre 2012, n. 1406 cit., - «il Legislatore può, di fatto anche in via implicita, intervenire con sue norme di nuova introduzione per avallare una determinata interpretazione di uno specifico grimaldello normativo, [...] norme che, seppur in modo indiretto o implicito, siano espressione dell'aderire (o non) ad un determinato approccio ermeneutico».

Con diversa argomentazione, esclude la natura di legge di interpretazione autentica anche Trib. Firenze, sez. I civ., 12 febbraio 2014 (est. Minniti), in *Riv. it. med. leg.*, 2014, II, p. 745 ss., con nota di GARIBOTTI, *Un nuovo fronte di battaglia per gli studiosi della responsabilità civile: l'interpretazione della legge Balduzzi*.

22 Prosegue infatti così il Tribunale di Varese: «[...] la struttura della disposizione legislativa, a ben vedere, sembra abbastanza logica, almeno nel suo sviluppo discorsivo: in sede penale, la responsabilità sanitaria è esclusa per colpa lieve (se rispettate le linee guida/buone prassi); in sede civile, invece, anche in caso di colpa lieve, è ammessa l'azione ex art. 2043 c.c. [...] il Legislatore sembra (consapevolmente e non per dimenticanza) 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. È evidente che l'adesione ad un modulo siffatto contribuisce a realizzare la finalità perseguita dal legislatore (contrasto alla medicina difensiva) in quanto viene alleggerito l'onere probatorio del medico e viene fatto gravare sul paziente anche l'onere (non richiesto dall'art. 1218 c.c.) di offrire dimostrazione giudiziale dell'elemento soggettivo di imputazione della responsabilità. L'adesione al modello di responsabilità ex art. 2043 c.c. ha, anche, come effetto, quello di ridurre i tempi di prescrizione: non più 10 anni, bensì 5».

23 Pubblicata su *Dir. pen. cont.*, 23 dicembre 2014, con nota di PARODI, *Secondo il Tribunale di Milano la legge Balduzzi ha cambiato le regole: la responsabilità del medico ospedaliero è extracontrattuale*, cfr. http://www.penalecontemporaneo.it/area/1-/4-/34-/3381-secondo_il_tribunale_di_milano_la_legge_balduzzi_ha_cambiato_le_regole_la_responsabilit___del_medico_ospedaliero___extracontrattuale/.

siva sarebbe rilevabile anche nella riduzione del danno biologico risarcibile conseguente all'«attività dell'esercente della professione sanitaria», operata dal decreto Balduzzi all'ultima proposizione del co. 1 e al co. 3 dell'art. 3²⁴.

In generale, per ciò che riguarda la *ratio legis*, bisogna osservare che in tutti i lavori parlamentari relativi al disegno di legge di conversione vi è un solo luogo

24 Cfr. Trib. Milano, sez. I civ., 17 luglio 2014 (dep. 23 luglio 2014), n. 9693, cit.: «la “legge Balduzzi” [...] ha espressamente inteso contenere la spesa pubblica e arginare il fenomeno della “medicina difensiva”, sia attraverso una restrizione delle ipotesi di responsabilità medica (spesso alla base delle scelte diagnostiche e terapeutiche “difensive” che hanno un’evidente ricaduta negativa sulle finanze pubbliche) sia attraverso una limitazione dell’entità del danno biologico risarcibile al danneggiato in caso di responsabilità dell’esercente una professione sanitaria. [...] il tenore letterale del co. 1 dell’art. 3 l. 189/2012 e le esplicite finalità perseguite dal legislatore del 2012 – di contenimento della spesa pubblica e di porre rimedio al c.d. fenomeno della medicina difensiva anche attraverso una limitazione della responsabilità dei medici – non sembrano legittimare semplicisticamente un’interpretazione della norma nel senso che il richiamo all’art. 2043 c.c. sia atecnico o frutto di una svista. [...] Sia il richiamo letterale alla norma cardine che prevede nell’ordinamento il “risarcimento per fatto illecito” (art. 2043 c.c.) e “l’obbligo” in essa previsto (in capo a colui che per dolo o colpa ha commesso il fatto generatore di un danno ingiusto), sia l’inequivoca volontà della legge Balduzzi – resa manifesta, come detto, oltre che dal co. 1 anche dal co. 3 del medesimo art. 3, laddove vengono richiamati gli artt. 138 e 139 del d.lgs. 209/2005 per la liquidazione del danno biologico – di restringere e di limitare la responsabilità (anche) risarcitoria derivante dall’esercizio delle professioni sanitarie, per contenere la spesa sanitaria e porre rimedio al c.d. fenomeno della medicina difensiva, inducono ad interpretare la norma in esame nel senso che il richiamo alla responsabilità da fatto illecito nell’art. 3 co. 1 impone di rivedere il criterio di imputazione della responsabilità risarcitoria del medico (dipendente o collaboratore di una struttura sanitaria) per i danni provocati in assenza di un contratto concluso dal professionista con il paziente. È senz’altro vero che nell’art. 3 co. 1 della l. 189/2012 non può rinvenirsi un’opzione a favore di una qualificazione della responsabilità medica “necessariamente come responsabilità extracontrattuale” (per richiamare le parole della Cassazione), ma compito dell’interprete non è quello di svuotare di significato la previsione normativa, bensì di attribuire alla norma il senso che può avere in base al suo tenore letterale e all’intenzione del legislatore (art. 12 delle preleggi). Nell’art. 3 co. 1 della legge Balduzzi il Parlamento Italiano, in sede di conversione del decreto e per perseguire le suddette finalità, ha voluto indubbiamente limitare la responsabilità degli esercenti una professione sanitaria ed alleggerire la loro posizione processuale anche attraverso il richiamo all’art. 2043 c.c. – escludendo la responsabilità penale nei casi di colpa lieve riconducibili al primo periodo, ma facendo salva anche in tali casi la responsabilità civile (da inadempimento nei casi in cui preesiste un contratto concluso dal medico con il paziente e da fatto illecito negli altri casi, come si dirà meglio in seguito) – mentre nel co. 3 del medesimo articolo ha poi introdotto un criterio limitativo dell’entità del danno biologico risarcibile in tali casi al danneggiato (mediante il richiamo agli artt. 138 e 139 cod. ass.). Sembra dunque corretto interpretare la norma nel senso che il legislatore ha inteso fornire all’interprete una precisa indicazione nel senso che, al di fuori dei casi in cui il paziente sia legato al professionista da un rapporto contrattuale, il criterio attributivo della responsabilità civile al medico (e agli altri esercenti una professione sanitaria) va individuato in quello della responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c., con tutto ciò che ne consegue sia in tema di riparto dell’onere della prova, sia di termine di prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento del danno. Così interpretato, l’art. 3 co. 1 della legge Balduzzi porta dunque inevitabilmente a dover rivedere l’orientamento giurisprudenziale pressoché unanime dal 1999 che riconduce in ogni caso la responsabilità del medico all’art. 1218 c.c., anche in mancanza di un contratto concluso dal professionista con il paziente».

in cui si cita esplicitamente la responsabilità extracontrattuale²⁵, mentre dal resto si evince solo l'intento di tenere ferma la responsabilità civile del medico, richiamando genericamente l'art. 2043 c.c. Il riferimento a tale articolo non sembra invero sorretto da un intento riformatore, e fa pensare quindi a una certa superficialità e immediatezza della discussione parlamentare, poiché forse – e purtroppo – il legislatore non era al corrente della consolidata giurisprudenza del “sottosistema” della responsabilità medica, ormai consolidatasi da quindici anni. L'unica volontà che si evince con certezza, e che ha determinato l'assetto normativo attuale, è quella di evitare di configurare fattispecie per cui non vi fosse responsabilità civile, lasciando scoperta la penale²⁶.

Per quanto riguarda il risarcimento del danno, poiché il co. 3 dell'art. 3 riguarda i danni biologici derivanti da una qualsiasi «attività dell'esercente

25 Cfr. la relazione dei Relatori sen. Michele Saccomanno e sen. Daniele Bosone, in *Senato, Legislatura XVI, XII Commissione permanente, Resoconto sommario*, n. 376 del 23 ottobre 2012, disponibile su <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=16&id=681253>: «L'art. 3 concerne la responsabilità degli esercenti professioni sanitarie. Il co. 1 - nel testo riformulato dalla Camera - esclude la responsabilità penale per i casi di colpa lieve, a condizione che, nello svolgimento dell'attività, il soggetto si sia attenuto a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. Il medesimo co. fa salva, invece, la responsabilità civile - che viene dalla norma in esame ricondotta nell'ambito della cosiddetta responsabilità extracontrattuale. Si prevede, tuttavia, che, nella determinazione della misura del risarcimento del danno, il giudice tenga debitamente conto dell'eventuale conformità dell'operato alle linee guida e buone pratiche summenzionate [...]».

Si osservi però che tale riferimento alla responsabilità extracontrattuale, oltre ad essere isolato, è anche successivo all'adozione del testo in commento, poiché il parere della II Commissione - Giustizia della Camera dei Deputati e l'emendamento 3.100 erano già stati approvati.

26 Cfr. in questo senso Trib. Rovereto, 29 dicembre 2013 (est. Dies), in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2014, con nota di MASIERI, *Sui riflessi civilistici dell'art. 3 d.l. Balduzzi in tema di colpa medica*, cfr. http://www.penalecontemporaneo.it/area/1-/4-/34-/2815-sui_riflessi_civilistici_dell_art_3_d_l_balduzzi_in_tema_di_colpa_medica/. Osserva il giudice trentino che «Per risolvere la questione interpretativa conviene [...] partire dal rilievo che la norma in vigore è significativamente diversa da quella approvata in sede di decretazione d'urgenza [...]. Evidente anzitutto la differenza di oggetto, perché la norma originaria disciplinava la sola responsabilità civile, confermandone espressamente la natura contrattuale, mentre quella attuale disciplina principalmente la responsabilità penale. Scarne sono le indicazioni provenienti dai lavori preparatori sulle ragioni di un così profondo cambiamento che, tuttavia, sembrano da doversi ricercare nei rilievi mossi dal relatore in sede di Commissione Giustizia della Camera all'originaria formulazione, volti ad evidenziare l'incoerenza di un sistema che ammetta che per uno stesso fatto un soggetto possa rispondere penalmente ma non civilmente rispetto ai danni derivanti dal reato commesso. Ecco allora che si è deciso di escludere espressamente la responsabilità penale e di precisare che, tuttavia, resta fermo l'illecito civile, riportando in coerenza il sistema con previsione di un illecito civile avente un'estensione maggiore e non minore di quello penale. In questa prospettiva il richiamo all'art. 2043 c.c. si giustifica non per la volontà di qualificare come extracontrattuale una responsabilità civile da tempo qualificata dalla giurisprudenza come contrattuale ma, più semplicemente, perché l'omologo civilistico della responsabilità penale, cui fa riferimento l'art. 185 c.p., è senza dubbio la responsabilità extracontrattuale, non quella contrattuale che riposa su distinti presupposti».

la professione sanitaria», rileva anche quando questa non viene prestata all'interno del Servizio Sanitario Nazionale. Allo stesso modo, l'ultima proposizione del co. 1, dove si afferma che «Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo», si applica anche quando la prestazione sanitaria non è effettuata nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale.

3.2 Le differenze testuali introdotte con la legge di conversione

Un altro ordine di argomentazioni proposte a sostegno del superamento della teoria del "contatto sociale" prende in considerazione l'avvicinarsi dei dettati normativi. In dottrina, si sottolinea che è avvenuto un «radicale mutamento introdotto in sede di conversione in luogo del precedente richiamo, contenuto nel decreto legge originario, degli artt. 1176 e 2236, che implicava altrettanto chiara opzione nel senso della responsabilità contrattuale»²⁷. Allo stesso modo, secondo Trib. Torino, sez. IV civ., 26 febbraio 2013 (est. Scovazzo)²⁸, la legge di conversione avrebbe abbandonato l'impostazione contrattuale, inserendo – oltre a una disposizione di carattere penalistico – il riferimento al solo art. 2043 c.c., a cui andrebbe ricondotto il sistema normativo della responsabilità extracontrattuale²⁹.

Nel senso che la volontà del legislatore era quella di una «parziale depenalizzazione dell'illecito sanitario», cfr. Trib. Bari, sez. stralcio Rutigliano, 30 aprile 2014, n. 2141 (est. Attolino), in *DeJure*.

27 Cfr. F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di prestazioni "autonomi"*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, I, p. 155.

28 In *Danno e resp.*, 2013, IV, p. 373 ss., con nota di CARBONE, cit.

29 Cfr. Trib. Torino, sez. IV civ., 26 febbraio 2013, cit.: «La norma in commento dava per scontato che la responsabilità "dell'esercente le professioni sanitarie" (senza porre dei distinguo tra il libero professionista e il medico dipendente pubblico) fosse scandita dalla norma dettata per il contratto dall'art. 2236 c.c., con ciò positivizzando la nozione di stipula di "contratto per contatto" elaborata [...] dalla Suprema Corte [...]. Se la norma del decreto scolpiva la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria pubblica, e dei medici pubblici dipendenti, quella della legge di conversione opta per la soluzione opposta. Scompare, infatti, ogni riferimento esplicito alla qualificazione in termini contrattuali della responsabilità del medico pubblico dipendente, con ciò rigettando l'assunto della Suprema Corte nel novero delle mere opinioni giurisprudenziali, autorevoli, ma sempre passibili di superamenti e *revirements*; emerge una norma di caratura penalistica; campeggia un riferimento all'art. 2043 c.c. L'incipit della norma esclude la rilevanza penale della condotta del medico qualificata dalla colpa lieve, ove il sanitario si attenga "a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica". "In tali casi", prosegue la norma "resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.". Il legislatore espressamente quindi afferma che nei casi di irrilevanza penale della condotta del medico egli comunque risponde ai sensi dell'art. 2043 c.c. Ma il fatto che "resti fermo" l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c. non può che significare che tale obbligo sia dato per scontato nei casi penalmente rilevanti, ove la condotta del medico sia qualificabile nei termini della colpa "non lieve" e del dolo; dunque,

Si noti tuttavia che l'art. 2236 c.c. non è univocamente correlato alla responsabilità contrattuale, ma già in passato - proprio sotto la vigenza dell'orientamento che riconduceva la responsabilità del medico ospedaliero all'ambito extracontrattuale - veniva utilizzato dalla Suprema Corte anche per disciplinare i casi di responsabilità *ex art.* 2043 c.c.³⁰. Allo stesso modo,

che l'art. 2043 c.c. sia la norma che disegna i criteri per la individuazione della responsabilità del medico pubblico dipendente e della struttura pubblica nel quale questi opera (a tali soggetti, operatori del Servizio Sanitario Nazionale, è dedicata la novella in esame, non essendo - è da notare - ipotizzabile un diverso regime di responsabilità tra il medico e la struttura). La legge di conversione, quindi, ribaltando la norma del decreto legge che faceva una chiara scelta in tema di responsabilità risarcitoria del medico pubblico dipendente, pare riferire quest'ultima ai criteri della responsabilità aquiliana, così sconfessando la correttezza dell'assunto giurisprudenziale sopra citato. Se, infatti, "resta fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c." anche nei casi in cui il medico non risponde penalmente, questo significa che il medico, ove non agisca quale controparte contrattuale, come nel caso in cui sia pubblico dipendente, sarà tenuto al risarcimento del danno ai sensi della detta norma: e non, come ritenuto dalla Corte di Cassazione, ai sensi della generale norma che scolpisce la responsabilità del debitore contrattuale, l'art. 1218 c.c. L'art. 3 della legge 189 del 2012, quindi, cambia il "diritto vivente", operando una scelta di campo del tutto chiara (anche se opposta a quella del decreto legge), e congruente con le finalità di contenimento degli oneri risarcitori della sanità pubblica. Se "resta fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c." in tutti i casi in cui il medico (ed è da intendere, come ricordato, anche la struttura sanitaria nella quale egli opera) sia chiamato a rispondere del suo operato, che questo sia penalmente rilevante o meno, significa che la responsabilità del medico è extracontrattuale. Questo getta alle ortiche la utilizzabilità in concreto della teorica del contatto sociale, e porta la lite all'interno della responsabilità aquiliana, con conseguente spostamento dell'onere probatorio tutto a carico della parte attrice».

Analogamente, cfr. Trib. Milano, sez. I civ., 17 luglio 2014 (dep. 23 luglio 2014) n. 9693, cit.: «L'interprete non pare autorizzato a ritenere che il legislatore abbia ignorato il senso del richiamo alla norma cardine della responsabilità da fatto illecito, nel momento in cui si è premurato di precisare che, anche qualora l' esercente una professione sanitaria "non risponde penalmente per colpa lieve" (del delitto di lesioni colpose o di omicidio colposo) essendosi attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, "in tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile". Nell'interpretare la norma vigente non sembra del tutto trascurabile che inizialmente il co. 1 dell'art. 3 del decreto legge n. 158 del 2012 [...] non conteneva nessuna previsione destinata ad incidere sulla responsabilità penale dell' esercente una professione sanitaria e nessun richiamo alla responsabilità da fatto illecito [...]. In sede di conversione del decreto il legislatore (per meglio perseguire gli obiettivi prefissati) ha radicalmente mutato il co. 1 dell'art. 3, prevedendo che "non risponde penalmente per colpa lieve" l' esercente la professione sanitaria che si sia attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate, inserendo il richiamo all' obbligazione risarcitoria *ex art.* 2043 c.c. (che grava comunque sul soggetto esente da responsabilità penale) ed imponendo al giudice di tener conto "anche nella determinazione del risarcimento del danno" dell' avvenuto rispetto delle linee guida da parte del sanitario/responsabile. [...] non vi sarebbe stata nessuna apprezzabile ragione per inserire in sede di conversione il richiamo all'art. 2043 ed è ragionevole ritenere che nell'art. 3 co. 1 sarebbe rimasto immutato il richiamo alle diverse norme (art. 1176 e art. 2236) contenuto nel decreto legge».

30 Cfr. nello stesso senso Trib. Milano, sez. I civ., 2 dicembre 2014, n. 1430 (est. Bichi), in *Resp. civ. prev.*, 2015, I, p. 170, con nota di GORGONI, *Colpa lieve per osservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del danno*.

l'art. 1176, co. 2, è stato ritenuto applicabile anche in presenza di responsabilità extracontrattuale³¹. La versione originaria del decreto Balduzzi dettava allora una norma relativa solo all'«accertamento della colpa lieve» del medico, per i soli casi in cui «la prestazione» non avrebbe implicato «la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà» ex art. 2236 c.c., dove la responsabilità per colpa lieve andava invece radicalmente esclusa³². Non quindi, un riferimento specifico alla responsabilità contrattuale o da “contatto sociale”.

In precedenza Cass. civ., SS.UU., 6 maggio 1971, n. 1282, in *Foro it.*, 1971, I, p. 1476 ss.: «L'art. 2236 c.c. può e deve trovare applicazione oltre che nel campo contrattuale anche in quello extracontrattuale, in quanto che esso prevede un limite di responsabilità per la prestazione della attività dei professionisti in generale, cioè sia che essa si svolga nell'ambito di un contratto e costituisca perciò adempimento di una obbligazione contrattuale, sia che venga riguardata al di fuori di un rapporto contrattuale vero e proprio e perciò solo come possibile fonte di responsabilità extracontrattuale»; Cass. civ., sez. III, 20 novembre 1998, n. 11743, in *Giust. civ. massim.*, 1998, p. 2402 (s.m.): «Anche in presenza di responsabilità extracontrattuale del medico (nel caso, dipendente ospedaliero) si applica la limitazione di responsabilità al dolo e alla colpa grave di cui all'art. 2236 c.c. se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà».

31 Cfr. Cass. civ., sez. III, 26 marzo 1990, n. 2428, in *DeJure*: «È, anzitutto, da porre in evidenza che, nel caso concreto, si è nel campo della responsabilità extracontrattuale, non essendo stato concluso alcun contratto [...] in ordine alla operazione chirurgica, mentre deve ritenersi pacifico che il rapporto contrattuale è sorto tra l'ente ospedaliero e lo stesso [paziente]. [...] È da ritenersi principio consolidato in giurisprudenza che la responsabilità del professionista, per danni causati nell'esercizio della sua attività professionale, deve essere valutata alla stregua dei doveri inerenti allo svolgimento di tale attività ed, in particolare, al dovere di diligenza il quale a norma dell'art. 1176 CC., secondo co., deve adeguarsi alla natura dell'attività esercitata. In queste condizioni, tenuto conto delle particolari caratteristiche della professione sanitaria, la diligenza che il medico chirurgo deve impiegare nello svolgimento di tale professione è quella del regolato ed accorto professionista esercente la sua attività con scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione professionale. Sulla base di detti principi, il professionista risponde, pertanto, a titolo di colpa lieve, quando per omissione di detta diligenza o, comunque, per preparazione inadeguata provochi un danno che sia, comunque, da collegarsi alla esecuzione di una terapia medica o di un intervento operatorio, mentre si ha una attenuazione di tale responsabilità quando il caso affidato allo stesso professionista sia di particolare complessità o perché non ancora a sufficienza sperimentato e studiato o perché ancora dibattuto con riferimento ai metodi terapeutici da seguire, ed, in tale ipotesi, il medico sarà tenuto al risarcimento dei danni solo per dolo o colpa grave».

32 Cfr. in questo senso, Trib. Cremona, 1 ottobre 2013 (est. Borrella), in *Danno e resp.*, 2014, IV, p. 633 ss., con nota di MATTINA, “*Legge Balduzzi*”: natura della responsabilità civile del medico; annota la sentenza anche GALLETTI in *Resp. civ. prev.*, 2014, IV, p. 1321 ss., *L'art. 3, comma 1, della legge Balduzzi: su chi grava il rischio delle c.d. (con)cause ignote?*, dove è reperibile però s.m. Al Tribunale lombardo «non sembra [...] che il mero richiamo all'art. 2043 c.c. possa legittimare l'idea che il legislatore abbia inteso spingersi fino al punto di disciplinare il titolo della responsabilità sanitaria. Innanzitutto non risulta che questa sia mai stata l'intenzione del legislatore, il quale invece ha sempre avuto in mente la differenziazione dei gradi di colpevolezza, tanto che il testo originario del d.l., poi modificato dal Parlamento in sede di conversione, espressamente richiamava gli artt. 1176 c.c. e 2236 c.c., che riguardano la diligenza richiesta al debitore nell'adempimento dell'obbligazione».

3.3 La lettera dell'art. 3, co. 1, del decreto Balduzzi

Alcune soluzioni interpretative possono invece essere utilmente reperite sulla base del significato letterale del decreto Balduzzi. Peraltro, ciò è presupposto di un corretto procedimento ermeneutico, che deve sempre partire da una lettura attenta del dettato normativo, e deve mirare a considerarne tutte le parti³³, senza premettere dogmi o precomprensioni a quanto stabilito dal legislatore.

In particolare, la seconda proposizione dell'art. 3, co. 1, afferma che «*in tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile*».

In primo luogo, se da un punto di vista soggettivo abbiamo visto che l'art. 3, co. 1, del decreto Balduzzi si applica a tutti gli esercenti le professioni sanitarie, è necessario specificare l'ambito oggettivo di applicazione, limitato dal legislatore con la locuzione «in tali casi».

Secondo le sentenze che abbandonano la teoria del contatto sociale, l'art. 3 del decreto Balduzzi non opererebbe nei casi in cui sia ravvisabile un vero e proprio contratto di prestazione d'opera intellettuale, dove la responsabilità resterebbe contrattuale³⁴. Si tratta di un'interpretazione invero completamente slegata dal testo normativo³⁵: in esso non si fa riferimento

33 Cfr. art. 12 d.prel.

34 Cfr. Trib. Varese, sez. I, 26 novembre 2012, n. 1406, cit.: «Così rintracciate le conseguenze che la Legge 189/2012 ha sul sistema della responsabilità sanitaria, nel caso di specie, però, non trova applicazione l'art. 2043 c.c. È opportuno chiarire, infatti, che, anche seguendo questo percorso di ragionamento, ovviamente la previsione di nuovo conio riguarda solo le ipotesi di responsabilità per cd. "contatto" e cioè le ipotesi (al confine tra contratto e torto) in cui manchi un rapporto contrattuale diretto tra paziente danneggiato e sanitario oppure un rapporto contrattuale atipico di speditività»; cfr. anche Trib. Milano, sez. I civ., 17 luglio 2014 (dep. 23 luglio 2014), n. 9693, cit.: «Non pare dubitabile che il danneggiato può utilmente continuare ad invocare la responsabilità da inadempimento ex art. 1218 c.c. del medico qualora provi che le parti hanno concluso un contratto d'opera professionale, senza che assuma alcun rilievo il fatto che la prestazione medico - chirurgica sia stata eventualmente resa (in regime ambulatoriale o di ricovero) presso una struttura sanitario (pubblica o privata). [...] In presenza di un contratto fra paziente e professionista, nessun riflesso quindi può avere sulla qualificazione della responsabilità risarcitoria del medico la previsione contenuta nel co. 1 dell'art. 3 della legge Balduzzi, in particolare all'art. 2043 c.c.».

Cfr. nello stesso senso, seppur non aderisce alla tesi del ritorno alla responsabilità extracontrattuale, Trib. Caltanissetta, 1 luglio 2013 (est. Sole), in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1980 ss., con nota di SCOGNAMIGLIO, *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della L. n. 189/2012*. Questa decisione, a differenza delle altre due sentenze citate, conclude comunque per il mantenimento della responsabilità ex art. 1218 c.c. anche per le condotte del dipendente del S.S.N.

35 Cfr. in questo senso Trib. Milano, sez. V civ., 18 novembre 2014, n. 13574 (est. Borrelli), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 96, con nota di PUCELLA, *Un improvvido legislatore fa più danno dei medici*: «Detto orientamento, tuttavia, non può fare a meno di attribuire al medesimo Legislatore altra, non meno grave, svista: quella consistente nell'aver del tutto dimenticato di distinguere la disciplina applicabile ai casi in cui il paziente si sia rivolto di-

alla sola responsabilità “da contatto”, ma come si è detto, a tutte le attività sanitarie svolte dagli “esercenti le professioni sanitarie”, anche non inquadrati nel Servizio Sanitario Nazionale³⁶.

Adottando un’interpretazione letterale restrittiva, potremmo dire che la disposizione in esame si applica nei soli casi in cui «l’esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica» e contemporaneamente «non risponde penalmente per colpa lieve»³⁷. La citata sentenza

rettamente e personalmente a un medico di sua fiducia, per i quali [...] il regime della responsabilità per i danni causati nell’esercizio dell’attività professionale medica rimane quello dettato dall’art. 1218 c.c. [...]. Inoltre, l’orientamento che afferma che la norma del Balduzzi dovrebbe «applicarsi invece ai casi in cui il paziente si sia rivolto alla struttura sanitaria (ospedale, clinica, ambulatorio) e non al medico, per i quali, in conseguenza dell’entrata in vigore della norma in questione (l. 189/2012 cit.), “il criterio attributivo della responsabilità civile al medico (e agli altri esercenti una professione sanitaria) va individuato in quello della responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c.” (Trib. Milano Sez. I cit.)» - sarebbe esito di un’interpretazione additiva, «risultando sostanzialmente manipolativa della norma in esame (che in realtà tace sulle fattispecie di responsabilità contrattuale e non menziona la degenza ospedaliera o altro rapporto con struttura sanitaria quale proprio presupposto di fatto)», e finendo col «[...] contrastare anch’essa con la presunzione di consapevolezza [...]» del legislatore affermata dalla I sezione. «Introducendo la distinzione di cui sopra (non presente nel dato normativo), l’interpretazione che si tenta qui di confutare finisce col tenere in vita la categoria delle fattispecie originate da contatto sociale (per differenziarne il trattamento) proprio nel momento in cui ne afferma intervenuto il tramonto definitivo». In maniera sostanzialmente analoga si è espresso ancora il medesimo Estensore, in Trib. Milano, sez. V civ., 20 febbraio 2015, n. 2336, in *Resp. civ. prev.*, 2015, I, p. 163 con nota di GORGONI, cit.

36 Cfr. nello stesso senso Trib. Firenze, sez. II civ., 12 febbraio 2014, cit.: «Vero che la dottrina e la giurisprudenza che sostengono la tesi della modifica della fonte della responsabilità del sanitario, circoscrivono solo all’ambito ospedaliero pubblico i limiti della riforma. Ma di una tale delimitazione dell’oggetto della modifica non vi è traccia nel testo di legge ed anzi l’occasione dell’intervento normativo è stata rinvenuta nell’ambito dell’affermazione della irrilevanza penale della colpa lieve e per tutte le ipotesi di colpa sanitaria, senza proporre alcuna distinzione, sotto il profilo penale, tra operatori della sanità privata e operatori del sistema sanitario pubblico. Sicché non si comprende perché solo nella previsione della ricaduta civilistica si avrebbe una delimitazione alla sola sanità pubblica dell’intervento normativo. E la incongruenza sembrerebbe ancora maggiore se si optasse per una interpretazione letterale che delimita alla sola colpa lieve (“in tali casi”) la natura extracontrattuale della fonte della responsabilità sanitaria che tornerebbe ad esser contrattuale oltre questa soglia».

37 In questo senso si esprime Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013, n. 196 (est. Sestini), in *Danno e resp.*, 2013, IV, p. 368 ss., con nota di CARBONE, cit.: «La norma che qui interessa è quella del secondo periodo, che dev’essere però interpretata in stretta correlazione con quella del periodo precedente, alla quale espressamente si collega in virtù dell’incipit “in tali casi”. Tenuto conto che il primo periodo prevede l’esclusione della responsabilità penale (per colpa lieve) in favore dei sanitari che si attengano alle linee guida e alle buone pratiche accreditate (introducendo quella che - secondo i primi commenti - parrebbe integrare un’esimente speciale), la norma del secondo periodo ha la funzione di chiarire che l’esclusione della responsabilità penale non fa venir meno l’obbligo di risarcire il danno (in ciò sostanziandosi “l’obbligo di cui all’art. 2043 c.c.”)»; cfr. in senso conforme, Trib. Rovereto,

Trib. Rovereto, 29 dicembre 2013 propone una valenza specificamente processuale dell'art. 3, co. 1, del decreto Balduzzi, che autorizzerebbe direttamente il giudice penale a pronunciarsi sul risarcimento del danno quando non condanna l'esercente le professioni sanitarie il quale, pur in presenza di una colpa lieve, si è attenuto alle linee guida e buone pratiche del suo settore³⁸. In verità, si può affermare che non occorre una sentenza del giu-

29 dicembre 2013, cit.: «[...] il richiamo all'art. 2043 c.c. è preceduto dall'espressione "in tali casi" ed è pertanto limitato espressamente ai casi in cui il medico non risponde penalmente di colpa lieve per essersi attenuto a linee guida accreditate. Si tratterebbe, pertanto, a tutto voler concedere, di un riferimento che potrebbe valere non sempre ma solo nei casi in cui si ponga una questione di osservanza di linee guida accreditate ed il medico vi sia in concreto attenuto in base ad una scelta qualificabile in termini di colpa lieve, non invece in tutti gli altri casi che certamente devono ritenersi la stragrande maggioranza, perché normalmente la colpa si fonda proprio sull'inosservanza delle linee guida accreditate ovvero sia ravvisabile una colpa grave ovvero ancora non si ponga proprio un problema di osservanza di linee guida. La portata necessariamente circoscritta ai soli casi di accertata esclusione della responsabilità penale per un reato commesso con colpa lieve preclude a priori l'effetto di ricondurre in generale la materia della responsabilità medica nell'alveo dell'illecito aquiliano».

38 Cfr. Trib. Rovereto, 29 dicembre 2013, cit.: «l'espressione d'esordio della norma "in tali casi" potrebbe essere intesa non solo sul piano sostanziale, riferita cioè ai casi in cui il medico non risponda penalmente per colpa lieve per essersi attenuto ad accreditate linee guida ma, in modo ben più pregnante, anche sul piano processuale, ossia riferita ai casi in cui l'azione civile sia stata in concreto esercitata in sede penale, l'imputato sia stato prosciolto dall'accusa, in applicazione della nuova norma, ammettendo il risarcimento del danno senza obbligare la parte civile ad instaurare un nuovo autonomo giudizio civile. Insomma, in base a questa lettura, la norma prevede una deroga di particolare rilievo ed operante già in primo grado, all'accessorietà dell'azione civile rispetto all'azione penale, come è noto desumibile dall'art. 538, co. 1 c.p.p. che legittima il giudice penale a decidere sulla domanda di risarcimento sul presupposto della condanna penale, ulteriore a quelle già previste dagli artt. 576 e 578 c.p.p. per i casi rispettivamente dell'impugnazione della parte civile ai soli fini della responsabilità civile e di declaratoria di estinzione del reato per amnistia e prescrizione in grado di appello dopo una condanna in primo grado (per la prima Cass. pen., sez. un., 19 luglio 2006, n. 25083, rv. 233918 l'ha definitivamente sganziata dal presupposto della pronuncia di una condanna in primo grado). In effetti questa interpretazione riposa sulla semplice presa d'atto che esiste un caso in cui la responsabilità civile del medico è tecnicamente azionata obbligatoriamente a norma dell'art. 2043 c.c., costituita proprio dalla domanda di risarcimento danni proposta nel processo penale attraverso la costituzione di parte civile che, essendo una domanda di risarcimento danni conseguenti ad un reato, non può giovare dei più favorevoli presupposti della responsabilità contrattuale. Per corroborare una soluzione che certo può apparire avventata vale la pena di osservare come il proscioglimento dell'imputato in applicazione della nuova norma riposa necessariamente sul positivo accertamento di una colpa lieve del medico, oltre che di tutti gli ulteriori elementi costitutivi della responsabilità e, in particolare, del nesso di causalità e, pertanto, il giudice penale ha modo di procedere alla condanna del risarcimento del danno in favore della parte civile ed in forza dell'art. 3, co. 1 seconda parte cit., senza necessità di procedere ad alcun approfondimento istruttorio ulteriore, almeno in punto di *an debeat*. Sul piano più generale va poi ricordato come il presupposto della condanna penale previsto dall'art. 538, co. 1 c.p.p. sia stato da più parti criticato perché difficilmente armonizzabile col principio di piena autonomia tra giudizio civile e giudizio penale accolto nel vigente codice di procedura penale (sul quale cfr. da ultimo Cass. pen., sez. un., 26 gennaio 2011,

dice penale per applicare tale disposizione. Si ritiene pacificamente infatti che il giudice civile possa accertare anche in via autonoma – e ovviamente ai soli effetti civili – che un fatto è astrattamente idoneo a configurare un reato³⁹, e quindi, *a fortiori*, anche quella condotta conforme a linee guida e

n. 768, rv. 616366), tanto da consigliarne l'abbandono almeno tutte le volte in cui la sentenza di proscioglimento implichi necessariamente l'accertamento di tutti i fatti costitutivi della responsabilità civile, esattamente come si verifica nel caso in esame. Imporre in tali casi un distinto giudizio civile, dopo la costituzione di parte civile nel processo penale, comporta inevitabilmente un inutile dispendio di attività processuale. L'indicata interpretazione può determinare significative ricadute anche sul versante penalistico, oltre ad agevolare l'individuazione del senso e della giustificazione dell'ultima parte dell'art. 3, co. 1 cit., relativo alla liquidazione del danno. Sotto il primo profilo e pur dovendosi ammettere la plausibilità e l'autorevolezza dell'interpretazione sopra riportata tendente a riconoscere una modifica, in senso delimitativo, della tipicità del fatto punito dagli artt. 589 e 590 c.p. (omicidio e lesioni colpose), non si può fare a meno di notare l'anomalia di un simile effetto ad opera di una norma speciale che non solo non incide direttamente né sul precetto delle norme incriminatrici né sulle norme di parte generale pertinenti (in particolare l'art. 43 c.p.), ma che omette persino di descrivere in positivo gli elementi costitutivi della responsabilità. In effetti la norma non dice che in tali casi il medico risponde per colpa grave ma che non risponde per colpa lieve. Un simile tenore letterale sembra piuttosto meglio riferibile ad una causa di non punibilità in senso stretto, che consentirebbe di far ritenere sussistente un vero e proprio reato, in tutti i suoi presupposti, che tuttavia non risulta punibile per mere ragioni di opportunità politica riconducibili alla necessità di limitare la c.d. medicina difensiva e a garantire al medico la necessaria tranquillità nell'eseguire le proprie delicate e spesso difficili scelte, sgravandolo dalla preoccupazione di una possibile responsabilità penale, almeno tutte le volte in cui si attenga alle accreditate linee guida, salvo la colpa grave. Così interpretata la norma, il riferimento all'art. 2043 c.c., lungi dal costituire una svista del legislatore, è pienamente condivisibile perché riferibile ad una tipica responsabilità civile da reato, benché non punibile sul piano penale. Infatti, il giudice penale che proscioglie l'imputato applicando la nuova causa di non punibilità, sulla base dell'accertamento di tutti gli elementi costitutivi del reato di cui all'art. 589 (o 590) c.p., può accogliere la domanda di risarcimento del danno proposta dalla parte civile solo a norma dell'art. 2043 c.c., non certo a titolo di responsabilità contrattuale».

39 Cfr. in giurisprudenza ad es. Cass. pen., SS.UU., 26 marzo 1983, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1947: «Poiché non vige nel nostro sistema processuale un astratto e assoluto principio di pregiudizialità dell'azione penale rispetto a quella civile svincolato dalla disciplina concreta del rapporto tra le due azioni suddette, non è interdetto in via generale al giudice civile di accertare un dato fatto storico civilmente rilevante ex art. 185 c.p. (ai fini cioè anche del risarcimento del danno non patrimoniale) indipendentemente dalla cognizione da parte del giudice penale del fatto medesimo in quanto penalmente rilevante, anche nel caso che il procedimento penale non sia stato mai iniziato o si sia concluso con una sentenza di proscioglimento istruttorio o di assoluzione in giudizio».

Cfr. inoltre M. C. BARBIERI, *Commento agli artt. 185 - 195 c. p.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini e G. Marinucci, I, Milano, 2011, p. 2131: «[...] il giudice civile ha piena autonomia nell'accertamento del fatto che è astrattamente riconducibile ad una fattispecie di reato anche in assenza di un accertamento di esso in sede penale e indipendentemente dalla esistenza di cause di estinzione del reato».

Sui rapporti tra azione risarcitoria in sede civile e penale cfr. anche Cass. civ., sez. III, 27 gennaio 2005, n. 1654, in *Rep. Foro it.*, 2005, *Procedimento civile* (voce), n. 255: «L'azione civile meramente risarcitoria, fondata su un fatto che rilevi ai sensi dell'art. 2043 c.c. e, allo stesso tempo, costituisca fattispecie penalmente considerata, può essere esperita sia attraverso un'opzione penale, mediante costituzione di P.C. nel processo penale, sia at-

buone pratiche, caratterizzata ugualmente dall'elemento soggettivo della colpa lieve⁴⁰ e insuscettibile di condurre a responsabilità penale proprio ex art. 3, co. 1 del decreto Balduzzi. Bisogna ritenere allora, in senso estensivo, che ci si riferisce a tutti i casi in cui «l' esercente la professione sanitaria [...] nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica», versando ciò nonostante nello stato soggettivo della «colpa lieve», e dovendo rispondere solo da un punto di vista civilistico⁴¹.

Venendo alla disciplina sostanziale, ci si chiede cosa significhi che «*resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile*». Alcune sentenze valorizzano il riferimento all'art. 2043 c.c. come un richiamo al sistema normativo della responsabilità extracontrattuale, con il consenso di parte della dottrina⁴². È però evidente che fare discendere l'applicazione di una disposizione particolare – sia essa o meno un riferimento alla responsabilità extracontrattuale – sulla base di una simile conformazione fattuale (l'attenersi o meno a «linee guida e buone pratiche») risulta problematico. In primo luogo, non è chiaro chi dovrebbe provare che il sanitario ha agito sulla base delle linee guida e delle buone prassi: se l'onere ricadesse su costui, ciò coinciderebbe forse in molti casi con la prova dell'adempimento

traverso un'opzione civile, che si verifica nelle ipotesi in cui il danneggiato agisce in sede civile prima dell'inizio dell'azione, penale o quando la costituzione di P.C. non gli è più consentita ma prima che sia stata emessa sentenza penale di primo grado; ed in tutte tali ultime ipotesi i processi rimangono separati e l'azione civile prosegue, ai sensi dell'art. 75, co. 2, c.p.p., nonostante la possibilità di giudicati contraddittori e la duplicazione d'attività giudiziarie. Al contrario, il giudizio civile rimane sospeso sino alla pronuncia di sentenza irrevocabile in sede penale, ai sensi del co. 3 dello stesso art., quando l'azione civile venga proposta dopo la costituzione di parte (che s'intende conseguentemente revocata) o dopo la pronuncia della sentenza penale di primo grado».

40 È lecito qui domandarsi se il concetto di colpa civile sia differente da quello di colpa penale, e quale dei due debba adottare il giudice civile in questo accertamento.

41 Cfr. nello stesso senso, relativamente al campo di applicazione, M. GORGONI, *Colpa lieve per osservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, I, p. 180: «In sostanza, la legge si occupa non del caso in cui le linee guida e le prassi accreditate siano state disattese, ma di quello in cui l'evento non voluto si verifichi malgrado la conformità della condotta alle linee guida e alle buone prassi: nessuno spazio potrebbe assumere altrimenti il richiamo al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 c.c. [...]»

42 Cfr. ad es. F. VENOSTA, *op. cit.*, p. 155: «In particolare, non può condividersi la pretesa che il richiamo all'art. 2043 sia riferito solo al principio generalissimo del risarcimento del danno, e non anche all'intera disciplina di cui tale disposizione è perno e parte sostanziale: a tacer d'altro, infatti, il principio del risarcimento del danno è espressamente enunciato anche dall'art. 1218 c.c., di modo che l'espresso riferimento solo alla prima disposizione non può non intendersi come il frutto di una precisa, e ineludibile opzione anche in ordine alla disciplina della responsabilità».

Nello stesso senso F. D. BUSNELLI, *La "dottrina delle corti" e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2014, V, p. 471-472.

mento, per cui il riferimento all'art. 2043 c.c. non introdurrebbe in realtà una disciplina diversa dall'art. 1218 c.c., mentre se ricadesse sul paziente attore, avremmo l'imposizione di un onere della prova di matrice extracontrattuale prima ancora di aver stabilito se la norma in esame implichi una responsabilità extracontrattuale. Inoltre, ammettendo che il riferimento all'art. 2043 c.c. sia in grado di modificare il titolo della responsabilità medica, ne deriverebbe che il complesso di norme applicabili non varierebbe sulla base dell'accertamento di una preesistente obbligazione - tradizionale criterio per distinguere inadempimento e illecito aquiliano⁴³ - ma sulla base di una condotta in concreto tenuta dall'agente o dell'elemento soggettivo: tale impostazione, reperibile in dottrina⁴⁴ e in giurisprudenza⁴⁵, non pare condivisibile perché comporterebbe un stravolgimento della struttura logica della responsabilità civile.

Per risolvere questo *impasse*, si è ancora una volta ipotizzato - limitando l'ambito di applicazione oggettivo dell'art. 3, co. 1, del decreto Balduzzi - che tale riferimento riguardi i casi in cui non sarebbe rilevabile una responsabilità contrattuale, e che la norma abbia quindi una sorta di funzione residuale⁴⁶. Per la verità, anche tale impostazione non è coerente con la

43 Cfr. C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., p. 187: «[...] la responsabilità aquiliana non nasce dalla violazione di obblighi ma dalla lesione di situazioni soggettive altre. Quando ricorre la violazione di obblighi, la responsabilità è necessariamente contrattuale, nell'accezione impropria ma ricevuta che la fa coincidere con l'area della responsabilità non aquiliana, e perciò come sinonimo della violazione di obblighi, siano essi di fonte contrattuale o no. Nella terminologia di Jhering si trascorre dalla logica del *non facere*, la cui violazione consiste nella *culpa in faciendo*, propria della responsabilità extracontrattuale, alla logica del *facere*, la cui violazione è data dalla *culpa in non faciendo*, consistente nel non fare ciò a cui si è tenuti da un precedente *vinculum iuris*, che è caratteristica della responsabilità contrattuale. "La differenza tra questi due universi è costituita dal fatto che, mentre l'attuazione del *non facere* è totalmente rimessa alla scelta di colui che vi è tenuto, identificandosi con la sua sfera di libertà, il *facere*, proprio perché consiste di obblighi, è predefinito nei suoi contenuti"».

44 Cfr. M. GORGONI, *op. cit.*, p. 183: «In sintesi, i danni derivanti da colpa lieve cagionati dall'esercente la professione sanitaria che si sia attenuto alle linee guida e alle pratiche avvalorate dalla comunità scientifica sarebbero risarcibili solo alle condizioni di cui all'art. 2043 c.c., i danni cagionati altrimenti - se non ricorra colpa lieve per adesione, se faccia difetto l'elemento dell'adesione alle linee guida e alle buone pratiche - soggiacerebbero alla responsabilità contrattuale e agli artt. 2236 e 1176 c.c.».

45 Cfr. Trib. Brindisi, 18 luglio 2014 (est. Natali), in *Danno e resp.*, 2015, I, p. 56, con nota di MATTINA, *"Legge Balduzzi": diventa extracontrattuale la responsabilità del medico?*: «In ogni caso, l'ipotetica opzione legislativa [a favore della responsabilità extracontrattuale], dato il carattere circoscritto dell'intervento normativo, varrebbe con riguardo alla sola responsabilità medica per colpa lieve e non anche per colpa grave o dolo e non sarebbe, *a fortiori*, estendibile alla responsabilità della struttura sanitaria».

46 Cfr. Trib. Firenze, sez. II civ., 12 febbraio 2014, cit.: «Si ritiene per contro che alla norma di chiusura in materia di colpa lieve (ferma la responsabilità di cui all'art. 2043 c.c.) sia riservata dal legislatore la funzione di riconoscere al paziente la protezione in sede civile anche in ipotesi di colpa lieve, qualora non potessero operare le regole del

lettera della legge, che non distingue tra condotte avvenute in seguito ad un “contatto sociale”, a un contratto, o in assenza di entrambi, ed è dunque un esempio del metodo dell’inversione, per cui si premette una lettura precisa al lessico del testo normativo.

In giurisprudenza si è poi ritenuto che la disposizione in esame – a differenza della prima proposizione dell’art. 3, co. 1, dove si esclude la responsabilità penale – non è abbastanza forte da escludere l’impostazione contrattuale, che ben può convivere con quella extracontrattuale⁴⁷. È stata inoltre valorizzata la centralità della disposizione penalistica⁴⁸, accompa-

contratto. In definitiva questo giudicante ritiene che il registrare, nel sistema della responsabilità sanitaria, la natura residuale della funzione della clausola generale della responsabilità extracontrattuale, residuale rispetto alle multiforme manifestazioni della relazione negoziale un tempo riservate ad ambiti più limitati, non significa escluderne, come da taluni sostenuto, la funzione di primaria norma in materia di responsabilità. Il richiamo all’art. 2043 c.c. nel co. 1 dell’art. 3 della legge 189/2012 non è un richiamo al risarcimento del danno in senso lato, ma un richiamo alla fonte extracontrattuale per le ipotesi che dovessero presentarsi non collocabili dentro la dinamica del negozio giuridico. D’altra parte il legislatore ha inserito l’inciso nell’ambito della previsione della esimente penale e dunque di un fatto illecito ritenuto sempre civilmente rilevante, proprio ai sensi degli artt. 2043 e segg. c.c. Ne consegue che, ad avviso del giudicante, il pur significativo dibattito politico e il [...] confronto dottrinario sul tema non hanno ancora prodotto sul piano normativo un assestamento diverso da quello consolidato nelle ormai risalenti sentenze della Corte di Cassazione».

47 Cfr. Trib. Caltanissetta, 1 luglio 2013, cit.: «Anzitutto, il tenore testuale della norma non è affatto chiaro in ordine alla volontà del legislatore di escludere la possibilità di qualificare in termini contrattuali le fattispecie di responsabilità in oggetto: l’aver menzionato la regola generale di cui all’art. 2043 c.c. non implica affatto che essa sia l’unica norma applicabile. E infatti, è principio pacifico in giurisprudenza che il ricorso ad un’azione di responsabilità non escluda la possibilità di ricorrere in via concorrente anche all’altra azione, secondo il noto principio del cumulo delle azioni di responsabilità (da ultimo Cass. n. 24869/2010)»; nello stesso senso, cfr. Trib. Firenze, sez. II civ., 12 febbraio 2014, cit.; Trib. Brindisi, 18 luglio 2014 cit. nonché Trib. Milano, sez. V civ., 18 novembre 2014 n. 13574, cit.

48 Cfr. Cass. civ., sez. III, 19 febbraio 2013, n. 4030 (pres. Trifone, rel. Petti), in *Danno e resp.*, 2013, IV, p. 367 ss. con nota di CARBONE, cit. Tuttavia, la sentenza citata si pronuncia sul problema in esame solo in un *obiter dictum*, in quanto la responsabilità in questo caso si fondava semplicemente sul mancato consenso informato, dato che a causa dell’errore diagnostico non era avvenuto un «incontro di volontà efficace in relazione ad un contenuto di informazione medica assolutamente carente e fuorviante». Osserva la Suprema Corte che «[la] complessa e delicata materia della responsabilità medica [ha] indotto il legislatore ad una recente novella depenalizzatrice della responsabilità penale del medico per il caso di colpa lieve. Il riferimento è al d.l. 13 settembre 2012, n. 158, art. 3 co. 1, convertito nella l. 8 novembre 2012, che esclude la responsabilità medica in sede penale, se l’esercente della attività sanitaria si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. Ma la stessa norma prevede che in tali casi, la esimente penale non elide l’illecito civile e che resta fermo l’obbligo di cui all’art. 2043 c.c., che è clausola generale del *neminem laedere*, sia nel diritto positivo, sia con riguardo ai diritti umani inviolabili quale è la salute. La novellazione, che non riguarda la fattispecie in esame, ha destato non poche perplessità anche di ordine costituzionale, in relazione all’art. 77 cost., co. 2, in quanto il testo originario del decreto legge non recava alcuna previsione di carattere penale e neppure circoscriveva il novero delle azioni risarcitorie esperibili da parte dei danneggiati. La

gnata da un riferimento limitato al solo «obbligo di cui all'art. 2043 c.c.», che escluderebbe quindi ogni richiamo alla disciplina dei criteri di imputazione contenuta nello stesso articolo e all'onere della prova che deriva dal combinato disposto con l'art. 2697 c.c.: si tratterebbe del mero «obbligo di colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno», ossia di un mero obbligo risarcitorio, la fonte del quale potrebbe dunque ben essere ancora un contratto, o un'obbligazione derivante da "contatto sociale"⁴⁹.

premessa che indica una particolare evoluzione del diritto penale vivente, per agevolare l'utile esercizio dell'arte medica, senza il pericolo di pretestuose azioni penali, rende tuttavia evidente che la materia della responsabilità civile segue le sue regole consolidate, e non solo per la responsabilità aquiliana del medico, ma anche per la c.d. responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria, da contatto sociale».

Cfr. poi Cass. civ., sez. VI, ord. 17 aprile 2014, n. 8940 (pres. Finocchiaro; rel. Frasca), in *DeJure*: «La norma del d.l. n. 158 del 2012, art. 3, co. 1, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 189 del 2012, quando dispone nel primo inciso che "l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve" e, quindi, soggiunge che "in tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.", poiché omette di precisare in che termini si riferisca all'esercente la professione sanitaria e concerne nel suo primo inciso solo la responsabilità penale, comporta che la norma dell'inciso successivo, quando dice che resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c., dev'essere interpretata, conforme al principio per cui *in lege aquilia et levissima culpa venit*, nel senso che il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l'irrilevanza della colpa lieve anche in ambito di responsabilità extracontrattuale civilistica. Deve, viceversa, escludersi che con detto inciso il legislatore abbia inteso esprimere un'opzione a favore di una qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità extracontrattuale. [...] Deve, pertanto, ribadirsi che alla norma nessun rilievo può attribuirsi che induca il superamento dell'orientamento tradizionale sulla responsabilità medica come responsabilità da contatto e sulle sue implicazioni (da ultimo riaffermate da Cass. n. 4792 del 2013)».

49 Cfr. Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013, n. 196, cit.: «atteso che richiamo all'art. 2043 c.c. è limitato all'individuazione di un obbligo ("obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile", che equivale a dire "obbligo di risarcimento del danno"), senza alcuna indicazione in merito ai criteri da applicare nell'accertamento della responsabilità risarcitoria (se non che deve tenersi "debitamente conto" del rispetto delle linee guida e delle buone pratiche), non sussistono ragioni per ritenere che la novella legislativa incida direttamente sull'attuale costruzione della responsabilità medica ("diritto vivente") e che imponga un *revirement* giurisprudenziale nel senso del ritorno ad un'impostazione aquiliana, con le consequenziali ricadute in punto di riparto degli oneri probatori e di durata del termine di prescrizione. Va considerato, al riguardo, che, per quanto l'art. 2043 c.c. costituisca la norma cardine della responsabilità risarcitoria da fatto illecito, la concreta disciplina della responsabilità aquiliana è contenuta altrove (segnatamente negli artt. 2697 e 2947 c.c., in ordine alla distribuzione degli oneri probatori e al termine di prescrizione, e negli artt. 2055 e segg. c.c., in ordine alla solidarietà passiva e alle modalità risarcitorie), così come la responsabilità contrattuale trova la sua disciplina non solo nell'art. 1218 c.c., ma anche negli artt. 2946 (prescrizione decennale) e 1223 e segg. c.c. (quanto alla selezione e quantificazione dei danni risarcibili); non può dunque affermarsi che richiamare un obbligo equivalga a richiamare un'intera disciplina e deve quindi concludersi che il riferimento all'art. 2043 c.c. (si badi: non alla disciplina dell'illecito extracontrattuale, ma esclusivamente all'obbligo "di cui all'art. 2043 del codice civile") sia del tutto neutro rispetto alle regole applicabili e consenta di continuare ad utilizzare i criteri propri della responsabilità contrattuale. Va ulteriormente considerato che, se fosse vero che il richiamo all'art. 2043 impone l'adozione

Si osservi inoltre che il legislatore, quando ha inteso richiamare un intero sistema normativo, lo ha fatto in maniera esplicita⁵⁰. E la stessa espressione,

di un modello extracontrattuale, si dovrebbe pervenire, a rigore, alla conseguenza - inaccettabile - di doverlo applicare anche alle ipotesi pacificamente contrattuali (quali sono quelle ex art. 2330 e segg.), dal momento che il primo periodo dell'art. 3, 1° co. considera tutte le possibili ipotesi di condotte sanitarie idonee ad integrare reato (che possono verificarsi indifferentemente sia nell'ambito di un rapporto propriamente contrattuale, quale quello fra il paziente e il medico libero professionista, che in un rapporto da contatto sociale) e il secondo periodo richiama tutte le ipotesi di cui al primo periodo ("in tali casi"), senza operare alcuna distinzione fra ambito contrattuale proprio ed assimilato; non sarebbe dunque consentita la limitazione (afferzata per certa dalla citata sentenza del Tribunale di Varese) del ripristino del modello aquiliano per le sole ipotesi di responsabilità da contatto. Deve, allora, pervenirsi alla ragionevole conclusione che, conformemente al suo tenore letterale, alla collocazione sistematica e alla ratio certa dell'intervento normativo (da individuarsi nella parziale depenalizzazione dell'illecito sanitario), la norma del secondo periodo non ha inteso operare alcuna scelta circa il regime di accertamento della responsabilità civile, ma ha voluto soltanto far salvo ("resta comunque fermo") il risarcimento del danno anche in caso di applicazione dell'esimente penale, lasciando l'interprete libero di individuare il modello da seguire in ambito risarcitorio civile. In conclusione: l'art. 3, 1° co. l. n. 189/12 non impone alcun ripensamento dell'attuale inquadramento contrattuale della responsabilità sanitaria (che non sarebbe neppure funzionale ad una politica di abbattimento dei risarcimenti giacché la responsabilità solidale della struttura nel cui ambito operano i sanitari che verrebbero riassoggettati al regime aquiliano conserverebbe comunque natura contrattuale, in virtù del contratto di "spedalità" o "assistenza sanitaria" che viene tacitamente concluso con l'accettazione del paziente), ma si limita (nel primo periodo) a determinare un'esimente in ambito penale (i cui contorni risultano ancora tutti da definire) [...].

Cfr. nello stesso senso Trib. di Cremona, 1 ottobre 2013, cit.: «Anche il richiamo all'art. 2043 c.c. non pare decisivo, in quanto l'art. 3 citato non rinvia all'art. 2043 c.c. nella sua interezza, limitandosi ad affermare che rimane fermo "l'obbligo" di cui all'art. 2043 c.c. e allora, se si scorre il testo di tale norma, ci si avvede che l'unico obbligo espressamente previsto è quello di risarcire il danno provocato. L'art. 3 dunque, nel testo coordinato con la legge di conversione, sembra piuttosto essere una norma ispirata al principio di sussidiarietà penale: dopo aver affermato infatti che in ambito penale il sanitario che abbia rispettato le linee guida accreditate non risponde per colpa lieve (ossia, in ambito penale il bisogno e la meritevolezza di pena scattano solo in caso di dolo o colpa grave), la norma si preoccupa di chiarire che, in tale caso, l'assenza di responsabilità penale non esclude la responsabilità civile e il risarcimento del danno. Oppure bisognerebbe ritenere che il legislatore, richiamando "l'obbligo" di cui all'art. 2043 c.c., avesse in mente un altro e differente obbligo, implicito nella norma, e, siccome testualmente non se ne rinvengono di diversi da quello risarcitorio, l'unico concretamente configurabile, sotteso alla responsabilità aquiliana, rimane quello del *neminem laedere*. Così interpretata, però, la norma finirebbe col dire che, anche al di fuori del penalmente illecito, rimane fermo l'obbligo generale di non ledere gli altrui interessi giuridicamente rilevanti (nella specie, la salute), ma è a tutti evidente come, aderendo ad una tale ermeneusi, la norma finirebbe con l'esprimere un concetto talmente ovvio e scontato, da svuotarla completamente di significato».

Cfr. anche Trib. Bari, sez. stralcio Rutigliano, 30 aprile 2014, n. 2141, cit.; Trib. Milano, sez. V civ., 18 novembre 2014 n. 13574, cit.

50 Cfr. ad es. art. 156 c.c. (Effetti della separazione sui rapporti patrimoniali tra i coniugi), secondo cui «Resta fermo l'obbligo di prestare gli alimenti di cui agli articoli 433 e seguenti», riferendosi così direttamente all'intero complesso normativo contenuto nel Libro I, Titolo XIII del Codice, che riguarda anche norme sulla misura dell'obbligo, sull'adempimento dello stesso, sui soggetti obbligati, ecc.

per cui si mantiene «fermo l'obbligo» in precedenza previsto dall'ordinamento, viene utilizzata anche quando la disciplina previgente non viene abrogata o sostituita da una novella⁵¹.

Certo non siamo di fronte a una tecnica legislativa di grande caratura⁵², ma con l'aiuto anche dell'interpretazione della *ratio legis*, volta – come abbiamo visto – al solo mantenimento di un obbligo risarcitorio dell'esercente le professioni sanitarie quando ne si esclude contemporaneamente una responsabilità penale, possiamo conclusivamente affermare che il decreto Balduzzi non ha disciplinato affatto il titolo della responsabilità civile in questo settore⁵³.

4 Il risarcimento del danno

L'articolo in esame allora, da un punto di vista strettamente civilistico, non verte sul titolo della responsabilità, quanto invece sulla sua misura. Si tratta invero di un risarcimento che viene calcolato sulla base di due criteri. Il primo, di carattere generale, previsto dall'art. 3, co. 3, riguarda tutti i danni biologici cagionati nell'esercizio delle attività sanitarie, e comporta l'applicazione degli artt. 138 e 139 cod. ass. Il secondo, di carattere speciale, è contenuto nella terza proposizione dell'art. 3, co. 1, sulla base del quale la «condotta» dell'«*esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività [...] si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica*» viene elevata in

51 Cfr. da ultimo ad es. art. 19, co. 5, lett *a-bis*), d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (in G. U. 24 giugno 2014, n. 144), convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 114.

52 Concorda sul punto R. PUCELLA, *Un improvvido legislatore fa più danno dei medici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 37: «[...] è semplicemente indecoroso che un legislatore intenzionato a riformare la responsabilità del medico dipendente, scardinando la teoria del contatto sociale e azzerando quindici anni di consolidata giurisprudenza di senso contrario (da Cass., n. 589 del 1999), non sia in grado di realizzare il suo obiettivo utilizzando espressioni lessicali e costruzioni giuridiche degne di questo nome».

53 Cfr. nello stesso senso L. MATTINA, «*Legge Balduzzi: diventa extracontrattuale la responsabilità del medico?*», in *Danno e resp.*, 2015, I, p. 66-69: «Invero, lungi dall'esprimere una preferenza per un regime di responsabilità piuttosto che un altro, il legislatore parrebbe aver semplicemente reso manifesta la volontà di non inserire una limitazione di responsabilità in ambito civile, qualora sia stata esclusa una responsabilità penale. [...] l'impressione è che [...] non si è verificato alcun superamento del tradizionale e consolidato orientamento in tema di contatto sociale. [...] Nonostante il non chiaro richiamo alla *lex aquilia*, ad oggi, non paiono ravvisabili gli elementi sui quali fondare il superamento della natura contrattuale della responsabilità del medico, con la conseguenza che, in tali ipotesi, si continueranno ad utilizzare le regole elaborate dalla giurisprudenza, nel corso degli ultimi anni, anche se non è escluso che l'evoluzione giurisprudenziale trasformi la situazione attuale».

maniera fortemente innovativa a criterio integrativo⁵⁴ di quantificazione del danno risarcibile⁵⁵.

5 L'irretroattività della normativa

Alcune delle decisioni di merito, seppur discordino tra loro sul titolo della responsabilità, hanno rilevato che l'art. 3 del decreto Balduzzi non dovrebbe avere effetti relativamente ai fatti avvenuti prima della sua entrata in vigore⁵⁶. Accettando l'ipotesi che la disciplina in esame riguardi il risarcimento

54 Anche se non è molto chiara l'interazione con gli artt. 138-139 cod. ass., né l'effetto del criterio qui in esame.

55 Cfr. Trib. Rovereto, 29 dicembre 2013, cit., che vede in questo criterio una sorta di ammissione nel nostro ordinamento dei c.d. *punitive damages* di derivazione anglosassone: «Resta infine da sottolineare come la funzione sanzionatoria sia qui utilizzata in senso delimitativo dell'obbligo risarcitorio e non, come tradizionalmente avviene, in senso estensivo, sulla base di una concorrente evidente *ratio* di contenimento dei costi dei servizi sanitari. Infatti, il risarcimento del danno viene contenuto in considerazione della ritenuta ed accertata lievità della colpa del medico che si sia attenuto ad accreditate linee guida, mentre la limitazione non si applica non solo alle ipotesi di colpa per violazione delle linee guida ma neppure quando la colpa per osservanza sia valutata come grave. A questa conclusione sembra potersi pervenire attraverso lo stretto collegamento col periodo precedente testualmente riferito ai casi di colpa per violazione ritenuti di lieve entità e, come tali escludenti la responsabilità penale. A ben vedere la norma finisce così col costituire un ulteriore disincentivo, oltre ai numerosi già previsti, alla costituzione di parte civile nel processo penale per responsabilità medica, perché il danneggiato in quella sede non solo non può giovare degli indiscutibili vantaggi offerti dalla responsabilità contrattuale, soprattutto in riferimento alla ripartizione dell'onere della prova, ma si espone anche al rischio di ottenere un risarcimento diminuito pur in presenza di un positivo accertamento della colpa del medico e di tutti gli ulteriori elementi costitutivi della responsabilità».

In dottrina, in senso parzialmente difforme, cfr. GORGONI, *op. cit.*, p. 179: «Quest'ultima parte della previsione non va sottovalutata, perché non solo sembra confermare che ai fini del risarcimento del danno ingiusto non rileva la gravità della condotta colposa, cioè non rileva il grado della colpa [...], ma dimostrerebbe altresì il superamento normativo del principio dell'integrale riparazione del danno: è una conseguenza logica che sembra doversi dedurre dalla congiunzione "anche", adottata nel testo, la quale implica che non solo la condotta conforme alle linee guida e alle buone prassi incide sul titolo di responsabilità [...] ma anche sul *quantum* eventualmente dovuto».

56 Cfr. tra quelle che sostengono il ritorno alla responsabilità extracontrattuale, Trib. Varese, 26 novembre 2012, n. 1406, cit.: «La legge 8 novembre 2012 n. 189 stabilisce all'art. 3 che il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209. Trattasi però di norma entrata in vigore (11 novembre 2012 ex art. 16 l. 189/12) dopo che l'odierna causa è stata trattenuta in decisione (6 luglio 2012). Si reputa dunque di dovere dare continuità all'indirizzo di giurisprudenza vigente prima della modifica normativa il quale predica l'applicazione delle tabelle di liquidazione del danno biologico, elaborate dal tribunale di Milano, anche per le cd. micropermanenti, per tutti i casi di danno ex art. 2059 c.c. che consegua da un fatto illecito diverso dal sinistro stradale (Cass. civ., sez. III, sentenza 19 luglio 2012 n. 12464, pres. Segreto, rel. Lanzillo)».

del danno, si può affermare che l'art. 3, co. 3 - e dunque il riferimento alle tabelle del cod. ass. - è da ritenersi applicabile a tutti i fatti avvenuti dopo l'entrata in vigore del decreto-legge, ossia il 14 settembre 2012. Per quanto attiene invece al criterio speciale di cui all'ultima proposizione del co. 1, inserito con la legge di conversione, esso è applicabile ai fatti avvenuti dopo l'entrata in vigore di questa, ossia l'11 novembre 2012.

6 Conclusioni e prospettive

Il titolo della responsabilità dell'«esercente la professione sanitaria» (quindi anche del medico ospedaliero dipendente dal Servizio Sanitario Nazionale) non viene pertanto mutato dal decreto Balduzzi, che attiene invece al profilo del *quantum* risarcitorio.

Perché si superi l'attuale sistema della responsabilità contrattuale, è dunque necessaria una compiuta critica della teoria del "contatto sociale",

Cfr. tra quelle che sostengono invece la permanenza della responsabilità contrattuale "da contatto", dapprima Trib. Pisa, 27 febbraio 2013 (est. Sammarco), disponibile online sul sito di *Liderlab-Laboratorio interdisciplinare diritti e regole* della Scuola Superiore di Studi universitari e di Perfezionamento Sant'Anna di Pisa, cfr. https://www.lider-lab.sssup.it/lider/it/home/documenti/doc_download/661-trib-pisa-27022013.html: «nel caso in oggetto, non trova applicazione la normativa di cui al recente DECRETO-LEGGE 13 settembre 2012, n. 158 convertito nella legge 189 del 2012 in ragione della irretroattività della normativa, di natura sostanziale, in esame [...]»; cfr. poi Trib. Caltanissetta, 1 luglio 2013, cit.; Trib. Cremona, 1 ottobre 2013, cit.; Trib. Brindisi, 18 luglio 2014, cit.

Anche Trib. Rovereto, 29 dicembre 2013, cit., che - come abbiamo visto - aveva avanzato un'interpretazione ancora diversa dal punto di vista sostanziale e processuale, si conforma relativamente al profilo dell'applicabilità temporale: «Venendo alla liquidazione del danno non patrimoniale da lesione del diritto alla salute, va premesso che nel caso in esame non viene in considerazione l'ultimo inciso del co. 1 dell'art. 3 d.l. n. 158 del 2012, perché l'inadempimento accertato posto a fondamento della domanda (la ritardata diagnosi dell'infezione articolare in atto) non ha comportato alcuna questione di osservanza di accreditate linee guida. Viceversa una questione di questo tipo si è posta in riferimento al primo profilo di inadempimento dall'attore allegato, relativo all'infezione sviluppatasi durante l'intervento chirurgico al ginocchio eseguito a Bergamo il 23.10.2007 in riferimento al quale, però, la domanda è stata respinta. Precisato quindi che la liquidazione del danno deve avvenire secondo gli usuali criteri, l'attore ha invocato le più favorevoli tabelle milanesi, mentre i convenuti, anche attraverso l'espresso richiamo del cit. art. 3, co. 3 d.l. n. 158 del 2012 (che dispone: "il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, eventualmente integrate con la procedura di cui al co. 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tenere conto della fattispecie da esse non previste, afferenti all'attività di cui al presente articolo") hanno ritenuto applicabili le meno generose tabelle per le c.d. micro permanenti previste dall'art. 139 cod. ass. Ritiene questo Giudice di dover aderire a questa seconda soluzione, pur dovendosi convenire, con la difesa dell'attore, che il cit. art. 3, co. 3 non può trovare in senso proprio applicazione al caso in esame *ratione temporis* perché, trattandosi di norma sostanziale e non processuale, è insuscettibile di applicazione retroattiva (cfr. art. 11, co. 1 delle preleggi) e, pertanto, a danni verificatisi prima della sua entrata in vigore».

che se nella giurisprudenza è solo agli albori⁵⁷, vede sviluppi oramai diffusi nella dottrina⁵⁸, dove si evidenziano innanzitutto le carenze di fondamento positivo di tale categoria⁵⁹. Chi, pur manifestando intenti conservativi, con-

57 Questo tentativo è operato ad esempio da Trib. Milano, sez. I civ., 17 luglio 2014 (dep. 23 luglio 2014), n. 9693, cit.: «[...] al più nella legge istitutiva del S.S.N. potrebbe eventualmente individuarsi la fonte delle obbligazioni gravanti sulle strutture (pubbliche e private) inserite nel variegato servizio sanitario ma non certo di obbligazioni verso il paziente direttamente gravanti sul singolo medico, inserito a vario titolo (come dipendente o collaboratore esterno) in complesse strutture - che autonomamente organizzano le risorse ed i mezzi di cui dispongono - presso le quali viene di solito in contatto con gli utenti solo perché ciò è insito nell'espletamento delle sue mansioni lavorative (al pari di quanto avviene ad altri dipendenti o collaboratori di pubbliche amministrazioni o di soggetti privati che erogano servizi pubblici). Tant'è vero che per circa vent'anni dopo l'istituzione del S.S.N. la giurisprudenza (sino alla sentenza della Cassazione n. 589 del 1999) ha continuato a qualificare extracontrattuale la responsabilità del medico ospedaliero per i danni arrecati ai pazienti (vd Cass. 13/3/1998 n. 2750 e Cass. 24/3/1979 n. 1716), senza mai ravvisare nella legge 833/1978 la fonte di un'obbligazione 'legale' ex art. 1173 c.c. in capo al singolo medico che ha eseguito la sua prestazione in virtù del rapporto organico con la struttura sanitaria. [...] Né, come detto, la teoria del "contatto sociale" applicabile al medico (non legato al paziente da alcun rapporto contrattuale) sembra discendere come doveroso precipitato dalla legge 833/1978, che può al più costituire la fonte di un obbligo per le strutture sanitarie (pubbliche o private convenzionate) di erogare le prestazioni terapeutiche e assistenziali ai soggetti che si trovano nelle condizioni di aver diritto di usufruire del servizio pubblico. Che tali prestazioni vengano poi necessariamente rese attraverso il personale dipendente o comunque a vario titolo inserito nella struttura del S.S.N. non sembra affatto implicare (come inevitabile corollario) di dover ravvisare in capo a ciascun operatore sanitario una distinta ed autonoma obbligazione avente fonte legale e, quindi, di dover necessariamente ritenere responsabile ex art. 1218 c.c. l'esercente la professione sanitaria per i danni che derivano dal suo inadempimento. La legge 833/1978 non consente di ravvisare un'obbligazione legale (ex art. 1173 c.c.) in capo al singolo medico "ospedaliero", il quale si trova normalmente ad eseguire la sua prestazione in virtù del solo rapporto giuridico che lo lega alla struttura sanitaria nella quale è inserito, come sembra aver avuto ben presente il legislatore del 2012 nel momento in cui, in relazione alla responsabilità risarcitoria dell'esercente una professione sanitaria, ha ritenuto di far richiamo all'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.».

Contra però sul medesimo punto, cfr. Trib. Rovereto, 29 dicembre 2013, cit.: «In effetti, come autorevolmente è stato evidenziato, il legislatore non è intervenuto sulle fonti delle obbligazioni e, in particolare, sull'art. 1173 c.c. il quale individua non solo il contratto e l'atto illecito ma anche «ogni atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico» e non è minimamente discutibile, da un lato, che anche le obbligazioni di fonte legale (e non solo quelle di fonte contrattuale) sono disciplinate dall'art. 1218 c.c. e, dall'altro, che, per effetto della legge istitutiva del servizio sanitario nazionale (l. n. 833 del 1978) sia configurabile un rapporto obbligatorio di origine legale ogni qual volta un paziente si rivolga ad una qualche struttura sanitaria appartenente al servizio per ricevere le cure del caso, indipendentemente dalla conclusione di un contratto in senso tecnico. Sotto questo profilo la giurisprudenza del c.d. "contatto sociale" si giustifica perfettamente senza la necessità di avallare finzioni in ordine alla conclusione di un contratto, in realtà inesistente, perché l'obbligazione di cura ha comunque fonte legale».

58 Si legga dapprima A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakt (La resistibile ascesa del "contatto sociale")*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 77 ss.

59 Cfr. ancora A. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, II, p. 351: «È chiaro [...] come la semplice

divide la necessità di individuare per il “contatto sociale” più solide basi di diritto positivo⁶⁰, giunge comunque al suo superamento nel caso della responsabilità del medico ospedaliero, il quale agirebbe come ausiliare della struttura ospedaliera, ai sensi dell’art. 1228 c.c.: il sanitario tornerebbe così a rispondere a titolo extracontrattuale per i propri «fatti dolosi o colposi»⁶¹,

circostanza che un “contatto sociale” interessi beni costituzionalmente protetti non sia sufficiente per qualificarlo come fonte di obbligazioni. Se tanto fosse vero, si dovrebbe ravvisare un “contatto sociale” fonte di obbligazioni anche nel caso in cui, per fare solo un altro esempio concernente sempre il bene della salute, un diverbio sia sfociato in un’aggressione dalla quale siano derivate lesioni all’integrità fisica. Con la conseguenza che la responsabilità extracontrattuale, sia pure attraverso il “filtro costituzionale”, potrebbe poco alla volta finire per essere ridotta ad un contenitore vuoto, e per risultare nella sostanza espunta dall’ordinamento, pur continuando, la relativa disciplina, a fare parte di quest’ultimo, ciò che non è, evidentemente, accettabile».

60 Cfr. F. VENOSTA, *op. cit.*, p. 113: «Va, quindi, chiarito in che debba consistere il contatto sociale che può creare i doveri di protezione. Il contratto, l’obbligazione, la trattativa sono espressamente qualificati dalle norme come ambiti nei quali opera il principio di buona fede che si concretizza nei doveri di protezione. Anche altre ipotesi possono meritare tale qualificazione pur in difetto di una norma espressa, in quanto l’art. 1173 si contenta di una più blanda “conformità all’ordinamento”, e tuttavia è necessario argomentare su basi normative che un “contatto sociale” di un certo tipo sia fonte di un’obbligazione. I “contatti”, cui la vita di relazione ci espone, insomma, sono infinitamente vari; ci proponiamo qui di individuare un qualche criterio che permetta, anche unificando nel profilo in esame figure per il resto diverse, di stabilire quali di essi facciano nascere in capo a soggetti, in conformità dell’ordinamento giuridico, un vero e proprio dovere di reciproca protezione, la cui violazione dia luogo a responsabilità contrattuale».

Lo stesso richiamo si legge in Trib. Milano, sez. I civ., 2 dicembre 2014, n. 1430 cit., p. 170: «[...] non può sottacersi che l’elaborazione della responsabilità contrattuale nei confronti del medico dipendente sulla base del contatto è stata oggetto di riesami e approfondimenti che sono rimasti privi di un sicuro esito, permanendo in parte della dottrina e nella pubblicistica una difficoltà nel ricondurre il “contatto” nell’ambito delle fonti dell’obbligazione ex art. 1173 c.c., giacché, ivi è sicuramente fatto riferimento ad una ipotesi “aperta”, costituita dal richiamo ad “ogni altro atto o fatto idoneo a produrlo”, ma pretendendosi una riconducibilità di esso ad una previsione ordinamentale, che – nel nostro sistema – non può che essere di diritto positivo».

61 F. VENOSTA, *op. cit.*, p. 150-154: «[...] il terzo che adempie in luogo del debitore ex art. 1180 entra in un “rapporto di protezione” con il creditore a prescindere dal suo *status* (e quindi dall’affidamento che può essere stato destinato dalla sua particolare qualificazione professionale), e solo in quanto l’esecuzione in fatto della prestazione espone le rispettive sfere giuridiche ad un rischio specifico. La tutela contrattuale, quindi, spetta anche se l’esecutore della prestazione non dovuta non ha alcuna particolare qualificazione, che abbia potuto destare uno specifico affidamento: il dovere di protezione non è in questo caso un’obbligazione da *status*, e nasce a prescindere da un particolare affidamento che il creditore abbia potuto nutrire nel terzo che adempie, ma piuttosto dal fatto oggettivo che l’esecuzione della prestazione espone la sfera del creditore ad un rischio particolare. Se lo *status* non è rilevante nel caso dell’adempimento del terzo, vi è da chiedersi perché dovrebbe assurgere ad elemento qualificante con riferimento alle prestazioni eseguite dagli ausiliari. [...] Si comprende bene che ogni creditore confida legittimamente non solo nell’organizzazione del debitore, ma anche nelle capacità personali dell’esecutore materiale (sia questi il debitore o un suo ausiliario), di modo che appare molto difficile distinguere i casi in cui l’affidamento è tutelabile da quelli in cui non lo è. Si tratta, dunque, di stabilire in generale se il principio,

ferma restando la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria. Tale ricostruzione apre una strada interpretativa nuova - al momento ignorata dalla giurisprudenza - che ha il pregio di collocare la prestazione del professionista nel contesto dell'organizzazione di un servizio complesso, con maggiore aderenza alla realtà attuale⁶².

Più in generale, appare poi opportuna una rivisitazione dell'impian-

per cui chi esegue una "prestazione" deve proteggere l'*accipiens* anche se quest'ultimo non è suo creditore, vale anche quando l'esecutore materiale agisce come ausiliario del debitore. A tal fine bisogna anzitutto considerare che originariamente il patrimonio del debitore-imprenditore è più capiente di quello dell'ausiliario; e che inoltre il primo è maggiormente in grado, rispetto al secondo, di gestire razionalmente il rischio degli incidenti, attraverso la propria organizzazione di impresa ed eventualmente l'assicurazione. Ed ancora, spesso il rischio di eventi dannosi dipende proprio dall'organizzazione, più che dalla condotta del singolo, di modo che può essere difficile considerare separatamente - ma ad identico titolo contrattuale - la responsabilità del singolo rispetto a quella dell'organizzazione. Vi sono, quindi, buoni argomenti di "politica del diritto" che suggeriscono di concentrare la responsabilità contrattuale in capo al debitore: l'estensione di essa all'ausiliario non aumenta significativamente il livello di tutela del creditore; il rischio risulta meglio allocato in capo a chi maggiormente è in grado di gestirlo. Il debitore, poi, risponde anche del fatto doloso o colposo dei suoi ausiliari (art. 1228 c.c.). A questa norma è stato correttamente attribuito il significato di rendere contrattuale una responsabilità, per la violazione degli obblighi di protezione materialmente commessa dagli ausiliari, che altrimenti si fonderebbe sull'art. 2049 c.c.; mentre l'art. 1228 non si riferirebbe all'ordinaria responsabilità da inadempimento "perché la necessità che il debitore risponda dell'inadempimento, sia esso dovuto a fatto proprio o degli ausiliari, è principio che coincide col concetto stesso di obbligazione". Anche l'art. 1228, quindi, indica che l'ordinamento considera la condotta dannosa degli ausiliari alla stregua di un fatto illecito aquiliano, di cui però il debitore deve rispondere a titolo contrattuale: egli, infatti, è gravato di un vero e proprio obbligo di protezione, mentre i suoi ausiliari non lo sono. Ed in conclusione, sembra di poter affermare che l'esecuzione in fatto di una prestazione, anche se non dovuta, dà luogo a responsabilità contrattuale per i danni solo quando è fatta in nome proprio, quando cioè l'*accipiens* non ha di fronte a sé un altro soggetto (un debitore, o anche un terzo che si avvalsesse di ausiliari per eseguire la prestazione in luogo del debitore) che risponde a quel titolo».

62 *Contra*, C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 195-196: «[...] la forma giuridica non può essere strumento di mistificazione della realtà. Tale essa sarebbe nella specie, ove si volesse affermare che agli obblighi imposti dal proprio stato professionale il medico sia tenuto nei confronti dell'ospedale, in forza del contratto che a questo lo vincola, e non nei confronti del paziente per l'assenza di un vincolo contrattuale con esso. Nei termini ora ipotizzati la forma giuridica stravolgerebbe la relazione mezzi-fini che è sottesa al rapporto tra la struttura ospedaliera e il medico dipendente: una relazione che, dal punto di vista di colui che domanda di essere curato, mette la struttura ospedaliera al servizio delle prestazioni professionali che, in maniera individuale o in squadra, vi si esplicano. [...] l'opera intellettuale medica rimane il nucleo qualificante della prestazione sanitaria, pur quando questa si svolga nella cornice di una struttura ospedaliera. Se così è, costituirebbe una vera e propria mistificazione della forma giuridica affermare che nei confronti del paziente sia tenuto *ex contractu* solo l'ospedale, perché in realtà unico obbligato alla prestazione, equiparando l'opera che qualifica l'intero rapporto nei confronti del reale interessato, quella del medico, ancora una volta alla condotta di un passante, le cui modalità di svolgimento siano indifferenti fin quando non diano causa a un danno».

to - quasi assimilabile a una "responsabilità assoluta"⁶³ - che ha assunto l'intero settore del danno iatrogeno ad opera dei formanti dottrinali e giurisprudenziali. Tale compito non è stato e, forse, non poteva essere svolto dal legislatore, il quale ha dimostrato nella vicenda i limiti della sua capacità, sicché piuttosto un lavoro di revisione critica può essere effettuato meglio dai formanti culturali del sistema⁶⁴.

Infatti, se si vuole valutare l'impatto dell'art. 3 del decreto Balduzzi, si osserva che esso non ha le qualità necessarie per raggiungere lo scopo di diminuire le spese del comparto sanitario. Il decreto può contribuire infatti solo parzialmente alla diminuzione delle pratiche della medicina difensiva, poiché escludendo solo la responsabilità penale - e limitatamente ad alcuni casi di colpa lieve - lascia che i medici fronteggino ancora il problema della responsabilità civile, e quindi *de relato* degli

63 L'obbligazione del medico è ricondotta a volte a quella "di mezzi" - cfr. ad es. Cass. civ., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 1002 ss., con nota di GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria* - a volte a quella "di risultato" - si veda Cass. civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1981 ss., con nota di BARNI, *Sulle obbligazioni del medico: acrobazie e astrattezze giurisprudenziali*. Tale inquadramento risulta per altro secondario, una volta che la stessa giurisprudenza ha alleviato l'onere di allegazione dell'attore - cfr. Cass. civ., sez. III, 19 maggio 2004, n. 9471, in *Danno e resp.*, 2005, p. 34 ss., con nota di DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?* - e ha applicato - con Cass. civ., sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297, in *Danno e resp.*, *ibidem* - la regola sull'onere della prova della responsabilità contrattuale sancita dalla celebre sentenza Cass. civ., SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533, n. 13533. Tale assetto è quello sostanzialmente riportato nella giurisprudenza dominante, si veda Cass. civ., sez. III, 12 marzo 2013, n. 6093, in *DeJure*; Cass. civ., sez. III, 9 ottobre 2012, n. 17143, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, III, p. 1596 ss.; Cass. civ., sez. III, 21 luglio 2011, n. 15993, in *Resp. civ. prev.*, 2012, II, p. 641 ss.; Cass. civ., sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24791, in *Danno e resp.*, 2009, p. 418 ss.; Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2011, n. 23564, in *Danno e resp.*, 2012, p. 883 ss., con nota di BARBARISI, *Onere di allegazione e prova liberatoria nella responsabilità sanitaria*.

In senso in qualche modo differente da tale consolidato sistema di responsabilità si sono pronunciate invece Cass. civ., sez. III, 17 gennaio 2008, n. 867, in *Rass. giur. san.*, 2009, p. 299 ss.; Cass. civ., sez. III, 16 gennaio 2009, n. 975, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1653 ss., con nota di BONA, *"Più probabile che non" e "concause naturali": se, quando ed in quale misura possono rilevare gli stati patologici pregressi della vittima*. Nella giurisprudenza di merito cfr. Trib. Rovereto, 2 agosto 2008, in *Danno e resp.*, 2009, p. 525 ss., con nota di TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*; Trib. Bari, 8 luglio 2009, n. 2300, in *DeJure*; Trib. Udine, 31 marzo 2011, in *Resp. civ. prev.*, 2011, VII-VIII, p. 1600 ss., con nota di GORGONE, *Quando è "più probabile che non" l'esatto adempimento*.

In dottrina si legga la nota critica di BARBARISI alla citata sentenza Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2011, n. 23564, in *Danno e resp.*, 2012, pp. 883 ss. e le osservazioni di E. CARBONE, *Verso lo statuto unico della responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, IV, p. 1330 ss.

64 Nello stesso senso si veda R. PUCCELLA, *op. cit.*, p. 38: «Ma la natura della responsabilità può essere determinata per legge? Può l'art. 3 della legge Balduzzi cancellare la teoria del contatto sociale trasformando la responsabilità del medico in una "responsabilità del passante o del chiunque"? In realtà questo risultato appare sovradimensionato rispetto all'obiettivo da cui il legislatore sembrerebbe animato».

ingenti premi assicurativi, per cui c'è da aspettarsi che i professionisti non muteranno significativamente il loro atteggiamento operativo. Certo vi potrebbe essere un effetto di diminuzione del *quantum* risarcitorio, ma non del numero delle condanne.

Per la verità, poiché il decreto Balduzzi non incide sulla responsabilità della struttura ospedaliera, che resta contrattuale, non si rivelerebbe economicamente efficiente neppure un'interpretazione volta a rendere extracontrattuale quella del medico, come è stato giustamente rilevato in dottrina⁶⁵. Da ciò deriverebbe ad esempio una differenza dell'onere della prova⁶⁶ all'interno dello stesso procedimento⁶⁷. E in secondo luogo, resterebbe invariata la situazione di quel convenuto - la struttura sanitaria, anche quella afferente al Servizio Sanitario Nazionale, e, *de relato*, la generalità

65 Cfr. F. VENOSTA, *op. cit.*, p. 156: «[...] il Servizio sanitario nazionale continua a rispondere a titolo contrattuale, senza alcun presumibile risparmio di spesa né pregiudizio per le ragioni risarcitorie dei pazienti».

66 Peraltro, normalmente si fa ricorso alla Consulenza Tecnica d'Ufficio, il che comporta - specificamente nell'ambito medico - una serie di problematiche relative all'onere della prova. Secondo Cass. civ., SS.UU., 4 novembre 1996, n. 9522: «Come è noto, l'art. 61 c.p.c. consente al giudice di farsi assistere, per il compimento di singoli atti o per tutto il processo, da uno o più consulenti di particolare competenza tecnica. Il consulente è dunque un ausiliario tecnico del giudice e lo assiste nei suoi compiti di acquisizione e di valutazione delle prove. Come è stato detto, non si pone di fronte al giudice, ma collabora con esso, accanto ad esso, per assisterlo e consigliarlo nel campo della propria particolare esperienza. Nella pratica, tuttavia, il giudice spesso affida al consulente il compito di svolgere le indagini da solo. Si dice che in tali casi la consulenza degrada a mera perizia, anche se permane pur sempre la possibilità da parte del giudice di chiedere al consulente in udienza o in sede decisoria chiarimenti orali. Il giudice può affidare al consulente tecnico non solo l'incarico di valutare i fatti da lui stesso accertati o dati per esistenti (consulente deducente), ma anche quello di accertare i fatti stessi (consulente percipiente). Nel primo caso la consulenza presuppone l'avvenuto espletamento dei mezzi di prova e ha per oggetto la valutazione di fatti i cui elementi sono già stati completamente provati dalle parti; nel secondo caso la consulenza può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova (Cass. 31 marzo 1990 n. 2629; Cass. 4 aprile 1989 n. 1620; Cass. 19 aprile 1988 n. 3064)». La Corte poi precisa: «Naturalmente ciò non significa che le parti possano sottrarsi all'onere probatorio e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente. È necessario, invece, che la parte deduca quanto meno il fatto che pone a fondamento del proprio diritto; che il giudice ritenga che il fatto sia possibile, rilevante e tale da lasciare tracce accertabili o, comunque, da poter essere ricostruito dal consulente; che l'accertamento richieda cognizioni tecniche che il giudice non possiede oppure che vi siano altri motivi che impediscano o sconsiglino il giudice dal procedere personalmente all'accertamento (si pensi a un giudice affetto da daltonismo ovvero all'ispezione corporale prevista dall'art. 260 cod. proc. civ.); che il consulente indaghi sui fatti prospettati dalle parti e non su fatti sostanzialmente diversi».

Il Lettore sa già però con che genericità tale allegazione è ammessa in ambito di responsabilità medica, cfr. *supra*, nota 63.

67 Ciò spiega ad es. perché, come abbiamo già osservato *supra*, nota 29, Trib. Torino, sez. IV civ., 26 febbraio 2013 (est. Scovazzo) è stata costretta ad affermare l'applicabilità dell'art. 2043 non solo al medico che esercita all'interno di una struttura sanitaria, ma anche a questa, non essendo per il Giudice ipotizzabile «un diverso regime di responsabilità tra il medico e la struttura».

dei contribuenti – sicuramente dotato di maggiore “solvibilità” rispetto al proprio dipendente⁶⁸.

Forse sarebbe più importante allora ripensare al concetto di inadempimento della prestazione sanitaria, nonché a come accertarlo in sede giudiziale. Da questo punto di vista, il decreto Balduzzi suggerisce l'utilizzo delle linee guida e delle buone pratiche delle professioni sanitarie quale possibile ausilio per l'interprete, e una parte della giurisprudenza⁶⁹ sembra aver colto questo invito.

68 Cfr. Trib. Torino, sez. IV civ., 26 febbraio 2013, cit.: «Peraltro, si è segnalato che il superamento della teoria del “contatto sociale” (e della relativa disciplina giuridica che ne consegue in termini di responsabilità risarcitoria) in relazione al medico inserito in una struttura sanitaria e che non ha concluso nessun contratto con il paziente, non sembra comportare un'apprezzabile compressione delle possibilità per il danneggiato di ottenere il risarcimento dei danni derivati dalla lesione di un diritto fondamentale della persona (qual è quello alla salute): in considerazione sia del diverso regime giuridico (art. 1218 c.c.) applicabile alla responsabilità della struttura presso cui il medico opera, sia della prevedibile maggiore solvibilità della stessa, il danneggiato sarà infatti ragionevolmente portato a rivolgere in primo luogo la pretesa risarcitoria nei confronti della struttura sanitaria».

69 Cfr. in particolare Trib. Cremona, 1 ottobre 2013, cit.: «Come si vede un'importanza notevole nella ricostruzione giurisprudenziale ha assunto il concetto di *standard* curativo, o linee guida, il cui rispetto costituisce il contenuto primario dell'obbligazione del sanitario. Per linee guida poi devono intendersi, secondo la definizione che ne è stata fornita dall'*Institute of Medicine* degli Stati Uniti nel 2011, quei documenti che contengono raccomandazioni finalizzate ad ottimizzare l'assistenza del paziente, fondate su una revisione sistematica delle prove di efficacia e su una valutazione di benefici e danni di opzioni assistenziali alternative. Per essere valide quindi le linee guida debbono:

- essere fondate su una revisione sistematica delle prove di efficacia disponibili;
- essere approntate da un gruppo multidisciplinare di esperti [...] e rappresentanti dei vari gruppi interessati;
- prendere in considerazione sottogruppi rilevanti di pazienti;
- basarsi su un processo esplicito e trasparente, che riduca al minimo le distorsioni, i *bias* e i conflitti di interesse;
- fornire una accurata illustrazione delle relazioni logiche tra opzioni assistenziali alternative ed esiti per la salute; essere riconsiderate ed aggiornate.

Ne discende che, in linea di massima, il sanitario, per andare esente da responsabilità, deve dimostrare che il caso del paziente rientrava tra quelli considerati dalle linee guida prescelte e applicate (o dal sottogruppo considerato), ovvero, in caso di anomalie e specificità, dimostrare la loro irrilevanza ai fini del trattamento, oppure di averne tenuto debitamente conto, adeguando le linee guida al caso di specie. Laddove tali prove siano fornite e l'intervento non abbia avuto successo, il sanitario andrà esente da colpa; lo stesso dicasi nell'ipotesi in cui si siano verificate delle complicità proprie, ossia complicità note alla scienza medica come possibili e tipiche di un determinato intervento, essendovi sempre un certo tasso di insuccessi. Per contro, laddove non sia fornita la prova liberatoria, potranno imputarsi al sanitario sia l'insuccesso (mancata guarigione), che le complicità proprie. I casi più delicati sono quelli nei quali le linee guida siano state rispettate, ma si siano verificate complicità improprie e atipiche e/o proprie, ma in maniera del tutto inadeguata o sproporzionata. In passato in tali casi l'affermazione di responsabilità del sanitario poteva essere fatta sulla base appunto del fatto che, essendo il risultato del tutto inatteso, ciò era indice (e prova presuntiva) del fatto che la prestazione era stata inadeguata, in quanto le leggi scientifiche, sulle quali la medicina si fonda, non prevedono l'atipicità, sicché la presenza di esiti abnormi comprovava che la linea guida seguita non era quella corretta e appropriata al caso specifico o si sarebbero dovute adottare cautele ulteriori, in relazione alle peculiarità

del caso specifico, muovendosi negli spazi lasciati vuoti dalle linee guida (che non possono prevedere tutto, essendo frutto di una generalizzazione delle regole, seppure per sottogruppi di pazienti) o anche abbandonando le stesse se necessario. Ora l'art. 3 si inserisce coerentemente in tale contesto e, avendo presente i principi giurisprudenziali sopra esposti, va ad impattare proprio sull'ultima delle implicazioni, ossia sul rischio delle concause ignote. Più in particolare essa comporta che, laddove si verifichi una complicità, malgrado il rispetto delle linee guida, dovrà essere il danneggiato a provare che l'esito infausto dell'intervento è dipeso dal fatto che il sanitario, in presenza di certe specificità del caso concreto, avrebbe dovuto scostarsi dalle linee guida e operare diversamente, oltre ovviamente alla prova che tale diversa condotta sarebbe stata salvifica. Premesso infatti che la norma impone di tener conto del rispetto delle linee guida nella determinazione del risarcimento del danno, ossia nell'*an* (non nella determinazione del danno risarcibile, ossia nel *quantum*, il che avrebbe reso la norma latamente sanzionatoria), può osservarsi come essa non si occupi del caso in cui non siano rispettate le linee guida, laddove parrebbe data per implicita la responsabilità (con un evidente arretramento di tutela per il sanitario, in quanto le specificità del caso concreto possono a volte imporre l'assunzione di una condotta differente - salvo ritenere che la norma non si occupi di questo caso). Essa disciplina invece l'ipotesi in cui, malgrado il rispetto dello standard curativo specifico, l'intervento non abbia avuto successo, o si sia verificato un esito infausto o inatteso. In tali casi, dovendo ora il giudice tenere conto del rispetto delle linee guida, al sanitario rimarrà l'onere della prova di aver rispettato lo *standard* curativo della sottoclasse nella quale può essere fatto rientrare il paziente, a quest'ultimo spetterà la dimostrazione che il proprio caso presentava delle specificità che avrebbero reso opportuno adottare cautele o condotte non previste dalle linee guida, ma imposte dall'esperienza o dalla prudenza, previa dimostrazione ovviamente che esse avrebbero condotto ad un risultato diverso e migliore. In tali casi il sanitario potrà essere chiamato a rispondere penalmente solo laddove risulti in maniera patente che si sarebbe dovuta tenere una condotta ulteriore o diversa, una sorta di sindacato esterno, mentre in ambito civile l'indagine potrà spingersi più all'interno dell'uso che il sanitario abbia fatto della propria discrezionalità. Perché proprio la discrezionalità sembra essere l'oggetto finale e ultimo delle attenzioni del Decreto Balduzzi: si vuole che il medico si attenga alle linee guida (ovviamente quelle specifiche per il tipo di paziente), ma non si vuole negare il carattere eminentemente intellettuale della professione sanitaria, in relazione al fatto che poi, al di là delle classi, ogni individuo è diverso dall'altro, e qui entra in gioco l'esperienza e il contenuto propriamente intellettuale della prestazione medica, essendo rimesso al sanitario valutare le specificità del caso concreto o le variabili che possono presentarsi in corso d'opera e adottare gli accorgimenti di volta in volta più appropriati, muovendosi negli spazi lasciati liberi dalle linee guida e/o anche al di fuori di esse, se ciò sia consigliabile. Ma in tal modo è evidente che si entra nell'ambito della discrezionalità, la quale può essere sanzionata solo laddove sia fornita la prova rigorosa che la condotta sarebbe stata salvifica ed era concretamente esigibile. È lo stesso motivo per cui, nelle operazioni non routinarie, il sanitario è chiamato a rispondere solo per dolo o colpa grave: non essendovi linee guida, tutto è rimesso alla sua discrezionalità, la quale può essere sanzionata solo quando appaia manifestamente mal spesa. La norma poi sembra ritagliata più che altro sulla responsabilità omissiva. In caso di responsabilità commissiva infatti, se, pur nel rispetto delle linee guida, si verifica un danno iatrogeno, o esso rientra tra le complicità proprie, oppure vi è colpa, dovendosi supporre, in caso di complicità impropria, che una manovra sia stata eseguita in modo incongruo o inappropriato (se poi il danno sia stato causato da una difficoltà inaspettata, dovrà valutarsi se essa fosse prevedibile sulla base di un corretto *screening* preoperatorio del paziente e se fosse evitabile)».

Cfr. anche Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013, n. 196, che colloca l'utilizzo delle linee-guida per la pratica medica all'interno del giudizio sulla colpa, sforzandosi di ricercarne un fondamento normativo nel terzo periodo del co. 1 dell'art. 3 della legge Balduzzi, il quale «precisa, poi, che nella "determinazione del risarcimento" deve tenersi debitamente conto della condotta conforme alle linee guida e alle buone pratiche (condotta rilevante, più propriamente, nell'accertamento dell'obbligo di risarcimento, mentre l'espressione "determinazione del risarcimento" rimanda piuttosto alla quantificazione dello stesso, ossia ad un momento che presuppone la già avvenuta affermazione della responsabilità, al quale è dunque estranea

ogni ulteriore valutazione della condotta del sanitario)», sottolineando «la rilevanza delle linee guida e delle buone pratiche nel concreto accertamento della responsabilità (con portata sostanzialmente ricognitiva degli attuali orientamenti giurisprudenziali)». Il Tribunale di Arezzo sembra dunque ritenere che la valenza logica delle *clinical practice guidelines* all'interno del ragionamento giurisprudenziale sulla colpa nella condotta del medico deve prevalere sulla lettera della legge Balduzzi, che invita ad utilizzarle - almeno in sede civile - solo ed esclusivamente per quantificare il risarcimento del danno. Cfr. nel medesimo senso Trib. Bari, sez. III, 14 febbraio 2014 (est. Agnino), in *DeJure*.

Per vero, il ruolo delle linee guida per la pratica clinica e delle buone pratiche nell'accertamento della responsabilità civile del sanitario non era così chiaro in passato, come afferma anche nello stesso senso Trib. Bari, sez. stralcio Rutigliano, 30 aprile 2014, n. 2141, cit.

Anche secondo Trib. Varese, sez. I, 26 novembre 2012, n. 1406, cit. le regole tecniche assumono un ruolo di primo piano nel ragionamento del giudice, il quale da un lato ammette che «in coerenza con gli studi della dottrina, è ormai pacifico che anche da un intervento eseguito a regola d'arte possano discendere risultati insoddisfacenti», dall'altro però spiega che tali risultati avvengono «in particolare, in ragione dell'omessa adozione, da parte del medico, di specifiche cautele che le *condiciones rebus sic stantibus* imponevano». Peraltro, nel caso di specie la condotta del medico che viola le regole dell'arte viene ricondotta dal Tribunale di Varese al concetto di imprudenza e non di imperizia.

Fa in parte uso delle linee guida anche Trib. Milano, sez. V civ., 18 novembre 2014 n. 13574, cit.

