



UNIVERSITÀ DI PISA

**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**

Corso di Laurea in Giurisprudenza

Tesi di Laurea Magistrale

**IL PROBLEMA DELLA NATURA DELLA  
RESPONSABILITÀ DEL MEDICO PRIMA E DOPO  
LA LEGGE “BALDUZZI”**

Il Candidato:

Pancrazio Lorenzo

Il Relatore:

Chiar.ma Prof.ssa Chiara Favilli

Anno Accademico 2014/2015

*A mia madre, colonna portante della mia  
esistenza, a mio padre, di cui conservo vivo il  
ricordo dentro di me, ad Alvaro, figura costante  
nella mia crescita;*

*a mia nonna Angela, il cui amore travalica ogni  
reale assenza e alla stella più bella in cielo, mia  
cugina Paola.*

## **INDICE**

### **CAP.1**

Premessa .....	1
----------------	---

#### **DALLA RESPONSABILITA' DEL MEDICO ALLA RESPONSABILITA' SANITARIA**

1. La responsabilità in generale .....	2
2. Responsabilità civile, contrattuale ed extracontrattuale .....	3
3. La responsabilità medica .....	9
4. La responsabilità del medico .....	10
5. La responsabilità della struttura sanitaria .....	12
6. Il sistema a doppio binario .....	14
7. La “spersonalizzazione” del rapporto.....	17
8. Il problema della responsabilità del medico dipendente dalla struttura.....	19

## **CAP. 2**

### **RESPONSABILITA' CONTRATTUALE ED EXTRACONTRATTUALE**

1. Il problema della distinzione dell'ambito applicativo delle regole sulla responsabilità .....	25
2. Lo stemperarsi dei profili di differenza .....	36
3.L'incremento dei punti di contatto .....	37
4. La zona grigia tra illecito e contratto .....	41

## **CAP.3**

### **LA NATURA DELLA RESPONSABILITA' DEL MEDICO DIPENDENTE DALLA STRUTTURA SANITARIA**

1. La tesi della natura extracontrattuale.....	46
2. La tesi della natura contrattuale.....	50
3. La tesi della responsabilità contrattuale da contatto sociale.....	56
4. Evoluzione giurisprudenziale dopo le S.U. della cassazione e consolidamento della tesi della responsabilità contrattuale da contatto sociale .....	72

## **CAP.4**

### **LA NATURA DELLA RESPONSABILITA' DEL MEDICO DOPO LA LEGGE BALDUZZI**

1. La ratio della legge e il contesto socio-economico nel quale si inserisce .....	79
2. Problematiche inerenti l'art.3 .....	87
3. Ricadute dottrinali e giurisprudenziali .....	98
 <b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	 111
1. Giurisprudenza di legittimità .....	116
2. Giurisprudenza di merito .....	118

## CAP.1

### DALLA RESPONSABILITA' DEL MEDICO ALLA RESPONSABILITA' SANITARIA

Premessa.

Da sempre la responsabilità civile, oltre che penale<sup>1</sup> del medico è al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale<sup>2</sup> per i numerosi e complessi quesiti che essa pone (la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, la natura della responsabilità, il nesso di causalità, per citare i principali) e che si intrecciano con settori particolarmente sensibili quali la libertà personale, il diritto alla salute e la bioetica.

L'importanza di questo settore a livello giuridico oltre che economico è tale che il legislatore, che mai era intervenuto in materia affidandola di fatto all'operatività delle regole generali sulla responsabilità, da ultimo ha scelto di intervenire con alcuni frammenti di disciplina che anziché risolvere taluni dei dubbi interpretativi ancora aperti hanno finito per aprire altri quesiti.

La presente tesi si propone di affrontare la responsabilità civile del medico approfondendo uno dei profili più dibattuti, la natura della responsabilità, che è stata anche oggetto del predetto intervento normativo.

A tal fine nel primo capitolo verrà trattato il passaggio dalla responsabilità del medico alla responsabilità sanitaria, facendo attenzione ai profili evolutivi della dottrina e della giurisprudenza, con uno sguardo rivolto alla spersonalizzazione del rapporto medico-paziente; nel secondo capitolo l'attenzione sarà rivolta alla natura della responsabilità, cercando di definire le linee di confine e le varie

---

<sup>1</sup> M. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, ottava edizione, Cedam, 2013, 897 ss.

<sup>2</sup> Trib. di Spoleto del 7 giugno 1997, in *Rassegna di Giurisprudenza Umbra* 1996, 664.

problematiche inerenti la prestazione medica; nel terzo capitolo verranno esaminate le varie tesi a supporto della diversa configurazione della natura della responsabilità del medico dipendente dalla struttura sanitaria e infine nell'ultimo capitolo verrà posto l'accento sul contesto socio-economico della legge Balduzzi e le varie problematiche inerenti l'art. 3 e tutte le successive ricadute dottrinali e giurisprudenziali.

### 1. La responsabilità in generale.

Il concetto stesso di responsabilità presuppone quello di illecito. È illecito ciò che una norma considera vietato e l'ordinamento giuridico, a seconda della natura e del grado di illiceità, vi attribuisce come conseguenza una sanzione. L'atto illecito è una condotta umana (azione od omissione) che dà luogo alla violazione di un comando o di un divieto, cioè di una norma dell'ordinamento giuridico.

L'illecito, e conseguentemente la responsabilità, può essere penale, civile o amministrativa. La differenza tra le tre figure è deducibile dal tipo della sanzione apprestata dall'ordinamento e trova la sua ragion d'essere nella natura specifica degli interessi violati; diversa è inoltre la procedura attraverso la quale si perviene all'accertamento dell'illecito ed alla applicazione della relativa sanzione. La responsabilità civile deriva dalla violazione di regole poste a tutela di interessi di natura strettamente privatistica. I poteri riconosciuti al privato che si ritiene danneggiato dall'altrui condotta spaziano dalla tutela per equivalente alla tutela in forma specifica, previo riconoscimento del suo diritto. Ovviamente l'ordinamento li riconosce anche l'accertamento giudiziale che risponde ad un interesse privato con funzione preventiva dell'illecito civile paventato.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> M. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, quarta edizione, Cedam, 1996, 6 ss.

## 2. Responsabilità civile, contrattuale ed extracontrattuale.

Volendo delineare le caratteristiche, o meglio il presupposto principale, alla base della responsabilità civile, vediamo che quest'ultimo si sostanzia nell'esistenza di un "danno risarcibile". Il giudizio di responsabilità civile ha lo scopo di trasferire il costo di un danno, dal soggetto che lo ha ingiustamente subito, al soggetto che ne viene dichiarato responsabile. Tale giudizio viene effettuato a seguito dell'accertamento di un collegamento causale tra una data condotta umana e l'evento dannoso e di solito di determinati requisiti soggettivi che devono qualificare la condotta umana, causa del danno. Il dibattito sulla responsabilità civile affonda le sue radici nel passato quando la giurisprudenza iniziò a dare come presupposta l'identificazione dell'ingiustizia del danno con la lesione di un diritto soggettivo assoluto della vittima.<sup>4</sup>

Negli ultimi decenni inoltre l'istituto della responsabilità civile ha attirato l'attenzione dei civilisti italiani che hanno parlato di "eclissi" "morte"<sup>5</sup>, "tramonto" della responsabilità civile; e, per tratteggiarne le vicende essenziali, si è ricorsi alla figura della "parabola" o si è immaginata "una sorta di commedia"<sup>6</sup>. Tutto questo per indicare l'evoluzione che la responsabilità civile ha subito nel corso degli anni, attraverso l'esperienza del diritto privato. Il momento presente costituisce il vertice di questa parabola<sup>7</sup>. Sicuramente si è avuto un progressivo ampliamento dell'area della responsabilità civile soprattutto a seguito della rilettura dell'art. 2043 e di una riconsiderazione dei suoi rapporti con le norme speciali degli artt. 2049 e 2054.

---

<sup>4</sup> M. E F. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, 2013, 898.

<sup>5</sup> G. ALPA-M. BESSONE, *La responsabilità civile. Illecito per colpa. Rischio d'impresa Assicurazione*, Milano, 1976, 482.

<sup>6</sup> C.SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1983, 123.

<sup>7</sup> F. BUSNELLI-S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, 148 ss.

Solo a partire dagli anni sessanta la responsabilità civile è divenuta il terreno per importanti riflessioni teoriche; una riflessione per così dire “moderna” si è aperta con gli articoli sull’ingiustizia del danno di Sacco<sup>8</sup> e Schlesinger<sup>9</sup> che ribaltavano l’impostazione tradizionale. L’opera di Sacco confutò la tesi dell’identificazione tra ingiustizia del danno e lesione di un diritto soggettivo assoluto, mostrando le varie sfaccettature che può assumere in pratica il requisito dell’ingiustizia del danno, al di là della lesione del diritto della vittima. Schlesinger invece contrastò l’impostazione tradizionale affermando che l’atipicità stessa dell’illecito, portasse l’istituto della responsabilità civile, al di là della protezione dei diritti assoluti<sup>10</sup>. Successivamente numerosi autori hanno segnato la svolta fondamentale, uno su tutti Rodotà ma anche Trimarchi e poi ancora Busnelli e altri. I primi trattati sul tema sono iniziati a comparire solo a partire dall’inizio degli anni novanta. Le varie teorie hanno posto l’accento non solo sull’individuazione del responsabile e quindi del conseguente risarcimento danni spettante al danneggiato ma su una serie di altri fattori che incidono, se pur indirettamente, sulla prevenzione e sui costi sociali di condotte potenzialmente dannose. Da qui la teoria dei costi degli incidenti che nell’ottica economicista ha sottolineato come gli incidenti non dolosi impongono tre tipi di costi alla società: i costi di prevenzione, i danni e i costi transattivi; i costi di prevenzione derivano dalle spese necessarie a prevenire gli incidenti, o a renderli meno gravi. Il danno vero e proprio concerne i costi recati alla proprietà, derivanti da spese mediche, perdite di guadagno e sofferenza. I costi transattivi derivano dalla necessità di determinare chi deve sopportare il danno, ivi compresi i costi di negoziazione privata e di giustizia. Calabresi, che per primo ha posto la questione in questi termini, ha affermato che le regole di responsabilità dovrebbero mirare a minimizzare i costi sociali

---

<sup>8</sup> R. SACCO, *L’ingiustizia di cui all’art. 2043 c.c.*, FP, 1960, I, 1420.

<sup>9</sup> P. SCHLESINGER, *La ingiustizia del danno nell’illecito civile*, J, 1960, 336

<sup>10</sup> P. G. MONATERI, *Responsabilità civile*, 1998, 1.

degli incidenti che non sono altro che la somma dei suindicati costi preventivi, del danno e dei costi transattivi<sup>11</sup>.

Fatta questa breve premessa sui principali interpreti dell'evoluzione che ha condotto alla moderna responsabilità civile vediamo come quest' ultima è tradizionalmente distinta in responsabilità contrattuale ed extra contrattuale o aquiliana.

Nella prima, l'aggettivo "contrattuale" è usato nel significato più ampio che il termine "*contractus*" aveva nella "*summa divisio*" di Gaio per cui, oggi, pur se usato impropriamente, ricomprende tutte le forme di responsabilità scaturenti da qualsiasi rapporto obbligatorio già preconstituito; tale responsabilità quindi può derivare da un contratto come dalla legge oppure da un atto unilaterale.

Si differenzia appunto dalla responsabilità extracontrattuale perché questa non presuppone alcun rapporto preesistente ma deriva da un atto illecito, posto in essere in violazione del generale principio del "*neminem laedere*".

In altri termini, presupposto della responsabilità contrattuale è un rapporto di credito, personale, mentre presupposto della responsabilità extracontrattuale è l'inesistenza di un rapporto personale, specifico, con contenuto predeterminato, bensì il generico obbligo che incombe su ciascun consociato di non arrecare danno ad altri<sup>12</sup>. La prima ipotesi di responsabilità avrà come specifico riferimento, nell'ottica del risarcimento del danno, l'adempimento dell' obbligazione oggetto del preesistente rapporto o un suo equipollente e in ogni caso i danni conseguenti a detto inadempimento; la seconda ipotesi di responsabilità avrà sempre una funzione ripristinatoria in forma specifica o per equivalente in denaro, ma di una condizione nella quale

---

<sup>11</sup> G. CALABRESI, *The Costs of Accidents: A legal and Economic Analysis*, 1970,26-31.

<sup>12</sup> M. E F. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Cedam, 2013, 895 ss.

il danneggiato si trovava prima che avesse subito l'altrui atto illecito. In entrambi i casi la garanzia risarcitoria è data dal patrimonio del debitore (art. 2740 c.c.)<sup>13</sup>. Solitamente si ritiene che al fine di chiarire il diverso ambito delle responsabilità, sia sufficiente richiamare la distinzione tra contratto e fatto illecito e cioè la diversa natura dei due fatti, l'uno lecito, risultato dell'esercizio di una libertà del soggetto, l'altro, illecito, commesso in violazione di un dovere. Nell'uno caso l'obbligazione ha la propria fonte nella volontà delle parti, ossia in un atto di libera assunzione dell'obbligo, nell'altro caso, l'obbligazione ha la propria fonte nella legge. Questa la distinzione che una tradizione secolare ci tramanda ovvero che la responsabilità in cui può incorrere il contraente è quella e solo quella derivante dal fatto che non si è mantenuta la promessa; la responsabilità extracontrattuale è invece una responsabilità derivante dal fatto che si è provocato un danno "ingiusto" ad altri; fondamento e limiti di tale responsabilità sono l'aver provocato un danno ingiusto e naturalmente la norma di legge; nella responsabilità contrattuale invece, fondamento e limiti derivano dal fatto che non si è mantenuta la promessa<sup>14</sup>. Attualmente, anche alla luce dell'evoluzione che hanno subito gli studi in materia, siffatto criterio non appare del tutto appagante. Il rapporto contrattuale infatti è diventato sempre più complesso sotto molteplici aspetti essendo formato da obbligazioni che non si riconducono soltanto a quelle aventi per oggetto la prestazione promessa. Basti pensare all'interesse del contraente che quando entra in un rapporto contrattuale non pretende solo la prestazione che è oggetto del contratto ma ha interesse anche a non subire pregiudizio alla propria persona e alle proprie cose che indirettamente entrano automaticamente nella stessa prestazione contrattuale. A mio avviso emblematico è a tal riguardo il caso del medico dipendente che, pur essendo legato alla struttura da un rapporto

---

<sup>13</sup> Art. 2740 "Responsabilità patrimoniale. Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge".

<sup>14</sup> F. CAFAGGI, *Pubblicità commerciale in digesto/comm*, Torino, 1995, 492.

di lavoro, avente ad oggetto il suo obbligo di prestazione medica, si trova esposto ad una molteplicità di rischi e pericoli legati proprio allo svolgimento della sua prestazione. Rischi e pericoli che solo in parte posso essere “stigmatizzati” all’interno di un contratto di lavoro. Già solo il fatto di agire all’interno di una struttura che vede il coinvolgimento di molteplici figure professionali da un lato e l’utilizzo di apparecchiature dall’ altro, ci fa capire come articolato e complesso sia il suo rapporto. Una delle esigenze è proprio quella di rafforzare, con la tutela dell’ obbligazione contrattuale, interessi che troverebbero la loro protezione solo in via aquiliana. La dottrina ha così coniato, accanto agli obblighi di protezione, i cd. doveri di protezione, anch’essi aventi fonte nel contratto<sup>15</sup>.

Spostandoci sul versante dell’ illecito aquiliano si assiste ad una tendenza segnatamente opposta; nella realtà effettuale il diritto della responsabilità extracontrattuale sembra omologarsi a quello contrattuale, spesso perché si immagina che l’intera società civile si regoli secondo la logica dei rapporti di scambio e comunque secondo una visuale ispirata al principio dell’analisi economica costi-benefici.

Un ultima considerazione da fare circa il criterio distintivo tra responsabilità contrattuale e aquiliana è quella che come già visto, solitamente la responsabilità contrattuale ha come esclusivo punto di riferimento la promessa contenuta nel contratto. Questo incide sulla diversa funzione che hanno le due categorie di responsabilità: quella contrattuale serve a porre il contraente nella stessa situazione in cui esso si sarebbe trovato ove la promessa fosse stata rispettata, quella da illecito serve invece a rimuovere le conseguenze del danno provocato<sup>16</sup>. Ovviamente anche questo ultimo criterio distintivo si espone a riflessioni critiche in quanto, almeno sul terreno dei rimedi,

---

<sup>15</sup> G. F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 1957, 87ss.

<sup>16</sup> A. DI MAJO, *Responsabilità contrattuale*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1998, 3.

anche la responsabilità contrattuale deve tener conto, così come quella aquiliana, del danno provocato dalla mancata osservanza della promessa o del beneficio che, in connessione con essa, ha potuto ricevere il promittente. In buona sostanza, anche la responsabilità contrattuale, sulla falsariga di quella aquiliana, non può fare a meno di non tener conto di elementi materiali, quali il vantaggio ricevuto da colui che ha promesso o il pregiudizio subito da colui che è il destinatario della promessa, e ciò con l'obbiettivo di correggere gli spostamenti patrimoniali verificatesi in violazione del contratto<sup>17</sup>.

Numerose sono le interferenze tra i due sistemi di responsabilità. La colpa aquiliana, come si è visto, tende ad assumere, quale modello, quella contrattuale, nel senso del rispetto di *standards* di comportamento che sono propri di rapporti con soggetti determinati. Dal canto suo, la responsabilità contrattuale, quando si fa carico di interessi che non sono quelli connessi alla prestazione, tende ad esercitare anch'essa una funzione che è di conservazione e di rispetto della sfera giuridica e non anche di distribuzione *ex novo* di beni o di utilità. Il concorso fra le due forme di responsabilità ha trovato applicazione in molteplici contesti ma il settore ove è stato maggiormente consentito è proprio quello sanitario.

---

<sup>17</sup> R. SACCO- G. DE NOVA, *Il contratto*, Utet, 2004, 14 ss.

### 3. La responsabilità medica.

In passato la responsabilità medica si declinava come responsabilità del medico, ponendo al centro del giudizio la colpa professionale dello stesso sul cui accertamento veniva basata la responsabilità solidale di medico e di strutture; oggi, la responsabilità sanitaria è innanzitutto responsabilità della struttura sanitaria e porta alla ribalta l'attività di assistenza sanitaria e con essa il rispetto dei livelli di qualità e appropriatezza clinica delle prestazioni sanitarie oltre che degli standard organizzativi e strutturali<sup>18,19</sup>. Oggi si parla sempre più correntemente di responsabilità medica o medico-sanitaria per sottolineare che alla responsabilità del singolo professionista si aggiunge quella della struttura sanitaria o ospedaliera presso la quale il medico presta la propria attività. Al di là della terminologia, il mutamento più significativo si è realizzato nella disciplina della responsabilità sempre più complessa e articolata tanto che si è parlato di un nuovo sottosistema della responsabilità civile<sup>20</sup>. Nell'arco di qualche decennio, come vedremo si è passati dall'affermazione della natura extracontrattuale della responsabilità al principio del concorso ed infine alla natura schiettamente contrattuale.

---

<sup>18</sup> A.M. BENEDETTI E F. BARTOLINI, *Utenti vs. Servizio sanitario: il "no" della Cassazione al foro del consumatore*, in *Danno e responsabilità*, 56 ss.

<sup>19</sup> Art. 101 cod.cons, sotto il titolo "Erogazione di servizi pubblici", statuisce che il rapporto di utenza debba svolgersi nel rispetto degli standard di qualità previsti dalle leggi: tale norma costituisce una puntuale concretizzazione di quanto previsto dall'art. 2, che tra i diritti fondamentali del consumatore enuncia quello "alla erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità ed efficienza".

<sup>20</sup> R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, 50 ss.

#### 4.La responsabilità del medico.

In origine la responsabilità medica nasce e si afferma come responsabilità professionale del medico. La cornice normativa era composta da poche norme di portata generale sulla responsabilità civile(artt.1218 e 2043 c.c.) ed una norma di parte speciale che, dedicata alla responsabilità del professionista intellettuale(artt.2236 c.c.), si trova nell'ambito della disciplina del contratto d'opera professionale<sup>21</sup>.

Il professionista è tenuto ad adempiere l'incarico con una diligenza qualificata(cd. diligenza professionale), superiore a quella media, dalla quale discende l'obbligo d'informare il cliente in ordine a possibili rischi e difficoltà(es. complicazioni mediche, contrasti giurisprudenziali) che potrebbero insorgere nell'esecuzione dell'opera.

In tema di responsabilità del medico, la limitazione di responsabilità alle ipotesi di dolo e colpa grave di cui all'art.2236,2 c.c., non ricorre con riferimento ai danni causati al paziente per negligenza o imperizia, ma soltanto per i casi che implicano la risoluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà trascendenti la preparazione media o non ancora sufficientemente studiati dalla scienza medica, incombendo in tal caso al medico di fornire la relativa prova<sup>22</sup>.

Nell'evoluzione giurisprudenziale la responsabilità medica è stata declinata come responsabilità sanitaria di medici e strutture che ha dato luogo alla creazione da parte dei giudici di regole di responsabilità solo modellate sull'atto medico. Proprio il rapporto di immedesimazione organica che lega medici e strutture ha fatto sì che si parlasse di responsabilità distinte ma al tempo stesso solidali tra di loro. Si è arrivati infatti a dare autonomia al "fare organizzato" della struttura

---

<sup>21</sup> S. ALEO, R. DE MATTEIS, G. VECCHIO, *La responsabilità in ambito sanitario*, tomo primo, cedam, 2014, 136 ss.

<sup>22</sup> Cass. Civ.,Sez.III, 2 febbraio 2005 n.2042, in *Danno e resp.*, 2005, 441.

rispetto al “fare professionale” del medico. Nell’ottica dell’ attività di assistenza sanitaria, di cui è debitrice la struttura nei confronti del paziente, non si può più parlare di somma delle prestazioni dei singoli medici. La stessa responsabilità del singolo medico, come vedremo definita da “contatto sociale”, non è più fondata sul fatto illecito, ma sulla violazione di obblighi di protezione senza obbligo primario di prestazione<sup>23</sup>. L’opera creativa della giurisprudenza ha dapprima cercato di definire questo “contatto sociale”, che da essere considerato la fonte di meri obblighi di protezione senza obbligo primario di prestazione diviene fonte di un “contratto di fatto” sulla base del quale è possibile individuare in capo al medico un obbligo di prestazione<sup>24</sup>; successivamente cercando di assimilare e ricondurre all’ obbligo di prestazione da parte del medico quell’obbligo di assistenza sanitaria di cui è debitrice la struttura, sulla base del contratto stipulato con il medico. Ovviamente tutte queste considerazioni dei giudici non sono mai state definitivamente esplicitate e, circa due anni fa sono state formalmente acquisite da una pronuncia della Cassazione<sup>25</sup> che, attraverso la riconduzione del “contatto sociale” nella categoria dei “contratti di protezione”, formalizza il riconoscimento in capo al medico/dipendente, non solo di un obbligo di prestazione nei confronti del paziente, ma anche di una obbligazione di “garanzia” nei confronti della sua salute , rendendo su un piano di assoluta parità le posizioni del medico/dipendente e della struttura. Non è più il “fatto illecito” del medico bensì l’inadempimento all’ obbligo di prestazione di assistenza sanitaria, configurabile in capo ad entrambi a costituire il presupposto comune, sulla cui base mantenere in vita quel modello unitario di responsabilità in ragione del quale è possibile assoggettare ad un

---

<sup>23</sup> C. CASTRONOVO, *L’obbligazione senza prestazione: ai confini tra contratto e torto*, 148 ss.

<sup>24</sup> R. DE MATTEIS, *Dall’ atto medico all’ attività sanitaria. Quali responsabilità?* In *Trattato di Biodiritto*, 159 ss.

<sup>25</sup> Cass. 19 febbraio 2013 n. 4030, in *Danno e resp.*, 2013, 367 ss.

regime unitario di regole, responsabilità che fanno capo a soggetti diversi.

#### 5.La responsabilità della struttura sanitaria.

Da sempre le strutture sanitarie, siano esse pubbliche o private, ricoprono un ruolo centrale nel corretto svolgimento dell'attività medica e di tutte le altre figure sanitarie che all'interno di esse cooperano per garantire le molteplici prestazioni di cura ed assistenza.

Nel panorama dei soggetti operanti nel settore sanitario si iscrivono anzitutto le Aziende Unità Sanitarie Locali, costituite dalla legge di riordino del sistema sanitario nazionale, sono aziende con personalità giuridica pubblica e autonomia imprenditoriale, che operano mediante atti di diritto privato, e che sono vincolate al rispetto del principio della economicità della gestione e alla redazione del bilancio d'esercizio, rimanendo in ogni caso soggette al potere di controllo delle Regioni(art.3)<sup>26</sup>. Tra gli operatori sanitari occorre menzionare, poi, gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico di diritto pubblico, gli ospedali di rilievo nazionale o interregionale, ai sensi dell'art.4 d.lgs. n. 502/1992, nonché quei presidi ospedalieri che presentino i requisiti di legge (art.4, co. 1-bis). Poi ci sono i cd. "presidi" dell' A.U.S.L., dotati di autonomia economico-finanziaria con contabilità separata rispetto al bilancio dell'azienda (art.4, co.9). Infine ci sono le cliniche universitarie e i rispettivi rapporti con il SSN sono disciplinati dal d.lgs. 21 dicembre 1999 n.517, nonché dall' art. 6 d.lgs. n. 502/1992.

La natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria sia pubblica che privata, nei confronti del paziente, è oggi pacificamente condivisa da dottrina e giurisprudenza, non semplicemente sulla base della stipulazione di un contratto. Alla luce di tali considerazioni

---

<sup>26</sup> D.lgs. 30 dicembre 1992 n.502, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it).

parrebbe preferibile una definizione della natura della responsabilità dell'istituto di cura in termini di responsabilità *ex lege*: la struttura sanitaria, ai sensi della legge 833/1978, è, infatti, legislativamente obbligata allo svolgimento dell'attività di "assistenza medica", con la conseguenza che il non corretto esercizio della stessa costituirebbe inadempimento di una obbligazione legale. La stessa Corte di Cassazione ha mostrato di condividere questa ricostruzione, riconoscendo come *"la tutela della salute, che rientra tra i compiti istituzionali primari degli enti ospedalieri, in relazione alle persone di minorata o nulla autotutela non si esaurisce nella mera prestazione di cure medico-chirurgiche generali o specialistiche, ma comprende anche la "protezione" delle stesse persone"*<sup>27</sup>. Tutto ciò non esclude ovviamente che la struttura sanitaria, titolare anche di obblighi negoziali, potrà, comunque, rispondere anche di un illecito aquiliano ove ricorra inosservanza del generale principio del *neminem laedere*. Il descritto concorso tra le due forme di responsabilità civile, largamente ammesso dalla giurisprudenza in campo medico, consente ovviamente di ricorrere allo schema extracontrattuale ove lo stesso risulti in concreto più aderente alla fattispecie.

Per quanto riguarda l'oggetto di questo contratto, vi è stato un acceso dibattito in dottrina e giurisprudenza che ha prodotto risultati contrastanti; dapprima si è cercato di assimilarlo all'oggetto del contratto di opera professionale che lega il medico alla struttura, e successivamente si è parlato di contratto di ospedalità, da taluni qualificato come "atipico"<sup>28</sup>, da altri come "misto"<sup>29</sup>, che si perfeziona al momento di accettazione del paziente all'interno dell'istituto. Più

---

<sup>27</sup> Cass., 4 agosto 1987 n. 6707, in *Foro it.*, 1988. I, 1629, con nota di MAZZIA, relativa al rapimento di un bambino, ad opera di ignoti, dal nido dell'ospedale in cui aveva visto la luce pochi giorni prima: i giudici hanno ravvisato la responsabilità legale dell'ente per la inadeguata sorveglianza del reparto pediatrico.

<sup>28</sup> R. PUCELLA, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., 243, in *La responsabilità medica*, 2004.

<sup>29</sup> C. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, cit., 303, in *Idem*.

propriamente in riferimento all'obbligazione facente capo alla struttura, il suo contenuto non si sostanzia unicamente nella prestazione terapeutica intesa, ma si estende sino a racchiudere, sotto la sintetica espressione di "assistenza sanitaria", anche prestazioni organizzative, di sicurezza dell'attrezzatura e degli impianti, nonché, come già ribadito precedentemente, di vigilanza e custodia degli assistiti.<sup>30</sup> In conclusione la responsabilità della struttura diverrebbe così funzionale all'esigenza di garantire un buon sistema sanitario, servendosi di strumenti e personale adeguato<sup>31</sup>.

#### 6. Il sistema a doppio binario.

Il sistema cd. a "doppio binario", costituisce il periodo intermedio dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale dell'intera disciplina, nel quale alla responsabilità della struttura sanitaria si riconosceva origine contrattuale, mentre a quella del professionista si attribuiva natura aquiliana. Il sanitario quindi, che avesse provocato un danno, per dolo o colpa, era tenuto al ristoro del danno, secondo la disciplina di cui all'art. 2043 c.c.: più in particolare si riteneva che il medico dipendente presso un ente ospedaliero, fosse responsabile in via extracontrattuale, in quanto estraneo al contratto d'opera professionale che si instaura tra paziente e struttura ospedaliera<sup>32,33</sup>. Ovviamente questa soluzione implicava che il paziente-danneggiato, oltre ad agire nel termine prescrizione di cinque anni, dovesse altresì provare il danno, la condotta dolosa e colposa del sanitario e, soprattutto, il nesso di causalità tra gli stessi. È intuibile come tale onere si configurasse come una *probatio diabolica*. Per il danneggiato, poi, la parallela

---

<sup>30</sup> Cass, 4 agosto 1987 n. 6707, in *Foro it.*, 1988, I, 1629.

<sup>31</sup> V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, Napoli, 1993, 232 ss., in *Idem*.

<sup>32</sup> Cass. civ. Sez. III, 13 marzo 1998 n. 2750 in *Danno e Resp.*, 1998, 820.

<sup>33</sup> Cass. civ. Sez. III, 26 marzo 1990 n. 2428 in *Giur.it.*, 1991, I, 600 con nota di CARUSI.

possibilità di agire anche nei confronti della struttura sanitaria era ricostruita ex art. 1218 c.c., quindi a titolo di responsabilità contrattuale, in forza del contratto stipulato tra paziente e ospedale-casa di cura. In capo al medico gravava solo una responsabilità extracontrattuale, per violazione dei doveri inerenti alla professione, ex 2236 cod. civ., concorrente con quella contrattuale dell'ente. Il concorso si regge sostanzialmente su ragioni logico-equitative<sup>34</sup>. Un doppio binario in cui incanalare la responsabilità aquiliana del medico e quella contrattuale della struttura come responsabilità solidali in cui al medico era riconosciuta la possibilità di valersi di un beneficio di preventiva escussione della struttura sanitaria ogniqualvolta esso sia in grado di dare prova di una “non grave violazione” delle regole desumibili da protocolli scientifici, linee guida, raccomandazioni<sup>35</sup>. Se la qualificazione extracontrattuale della responsabilità di quest'ultimo appariva corretta sul piano metodologico, al contempo risultava troppo riduttiva: ravvisare, infatti, nel medico un “*quiusque de populo*” significava non tenere conto del rapporto che si instaura direttamente tra quest'ultimo e il paziente<sup>36</sup>. Inoltre, veniva a determinarsi un concorso improprio tra responsabilità aquiliana del medico e contrattuale dell'ente con conseguente bipartizione del regime giuridico applicabile, nonostante la responsabilità dell'ente avesse matrice unica ed esclusiva nell'esecuzione non diligente o errata della prestazione sanitaria da parte del medico.

A questo punto era utile definire quando si conclude il rapporto contrattuale tra ente e paziente; secondo l'impostazione tradizionale<sup>37</sup>, è la stessa accettazione del paziente ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale a segnare la conclusione del “contratto d'opera professionale” tra il paziente e l'ente ospedaliero, il quale assume a

---

<sup>34</sup> U. BRECCIA, Le obbligazioni, in Trattato di diritto privato, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1993, cit., 672.

<sup>35</sup> G. VISINTINI, *Trattato della responsabilità contrattuale*, 2009, cit., 585.

<sup>36</sup> G. CHINÈ-M. FRATTINI-A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, 2015, 1957 ss.

<sup>37</sup> Cass., sez. III, 24 marzo 1979 n. 1716, in *Foro it.*, 1980, I, 1115.

proprio carico, nei confronti del paziente, l'obbligazione di svolgere l'attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica, in relazione alla specifica situazione patologica del paziente preso in cura. A questo rapporto contrattuale il medico rimane del tutto estraneo, venendo ad instaurarsi con il malato solo un rapporto "giuridicamente indiretto". Prova ne è che il paziente non ha alcuna facoltà di scelta del medico che lo avrà in cura. E del resto, il medico designato dalla struttura, provvede allo svolgimento dell'attività diagnostica e terapeutica quale organo dell'ente ospedaliero, in ragione del rapporto di lavoro dipendente, e non in forza di un vincolo contrattuale che lo lega al paziente. Di qui la conclusione che "la responsabilità del predetto sanitario verso il paziente per il danno cagionato da un suo errore diagnostico o terapeutico è soltanto extracontrattuale, con la conseguenza che il diritto al risarcimento del danno spettante al paziente nei confronti del medico si prescrive nel termine quinquennale stabilito dall'art. 2947 c.c."<sup>38</sup>. In definitiva la struttura sanitaria ed il medico dipendente rispondono dei danni occorsi al paziente a titolo diverso, rispettivamente contrattuale ed extracontrattuale, in ossequio al principio largamente condiviso che, per assicurare un più elevato grado di protezione a beni fondamentali della persona, si possa invocare il cumulo o il concorso di responsabilità<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Cass. 24 marzo 1979 n. 1716, in *Giur. it.*, 1981, I, 297.

<sup>39</sup> Cass. 18 novembre 1997 n. 11440, in *Riv. It. Med. legale*, 1999, 982.

## 7. La “spersonalizzazione” del rapporto.

La “spersonalizzazione” del rapporto che intercorre tra medico e paziente va di pari passo con l’evoluzione dell’attività medica. Al tradizionale trattamento terapeutico, talvolta si aggiungono, talaltra acquistano autonomo o specifico rilievo altre attività in senso lato sanitarie, quali quelle diagnostiche, informative, assistenziali, alberghiere, fino all’emergere di nuovi tipi di trattamenti, come quelli di chirurgia estetica e ricostruttiva, di potenziamento fisico e muscolare, fino agli interventi di modificazione della struttura anatomica come la sterilizzazione e la modificazione dei caratteri sessuali esterni<sup>40</sup>. La complessità e il mutamento dell’attività medica, comportano un sostanziale cambiamento dell’approccio medico-paziente, in un ottica sempre più “economicista”. La figura del medico di famiglia, il quale si prendeva cura dei propri pazienti, intessendo una trama di rapporti personali spesso basati sulla fiducia reciproca, lascia il posto ad una figura fredda, calcolatrice, che rispetta alla lettera i cd.”protocolli”. La stessa economia sanitaria, con le sue rigide regole di mercato, la necessità di pianificare tutto per assicurare il funzionamento del sistema, il dominio indiscusso della tecnologia, hanno snaturato l'essenza della medicina. La dignità del professionista è quindi messa a dura prova dinanzi alle regole di mercato che li impongono di eseguire protocolli prestabiliti e applicare procedure funzionali al sistema. Per alcuni l’unica terapia adottabile per ricomporre quell’armonia di rapporti perduti che legavano il medico al paziente è il dialogo. Un dialogo che superi quel tecnicismo formale che spesso i medici si trovano a dover utilizzare, per approdare ad un’ interazione comunicativa globale nei confronti di una persona che cerca un approccio globale al suo essere “malato”.<sup>41</sup> Proprio sulla

---

<sup>40</sup> F.GALGANO, *La responsabilità medica. Un sottoinsieme della responsabilità civile*, Padova, 1995, in *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, M. PARADISO.

<sup>41</sup> D. MARTINO, *Medico e paziente, un rapporto da umanizzare, attraversamenti* 2006. Fonte: <http://www.nelmovimento.altervista.org/savar/news2006/06-08-11.htm>.

figura del “malato” infatti e non più sulla cura della “malattia” dovrebbe concentrarsi il lavoro del medico e di tutti gli altri operatori sanitari. Vediamo ad esempio, la sua partecipazione al consenso informato del proprio iter diagnostico e terapeutico, consenso che non può e non deve esaurirsi come un atto burocratico dovuto, con un semplice passaggio di informazioni da parte del medico, ma necessità di un più ampio spazio comunicazionale. Ovviamente anche il paziente non deve sottovalutare l’autorevolezza del medico, della quale ha bisogno e alla quale si può aggrappare per essere guidato nelle decisioni e nei momenti difficili, stabilendo un’alleanza terapeutica. Purtroppo in Italia alla relazione medico-paziente, non viene dedicata nessuna materia d’insegnamento, mentre in altri Paesi, sono dedicati corsi pluriennali agli studenti di medicina, sin dal primo anno di Università. Ciò fa capire la grande importanza che viene data a quest’aspetto della medicina. Si ribadisce quindi che il fondamento del rapporto medico paziente è la comunicazione, nei suoi aspetti verbali e non verbali, emozionali e comportamentali, ed è stato dimostrato che se insegnata, aumenta significativamente l’efficacia diagnostica e terapeutica dell’azione medica<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> S.MAZZOTTA, *Il bisogno di un nuovo rapporto medico-paziente* in <http://www.asloc.it/bisognodiun-rapportomedico>.

## 8. Il problema della responsabilità del medico dipendente dalla struttura

La responsabilità del medico verso l'ente è strettamente legata al tipo di rapporto che intercorre tra i due soggetti, mentre sostanzialmente irrilevante è la natura pubblica o privata della struttura. Partendo da questo presupposto, vediamo come l'equiparazione tra strutture pubbliche e private è stata poi perseguita dallo stesso legislatore con una serie di provvedimenti che hanno sostituito il modello della convenzione, caratterizzato dalla centralità del pubblico sul privato, con quello dell'accreditamento istituzionale, improntato, invece, alla sostanziale equiparazione degli enti. Detto ciò, il rapporto che lega l'ente (pubblico o privato) e il professionista, può essere di lavoro subordinato, di parasubordinazione o può svolgersi nell'ambito di una convenzione<sup>43</sup>.

I problemi in merito alla responsabilità del medico alle dipendenze della struttura muovono dal non sempre agevole inquadramento di quest'ultimo all'interno del complesso iter organizzativo che vede il coinvolgimento di altre figure sanitarie e di altri fattori interni come apparecchiature e l'erogazione di servizi ad essi correlati.

Partendo dalla disciplina codicistica vediamo che la responsabilità contrattuale di chi esercita l'attività medico-chirurgica, trova la sua fonte in un rapporto contrattuale di opera professionale di cui agli artt. 2229 ss. c.c., oppure di lavoro subordinato, di natura privatistica, anche se il datore di lavoro è un ente pubblico. Ovviamente dalla trattazione sono esclusi i rapporti tra i medici convenzionati esterni e le unità sanitarie locali, disciplinati dall'art. 48 L. 23.12.1978 n. 833. Questi rapporti infatti, pur se costituiti in vista dello scopo di soddisfare le finalità istituzionali del S.S.N., dirette a tutelare la salute pubblica,

---

<sup>43</sup> L. NOCCO, *Responsabilità delle e nelle strutture*, in *La Responsabilità Sanitaria*, 2004.

corrispondono a rapporti libero-professionali “parasubordinati”, che si svolgono di norma su un piano di parità, non esercitando l’ente pubblico nei confronti del medico convenzionato alcun potere autoritativo, all’infuori di quello di sorveglianza, né potendo incidere unilateralmente, limitandole o degradandole ad interessi legittimi, sulle posizioni di diritto soggettivo nascenti, per il professionista, dal rapporto di lavoro autonomo; ne deriva che le controversie che investono tali posizioni di diritto soggettivo, appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario<sup>44</sup>. I due rapporti però, quello “parasubordinato” dei convenzionati esterni da una parte e quello dei subordinati dall’altra, non è sempre agevole differenziarli, come si deduce dal notevole contenzioso in merito; La cassazione è intervenuta più volte delineando i vari elementi di differenziazione: *“Ai fini della distinzione del rapporto di lavoro subordinato da quello autonomo, elementi rilevanti sono l’assoggettamento del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, che deve estrinsecarsi nella emanazione di ordini specifici, oltre che nell’esercizio di un’assidua attività di vigilanza e controllo nella esecuzione delle prestazioni lavorative, e il suo inserimento nell’organizzazione aziendale, da valutarsi con riferimento alla specificità dell’incarico conferitogli e alle modalità della sua attuazione”*<sup>45</sup>. E’ utile ricordare inoltre che l’attività svolta dai medici iscritti alle scuole di specializzazione universitarie, non è inquadrabile né nell’ambito del rapporto di lavoro subordinato, né del lavoro autonomo ma costituisce una particolare ipotesi di “contratto di formazione-lavoro”, oggetto di specifica disciplina<sup>46</sup>. A questo punto analizziamo il caso in cui, il medico, nello svolgimento del suo incarico, provochi un danno al paziente. Quest’ultimo potrà agire in giudizio nei confronti del datore di lavoro del medico, struttura

---

<sup>44</sup> Cass. 8 agosto 2001 n.10960, in *Giustizia Civile Massimario* 2001, 1574.

<sup>45</sup> Cass. 29 aprile 2003 n. 6673, in *La responsabilità penale e civile del medico*, 2013.

<sup>46</sup> Cass. 22 settembre 2009 n. 20403, in *Giustizia Civile Massimario* 2009, 1341.

pubblica o privata, in quanto il suo rapporto è con l'istituzione, alla quale è ricorso, in base alla disciplina della responsabilità contrattuale; A sua volta l'istituzione convenuta in giudizio, può rivalersi civilmente con l'azione di regresso ai sensi dell' art. 2055 c.c. :” *Responsabilità solidale.- Se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno. Colui che ha risarcito il danno ha regresso contro ciascuno degli altri, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Nel dubbio, le singole colpe si presumono uguali*”, nei confronti del proprio dipendente per i danni che sia stata costretta a risarcire al terzo, danneggiato in conseguenza della colpa professionale del medico, così pure può chiamarlo nel processo ove è citata in giudizio. Il medico può avere interesse, non solo patrimoniale, ad intervenire volontariamente nel giudizio iniziato dal danneggiato contro l'istituzione; valendosi di questa possibilità riconosciutagli dal nostro ordinamento all'art. 105 c.p.c., potrà intervenire per far valere un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo o intervenire per sostenere le ragioni di alcuna delle parti, quando vi ha un proprio interesse. Pensiamo all'intervento di un medico volto a “sganciarsi” dal quadro accusatorio intentato dal paziente, qualora la sua condotta sia stata diligente o del tutto estranea alla condotta incriminata; in entrambi i casi il medico diventa parte processuale nel giudizio che lo riguarda personalmente e nel quale vi ha un indiscutibile interesse<sup>47</sup>.

Tornando, solo brevemente al *quantum* di diligenza richiesto al medico dipendente dalla struttura, la norma di riferimento è l'art. 2104 del c.c., che recita:”*Diligenza del prestatore di lavoro.- Il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall' interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale. Deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per*

---

<sup>47</sup> M. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, 2013, 1049.

*la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende".* Al datore di lavoro infine, pubblico o privato che sia, è lasciata la possibilità di agire altresì in via disciplinare nei confronti del medico suo dipendente per violazione degli obblighi, tra cui in primo luogo la colpa professionale, che esso ha in base al rapporto di lavoro subordinato.

Altrettanto emblematico si rivela poi il percorso giurisprudenziale in tema di qualificazione della responsabilità del medico operante in una struttura sanitaria, infatti in tale settore si è registrato un progressivo abbandono della prospettiva extracontrattuale, ritenuta inappropriata in quanto l'assenza di un contratto non può determinare una variazione del contenuto dell'obbligo del medico che rimane pur sempre quello di cui all' art. 1176 secondo comma c.c.. Vedremo come a supporto di tale affermazione si sono proposte diverse costruzioni teoriche, un primo pone l'accento sulla "radice comune", rappresentata dalla non diligente esecuzione della prestazione, che caratterizzerebbe la responsabilità dell'ente e del medico suo dipendente, facendovi discendere una responsabilità a contenuto contrattuale di entrambi i soggetti<sup>48</sup>. Il fondamento normativo della responsabilità del singolo operatore è individuato prevalentemente nell'art. 28 Cost., anche se non mancano riferimenti all' art.1228 c.c.<sup>49</sup>.

Secondo un diverso orientamento, accolto però in poche isolate pronunce, si potrebbe ipotizzare la presenza di un contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo che nel nostro caso è il paziente. Medico ed ente sarebbero legati da un contratto di cui il paziente è terzo beneficiario, da ciò discende la sua possibilità di attivarsi

---

<sup>48</sup> Cass. 11 aprile 1995n. 4152, in *Riv. It. med. Leg.*, 1997, 1073.

<sup>49</sup> Trib. Verona, 4 marzo 1991, in *Giur. Merito.*, 1992, 1, 823.

contrattualmente anche nei confronti del medico per far valere la non diligente esecuzione della prestazione<sup>50</sup>.

In una posizione a se si colloca la sentenza della Corte di Cassazione n. 589 del 1999 che propone un nuovo approccio alla problematica mediante il ricorso alla teoria dell' obbligazione senza prestazione basata sul rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale tra medico e paziente<sup>51</sup>. Per superare l'ostacolo della mancanza di un contratto tra medico e paziente, i giudici di legittimità fanno leva su di una interpretazione estensiva dell' art. 1173 c.c. che conduce ad annoverare tra le fonti di obbligazioni anche l'affidamento che un soggetto ripone in un altro a seguito di un contatto creatosi tra di loro. Quanto al profilo della conformità all'ordinamento giuridico della fonte così individuata, è da rintracciarsi nel tipo di attività svolta dal medico, la professione medica infatti, per le sue caratteristiche, gode di protezione sotto il profilo penale (art. 348 c.p.)<sup>52</sup> ed è, del pari, sempre il codice penale a considerare l' esercizio dell'arte medica come servizio di pubblica necessità (art. 359 n.1, c.p.). La qualifica professionale deriva, poi, da una specifica abilitazione rilasciata dallo Stato. L'attività del medico incide su di un bene costituzionalmente garantito (art.32 Cost.) ed, inoltre, il medico è vincolato al rispetto di una disciplina deontologica particolarmente pregnante<sup>53</sup>. Secondo la Cassazione l'assenza di un contratto comporta l'impossibilità per il paziente di pretendere a prestazione; tuttavia, il solo fatto del contatto con il paziente è idoneo a far sorgere un'obbligazione il cui contenuto

---

<sup>50</sup> V. ZENO-ZENOCOVIC, *Il danno al nascituro*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 1994, 1, 695.

<sup>51</sup> C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Mengoni*, 1, Milano, 1995, 191 ss.

<sup>52</sup> L'art. 348 del c.p. recita: "Chiunque abusivamente esercita una professione, per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato, è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa da euro centotré a euro cinquecentosedici".

<sup>53</sup> R. BREDA, *La responsabilità del medico dipendente* in *La responsabilità sanitaria*, Cedam, 2004, 37ss.

non potrà essere diverso da quello che abbia come fonte un comune contratto.

Quale che sia la soluzione ritenuta preferibile, ciò che preme sottolineare è come in un simile contesto la questione relativa alla natura della responsabilità del medico rimane sullo sfondo conservando rilevanza non tanto quale chiave di lettura capace di mettere in luce la peculiarità del fenomeno, ma piuttosto in funzione di un controllo delle soluzioni sul piano della correttezza e coerenza sistematica, nonché della compatibilità con i principi cardine del nostro ordinamento.

## CAP.2

### RESPONSABILITA' CONTRATTUALE ED EXTRACONTRATTUALE

#### 1. Il problema della distinzione dell'ambito applicativo delle regole sulla responsabilità.

La differenza tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale si basa su una diversità strutturale che pone la prima in esito alla violazione di un obbligo funzionale alla realizzazione del diritto e la seconda in esito alla lesione tout court di un diritto<sup>54</sup>. Si deve aggiungere peraltro che, sotto il profilo della distinzione netta da farsi tra la responsabilità aquiliana e quella contrattuale, la dottrina è chiara, infatti quando si parla di responsabilità extracontrattuale si devono innanzi tutto eliminare i casi di violazione del diritto nascente da uno speciale rapporto che leghi le parti: qui vi ha solo colpa contrattuale e se può sorgere un obbligo a risarcimento, questo non è che la trasformazione dell'originario oggetto della prestazione<sup>55</sup>; la dottrina inoltre afferma che la tutela extracontrattuale si distingue da quella apprestata nei confronti di un rischio specifico di danno, creato da una relazione tra vittima e il responsabile, preesistente al verificarsi dell'evento dannoso<sup>56</sup>.

Le rispettive azioni presentano quindi considerevoli differenze, vuoi sul piano sostanziale, vuoi su quello processuale. La responsabilità contrattuale, come abbiamo già accennato, trova la propria necessaria giustificazione nell'esistenza di un rapporto qualificato tra debitore e creditore, di tipo obbligatorio; al contrario, la responsabilità aquiliana non presuppone alcun rapporto obbligatorio, negoziale o legale, tra danneggiante e danneggiato. A questo si aggiungono le molteplici

---

<sup>54</sup> C. CASTRONOVO, *Le frontiere nobili*, cit., 552.

<sup>55</sup> E. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, 495.

<sup>56</sup> C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1988, 1190 ss.

divergenze di disciplina concreta: dalla prescrizione ( normalmente decennale, salvo le prescrizioni brevi di cui agli artt. 2947 ss. c.c., nel primo caso; quinquennale nel secondo, salvo diverse specifiche previsioni, ad esempio in materia di danno da prodotto difettoso), alla ripartizione dell'onere della prova; dal novero delle conseguenze pregiudizievoli suscettibili di risarcimento ( unicamente in ambito extracontrattuale è, in effetti, risarcibile il danno non prevedibile pur in assenza di dolo, mentre sul piano dei danni non patrimoniali l'orientamento prevalente sembra muoversi nel senso della risarcibilità degli stessi solo in ambito aquiliano, ma devono registrarsi talune voci discordi) al regime delle clausole di esonero della responsabilità<sup>57</sup>.

Dal dato normativo si evince con certezza che l'illecito extracontrattuale necessita sempre della prova della lesione non giustificata di un interesse giuridico, mentre la responsabilità contrattuale, come attesta l'art.1218 c.c., suppone unicamente la prova di una condotta diversa rispetto a quella dovuta. La ragione di questa differente prova risiede non nella mancata protezione di interessi giuridici nella responsabilità contrattuale, ma nella circostanza che in tale contesto la condotta " illecita" automaticamente e di per sé, lede un interesse giuridico: quello del creditore alla protezione. Sembra valere proprio in questo contesto il passo di Ulpiano " *quod non iure factum est. Hoc est contrarius*" che mal si presta viceversa a descrivere l'ingiustizia del danno. Mentre la violazione di un dovere , ad esempio, di non superare i limiti di velocità o di non procurarsi indebitamente dati personali, di per sé, non lede alcun interesse, viceversa, il non adempiere un'obbligazione *ex se* lede l'interesse alla prestazione. Analogamente , anche altre ipotesi di responsabilità contrattuale diverse dall'inadempimento di un' obbligazione, condividono la caratteristica di condotte vietate che *ex se* ledono interessi, per loro

---

<sup>57</sup> C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, in *La responsabilità medica*, Giuffrè editore, Milano, 2004 , 22.

natura giuridici o resi tali dal contratto. Si pensi al mancato rispetto del vincolo ad attuare il trasferimento del diritto nei contratti ad efficacia reale. In definitiva, esiste in effetti un fondamento distintivo tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale che risiede nell'*iniuria*. La responsabilità contrattuale si attiva puramente in presenza di una condotta *non iure*, ma è sempre necessario dimostrare anche il danno *contra ius*. E ciò va ribadito anche nel caso in cui la condotta *non iure* consista nella violazione di un dovere<sup>58</sup>.

A questo punto l'interrogativo sorge spontaneo: "Quale natura ha la responsabilità del medico?"

All'interrogativo non è facile rispondere in maniera semplice e scontata ma a tal riguardo è possibile distinguere due diverse ipotesi:

1. Il caso in cui il paziente si rivolge direttamente ad un medico, libero professionista, che opera all'interno di uno studio privato, ipotesi nella quale è indubbio che la fonte dell'eventuale responsabilità del medico è il contratto concluso tra medico e paziente;
2. Il caso, più controverso in dottrina e giurisprudenza, in cui il paziente si rivolge ad una struttura ospedaliera che, per adempiere alla propria prestazione di assistenza, si avvale dell'operato del sanitario; ipotesi questa molto più complessa, poiché sono chiamati a rispondere dell'eventuale responsabilità sia la struttura, sia il medico curante.

Nel primo caso, pare non essere controverso che il medico stipuli con il paziente un contratto d'opera professionale; spetterà pertanto al paziente provare il danno ed allegare l'inadempimento, mentre il medico, per essere esonerato da responsabilità, dovrà provare di aver adottato tutta la diligenza necessaria in relazione al caso specifico, tutta la perizia e cura che ci si aspetterebbe dal debitore qualificato.

---

<sup>58</sup> E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, in *Diritto Civile*, Lipari e Rescigno, 2009, 137 ss.

Con riferimento alla seconda ipotesi, ovvero a quella in cui il sanitario svolge la sua attività nell'ambito dell'ente ospedaliero in qualità di dipendente o in regime di convenzione, si possono, invece, enucleare diversi orientamenti.

Il primo secondo cui:”*L'accettazione del paziente nell'ospedale, ai fini del ricovero oppure di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto d'opera professionale tra il paziente e l'ente ospedaliero, il quale assume a proprio carico, nei confronti del paziente, l'obbligazione di svolgere l'attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica in relazione alla specifica situazione del paziente preso in cura*<sup>59</sup>”. Siccome a questo rapporto contrattuale non partecipa il medico dipendente, che provvede allo svolgimento dell'attività diagnostica e della conseguente attività terapeutica, nelle vesti di organo dell'Ente ospedaliero, la responsabilità del sanitario verso il paziente per il danno provocato da un suo errore diagnostico o terapeutico è soltanto extracontrattuale; immediata conseguenza quindi è che il diritto al risarcimento del danno, spettante al paziente nei confronti del medico, si prescrive nel termine quinquennale.

Un altro orientamento sostiene inoltre che:” *la responsabilità di un Ente ospedaliero per i danni causati a un paziente dalle prestazioni mediche dei sanitari dipendenti è di natura contrattuale, poiché l'Ente, obbligandosi ad eseguire le prestazioni, ha concluso col paziente, un contratto d'opera intellettuale*”<sup>60</sup>. La sentenza fa riferimento al settore chirurgico, al caso in cui l'intervento operatorio non sia di difficile esecuzione ed il risultato sia peggiorativo delle condizioni finali del paziente; in questa occasione il cliente dovrà provare che l'intervento operatorio sia di facile esecuzione e che ne è conseguito un risultato peggiorativo, dovendosi presumere l'inadeguata o non diligente esecuzione della prestazione professionale del chirurgo; spetta poi

---

<sup>59</sup> Cass. 24 marzo 1979 n. 1716, in *Resp. Civ e prev.*, 1980, 90.

<sup>60</sup> Cass. 2 dicembre 1978 n. 6141, in *Arch. Civ.*, 1979, 335 .

all'Ente ospedaliero fornire la prova contraria, cioè che la prestazione professionale era stata eseguita in maniera idonea e l'esito peggiorativo era stato causato dal sopravvenire di un evento imprevisto ed imprevedibile oppure dall'esistenza di una particolare condizione fisica del cliente non accertabile con il criterio dell'ordinaria diligenza professionale.

Un ulteriore pronuncia della suprema corte ribadisce che: *"Versa in colpa grave e, pertanto, non può essere esonerato da responsabilità extracontrattuale, il medico dipendente di ospedale che, avendo programmato un parto pilotato, pur in assenza di un'idonea apparecchiatura di monitoraggio, si sia allontanato dal reparto per un tempo tanto lungo da impedirgli di mantenere il controllo sull'evolversi della paziente"*<sup>6162</sup>.

Da queste pronunce si coglie un primo orientamento che inquadra quindi la responsabilità del medico nell'ambito del regime extracontrattuale, poiché si sostiene che il sanitario, dipendente dell'ospedale, che provvede all'attività diagnostica e terapeutica, è estraneo al rapporto contrattuale che si instaura tra ente e paziente ed agisce, pertanto, quale organo dell'ente ospedaliero. Secondo questa impostazione, comunque, la natura extracontrattuale dell'illecito non impedirebbe l'applicazione analogica dell'art. 2236 c.c. la cui ratio, volta a non paralizzare l'iniziativa del professionista nei casi di particolare difficoltà, ne permetterebbe l'applicazione oltre i confini del contratto<sup>6364</sup>.

Un secondo, più recente, orientamento faceva, invece, rientrare la responsabilità del sanitario in ambito contrattuale, assumendo che detta responsabilità, così come quella dell'ente, avrebbe *"radice*

---

<sup>61</sup> Cass. 26 marzo 1990 n. 2428, in *Giuri it.*, 1991, I, 600.

<sup>62</sup> Cass., 13 marzo 1998, n. 2750, in *Foro it.*, I, 3521.

<sup>63</sup> Cass. 6 maggio 1971 n. 1282, in *Foro it.*, 1971, I, 1476.

<sup>64</sup> Cass. 18 novembre 1997, n. 11440, in *Riv .it. med. Legale*, 1999, 982.

*nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria da parte del medico dipendente, nell'ambito dell'organizzazione sanitaria. Pertanto, stante questa comune radice, la responsabilità del medico dipendente sarebbe, come quella dell'ente pubblico, di natura professionale*"<sup>65</sup>.

Detto inquadramento tende, peraltro, ad appiattare ed omologare la responsabilità della struttura a quella del medico; infatti, se da un lato dava importanza al contratto stipulato tra paziente e struttura, tanto da "attirare" nel regime contrattuale anche l'operato del medico, dall'altro individuava, quale unica fonte di danno, l'eventuale comportamento imprudente/negligente del professionista, così trascurando tutte quelle altre possibili cause di danno derivanti dall'inadempimento, da parte dell'ente, di obbligazioni di cui solo quest'ultimo è debitore (es. igiene, controllo dei macchinari, organizzazione del personale). Si deve peraltro segnalare che la Suprema Corte<sup>66</sup> era giunta al riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità del sanitario dipendente anche tramite altra via, ovvero tramite l'accoglimento della teoria, di origine germanica, del "contratto con effetti protettivi a favore del terzo". Secondo questa impostazione, in alcuni contratti, accanto ed oltre al diritto alla prestazione principale, sarebbe garantito ed esigibile un ulteriore diritto a che non siano arrecati danni a terzi estranei al contratto. Nel caso di inadempimento della prestazione accessoria ("di protezione"), sarebbe legittimata ad agire *ex contractu* non solo la controparte, nella quale permanga un interesse attuale, ma anche e soprattutto il soggetto a protezione del quale quella protezione è posta. Si attribuisce, così, al terzo non il diritto al conseguimento della prestazione principale, ma alla sua diligente esecuzione, tale da evitare che egli subisca danni, e la conseguente legittimazione all'azione risarcitoria per l'ipotesi di

---

<sup>65</sup> Cass. 1 marzo 1988, n. 2144, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 604.

<sup>66</sup> Cass. 22 novembre 1993, n. 11503, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 1994, I, 690.

violazione di detto diritto. Alla sopradetta tesi è stata obiettata un'artificialità di ricostruzione nella misura in cui si attribuiva al paziente la legittimazione a far valere non l'inadempimento di un contratto stipulato direttamente, ma l'inadempimento di un contratto stipulato tra altri soggetti.

Altro orientamento, accolto per la prima volta con un' importante pronuncia del 1999<sup>67</sup> ed ancora attuale, inquadra la responsabilità del medico in quella da inadempimento, in base ad un ragionamento affatto diverso dal precedente. La natura della responsabilità quindi, deve essere individuata non sulla base della condotta ( negligente o meno) in concreto tenuta dall'agente, ma sulla base della natura del precetto violato; sia la responsabilità del medico, sia quella dell'ente ospedaliero hanno entrambe una "radice comune" nell'esecuzione non diligente della prestazione, ma ciò non comporta necessariamente che entrambe le responsabilità siano di natura contrattuale, non potendosi escludere che un fatto, l'attività professionale del medico appunto, integri, da un lato, una responsabilità contrattuale a carico di un soggetto (ente ospedaliero) e, dall'altro, una responsabilità extracontrattuale a carico di un altro soggetto, autore del fatto (medico). Escluso, dunque, di poter fondare la natura contrattuale della responsabilità del medico sulla "radice comune" dell'esecuzione non diligente o sul rapporto di dipendenza tra medico ed ente, l'orientamento di cui trattasi<sup>68</sup> individua la ragione della natura contrattuale degli obblighi di cura dovuti dal medico a favore del paziente nel "contatto sociale" che si instaura tra detti due soggetti; la disamina di tale teoria sarà trattata nel terzo capitolo, per il momento ci apprestiamo ad analizzare alcuni aspetti problematici. Questa teoria è frutto dell'elaborazione dottrinale sui cosiddetti "obblighi di protezione": obblighi che, in base al principio di buona fede, sorgono

---

<sup>67</sup> Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Danno e responsabilità*, 1999, 294.

<sup>68</sup> Cass. 22 gennaio 1999 n. 589, in *Idem*.

tutte le volte in cui avvenga un contatto sociale tra due soggetti e che consistono in obblighi di fare che gravano su entrambe le parti, al fine di conservare integra la sfera giuridica, tutelandola nei confronti di possibili invasioni lesive che l'esistenza stessa del rapporto rende più agevoli<sup>69</sup>. Secondo questa lettura, l'attività professionale del medico implica l'adempimento di obblighi di conservazione della sfera giuridica altrui che nascono dall'affidamento inevitabilmente generato dalla stessa professionalità. Il vincolo con il paziente dunque esiste nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, e la violazione di esso si configura come *culpa in non faciendo*, la quale da origine a responsabilità contrattuale<sup>70</sup>. In altre parole, al medico, non ci si limita a chiedere un non fare, cioè un puro rispetto della sfera giuridica altrui, ma si pretende quel fare nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento.

La responsabilità del medico deriva dalla violazione dell'affidamento che il paziente, destinatario delle cure, ripone nella diligente esecuzione di prestazioni dovute da chi esercita un professione cd. protetta, per la quale è richiesta specifica abilitazione allo svolgimento ed il cui esercizio ha ad oggetto un bene, quale la salute, costituzionalmente garantito. Quindi pur non essendovi un contratto e, conseguentemente un obbligo di prestazione in capo al medico, la qualifica professionale di quest'ultimo si traduce in un obbligo di comportamento nei confronti di chi, entrando in contatto con il medico, fa affidamento su tale professionalità. Alcune corti hanno spesso accomunato, o meglio, assimilato, il concetto di contatto sociale con quello di "contratto di fatto"<sup>71</sup>. I fautori della teoria del contatto sociale sono ben lontani da questa posizione, sottolineandone il disappunto. Alla luce di quanto detto, tendono a sottolineare le

---

<sup>69</sup> C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990.

<sup>70</sup> C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione, ai confini tra torto e contratto*, cit., 196.

<sup>71</sup> Cass. 22 gennaio 1999 n.589, in *Foro it.*, 1999, I, 3332.

differenze tra i due istituti, affermando che il contratto di fatto produce obblighi di prestazione, che non sorgono, invece, dal contatto sociale a seguito del quale nascono solo obblighi di protezione, che nel caso del rapporto tra paziente e medico dipendente, si sostanziano nell'impegno di quest'ultimo a rispettare tutti i canoni di diligenza e perizia professionale previsti dai protocolli sanitari e dal codice deontologico, ma non anche a raggiungere il risultato del miglioramento e/o guarigione del paziente. Sovrapporre il concetto di "contatto sociale" con quello di "contratto di fatto" significa, invece, sostenere che dal rapporto di cura tra medico e paziente sorgono non solo obblighi di protezione diretti a salvaguardare "la sfera giuridica altrui", ma anche lo stesso obbligo alla prestazione sanitaria ed al suo esatto adempimento, risultato questo molto distante rispetto a quanto ritenuto dai creatori della teoria del "contatto sociale", che non pare condivisibile. Con riferimento ai carichi probatori, secondo questa teoria che fonda la responsabilità del medico sul "contatto sociale" con il paziente, "in base alla regola di cui all'art. 1218 c.c., il paziente avrebbe l'onere di allegare l'inesattezza dell'adempimento, non la colpa né, tanto meno, la gravità di essa, dovendo il difetto di colpa o la non qualificabilità della stessa in termini di gravità (nel caso di cui all'art. 2236 c.c.) essere allegate e provate dal medico"<sup>72</sup>. Tale ripartizione dell'onere della prova è applicazione del cd. principio della riferibilità o "vicinanza della prova"; è infatti il medico il soggetto che essendo in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa creditoria, può più facilmente provare l'inconsapevolezza dell'inadempimento (cioè della impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore) e la diligenza dell'adempimento, tanto più se l'esecuzione della prestazione consista nell'applicazione di regole tecniche, sconosciute al creditore perché peculiari del bagaglio di conoscenze proprie del debitore, specialista di una professione protetta.

---

<sup>72</sup> Cass. 21 giugno 2004 n. 11488, in *Danno e resp.* 2005, 23.

Parallelamente al descritto *iter* relativo alla responsabilità del sanitario, si è assistito al riconoscimento di una totale autonomia della responsabilità dell'ente rispetto a quella del medico curante. Tra paziente e struttura, si instaura, infatti, un rapporto fondato su un autonomo contratto, c.d. di ospedalità o assistenza sanitaria, stipulato al momento dell' accettazione, avente natura atipica, caratterizzato da una prestazione di assistenza sanitaria complessa, che non si limita alla prestazione di cura della salute del paziente, alla quale la struttura adempie tramite il personale medico, ma che, in un' ottica che si avvicina sempre di più all'impresa, comprende anche quella di assistenza alla persona, alla quale l'ente provvede tramite personale infermieristico, quella di apprestamento dei medicinali e delle attrezzature all' uopo necessarie, oltre che di messa a disposizione di servizi di varia natura, come quelli di vitto e alloggio, di trasporto, di sterilizzazione degli ambienti, di manutenzione degli strumenti (e altri)<sup>73</sup>. Da questo inquadramento consegue che la struttura assume obblighi ulteriori ed autonomi rispetto a quelli propri del sanitario e, dunque, può essere chiamata a rispondere sia ai sensi dell'art. 1218 c.c., per l'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, sia, ai sensi dell'art. 1228 c.c., per l'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario<sup>74</sup>.

Nella prima ipotesi, la responsabilità contrattuale dell'ente sarà da inquadrarsi in quelle forme di responsabilità autonome, che prescindono dall' accertamento di una condotta negligente dei singoli operatori, e trovano la propria fonte nell'inadempimento delle obbligazioni direttamente riferibili all'ente<sup>75</sup>; nella seconda, invece, la struttura risponderà, solidalmente con il medico, atteso il rapporto di

---

<sup>73</sup> R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica: un sottosistema della responsabilità civile*, 89 ss.

<sup>74</sup> Cass. 26 gennaio 2006 n.1698, in *Riv. it. med. Leg. P.* 1223.

<sup>75</sup> Cass. sez.un. 11 gennaio 2008 n. 577, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 849.

immedesimazione organica tra ente e suo dipendente, e tale responsabilità trova fondamento non nella colpa nella scelta degli ausiliari o nella vigilanza, ma nel rischio connaturato all'utilizzazione di terzi nell'adempimento della propria obbligazione.

Considerata l'attuale netta separazione tra responsabilità dell'ente e del sanitario e superata in toto quella teoria che riconosceva nella "radice comune" la ragione giustificatrice della medesima natura delle due responsabilità, nei tempi più recenti torna ad affacciarsi, in dottrina ed in giurisprudenza, quella lettura che inquadrava la responsabilità del medico in ambito extracontrattuale, pur se in un quadro complessivo completamente mutato. Detta lettura, che costituisce un ritorno al passato inquadramento della responsabilità del medico, trova il proprio fondamento normativo nell'art.3 del recente provvedimento legislativo n. 189 dell'8 novembre 2012 di conversione del c.d. "Decreto Sanità" (d.l. 13 settembre 2012, n. 158), secondo cui: *"L'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile..."*. Nel rinvio all'art. 2043 c.c., parte della dottrina legge, infatti, la volontà del legislatore di prendere posizione, nella disputa sulla natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità del sanitario, a favore di tale ultima impostazione; sul punto si tornerà in maniera più accurata e approfondita nel capitolo quarto.

## 2.Lo stemperarsi dei profili di differenza.

Avendo ben chiara la distinzione tra le due tipologie di responsabilità, non possiamo sottrarci dall'analisi di altre teorie di autorevoli studiosi che hanno cercato di dare una risposta alle problematiche ricorrenti nella realtà di fatto. Uno su tutti, Francesco Carnelutti, tra i più eminenti avvocati e giuristi italiani, ha avvalorato la tesi di una responsabilità di diritto civile configurabile secondo un modello unitario, partendo dall'idea che il principio dell' *alterum non laedere* sia matrice di una serie di doveri di rispetto che il diritto soggettivo proietta da sé trasformandosi in parametro di condotta per ogni soggetto altro dal titolare<sup>76</sup>. Lo stesso Carnelutti negava che l'*alterum non laedere* fosse in sé un dovere e lo definì: "sintesi di tutti i doveri specifici imposti a ciascuno verso gli altri"<sup>77</sup>.

Partendo da questo assunto, l'autore ricavava l'identità di natura delle due responsabilità, contrattuale ed aquiliana, accomunate proprio dal conseguire come sanzione dalla violazione di doveri di comportamento: "Un obbligo preesiste per la colpa contrattuale come per la colpa aquiliana. La colpa, contrattuale o non contrattuale, non crea ma modifica il rapporto; trasforma il rapporto originario in un rapporto secondario; surroga all' obbligo primitivo l'obbligo di risarcimento", con la conclusione che " la differenza è dunque tutta esteriore e attiene solo alla struttura delle norme, mediante le quali l'obbligo è imposto e il diritto riconosciuto"<sup>78</sup>. Ne risulta una riduzione ad unità della responsabilità di diritto civile, questa volta all' insegna del modello contrattuale. Anche questa teoria però negli anni è stata superata e partendo dall'originario interrogativo sulla natura

---

<sup>76</sup> DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, 164 ss.

<sup>77</sup> F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1912, II, 744.

<sup>78</sup> R. CARNELUTTI, *Op.cit.*, 744 ss.

contrattuale o extracontrattuale della responsabilità del sanitario, vediamo come la descritta dicotomia tende, nella pratica a ridursi notevolmente proprio ove rapportata all'attività medica, al punto da aver indotto taluni Autori a dubitare della portata non solo teorica di tale distinzione<sup>79</sup>.

### 3.L'incremento dei punti di contatto.

Il ridimensionamento di tale bipartizione nel settore sanitario trova fonte, da un lato, nel riconoscimento della possibilità di concorso tra le due forme di responsabilità: dall'altro, nell'assimilazione, dal punto di vista contenutistico e degli effetti, tra i due differenti regimi. Quanto al primo aspetto, costituisce principio giurisprudenziale ormai consolidato che la responsabilità extracontrattuale concorre con quella contrattuale ogniqualvolta all'inosservanza di una previsione negoziale si accompagni la violazione del generale dovere del *neminem laedere*<sup>80</sup>. In altri termini, quando la mancata o inesatta esecuzione dell' obbligazione comporti, al tempo stesso, la lesione dell' interesse creditorio nonché di interessi tutelati nella vita di relazione, dovrà ammettersi la possibilità del concorso. Il concorso, l'ammissibilità del quale ha, soprattutto in passato, diviso gli interpreti, assestati su posizioni contrastanti talora mutate dalle esperienze straniere, si regge, come abbiamo sottolineato in precedenza, sostanzialmente su ragioni "logico-equitative"<sup>81</sup>. La tesi contraria fa perno principalmente sulla "specificità" della tutela creditoria, ovvero sul diritto del creditore alla prestazione che "assorbirebbe", in altre parole, la generica pretesa ad una condotta non dannosa da parte del debitore. A tali osservazioni si è tuttavia obiettato che non sussiste, invero, alcuna oggettiva

---

<sup>79</sup> CATTANEO, *La responsabilità medica nel diritto italiano*, in AA.VV., *La responsabilità medica*, Milano, 1982, 11.

<sup>80</sup> Cass. 20 giugno 2001 n. 8381, in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, 1223.

<sup>81</sup> U. BRECCIA, *Op. cit.*, 672.

incompatibilità tra la tutela specifica di un interesse mediante il rapporto obbligatorio e la tutela generica consistente nel dovere di salvaguardia altrui nella vita di relazione<sup>82</sup>. Il concorso fra diversi titoli di responsabilità ha trovato applicazione in molteplici contesti ma il settore ove maggiormente è stato consentito il concorso delle due forme di responsabilità è proprio quello sanitario. Tale soluzione è stata argomentata dalla considerazione che la negligenza medica possa al contempo rilevare come inadempimento dell' obbligazione assunta dal professionista con il contratto d'opera intellettuale e come fatto produttivo di un danno ingiusto, ogniquale volta leda il diritto alla salute in quanto bene costituzionalmente tutelato (art.32 Cost.). In tal caso, dunque, il paziente potrà, quale creditore insoddisfatto, invocare la responsabilità contrattuale; ma al tempo stesso, ricorrere alle regole di responsabilità aquiliana. In ambito medico, il descritto meccanismo del concorso opera tanto qualora unico sia l'autore dell' illecito, responsabile in forza di entrambi i titoli, e si parla allora di concorso in senso proprio<sup>83</sup>, quanto laddove il fatto lesivo sia imputabile a più soggetti, responsabili a diverso titolo, dando origine al c.d. concorso improprio<sup>84</sup>: è quest' ultimo, secondo alcuni, il caso della riconducibilità del danno al medico e alla struttura sanitaria. I nostri giudici non si preoccupano sempre di soffermarsi sulle ragioni del concorso, né sulla rilevanza ed operatività delle due forme di responsabilità, limitandosi a ripetere la massima secondo cui certamente non può negarsi che nel vigente ordinamento giuridico è ammissibile il concorso di responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale allorché un unico comportamento risalente al medesimo autore e , quindi, un evento dannoso unico nella sua genesi soggettiva, appaia di per se lesivo non solo dei diritti specifici derivanti al contraente dalle clausole contrattuali, ma anche dei diritti assoluti

---

<sup>82</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*, Milano, 2001, 552.

<sup>83</sup> C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile, I*, Torino, 1998, 162.

<sup>84</sup> P. IAMICELI, *La responsabilità civile del medico*, Cendon, 316.

che alla persona offesa spettano di non subire pregiudizi all'onore, alla propria incolumità personale ed alla proprietà di cui è titolare<sup>85</sup>; talora limitandosi a constatare la contestuale violazione dell'obbligo negoziale e del dovere del *neminem laedere*; a volte, infine, semplicemente richiamando la possibilità di valutare taluni aspetti o effetti dell'inadempimento come in concreto rilevanti anche sotto il profilo aquiliano<sup>86</sup>. In realtà, per il giudice può risultare difficile distinguere tra interesse tutelato dal contratto e interesse tutelato anche fuori di esso, venendo comunque in questione nell'uno e nell'altro caso il bene "salute". In altri termini, il qualificare come contrattuale o aquiliana la responsabilità del sanitario finisce con l'essere, nella pratica, un problema meno rilevante di quanto in teoria potrebbe apparire, giacché la prassi giurisprudenziale tende ad utilizzare parametri omologhi per valutare la colpa negoziale o aquiliana.

La tendenza di taluni giudici è di privilegiare il rimedio capace di aderire maggiormente alla fattispecie concreta, che si riveli il più congeniale alle esigenze di tutela del bene "salute". È stato in proposito osservato che in sostanza, la funzione del cumulo della responsabilità medica risponde all'esigenza di offrire tutela al diritto alla salute, senza sottrarla al regime aquiliano anche in quei casi in cui la lesione sia stata la conseguenza di un inadempimento, ma nel contempo adottando per la valutazione della condotta medica uno standard unitario, valevole sia per la responsabilità contrattuale che per quella aquiliana, desumibile dal criterio della diligenza professionale ex. art. 1176 c.c.<sup>87</sup>.

La giurisprudenza opera una sorta di assimilazione tra i criteri di valutazione propri dell'area contrattuale, da un lato, e della sfera aquiliana, dall'altro. Con ciò, ovviamente, non intendendo ignorare

---

<sup>85</sup> Cass. 7 agosto 1982 n. 4437, in *Resp. Civ. prev.*, 1984, 78, con nota di Somarè.

<sup>86</sup> A. BERTOCCHI, *Responsabilità del medico libero professionista*, Giuffrè, Milano, 2004.

<sup>87</sup> R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica*, Padova, 1995, 40.

l'alternativa concettuale tra azione ex. art. 1218 c.c. e azione ex. art. 2043 c.c.: sembra, tuttavia, che tale distinzione, in materia di responsabilità medica, conservi rilevanza unicamente sul piano "processuale" del regime di prescrizione e della ripartizione dell'onere della prova (benché anche in detta prospettiva si registri un avvicinamento tra i due sistemi). Tanto ha indotto a definire la responsabilità medica un vero e proprio sottosistema della responsabilità civile (a sua volta, tuttavia, vero e proprio "macrocosmo", all'interno del quale convivono tanti altri microsistemi, quante sono le specializzazioni dell'arte medica<sup>88</sup>, ove i confini tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale sfumano per dare vita, in una sorta di osmosi, ad una configurazione giuridica che partecipa dei caratteri di entrambe, senza rivelare una chiara appartenenza ad una di esse, se non nell'inquadramento formalmente adottato per la singola fattispecie<sup>89</sup>. In tal senso, la giurisprudenza pare aver elaborato un corpo unitario di regole "transtipico" rispetto alle due categorie<sup>90</sup>: per taluni aspetti si assisterebbe, così, ad una metamorfosi dell'inadempimento contrattuale in illecito aquiliano<sup>91</sup>; sotto altri profili, per contro, l'assimilazione parrebbe avvenire sul piano della responsabilità contrattuale. Quanto alla prima ipotesi, significative si rivelano le elaborazioni relative al nesso causale ed al pregiudizio, sovente qualificato in termini di ingiustizia, prima che di risarcibilità. In ordine, invece all'avvicinamento sul piano negoziale, esso emerge, in particolare, dalla caratterizzazione della colpa: se, in generale, la diversa valutazione della condotta del debitore rispetto a quella del danneggiante si basa sulla esigibilità di un differente livello di diligenza, tale differenza in materia di responsabilità medica sembra

---

<sup>88</sup> M. ROSETTI, *Errore, complicità e fatalità: gli incerti confini della responsabilità civile in ostetricia e ginecologia*, in *Danno e responsabilità*, 2001, 13.

<sup>89</sup> R. DE MATTEIS, *Op. cit.*, 1.

<sup>90</sup> V. ROPPO, *La responsabilità civile dell'impresa nel settore dei servizi innovativi*, in *Contr. e impresa*, 1993, 894.

<sup>91</sup> R. DE MATTEIS, *Op. cit.*

sfumare. Si è così significativamente parlato di processo di contrattualizzazione della responsabilità, giunto persino all'individuazione, da parte di taluni interpreti, di una responsabilità contrattuale anche in ipotesi si riconosciuta assenza di qualsivoglia vincolo obbligatorio, rinvenendone la fonte in un rapporto negoziale di fatto o da contatto sociale.

Alla luce di tali considerazioni, ed in accordo con dottrina e giurisprudenza prevalenti, pur mantenendo salda la distinzione dogmatica tra le due categorie di responsabilità, si ritiene opportuno procedere ad una trattazione congiunta delle (comunque diverse) responsabilità configurabili in capo al medico.

#### 4. La zona grigia tra illecito e contratto.

Nella c.d. "area di turbolenza" ai confini tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale confluiscono una serie di ipotesi che mal si prestano ad una rigida catalogazione ascrivibile all'una o all'altra responsabilità. In questa "zona grigia", gli ordinamenti stranieri hanno cercato di confinare il danno meramente patrimoniale, sicuramente una considerazione riduttiva, dato che, come vedremo, in questa zona grigia si collocano la più variegata molteplicità di fattispecie. Non solo quindi le ipotesi di danno meramente patrimoniale ma anche ipotesi di danno conseguente alla violazione di situazioni giuridiche soggettive<sup>92</sup>. Vediamo le informazioni erranee o non veritiere date da un professionista ad esempio una banca nei confronti del suo cliente, la responsabilità degli intermediari e infine, ciò che ci interessa più da vicino, il danno cagionato dal medico a un paziente nell'adempimento di una prestazione di lavoro in una struttura sanitaria. Sul punto Carlo Castronovo si sofferma molto, affermando

---

<sup>92</sup> C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione: ai confini tra contratto e torto*, 10 ss.

che la forma giuridica del torto extracontrattuale appare insufficiente, in quanto :”*annega in una troppo generica responsabilità del chiunque*”, soggetti fino a quel momento estranei, laddove uno specifico obbligo di attenzione sembra già esistere<sup>93</sup>.

Facendo perno sul contenuto o meglio il risultato del rapporto obbligatorio che è appunto “l’obbligo di prestare”, si nota come ormai il suddetto obbligo è coronato da altri obblighi che tutelano interessi ulteriori di ciascuna delle parti. Tali obblighi sono funzionalmente connessi all’ obbligo principale e pertanto l’eventuale violazione comporta una responsabilità contrattuale, analogamente all’inadempimento della prestazione. Presi singolarmente però tali obblighi, costituiscono un rapporto di contenuto ridotto rispetto a quello dell’obbligazione ordinaria, a metà strada tra l’assenza di previo rapporto che caratterizza la responsabilità extracontrattuale e il rapporto obbligatorio pieno che in genere precede la responsabilità contrattuale. Si parla di “obblighi di protezione”, considerati autonomi rispetto all’ obbligo di prestazione, oltre che sul piano della struttura, anche su quello della fonte: nascono dalla legge anche quando fonte dell’ obbligazione sia il contratto<sup>94</sup>. Il problema quindi riguarda quegli obblighi di protezione che presi singolarmente e “sganciati” da un originario obbligo di prestazione, danno vita, in caso di danno, a responsabilità contrattuale come conseguenza tipica della violazione di obblighi. Questa però è solo una delle possibili configurazioni che in dottrina e giurisprudenza hanno cercato di dare alla natura di questa responsabilità.

La questione rimane aperta e le possibilità configurabili sono tre: a) unicità di natura della responsabilità contrattuale e di quella aquiliana, c.d. *reductio ad unum* della responsabilità di diritto civile<sup>95</sup>; b) *tertium*

---

<sup>93</sup> *Op.cit.*, 11 ss.

<sup>94</sup> C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1990, 4.

<sup>95</sup> C. CASTRONOVO, *Le frontiere nobili, cit.*, 561.

*genus* tra contratto e torto; c) tradizionale bipartizione della responsabilità di diritto civile.

In dottrina inoltre, di fronte al dilagante fenomeno della c.d. "ipertrofia del contratto"<sup>96</sup>, due sono le strategie elaborate: quella della c.d. "terza via"<sup>97</sup>, diretta a far confluire al suo interno tutte le ipotesi tipiche di responsabilità che non rientrano né nel modello extracontrattuale né nel modello contrattuale; e quella della riscoperta, per dir si voglia della portata generale del principio del *neminem laedere*, in una prospettiva di graduale superamento dell'antinomia tra modello contrattuale e modello extracontrattuale di responsabilità<sup>98</sup>. La strategia della c.d. terza via che negli anni 70 aveva suscitato l'interesse della più autorevole dottrina tedesca, di recente è stata oggetto di uno studio diretto a costruire una vera e propria "teoria dell'obbligazione quasi-contrattuale"<sup>99</sup>. Si è arrivati a parlare di una vera e propria "politica del diritto quasi-contrattuale" che suggerirebbe di proteggere le aspettative legittime connesse con le nuove forme sociali che dall'autodeterminazione sociale si dirigono verso l'eterodeterminazione normativa e che, al tempo stesso sarebbero aggregabili nella categoria concettuale della "autodeterminazione del vincolo senza contratto". Così facendo, la normativa contrattuale si sgancia dal classico modello del contratto e dai principi che vi si ispirano, in particolare dal principio della volontà e del formalismo, così da dar vita a un sistema aperto di atti autovincolanti, molto vicino al sistema nordamericano del *promissory estoppel*<sup>100</sup>.

Al fine di porre rimedio alla già citata "ipertrofia del contratto" e dopo aver constatato l'inservibilità della c.d. "terza via", si è arrivati alla c.d.

---

<sup>96</sup> K. KREUZER, *Entscheidungen. Bürgerliches Recht*, in JZ, 1976, 778.

<sup>97</sup> C.W. CANARIS, *Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten*, in *Festschrift...*, 80.

<sup>98</sup> F.D. BUSNELLI-S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Giappichelli, Torino, terza edizione, 2013, 324 ss.

<sup>99</sup> J. KONDGEN, *Habilitationschrift*, 97 ss.

<sup>100</sup> J. KONDGEN, *Op.cit.*, 114 ss.

“riscoperta” del principio generale del *neminem laedere*; questo perché ci si è resi conto come tutti i casi che dovrebbero giustificare la configurazione di tale “terza via” sarebbero, a ben vedere, autentici casi di illecito extracontrattuale.

Il punto di snodo di questa tendenza è la rivalutazione di un “postulato giuridico-ideale” su cui si fonda l’intera disciplina della responsabilità per danni, partendo dall’ assunto che essendo espressione del principio romano del *neminem laedere* dovrebbe mirare alla protezione tendenzialmente più ampia dei danneggiati<sup>101</sup>. Il legislatore quindi, con la sua attività, non ha fatto altro che delimitare le pretese risarcitorie, le quali non dovrebbero avere come presupposti indefettibili i soli diritti soggettivi assoluti, ma anche “rapporti giuridici speciali”. In questa rinnovata prospettiva si consolida la tendenza ad una riconsiderazione dei rapporti, non più antagonistici, tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. La zona più fertile dell’ intera “terra di nessuno” è l’ipotesi di responsabilità da informazioni inesatte; questo perché la centralità dell’ affidamento postula un collegamento tra due o più soggetti: al rapporto contrattuale corrisponde, in ambito extracontrattuale, un collegamento, eventualmente ricostruibile ex post, tra chi fornisce l’informazione e i terzi destinatari dell’ informazione secondo il canone della ragionevole imprevedibilità. Il criterio generale di imputazione della responsabilità da affidamento è sempre la colpa, la quale deve essere provata dal danneggiato tanto in via di azione extracontrattuale(artt.2043,2697c.c.), quanto in via di azione contrattuale, e questo perché, com’è noto, la giurisprudenza attribuisce di regola all’obbligo di informazione, natura di obbligazione c.d. di mezzi<sup>102</sup>. Oggi quindi si è pervenuti alla consapevolezza che la natura contrattuale della responsabilità , non dipende da un consenso che di per se può mancare ma dalla

---

<sup>101</sup> E. PICKER, *Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo*, in *AcP*, 1983, 369-520.

<sup>102</sup> F.D. BUSNELLI-S. PATTI, *Op.cit.*, 320 ss.

valutazione che alla stregua di esso l'ordinamento possa fare di comportamenti soggettivi. Proprio con la scoperta della *culpa in contraendo* ad opera di Jhering si è cominciata ad accreditare una responsabilità che, in anticipo e a prescindere dall'effettivo sorgere di un rapporto da un contratto, nei contenuti "mimava" in parte la responsabilità conseguente alla violazione di un tale rapporto e nella natura si identificava completamente con essa. Successivamente altri studiosi, uno su tutti K. Larenz sostennero però che l'affidamento reciproco poteva generare una responsabilità contrattuale solo in presenza di altri elementi in grado di giustificare il superamento dei confini di quella aquiliana. Dolle rileva infatti che non qualsiasi contatto più o meno causale dovesse dar vita a responsabilità contrattuale bensì quelli nei quali l'affidamento fosse specificamente e volutamente generato da una parte e perseguito dall'altra<sup>103</sup>.

---

<sup>103</sup> C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini fra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997.

### CAP.3

#### LA NATURA DELLA RESPONSABILITA' DEL MEDICO DIPENDENTE DALLA STRUTTURA SANITARIA

##### 1. La tesi della natura extracontrattuale.

Un primo orientamento riconduce la responsabilità del medico inserito all'interno di una struttura sanitaria (sia essa pubblica o privata) all'alveo extracontrattuale. A tal proposito è utile far riferimento alla sentenza che ha segnato i caratteri di questa, ormai anacronistica configurazione. La sentenza in questione è la n.1716 del 24 marzo 1979, Cass., relativa ad un errore diagnostico da parte del medico ospedaliero; questo errore aveva portato la paziente a sottoporsi ad una "inadeguata" terapia radiologica, a causa della quale la stessa aveva subito la totale perdita della capacità di procreare. La Cassazione afferma che l'accettazione del paziente nell'ospedale ai fini del ricovero oppure di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto d'opera professionale. Contratto, questo, che viene concluso tra il paziente e l'ente ospedaliero, il quale assume a proprio carico, nei confronti del paziente, l'obbligazione di svolgere attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica in relazione alla specifica situazione patologica del paziente preso in cura. Parte nel contratto d'opera professionale, e nel conseguente rapporto obbligatorio, è l'ente ospedaliero ed esso soltanto, non anche il medico dipendente che provvede in concreto allo svolgimento dell'attività diagnostica e della conseguente attività terapeutica. In sede di conclusione del contratto e di esecuzione della dovuta prestazione professionale, di fronte al paziente si pone esclusivamente la soggettività giuridica dell'ente ospedaliero, nel quale il medico dipendente si immedesima per effetto del rapporto organico, sì che non rileva, nell'ambito e sotto l'aspetto dell'attività diagnostica e terapeutica, il suo status di soggetto di diritto, essendo egli organo per

mezzo del quale l'ente ospedaliero adempie la prestazione professionale che è il contenuto dell' obbligazione assunta a proprio carico con la conclusione del contratto<sup>104</sup>. *“In realtà l'attività diagnostica e terapeutica è dovuta, nell'ambito di un preesistente rapporto, sia dall'ente ospedaliero sia dal medico dipendente, ma da ciascuno di questi, sotto un diverso profilo e nei confronti di un diverso soggetto. Quanto all' ente ospedaliero, l'attività è dovuta nei confronti del paziente, quale prestazione che l' ente si è obbligato ad adempiere con la conclusione del contratto d'opera professionale. Quanto al medico dipendente, l'attività è dovuta nei confronti dell' ente ospedaliero nell'ambito del rapporto di impiego pubblico che lo lega all'ente e quale esplicazione della funzione che è obbligato a svolgere”*<sup>105</sup>. Posta questa bipartizione sotto i due profili soggettivi e, conseguentemente, nell' ambito dei due diversi rapporti, si bipartisce anche l'incidenza dell' errore diagnostico o terapeutico nell' uno e nell' altro rapporto. Nel rapporto obbligatorio contrattuale esistente fra l'ente ospedaliero ed il paziente, l'errore si traduce in un inesatto adempimento dell' obbligazione avente per contenuto la prestazione professionale: inesatto adempimento che è proprio dell' ente ospedaliero, parte del contratto d'opera professionale e nel conseguente rapporto da esso generato, e non anche del medico dipendente, il quale non è parte in quel contratto e perciò nel conseguente rapporto. Nel rapporto di impiego pubblico esistente fra l'ente ospedaliero ed il medico dipendente, l'errore si traduce in un inesatto svolgimento della funzione di cui il medico è investito, con la conseguente responsabilità di questi verso l'ente da cui dipende nell' ambito del rapporto di impiego pubblico. Non è configurabile una responsabilità contrattuale del medico dipendente da ente ospedaliero, verso il paziente, in conseguenza dell'errore diagnostico o terapeutico

---

<sup>104</sup> Cass. 24 marzo 1979, n. 1716, in *La responsabilità medica*, Giuffrè, Milano, 2004, 170 ss.

<sup>105</sup> Cass. Civile, Sez.III, 22 gennaio 1999 n.589, in *Corr. Giur.*, 1999, 446.

da lui commesso. Il quale errore, però, rileva, cioè sotto il profilo della responsabilità extracontrattuale<sup>106</sup>.

Realisticamente, alla luce di questa prima sentenza e delle successive, l'inquadramento più corretto della responsabilità personale del sanitario è nel senso dell' applicazione dell' art. 2043 c.c., perché il rapporto contrattuale si instaura quasi sempre direttamente fra l'ente e il paziente, non fra il medico e il suo cliente<sup>107</sup>; la qualificazione della responsabilità dell' operatore sanitario verso il malato in termini di responsabilità extracontrattuale comporta quindi l'inapplicabilità dell' art. 2236 c.c.

Nella dimensione extracontrattuale, presupposto basilare della responsabilità è la prova della lesione di un interesse a fronte di un' attività lesiva non giustificata e con un esito del giudizio di ingiustizia che faccia ritenere prevalente l'interesse leso e tale da giustificare il rimedio risarcitorio; anche l'insegnamento storico della dottrina sull' ingiustizia del danno ha sovente affermato che l'art. 2043 non costituisce norma secondaria, ma racchiude in sé una clausola generale primaria, espressa nella formula "danno ingiusto", in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell' ingiustizia, in quanto lesivo di interessi ai quali l'ordinamento, prendendoli in considerazione sotto vari profili, attribuisce rilevanza<sup>108</sup>.

Come abbiamo già accennato in precedenza, secondo questo primo orientamento, ormai superato, l'accettazione del paziente nella struttura ospedaliera comporterebbe la conclusione di un contratto di

---

<sup>106</sup> Cass. 24 marzo 1979 n. 1716, cit. in *Op. cit.*, 170 ss.

<sup>107</sup> G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, 230 ss.

<sup>108</sup> E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, in *Diritto Civile*, Lipari e Rescigno, 2009, 137 ss.

opera professionale tra il paziente e l'ente ospedaliero stesso<sup>109</sup>. Sarebbe, dunque, la struttura sanitaria ad assumere in proprio l'obbligo di compiere l'attività diagnostica e terapeutica, mentre il medico risulterebbe estraneo a tale rapporto contrattuale, e non potrebbe che rispondere in via extracontrattuale, *ex* articolo 2043 c.c.<sup>110</sup>.

Il sanitario non avrebbe, dunque, alcun obbligo diretto nei confronti del paziente, ma, ove dipendente, in forza del contratto di lavoro subordinato stipulato con l'ente ospedaliero, sarebbe contrattualmente obbligato verso quest'ultimo.

È da notare come, anche nelle pronunce che hanno sostenuto tale tesi, si sia comunque affermata, se pur in un momento successivo, l'applicabilità dell'articolo 2236 c.c.<sup>111</sup>, che limita la responsabilità del prestatore d'opera ai soli danni cagionati da dolo o colpa grave nel caso in cui la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, affermando che l'extracontrattualità dell'illecito del medico dipendente non osta all'applicazione analogica di tale disposizione. Ritenendosi, infatti, che la *ratio*, esplicitata anche nella Relazione al codice civile, consista nella necessità di non mortificare l'iniziativa del professionista nella risoluzione di casi particolarmente difficili, e potendosi essa rinvenire a prescindere dalla diversa qualificazione dell'illecito, si giustifica l'estensione della limitazione di responsabilità anche all'ambito extracontrattuale<sup>112</sup>.

---

<sup>109</sup> R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Cedam, Padova, 1995, 3.

<sup>110</sup> V. ZENO-ZENOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 3, 297 ss.

<sup>111</sup> Cass., sez. III civ., sent. 20 novembre 1998 n. 11743, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 2402 ss.

<sup>112</sup> Cost., sent. 28 novembre 1973, n. 166, in <http://www.giurcost.org/it>.

## 2. La tesi della natura contrattuale.

La qualificazione contrattuale della responsabilità del medico dipendente, pur in mancanza di un vincolo negoziale diretto col paziente, è variamente argomentata e costituisce attualmente la questione più complessa della materia. La dottrina tedesca svolge un ruolo importante in questa attuale e definitiva configurazione e le argomentazioni italiane si basano sulla distinzione tra obbligazioni di mezzo e obbligazioni di risultato, sul richiamo alla categoria degli obblighi di protezione, sulla costruzione di un obbligo senza prestazione e infine sulla figura del contratto con effetti di protezione verso il terzo.

Partendo dalla distinzione tra obbligazioni di mezzo e obbligazioni di risultato, vediamo come tale distinzione è un punto fermo in giurisprudenza ed inquadra la prestazione del medico all'interno della categoria delle obbligazioni di mezzi e non di risultato; questo perché egli non è tenuto a garantire l'esito positivo delle cure apprestate al paziente<sup>113</sup>.

La dottrina ha inoltre ampiamente chiarito il carattere generale della disposizione che impone al debitore un obbligo di diligenza media, non un obbligo che si estende fino a tutto lo sforzo umanamente possibile, sì che si debba poi ritenerlo responsabile fino alla prova dell'impossibilità assoluta o materiale (art.1176 c.c.)<sup>114</sup>.

Concentrandoci poi sull'oggetto della prestazione, vediamo che se l'oggetto è un'attività, il debitore deve una prestazione diligente, rispetto alla quale il risultato sperato dal creditore rimane per così dire sullo sfondo, come criterio orientativo del "cosa" e del "come" fare,

---

<sup>113</sup> P. IAMICELI, *La responsabilità civile del medico*, in *La responsabilità civile*, Torino, Utet, 1998, 343 ss.

<sup>114</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile, L'obbligazione*, Milano, 1990, 70 ss.

selezionando e orientando la scelta dei mezzi idonei allo scopo. Così, pensando alla prestazione medica o meglio al fine ultimo e sperato di quest' ultima, il "risultato della guarigione", certo non dovuto, pensiamo alla malattie tumorali in fase terminale, indica e seleziona le terapie adeguate al suo (sperato) conseguimento. Il medico perciò, pur se il malato non guarisca, avrà adempiuto la sua obbligazione ove abbia diligentemente scelto e applicato le cure appropriate per conseguire la guarigione. Sarà invece inadempiente quando la terapia sia stata inadeguata o, magari, sia stata scelta essenzialmente per un fine diverso dalla guarigione, come sperimentare un farmaco o un nuovo metodo terapeutico. E analogamente, il medico risulterà comunque inadempiente, pur quando il malato sarà guarito, ove egli abbia ommesso le cure appropriate o commesso un errore terapeutico; e ciò potrà rilevare, se non sul piano del risarcimento, nel senso di escludere ad esempio il diritto al compenso.

Quando invece oggetto dell'obbligazione è un risultato, ad esempio la realizzazione di una protesi o un trapianto di capelli, l'attività impiegata per conseguirlo rileverà propriamente come mezzo o strumento a discrezione del debitore, ma anche in tal caso, la diligenza dovuta è quella media, con la conseguenza che il debitore non sarà inadempiente se il risultato non era comunque conseguibile con l'impiego di tale livello di diligenza, semplicemente non avrà diritto al corrispettivo, non avendo conseguito il risultato dovuto<sup>115</sup>. Piuttosto, e in ciò emerge la differenza rispetto alle obbligazioni di attività, è il caso di sottolineare che l'attività necessaria rileva solo sotto il profilo strumentale, e come tale rimane in linea di principio a discrezione del

---

<sup>115</sup> "Ovviamente, la responsabilità sarà da escludere solo se il risultato non sia stato conseguito per il sopravvenire di fattori specifici, non se, già ex ante, esso poteva valutarsi come non raggiungibile. Quanto al diritto al compenso, poi, esso dipenderà anche dal tipo di circostanze sopravvenute: se queste attengono alla "sfera di rischio" propria del paziente, il mancato conseguimento del risultato resterà a suo carico, mantenendo il medico il diritto al compenso per l'attività svolta": Massimo Paradiso, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, 3ss.

debitore , e non è suscettibile, almeno *ex post*, di sindacato o valutazione; una volta conseguito il risultato dovuto non importa che i mezzi siano stati appropriati o no, diligenti o imprudenti. Così è a dirsi, ad es., per una operazione di chirurgia estetica assolutamente temeraria ma coronata da successo: al più potrà aversi responsabilità disciplinare del medico, non certo inadempimento.

Per quanto riguarda il secondo orientamento volto a dare un fondamento alla responsabilità del medico, si richiamano i c.d. “obblighi di protezione”<sup>116</sup>. L’obbligo di cautela e il dovere di non ledere interessi altrui, pur se non specificamente dedotti in contratto, fanno parte della prestazione dovuta: l’obbligazione si riferisce già di per se ad una “prestazione di contenuto prudente”.<sup>117</sup> Essa dunque non ha un contenuto accessorio ma fa parte dell’oggetto del contratto, che include la tutela di quelle sfere di interessi, la cui lesione si configuri come realizzazione di un rischio tipicamente connesso alla prestazione. A prescindere però dall’utilità di tale prestazione, nella realtà di fatto, rimarrebbero fuori dallo schema, tutte le ipotesi in cui sono proprio i trattamenti sanitari “principali”, non le cautele accessorie o di protezione, a non essere state eseguite correttamente o a causare un peggioramento. Infine, la nozione di obbligo di protezione risulta inadeguata quando si tratti di inquadrare rapporti in cui sia dedotto non l’interesse a preservare uno stato attuale, bensì l’interesse a migliorarlo, che è la ragione per la quale ci si rivolge al medico<sup>118</sup>.

Se dunque la categoria degli obblighi di protezione non appare idonea ad inquadrare la responsabilità del medico quando sussiste un contratto

---

<sup>116</sup> C.M. BIANCA, *Op.cit.*, 93ss.

<sup>117</sup> C.M. BIANCA, *Op.cit.*, cit.

<sup>118</sup> P. IAMICELI, *Responsabilità del medico dipendente: interessi protetti e liquidazione del danno*, in *Corr.giur.*, 2000, 376 ss.

diretto con il paziente, tanto meno essa apparirà congrua nei casi in cui detto contratto manchi<sup>119</sup>.

Il richiamo all'obbligazione senza prestazione, nella sentenza della cassazione n. 589 del 1999 e successive pronunce, appare forse il più problematico fra i tentativi di fondare la responsabilità diretta del medico dipendente da una struttura ospedaliera. Tale orientamento dapprima esclude che il debitore sia tenuto, *ex contractu* a proteggere la sfera altrui, e poi ipotizza obblighi aggiuntivi, estranei al contenuto proprio dell' obbligazione. Contro tale inquadramento possono valere le obiezioni che proprio la dottrina in esame, giustamente, muove alla qualificazione della responsabilità come "extracontrattuale". Invero, il rapporto tra paziente e medico, pur quando questi sia dipendente dell' ospedale che ha in cura il malato, è troppo complesso e articolato, troppo ricco di contenuto perché possa essere esaurito in tale obbligo<sup>120</sup>. E soprattutto, se per un verso appare artificioso scindere la prestazione dovuta all' ospedale da quella dovuta al paziente, dall'altro, è stato rilevato che l'interesse a non subire danni connessi all'esecuzione del contratto si identifica in definitiva con l'interesse all'esatto adempimento<sup>121</sup>.

L'ultima configurazione con la quale si è cercato di dare un fondamento alla responsabilità del medico dipendente dalla struttura sanitaria è il contratto con effetti di protezione verso un terzo; anche questa destinata a molti rilievi critici. Secondo questa configurazione infatti, l'ospedale rimane la controparte contrattuale mentre il malato assumerebbe la veste di terzo, protetto indirettamente dal contratto<sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> M. PARADISO, *Op.cit.* 4.

<sup>120</sup> A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. Giur.*, 1999, 451 ss.

<sup>121</sup> L. MENGONI, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"*, 1954, 185ss.

<sup>122</sup> F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, in *Foro.it*, 1, c. 3332, c.3336.

Anche questa configurazione però rischia, per un verso di sminuire il ricco contenuto dell' obbligazione del medico a un mero dovere di protezione dell' altrui sfera giuridica; per l'altro si "mistifica" la realtà sostenendo che il medico deve osservare gli obblighi professionali verso l'ente ospedaliero e non verso il malato.

Detto ciò, vediamo che obblighi di protezione, obbligazione senza prestazione e contratto con effetti protettivi a favore di terzo, sono inidonei a render conto della complessità di contenuto del rapporto medico-paziente e della sua attuale evoluzione.

*"In particolare, tali impostazioni appaiono complessivamente legate a un quadro di riferimento dell'attività medico-sanitaria che non corrisponde più a quella odierna, nella quale, come vedremo, trovano collocazione vere e proprie obbligazioni di risultato: e dunque non si tratta più soltanto di proteggere il malato dai danni all' integrità fisica, bensì di conseguire un miglioramento o addirittura un vero e proprio risultato positivo"<sup>123</sup>.*

Troppo articolato e complesso è infatti detto rapporto e troppi numerosi sono gli obblighi di prudenza, attenzione e competenza professionale richiesti al medico, perché possano essere inquadrati nel generico dovere di non arrecare danno ad altri. Per Paradiso la responsabilità aquiliana nella nostra materia è solo un "residuo" nel tempo, quando ci si rifiutava di qualificare come "contratto" il rapporto tra medico e malato, per timore di sminuire la figura del medico, ridotto ad un prestatore d'opera, prezzolato al pari di un mercenario. Ciò è tanto vero, che in passato si negava la qualifica di controprestazione al compenso che veniva corrisposto al

---

<sup>123</sup> M. PARADISO, *Op.cit.*, 6.

professionista. Il compenso infatti, veniva visto più come una regalia, un omaggio ad honorem; da qui il termine “onorario”.<sup>124</sup>

Al tempo, tale impostazione, era per così dire “accettabile”, alla luce della medicina spesso solo palliativa e dalla quale, in fondo, non ci si aspettava nulla, se non quanto ancora ammonisce il vecchio brocardo: “*primum non nocere*” (e nel quale il non nocere, oltre che *primum*, era anche troppo spesso, l’*unicum*)<sup>125</sup>. In tale quadro, ben si comprende come la responsabilità del medico, che già costituiva un notevolissimo passo in avanti, non potesse che essere extracontrattuale: quella responsabilità che deriva non già dal non aver guarito l’ammalato, ma solo dall’ avergli, con grave imperizia, cagionato il danno.

Oggi viceversa al medico si chiede ben altro, tanto che può dirsi superato lo stesso riferimento all’attività medica come obbligazione soltanto di mezzi e non di risultato<sup>126</sup>. Anche se ordinariamente oggetto dell’ attività medica è la cura diligente, da cui esula la guarigione come esito dovuto, sempre più numerose sono le ipotesi in cui nel contratto viene schiettamente dedotto un risultato, il cui mancato conseguimento comporta inadempimento e, se del caso, responsabilità; basti pensare alle protesi dentarie, alla chirurgia estetica e ricostruttiva, alle stesse analisi cliniche; e ancora ai trattamenti farmacologici di potenziamento muscolare e agli interventi chirurgici di sterilizzazione e di modificazione dei caratteri sessuali. Ovviamente qui l’interesse dedotto in contratto è palesemente il conseguimento di un certo risultato, e di un risultato utile, non certo l’interesse a una mera attività diligente e tanto meno il solo interesse a non subire danni ingiusti<sup>127</sup>.

---

<sup>124</sup> D. CARUSI, *Responsabilità del medico e obbligazione di mezzi*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1991, 486.

<sup>125</sup> M. PARADISO, *Op.cit.*, 6.

<sup>126</sup> A. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, 36.

<sup>127</sup> Cass. 25 novembre 1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2913, con nota di SCODITTI.

Limitarsi al profilo della responsabilità aquilliana quindi significherebbe farsi sfuggire il dato più significativo e caratterizzante, il modo in cui oggi realmente si atteggia il rapporto medico-paziente.

### 3. La tesi della responsabilità contrattuale da contatto sociale.

Entrambe le letture, tuttavia presentano dei profili poco convincenti. Troppo riduttivo e alquanto garantista appare restringere la responsabilità del medico nell'alveo della responsabilità contrattuale, infatti difficilmente poteva configurarsi un rapporto contrattuale tra medico e paziente, tale da identificare un eventuale danno come inadempimento contrattuale. Ancor più problematico e insoddisfacente appare ricondurre nell'ambito dell'art. 2043 c.c. la responsabilità del medico, in quanto costui, a prescindere dalla natura del rapporto di lavoro che intercorre con l'ente ospedaliero, non può essere considerato a mio avviso un *quisque de populo*, quindi anche se il paziente, di fatto non sceglie il medico nel momento in cui si rivolge alla struttura, l'operato del professionista non può essere, per così dire, "condizionato" dal rischio di commettere un più generico "*neminem laedere*" e considerato alla stregua della condotta di chiunque altro soggetto; inoltre questa norma impone che il paziente stesso debba provare il danno, il fatto illecito, e il nesso di causalità, oltre ad avere il ridotto termine quinquennale di prescrizione del diritto. È inutile ribadire come tale onere si configurasse alla stregua di una *probatio diabolica*.

Per ovviare a tutte queste difficoltà, si è arrivati all'adozione della teoria del cd. "contatto sociale", mutuata dalla dottrina tedesca, secondo cui il rapporto tra il sanitario che deve prendersi cura del

paziente, e il paziente che a lui si affida, genera un “contatto”, inteso quale situazione giuridica qualificata<sup>128</sup>.

La responsabilità del medico per i danni cagionati dall’ espletamento dell’ attività sanitaria ha, pertanto, comunque natura contrattuale, ma derivante dalla posizione di garanzia che il sanitario assume nei confronti del paziente a seguito dell’ affidamento che quest’ultimo ripone in colui che esercita una professione protetta avente a oggetto il bene, costituzionalmente tutelato, della salute. Al medico, quindi non viene chiesto un più generico *non facere*, cioè un puro rispetto della sfera giuridica altrui, ma quel *facere* nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l’attività in ogni momento. Per questo motivo, a prescindere dall’esistenza o meno di un contratto d’opera professionale tra paziente e medico, la prestazione sanitaria è la medesima e anche se non c’è un contratto e quindi il conseguente obbligo di prestazione in capo al medico, è la sua stessa qualifica professionale che lo obbliga ad attivarsi nei confronti di chi ha fatto affidamento su tale professionalità<sup>129</sup>. L’obbligo alla prestazione sanitaria che incombe in capo al medico può derivare dall’esistenza stessa del contratto, eccetto le ipotesi in cui la prestazione è obbligatoria per legge; ovviamente qualora il medico non sia tenuto alla prestazione sanitaria, ad esempio perché non c’è un contratto e la sua prestazione non è obbligatoria per legge, il paziente non potrà pretendere nulla, ma se il medico intervenisse ugualmente la sua prestazione dovrà avere lo stesso contenuto di quella che avrebbe se fosse scaturita da un contratto<sup>130</sup>.

Questi assunti sono stati recepiti dalla giurisprudenza, andando a formare l’orientamento attualmente prevalente in materia<sup>131</sup>. Il paziente ha adesso il più lungo termine prescrizione di dieci anni per

---

<sup>128</sup> Cass. Sez. III, 22 gennaio 1999 n.589, in *Foro it.*, 1999, I, 3332.

<sup>129</sup> Cass. civ., Sez. III, 9 ottobre 2012, n. 17143, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, 10, 1190.

<sup>130</sup> M. SCIASCIA, *La responsabilità patrimoniale del funzionario pubblico verso i terzi*, Giapeto Editore, 2015, 91.

<sup>131</sup> Cass. civ., Sez. Un. 11 gennaio 2008 n.577 in, *Resp. civ. e prev.*, 2008, 849.

esercitare il diritto. Inoltre dovrà provare solamente l'esistenza del contatto sociale, l'insorgenza o l'aggravamento della patologia e allegare l'inadempimento del sanitario astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del medico dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato rilevante. Sul versante risarcitorio, la dottrina ha precisato come l'obbligo idoneo a dar luogo alla tutela risarcitoria possa configurarsi come preesistente tra le parti anche oltre quanto espressamente dedotto in un rapporto contrattuale<sup>132</sup>. Il contatto sociale, può dar luogo a obblighi tra le parti anche nella fase che precede la conclusione stessa di un contratto; l'obbligazione risarcitoria può nascere quindi da rapporti contrattuali di fatto, come quello che si instaura tra paziente e medico ospedaliero, della stessa natura di quello proprio di una fattispecie negoziale e soggetto alla medesima disciplina anche sotto l'aspetto della tutela risarcitoria. Il paziente dunque che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell' obbligazione sanitaria deve provare il contratto e/o il contatto e allegare l'inadempimento del professionista, che deve consistere in un aggravamento della situazione patologica del paziente e nell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell' intervento, restando a carico dell' obbligato, sia esso il sanitario o la struttura, la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile<sup>133</sup>.

La cassazione inoltre è intervenuta anche in tema di responsabilità professionale del medico-chirurgo, affermando più volte che sussistendo un rapporto contrattuale , quand'anche fondato sul solo contatto sociale, in base alla regola di cui all'art. 1218 c.c., il paziente ha l'onere di allegare l'inesattezza dell' inadempimento, né la colpa né,

---

<sup>132</sup> C. SALVI, *La responsabilità civile*, 2005, 15.

<sup>133</sup> Cass. civ., Sez. III, 28 maggio 2004 n. 10297, in *Danno e resp.*, 2005, 1, 34 -43 con nota di R. DE MATTEIS.

tanto meno, la gravità di essa, dovendo il difetto di colpa o la non qualificabilità della stessa in termini di gravità (nel caso di cui all'art. 2236c.c.) essere allegare e provate dal medico<sup>134</sup>.

Natura contrattuale ha quindi la responsabilità del medico ospedaliero anche in caso di inesistenza di un pregresso rapporto obbligatorio col paziente poiché con quest'ultimo, nel momento in cui il sanitario decide di intervenire, si instaura un rapporto contrattuale di fatto<sup>135</sup>.

La giurisprudenza ha quindi affermato la sussistenza di responsabilità contrattuale del medico dipendente da istituto sanitario accanto a quella dell' istituto stesso, dal momento che il sanitario, per il fatto stesso di operare "professionalmente" nei confronti di un paziente che si era affidato all' istituto del quale il medico stesso dipende, quest'ultimo acquista i diritti e assume direttamente gli obblighi riconnessi alla stipulazione di un ordinario contratto di prestazione di opera professionale<sup>136</sup>. Parrebbe così aprirsi, ha sottolineato la dottrina, un inedito spiraglio per l'antica categoria del *quasi-contractus*, dovendosi peraltro individuare con rigore il criterio per il quale il contatto sociale, di natura non negoziale, possa dar luogo a un' obbligazione di natura squisitamente contrattuale<sup>137</sup>. Facendo riferimento al sanitario dipendente di una struttura ospedaliera pubblica, nel caso di fatto illecito, sia la responsabilità dell'ospedale che del medico sono regolate dalle norme sulla responsabilità contrattuale in quanto, ancorché non sussista un rapporto contrattuale tra il paziente ed un medico, per effetto del "contatto sociale" venutosi a creare tra tali soggetti, il secondo è tenuto all'osservanza delle regole

---

<sup>134</sup> Cass. civ., Sez III, 21 giugno 2004 n. 11488, in *Giur. romana*, 2004, 152.

<sup>135</sup> Trib. Roma, 20 gennaio 2004 in *Foro it.*, 2004, I, 909.

<sup>136</sup> C. SALVI, *La responsabilità civile*, 2005, 10ss.

<sup>137</sup> C. SALVI, *Op. cit.*

proprie del contratto d'opera professionale e delle relative prescrizioni in punto di diligenza, perizia e prudenza<sup>138</sup>.

Il rapporto medico-paziente e i problemi ad esso connessi si sono posti solo dopo il diffondersi e lo svilupparsi del servizio sanitario nazionale. Tutto ciò si è diffuso tra gli anni ottanta e novanta del secolo scorso, in relazione ai danni subiti dal paziente, mal curato dal medico pubblico, non da lui scelto né pagato, perché stipendiato dalla P.A..

Il cittadino, mal curato, si rivolgeva, per il risarcimento dei danni che riteneva di aver subito, direttamente o in via solidale alla struttura sanitaria, come danni da inadempimento regolati dall' art. 1218 c.c. anche sotto il profilo dell' onere probatorio e della prescrizione, ma la giurisprudenza, mancando uno specifico rapporto professionale tra medico e paziente, riteneva trattarsi di danni da liquidare con le regole proprie dell'art. 2043 c.c.. La giurisprudenza quindi, come più volte sottolineato in precedenza, operava una distinzione tra la responsabilità della struttura sanitaria, ritenuta da inadempimento<sup>139</sup> a seguito dell' accettazione del paziente nell'ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale con l'obbligo di compiere l'attività diagnostica e terapeutica in relazione alla situazione patologica del paziente preso in cura, dopo il pagamento del ticket, ipotizzando la conclusione di un contratto d'opera professionale tra paziente ed ente ospedaliero, mentre la natura della responsabilità del medico, dipendente e pagato dalla struttura pubblica, nei confronti del paziente, per danno cagionato da un suo errore diagnostico o terapeutico, veniva qualificata extracontrattuale, con esclusione della colpa lieve nei casi di negligenza o imprudenza<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> Trib. Napoli, 7 maggio 2001 in *Giur. napoletana*, 2002, 80.

<sup>139</sup> Cass. 11 aprile 1995 n.4152, in *Riv. it. medicina legale*, 1997, 1073.

<sup>140</sup> Cass. 18 novembre 1997 n.11440, in *Riv. Giur. circ. e trasp.* 1998, 67.

Questo indirizzo fu rifiutato dalla sentenza 589/1999 che analizzeremo in seguito, per evitare che una stessa condotta potesse violare due o più precetti, uno da inadempimento e l'altro no, con regole diverse<sup>141</sup>, affermando, dopo l'istituzione dello sviluppo del servizio sanitario, che la responsabilità del medico dipendente ospedaliero deve qualificarsi da inadempimento, al pari di quella dell'ente gestore del servizio sanitario, non già per l'esistenza di un pregresso rapporto obbligatorio sussistente tra le parti, bensì in virtù di un rapporto di fatto originato dal "contatto sociale" e sul consenso informato sulle cure da eseguire.

Tale indirizzo è divenuto l'attuale diritto vivente giurisprudenziale; il medico che si presenta al paziente come prestatore di cure, non può essere considerato come l'autore di un fatto illecito aquiliano, perché, come abbiamo ribadito più volte, la vicenda non inizia con la violazione del principio "*alterum non laedere*" e con il cagionare un danno ingiusto, ma si struttura prima come "rapporto", in cui il paziente, quanto meno in punto di fatto, si affida alle cure del medico che ha il "dovere" di prestargliele, perché l'attività diagnostica e terapeutica è dovuta nei confronti del paziente in virtù del servizio pubblico sanitario nazionale, nel quale il medico ha un rapporto di lavoro con la struttura a partire dal D.P.R. 761/1999, novellato con il d.lgs. 165/2001 e 500/2002, e può anche essere chiamato a rispondere di danno erariale insieme alla Asl di appartenenza<sup>142</sup>.

Attualmente anche la dottrina ha superato la distinzione menzionata in precedenza sulla distinzione tra obbligazioni di mezzo e obbligazioni di risultato e condivide a pieno l'orientamento giurisprudenziale; anche in base alle nuove prospettive dell'attività professionale del medico, non più libero professionista privato, ma medico pubblico, inserito nell'attività prestata dal servizio sanitario, organizzato dallo Stato e

---

<sup>141</sup> F. ZAULI, *La responsabilità professionale da contatto sociale del medico e inadempimento contrattuale dell'azienda sanitaria*, in *Ragiusan* 2011, 331.

<sup>142</sup> D. CHINDEMI, *La responsabilità contabile e danno erariale della asl e del medico*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2011, 1400.

dalle Regioni, per la tutela del diritto alla salute, costituzionalmente protetto.

La tesi contrattualistica della natura della responsabilità del medico dipendente dalla struttura sanitaria è stata variamente argomentata da dottrina e giurisprudenza, sino ad essere cristallizzata, sotto un peculiare profilo, dalla nota pronuncia n.589/99 della Suprema Corte.

Secondo un primo orientamento<sup>143</sup>, la responsabilità contrattuale del medico dipendente troverebbe fondamento nell' art.28 Cost.; tanto la responsabilità dell'ente, quanto quella dell'operatore sanitario troverebbero, cioè, radice nella medesima condotta, ossia nell' esecuzione non diligente della prestazione sanitaria. Deve, tuttavia, osservarsi come il riferimento alla previsione costituzionale provi, per così dire, “troppo”, l'art 28 infatti, si limita a sancire la responsabilità diretta dei pubblici dipendenti e degli enti pubblici, nulla statuendo circa la natura contrattuale o extracontrattuale della stessa, per la quale semplicemente opera un rinvio alle ordinarie leggi penali, civili e amministrative, che, come noto, contemplano entrambe le forme di responsabilità. E a nulla varrebbe argomentare dalla comune origine della responsabilità della struttura, da un lato, e del medico, dall'altro: in effetti, il nostro ordinamento, contemplando il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, ammette che una medesima condotta possa violare due precetti, uno di natura negoziale, l'altro di natura extracontrattuale, e così fondare due diverse responsabilità<sup>144</sup>.

Un diverso indirizzo, in debito con l'esperienza tedesca, che ha trovato qualche riconoscimento anche da parte delle nostre Corti segnatamente nel settore dei c.d. danni da parto, al fine di conferire tutela risarcitoria

---

<sup>143</sup> Cass. 1 marzo 1988 n. 2144, in *Resp. civ. e prev.* 1988, 992.

<sup>144</sup> A. PIAZZA, *Responsabilità civile ed efficienza amministrativa*, Milano, 2001, 229.

anche al nascituro<sup>145</sup>, definisce il rapporto medico dipendente/ paziente in termini di contratto con effetti protettivi nei confronti di un terzo<sup>146</sup>, in forza del quale quest'ultimo (ovvero il paziente) vanterebbe un vero e proprio diritto alla diligente esecuzione della prestazione oggetto del contratto (intercorrente tra il medico e l'ente ospedaliero), al fine di evitare ogni pregiudizio. In altri termini, oltre alla prestazione principale, dovuta nei confronti della controparte negoziale, il medesimo contratto garantirebbe altresì un ulteriore diritto a che non siano arrecati danni a terzi estranei al negozio. Tuttavia, il ricorso a tale paradigma contrattuale non è andato esente da critiche da parte degli interpreti che escludono la configurabilità, in favore del terzo, di un dovere di protezione cui l'obbligato non sia contemporaneamente tenuto nei confronti della controparte: la menzionata categoria negoziale, pertanto, mal si adatterebbe alla relazione medico/paziente, all'interno della quale non si rinverrebbe a carico del primo alcun obbligo di protezione dovuto tanto nei confronti del malato, quanto verso la struttura di appartenenza<sup>147</sup>.

Al riguardo, poi, la menzionata pronuncia della Cassazione n. 589/99, facendosi carico di contestare, con un'articolata motivazione, le tesi precedentemente illustrate, ribadisce la natura contrattuale della responsabilità del medico dipendente, rinvenendone la fonte in una *“obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto”*<sup>148</sup> in

---

<sup>145</sup> Cass. 7 ottobre 1998 n. 9911, ove si legge: *“con il contratto di ricovero della gestante, l'ente ospedaliero si obbliga non soltanto a prestare alla stessa le cure e le attività necessarie al fine di consentirle il parto, ma altresì ad effettuare, con la dovuta diligenza, tutte quelle altre prestazioni necessarie al feto(ed al neonato), si da garantire la nascita, evitandogli, nei limiti consentiti dalla scienza, qualsiasi possibile danno”*; pertanto, *“il soggetto che, con la nascita, acquista la capacità giuridica, può agire per l'inadempimento delle obbligazioni accessorie, cui il contraente sia tenuto in forza del contratto stipulato col genitore o con i terzi, a garanzia di un suo specifico interesse”*. In Corriere giur., 1999, 335.

<sup>146</sup> H. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung* in Arch. Civ. pr., 136, 1932, 257 ss.

<sup>147</sup> A. THIENE, *La cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo di prestazione*, in Nuova giur. Civ. comm., 2000, I, 345 ss.

<sup>148</sup> C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini fra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997.

effetti, poiché sul medico gravano gli obblighi di cura impostagli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, e la violazione di esso si configura come *culpa in non faciendo*, la quale da origine a responsabilità contrattuale.

La Suprema Corte ripudia, altresì, la qualificazione del rapporto tra medico dipendente e paziente in termini di contratto (tra struttura e operatore sanitario) a favore di terzo (malato), rilevando, in primo luogo, che tra i due contraenti non intercorre alcun contratto, bensì un rapporto di pubblico impiego; inoltre la Corte afferma che il soggetto danneggiato che agisce non aziona il contratto esistente tra l'ente e il medico, di cui egli sarebbe terzo beneficiario, ma aziona il diverso contratto intervenuto tra lui e l'ente gestore per ottenere la prestazione sanitaria, rispetto al quale egli non è terzo beneficiario, ma parte contrattuale, ovvero propone un'azione di responsabilità extracontrattuale per la lesione di un diritto soggettivo assoluto, quale è il diritto alla salute.

In altri termini, impostando la decisione sulla prospettiva della individuazione delle fonti del rapporto obbligatorio e richiamando a tal proposito la teoria del rapporto contrattuale o da contatto sociale, i giudici di legittimità evidenziano la possibilità di dissociazione tra la fonte e l'obbligazione, la quale ultima potrà essere sottoposta alle regole previste per la fattispecie negoziale, pur non essendo il fatto generatore un contratto. In questa prospettiva, quindi, si ammette che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrano in contatto, senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali, e pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in

occasione del contatto stesso.<sup>149</sup> In questi casi non può esservi solo responsabilità aquiliana, poiché questa non nasce dalla violazione di obblighi ma dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive altrui; quando ricorre la violazione di obblighi la responsabilità è necessariamente contrattuale, poiché il soggetto non ha fatto ciò a cui era tenuto in forza di un precedente vincolo *iuris*, secondo lo schema caratteristico della responsabilità contrattuale.

Tale conclusione si giustifica, in primo luogo, per l'inadeguatezza di una ricostruzione della responsabilità dell'operatore sanitario in termini extracontrattuali, infatti proprio colui che si presenta al paziente come "prestatore di cure" all'uopo designato dalla struttura sanitaria, viene considerato come l'autore di un qualsiasi illecito. L'esito sembra cozzare contro l'esigenza che la forma giuridica sia il più possibile aderente alla realtà materiale. Detta impostazione riduce al momento terminale, cioè al danno, una vicenda che non incomincia con il danno, ma si struttura prima come "rapporto, in cui il paziente, quanto meno in punto di fatto, si affida alle cure del medico ed il medico accetta di prestargliele"<sup>150</sup>.

D'altro canto, le caratteristiche della stessa professione sanitaria sembrano deporre, seguendo il ragionamento della Cassazione, per la natura necessariamente negoziale della responsabilità del medico dipendente, in quanto a questo tipo di operatore professionale la "coscienza sociale", prima ancora che l'ordinamento giuridico, non si limita a chiedere un non facere e cioè il puro rispetto della sfera giuridica di colui che li si rivolge fidando nella sua professionalità, ma giustappunto quel facere nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento (l'abilitazione all'attività,

---

<sup>149</sup> Cass. 22 gennaio 1999 n. 589, in *La responsabilità medica*, Giuffrè, Milano, 2004, 170ss.

<sup>150</sup> Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Idem*.

rilasciatagli dall' ordinamento, infatti, prescinde dal punto fattuale se detta attività sarà conseguenza di un contratto o meno).

In altri termini, la prestazione sanitaria del medico nei confronti del paziente non può che essere sempre la stessa, vi sia o meno alla base un contratto d'opera professionale tra i due. Ciò è dovuto al fatto che, trattandosi dell' esercizio di un servizio di pubblica necessità, che non può svolgersi senza una speciale abilitazione dello Stato, l'esercizio di detto servizio non può essere diverso a seconda che esista o meno un contratto. Per la Corte, la pur confermata assenza di un contratto, e quindi di un obbligo di prestazione in capo al sanitario dipendente nei confronti del paziente, non è in grado di neutralizzare la professionalità (secondo determinati *standards* accertati dall' ordinamento su quel soggetto), che qualifica *ab origine* l'opera di quest' ultimo, e che si traduce in obblighi di comportamento nei confronti di chi su tale professionalità ha fatto affidamento, entrando in "contatto" con lui. In assenza di detta ipotesi di vincolo, il paziente non potrà pretendere la prestazione sanitaria dal medico, ma se il medico in ogni caso interviene (ad esempio perché a tanto tenuto nei confronti dell' ente ospedaliero, come nella fattispecie) l'esercizio della sua attività sanitaria (e quindi il rapporto paziente-medico) non potrà essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico"<sup>151</sup>.

La richiamata pronuncia della Corte di Cassazione, pur riscuotendo unanime consenso sotto il profilo del fine perseguito, ovvero la miglior tutela del paziente, in sede di primo commento, ha tuttavia destato talune perplessità, tanto di ordine dogmatico, quanto sotto il profilo applicativo. Da un lato, in effetti si è osservato che, affinché possa sorgere una responsabilità contrattuale, occorre che il contatto sociale, pur qualificabile in termini di fonte dell' obbligazione ex art. 1173 c.c.,

---

<sup>151</sup> Cass. 22 gennaio 1999 n.589, in *Foro it.* 1999, I, c. 3332 ss.

abbia quantomeno una base negoziale, invero assente nella fattispecie in esame<sup>152</sup>. Dall'altro, non si è mancato di rilevare le conseguenze di ordine sistematico, oltre alle enormi potenzialità espansive, di tali affermazioni<sup>153</sup>. In tal senso, non devono sottovalutarsi le ripercussioni che tale opzione potrebbe avere anche al di fuori di questo specifico settore. In effetti, rimanendo all'interno della materia che ci occupa, la soluzione recentemente adottata dai giudici di legittimità sembra gettare le basi per un analogo trattamento del personale paramedico, verso il quale, a ben guardare, si realizza lo stesso tipo di contatto sociale ed il medesimo affidamento nell'altrui professionalità da parte del paziente<sup>154</sup>.

Al di là delle illustrate perplessità avanzate in dottrina circa l'opzione interpretativa del Supremo Collegio, la descritta ricostruzione della perplessità del medico dipendente in termini contrattuali da contatto sociale ha trovato riscontro nella successiva giurisprudenza, si osserva così che poiché la prestazione medica, in generale, non può che essere ricondotta al medico che la esegue personalmente, con tutti i profili di responsabilità professionale ad essa connessi, mai "offuscabile" o schermabile anche se svolta in un contesto organizzato, la giurisprudenza ritiene che la responsabilità propria del medico sia di tipo contrattuale e corra in parallelo con quella della struttura ospedaliera responsabile per il servizio sanitario complessivamente offerto, traendo origine da un unico contesto<sup>155</sup>. Volendo analizzare più

---

<sup>152</sup> F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, in *Foro it.*, 1999, I, 3335.

<sup>153</sup> M. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*, in *Resp. Civ. prev.*, 1999, 681.

<sup>154</sup> A. PIAZZA, *Op. cit.*, 232.

<sup>155</sup> Trib. Milano, 24 giugno 1999, in *Corr. Giur.*, 2000, 375, con nota di Iamiceli, relativa ad un mal eseguito intervento estetico, la quale va persino oltre le frontiere segnate dalla Corte di Cassazione, attribuendo natura negoziale non solo al contenuto del rapporto, ma anche alla genesi dello stesso. Applica il precedente giurisprudenziale anche Trib. Monza, 26 ottobre 2000, in *Resp. Civ. prev.*, 2001, 580 ss., con nota di Guerinoni, la quale rileva, altresì, come non sia "da escludersi che, nell'evoluzione prossima del sistema, possa allora addivenirsi ad una scissione fra valutazione della condotta della struttura sanitaria e del medico concretamente

da vicino i requisiti sui quali poggia la responsabilità da contatto sociale, vediamo che si basano sull'esercizio di un'attività protetta, quella medica nel nostro caso e l'affidamento del terzo nell'altrui professionalità.

La prima esperienza applicativa di questa teoria riguarda la responsabilità da contatto sociale del medico strutturato e le note difficoltà di inquadramento del rapporto tra ente, medico e paziente.

Come già accennato il primo riconoscimento della validità del contatto sociale come fonte di responsabilità è avvenuto nella nota sentenza della Suprema Corte n. 589 del 22 gennaio 1999, ed ha ad oggetto la responsabilità del medico dipendente di un ente ospedaliero pubblico per il danno cagionato ad un paziente da un'errata diagnosi, con conseguente non corretto trattamento terapeutico. Per comprendere il ragionamento seguito dai giudici di legittimità, occorre previamente analizzare il rapporto plurimo che sorge nel caso di specie. Il paziente che si presenta in una struttura ospedaliera, pubblica o privata, per sottoporsi ad una visita o ad un ricovero, conclude con la stessa struttura un contratto. Tra il medico che esercita la sua professione all'interno dell'ospedale e l'ente ospedaliero intercorre, invece, un rapporto di lavoro subordinato. Esiste poi un rapporto tra il medico ospedaliero e il paziente che ha concluso il contratto con la struttura, in quanto è il medico stesso che cura il paziente e gli è demandata l'esecuzione dell'obbligazione che l'ospedale contrae con il malato. L'ente ospedaliero, come detto, è chiamato a rispondere a titolo contrattuale nei confronti del malato<sup>156</sup> e il contratto implicitamente concluso tra l'ospedale e il paziente ha la forma di un contratto atipico di ospedalità, avente un'obbligazione di risultato che consiste in una prestazione complessa a favore dell'ammalato, definita di assistenza

---

*erogante la prestazione; la natura "organizzata" ed in ipotesi "economica" del primo soggetto, allora, potrebbe indurre ad una valutazione più rigorosa delle conseguenze per il fallimento del risultato".*

<sup>156</sup> Cass. 2 dicembre 1998 n. 12233 in, *Danno e responsabilità*, 1999, 777.

sanitaria. Questa non si esaurisce nella prestazione delle cure mediche, chirurgiche, generali e specialistiche, ma è caratterizzata dalla presenza, in capo all'ente ospedaliero, di una serie di altre prestazioni alberghiere o anche di sorveglianza, queste ultime espressione dei doveri di protezione della sfera giuridica del paziente, e consistenti anche nella messa a disposizione del personale medico ausiliario o di quello paramedico, nonché dei medicinali e di tutte le attrezzature necessarie anche in vista di eventuali complicanze<sup>157</sup>. Più controverso è stato individuare la natura della responsabilità del medico dipendente. Tanto in dottrina che in giurisprudenza<sup>158</sup> è stato per lungo tempo affermato il modello della responsabilità extracontrattuale. Il fondamento giuridico di tale regime di responsabilità si fonda sulla puntuale considerazione che il medico non è vincolato da alcun contratto con il paziente, essendo legato soltanto all'ente ospedaliero da un rapporto di lavoro subordinato<sup>159</sup>. Il medico non entrerebbe a far parte del rapporto contrattuale tra struttura e paziente, ma agirebbe come organo dell'ente ospedaliero. Seguendo questo modello, i giudici sono venuti a configurare il cd. cumulo improprio che, se dal punto di vista sostanziale riconduce ad un unico comportamento la violazione di un impegno negoziale e la lesione di diritti assoluti, sotto il profilo processuale impone che l'ente ospedaliero ed il medico, soggetti diversi, siano chiamati a rispondere in solidarietà passiva, l'uno a titolo di responsabilità contrattuale, l'altro a titolo di responsabilità aquiliana<sup>160</sup>. Non c'è dubbio che il ricorso al paradigma della responsabilità extracontrattuale debba essere superato sia per ragioni teoriche, in quanto si attaglia ad una funzione meramente protettiva

---

<sup>157</sup> F. GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1984, 710.

<sup>158</sup> C. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 313.

<sup>159</sup> M. PARADISO, *La responsabilità medica dal torto al contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, 334.

<sup>160</sup> R. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. VISITINI, Milano, 1983, 36.

dell' attività medica, che non corrisponde, come abbiamo avuto modo di vedere, alla realtà fenomenologica, sia per ragioni pratiche, perché tale modello spesso rende troppo difficoltosa la tutela risarcitoria del paziente sotto il profilo probatorio e del regime prescrizione. In alcune sentenze la Suprema corte ha peraltro optato per una responsabilità contrattuale del sanitario. Ciò perché si inseriva la prestazione del medico nel quadro del rapporto privatistico tra ente gestore e paziente, e si rilevava la diretta relazione che lega detta prestazione all' aspettativa del privato richiedente il servizio, ravvisandosi una responsabilità contrattuale sia dell' ente ospedaliero che del medico da cui questo dipende<sup>161</sup>. Questo orientamento parte dal presupposto che, attraverso l'immedesimazione organica tra l'ente pubblico ed i suoi dipendenti, i danni causati all' assistito dall' esecuzione non diligente della prestazione del medico dipendente sono fonte di responsabilità diretta per l'ente gestore del servizio sanitario. La riconduzione in schemi contrattualistica anche della responsabilità del medico dipendente si desume poi dall' art. 28 della cost. che contempla, unitamente alla responsabilità dell'ente, quella del dipendente, essendo entrambe tali responsabilità fondate sull' esecuzione non diligente della prestazione sanitaria del medico. L'unicità del fondamento comporta quindi che anche quella del medico sarebbe una responsabilità contrattuale di natura professionale<sup>162</sup>. Al di là della pluralità di interpretazioni sulla natura, la responsabilità in questione presenta peculiarità tali che sembra opportuno che gli schemi dogmatici classici si debbano adattare alle caratteristiche tipiche dell' istituto e non viceversa. Per questi motivi la responsabilità medica è stata definita come avente un regime uniforme e trans tipico che supera i comparti corrispondenti ai due classici tipi della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, qualificandosi piuttosto in funzione del suo oggetto materiale. È stata, infatti, definita un sottoinsieme della

---

<sup>161</sup> Cass. 1 marzo 1988 n. 2144, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, 604.

<sup>162</sup> Cass. 22 gennaio 1999 n. 585, in *Foro it.* 1999, I, c. 3332 ss.

responsabilità civile o un settore multidisciplinare all'interno del quale vige un regime giuridico speciale<sup>163,164</sup>. Una disciplina speciale che nei suoi singoli profili operazionali potrà cogliere i vantaggi ora della responsabilità contrattuale ora di quella extracontrattuale e da questo punto di vista forse non si troverebbe ai confini tra contratto e torto, ma sarebbe espressione di una specificità<sup>165</sup>.

L'atipicità del modello di responsabilità medica si desume anche dal fatto che, pure quando è stata collocata all'interno della responsabilità aquiliana, ad essa sono stati applicati comunque istituti propri della responsabilità contrattuale, quali la distinzione tra obbligazioni di mezzo e di risultato, il criterio della diligenza professionale, il richiamo a regole di causalità materiale, la limitazione di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c.

---

<sup>163</sup> R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, 50 ss.

<sup>164</sup> G. ALPA, *La responsabilità medica*, in *Resp. Civ. prev.*, 1999, 315.

<sup>165</sup> F. G. PIZZETTI, *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da "contatto sociale"*, 746.

#### 4. Evoluzione giurisprudenziale dopo le SU della cassazione e consolidamento della tesi della responsabilità contrattuale da contatto sociale.

La nota sentenza n. 589 del 1999, come abbiamo ampiamente visto nel paragrafo precedente ha affermato come l'obbligazione del medico dipendente dalla struttura sanitaria nazionale abbia natura contrattuale benché non fondata sul contratto quanto invece sul cd. "contatto sociale", caratterizzato dall'affidamento che il malato pone nella professionalità di chi esercita un professione protetta e che si collega alla teoria degli "obblighi di sicurezza" e di "protezione", miranti a garantire la corretta esecuzione delle prestazioni dalle parti del contratto. Da ciò ne consegue che la responsabilità dell'ente gestore del servizio ospedaliero e quella del medico dipendente hanno entrambe radice nell'esecuzione non diligente o errata della prestazione sanitaria da parte del medico, per cui, accertata la stessa, risulta contestualmente accertata la responsabilità a contenuto contrattuale di entrambi, ovviamente tale qualificazione non discende dalla fonte dell'obbligazione ma dal contenuto del rapporto<sup>166</sup>. Tale orientamento è stato costantemente seguito dalle pronunce successive.

In tema di responsabilità professionale del medico-chirurgo, la Corte ribadisce che in base alla regola dell'art. 1218 c.c., il paziente ha l'onere di allegare l'inesattezza dell'inadempimento, non la colpa né, tanto meno, la gravità di essa, dovendo il difetto di colpa o la non qualificabilità della stessa in termini di gravità, nel caso di cui all'art. 2236 c.c., essere allegata e provata dal medico<sup>167</sup>; a proposito della responsabilità professionale da contratto o contatto sociale del medico, la Corte in una pronuncia afferma che al fine del riparto dell'onere probatorio, il paziente danneggiato deve limitarsi a provare il contratto o contatto sociale, e l'aggravamento della patologia o l'insorgenza di

---

<sup>166</sup> Cass. 22 gennaio 1999 n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3333.

<sup>167</sup> Cass. 24 maggio 2006 n. 12362, in *Giustizia Civile Massimario*, 2006, 5.

un' affezione ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato<sup>168</sup>. Ancora, in tema di responsabilità professionale del medico, ove pure quest' ultimo si limiti alla diagnosi e all'illustrazione al paziente delle conseguenze della terapia o dell'intervento che ritenga di dover compiere, allo scopo di ottenere il necessario consenso informato, ha natura contrattuale e non precontrattuale e quindi ne consegue che a fronte dell' allegazione, da parte del paziente dell' inadempimento dell' obbligo di informazione, è il medico gravato dell' onere della prova di aver adempiuto tale obbligazione<sup>169</sup>. Dalle varie pronunce si evince come la sentenza n. 589 del 1999 ha sicuramente trovato un riscontro favorevole nella successiva giurisprudenza. Ricondurre all' alveo della responsabilità contrattuale da contatto sociale la responsabilità del medico dipendente ha però senz' altro esposto la professione medica alla cd. medicina difensiva. Sul punto è bene soffermarsi, perché al di là delle ricadute teoriche che hanno sortito le richiamate pronunce e le successive è bene analizzare il loro impatto nella realtà di fatto. Si tratta dell'adozione di condotte professionali non ispirate, come dovrebbe essere, unicamente al bene del paziente bensì condizionate dal timore di conseguenze giudiziarie del proprio operato e tradotte quindi in eccessi di prescrizioni ovvero in scelte cautamente omissive. Questa reazione difensiva dei medici certamente di segno negativo è destinata a crescere di fronte all'orientamento recentemente assunto dalle compagnie di assicurazione che, a causa dei cattivi risultati economici del settore, tendono a disdire le polizze ovvero a rifiutarne la stipula o comunque a restringere la garanzia. È evidente che l'estensione ai medici del servizio sanitario nazionale della responsabilità contrattuale , che riduce notevolmente le possibilità di difesa da ingiuste o non provate accuse di violazione del contratto, non

---

<sup>168</sup> Cass. 26 gennaio 2010 n.1538, in *Diritto e Giustizia*, 2010.

<sup>169</sup> Cass. 9 febbraio 2010, n.2847, in *Red. Giustizia Civile Massimario* 2010,2.

potrà che accelerare questo orientamento delle compagnie di assicurazione.

Tralasciando per un momento questi aspetti problematici scaturenti dal su detto orientamento, vediamo che tutte le pronunce successive alla nota sentenza del 1999 hanno confermato la tesi della natura contrattuale da contatto sociale. L'elemento di novità delle sentenze si coglie più sul versante della fonte dell'obbligo che sulla diversa tipologia di prestazione. La responsabilità del medico sembra concretizzarsi non all'atto dell'assunzione di un obbligo, ma in esecuzione dell'obbligazione sanitaria e quanto al suo contenuto, questo si atteggia come una normale obbligazione che richiama comportamenti destinati a produrre un risultato utile per il creditore. Considerata l'apparente assenza di un contratto in capo al sanitario-dipendente, con conseguenza assenza di un'obbligazione iniziale, secondo una dottrina<sup>170</sup>, la responsabilità sorgerebbe non già nel momento in cui si assume la prestazione, bensì in quello successivo dell'intervento, ossia dopo l'esecuzione dell'attività professionale diretta a migliorare lo status quo del paziente. L'assunzione dell'obbligo, quindi, anziché precedere la prestazione, verrebbe a seguirla, giacché la prestazione dell'opera finisce col precedere l'obbligazione e quindi la responsabilità. Ne consegue, per questa dottrina, che la locuzione più appropriata potrebbe essere quella di "prestazione senza obbligazione", dato che l'attività che si esige dal medico-dipendente non è semplicemente di protezione dal rischio di danno proveniente dalla prestazione principale, ma consiste in un vero e proprio *facere*<sup>171</sup>.

Come visto, nel tentativo di ricostruire il rapporto medico-paziente come autenticamente contrattuale vediamo come nella prestazione del medico nei confronti del paziente ciò che sembra sfuggire è l'accordo

---

<sup>170</sup> A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, 449.

<sup>171</sup> S. MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, 504 ss.

tra le due parti che deve precedere l'esecuzione della prestazione. Guardando alla genesi del rapporto tra paziente e medico dipendente ciò che indebolirebbe la matrice negoziale è la scelta delle parti contrattuali: da una parte il medico, in quanto dipendente da una struttura, è tenuto a prestare la sua attività nei confronti del soggetto che a tal fine abbia concluso un accordo con l'ente; dall'altra, il paziente non sarebbe libero di scegliere il professionista a cui rivolgersi, essendo in ciò vincolato dall'indicazione fornita dalla struttura<sup>172</sup>. Peraltro, il medico è parte attiva del rapporto e non mero strumento di esecuzione e, rifiutandosi di adempiere l'obbligo assunto verso l'ente, potrebbe decidere di non dare vita al rapporto con il paziente, ma, una volta instaurato tale rapporto, è il medico stesso ad incidere sul suo contenuto e sulla definizione della prestazione al cui svolgimento egli si vincola personalmente. Inoltre se è vero che il paziente non può scegliere il medico, è anche vero che costui può rivolgersi ad una determinata struttura in vista del medico che vi opera ovvero decidere di non ricevere la prestazione offerta dall'ente attraverso un determinato medico e sciogliere il contratto con l'ente. Tra l'altro il medico nell'adempire il suo dovere di corretta informazione, da cui scaturisce il cd. "consenso informato" del paziente, può lasciare al paziente la scelta della cura tra quelle possibili, indicando per ciascuna di esse ogni tipo di implicazione, i risultati sperati o le eventuali complicanze, la qualità della vita residua, la possibilità di recidive<sup>173</sup>.

Oggi però, per alcune tipologie di prestazione medica, si pensi agli interventi di chirurgia plastica e ricostruttiva, esiste una vera e propria

---

<sup>172</sup> M. PARADISO, La responsabilità medica, 337.

<sup>173</sup> G. CITARELLA, *Obblighi di informazione e responsabilità del chirurgo plastico*, in *Resp.civ.prev.*, 1998, 677 ss.

obbligazione di risultato dove il consenso del paziente assume un'importanza peculiare<sup>174</sup>.

Anche l'ente svolge un ruolo importante di integrazione del servizio erogato e di organizzazione dello stesso, che, se da una parte riduce la capacità del paziente di scegliere il medico cui rivolgersi, dall'altra offre un interlocutore contrattuale che può dare maggiori garanzie sul piano della completezza e la qualità del servizio. Ci si trova di fronte, quindi, ad una fattispecie contrattuale a struttura complessa, dominata dalla presenza di un collegamento negoziale tra tre rapporti: quello tra ente e medico, quello tra ente e paziente e quello tra paziente e medico. Mentre chiaro è il vincolo che lega i primi due rapporti, la prestazione professionale è oggetto, a diverso titolo, di entrambi i rapporti facenti capo al paziente. È un vero e proprio rapporto contrattuale indirizzato per volontà delle parti dal precedente contratto concluso con l'ente<sup>175</sup>.

Riconoscendo la validità dei contratti automatici, in cui il consenso non è facile individuare e i contratti standard nei quali il contenuto della prestazione è assolutamente vincolato alla volontà di una parte, si può affermare che il rapporto medico-paziente scaturisce da un contratto vero e proprio, potendo essere classificato come rapporto contrattuale di fatto nei soli casi in cui il paziente, essendo sedato o in stato di incoscienza, non possa manifestare una volontà tale da obbligarlo validamente<sup>176</sup>.

Tutte queste considerazioni e molte altre ancora che in questa sede sono state solo accennate hanno consolidato sempre più la tesi della natura contrattuale da "contatto sociale" scaturente dal rapporto medico-paziente. Volendo analizzare da ultimo le implicazioni che la

---

<sup>174</sup> L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. Studio critico*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1954, 185.

<sup>175</sup> P. IAMICELI, *Responsabilità del medico dipendente: interessi protetti e liquidazione del danno*, in *Corr.giur.*, 2000, 383.

<sup>176</sup> S. FAILLACE, *Contratti stipulati con i consumatori*, in *Contratto e impresa*, 1996, 359 ss.

scelta contrattuale fa sorgere vediamo che vi è un diverso termine prescrizione, ma per quanto riguarda l'onere probatorio, quest'ultimo varia al variare delle diverse prestazioni richieste. In particolare, se si tratta di interventi di routine, ovvero di interventi di chirurgia estetica, al paziente basterà provare l'esito peggiorativo conseguito alle terapie, e spetterà al debitore dover provare la mancanza di colpa<sup>177</sup>. Incombe invece sul medico la prova della speciale difficoltà del caso, che pertanto non poteva essere superata con la diligenza ordinaria<sup>178,179</sup>; in tale ipotesi, egli sarà responsabile solo se versa in colpa grave, e spetterà al paziente di dovere dimostrare le modalità ritenute non idonee di esecuzione dell'atto e delle prestazioni post-operatorie. Ovviamente la sola prova della condotta colposa non basta, in quanto occorre valutare se il medico abbia causato direttamente l'evento o se questo sia prodotto in virtù dell'autonoma interferenza di "intricati meccanismi biologici". Per quanto riguarda la ripartizione dell'onere della prova dobbiamo sottolineare l'inversione di tendenza che si è avuta dopo la nota sentenza del 1999. Inizialmente infatti il regime di ripartizione era quello tipico delle obbligazioni derivanti da contratto di opera intellettuale professionale e quindi la dimostrazione della mancanza del nesso di causalità tra condotta ed evento dovrebbe essere a carico del medico. Gli orientamenti più recenti invece si sono dimostrati di diverso avviso affermando che l'onere probatorio del nesso causale tra la condotta stessa e l'evento è posto a carico dell'attore, a prescindere dal grado di difficoltà dell'intervento medico chirurgico<sup>180</sup>. Ciò per il timore di dover condannare il medico anche nel caso in cui, a fronte dell'oggettiva "impenetrabilità" di certi meccanismi biologici, non sia esattamente provata l'efficienza causale

---

<sup>177</sup> Cass. 16 febbraio 2001 n. 2335, in *Resp. Civ. prev.*, 2001, 580 ss.

<sup>178</sup> Cass. 4 febbraio 1998, n. 1127, in *Giur. It.*, 1998, 1800.

<sup>179</sup> U. BRECCIA, *La colpa professionale*, in *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova, 1988, 317 ss.

<sup>180</sup> Cass. 23 febbraio 2000 n. 2044, in *Giur. It.*, 2000, 2015ss., con nota di R. ZUCCARO, *Responsabilità del medico e regime probatorio*.

della sua condotta nella produzione dell' evento<sup>181</sup>. Per quel che concerne, poi, il criterio della risarcibilità del danno, esso, a prescindere dalla natura della responsabilità individuata, viene sempre limitato all' interesse a non subire danni alla salute. Si risarcisce, quindi, un interesse di protezione, e non anche l'interesse ad una prestazione diligente o a un risultato utile<sup>182</sup>. La lesione dell' interesse positivo al contratto può venire in considerazione, in particolare, nel caso in cui si possa individuare in maniera distinta sia un interesse alla prestazione migliorativa, che un interesse alla prestazione conservativa. Come già accennato in precedenza questo orientamento non sembra condivisibile, in quanto contraddice l'affermata natura contrattuale della responsabilità, relegandola al ruolo di un pretesto per correggere la disciplina normativa sul regime probatorio e sul termine prescrizionale. In questi casi infatti si tende a sottolineare un interesse positivo al contratto, su un "modesto" profilo di tutela restitutoria di tipo patrimoniale, che, come tale arriva a contemplare le sole spese di cura sostenute per gli interventi non riusciti<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup> P. STANZIONE- V. ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano 1988, 247.

<sup>182</sup> M.PARADISO, *La responsabilità del medico dal torto al contratto*, in *Riv. Dir. Civ* 2001, 325.

<sup>183</sup> Trib. Di Roma 28 marzo 1978, in *Giur. merito*, 1978, 1, 326.

## CAP. 4

### LA NATURA DELLA RESPONSABILITA' DEL MEDICO DOPO LA LEGGE BALDUZZI

#### 1. La *ratio* della legge e il contesto socio-economico nel quale si inserisce.

Con la legge 8 novembre 2012, n. 189 di conversione del D.L. 13 settembre 2012, n. 158, cd. Legge Balduzzi, il legislatore avrebbe avuto la finalità di intervenire contro il dilagante fenomeno della c.d. “medicina difensiva”, ovvero la pratica di diagnostiche o di misure terapeutiche condotte principalmente non per assicurare la salute del paziente, ma come garanzia della responsabilità medico legali seguenti alle cure mediche prestate. Medicina difensiva intesa, quindi, nella duplice accezione positiva come comportamento cautelativo di tipo preventivo, cd. *assurance behaviour*, ovvero ricorso a servizi aggiuntivi non necessari, quali analisi, visite o trattamenti atti a diminuire la possibilità che si verificano risultati negativi, dissuadere i pazienti dalla possibilità di presentare ricorsi, redigere documentazione attestante che il medico ha operato secondo gli standard di cura previsti, in modo da cautelarsi da eventuali future azioni legali; oppure nell'altra accezione negativa come astensione dall' intervento di cura , cd. *avoidance behaviour*, che si manifesta nel caso in cui il medico eviti di occuparsi di determinati pazienti o dall'eseguire interventi ritenuti ad alto rischio<sup>184</sup>.

In considerazione dell' aumento esponenziale e spesso pretestuoso del contenzioso nei confronti dei sanitari, un ulteriore obiettivo della legge Balduzzi è stato quello di alleggerire la posizione del medico prima di tutto sotto il profilo probatorio ed eziologico, riallocandone gli oneri in

---

<sup>184</sup> Trib. di Varese 26 novembre 2012 n. 1406, in *Danno e resp.*, 2013, 4, 375 – 378.

capo al paziente, poi per quanto concerne il tempo della prescrizione, dimezzato da dieci a cinque anni.

Nel capitolo precedente abbiamo visto come attraverso l'espedito del contatto sociale, come fonte di protezione tra medico e paziente, si compie una perfetta omologazione in punto di disciplina della responsabilità del medico a quella della struttura e viene salvaguardata, in nome della radice comune delle due responsabilità, l'unitarietà del regime di regole applicabile ad entrambi. Dal "fatto illecito del medico", che negli anni 80 aveva sorretto la configurazione di un regime unitario di regole di responsabilità, si trascorre oggi alla "non diligente esecuzione della prestazione sanitaria da parte del medico dipendente nell'ambito dell'organizzazione sanitaria"<sup>185</sup>. In tal modo si individua nell'"operato professionale", in cui si incardina il "fare" del sanitario/dipendente della struttura, quel "fatto dannoso comune" che sorregge la responsabilità solidali di medici e strutture. Quindi la responsabilità del medico dal paradigma della responsabilità professionale fondata sulla colpa, trascorre al paradigma di una responsabilità semi-oggettiva in quanto la prova liberatoria ad esso richiesta non è quella dell'assenza di colpa bensì quella specifica dell'evento straordinario ed eccezionale che è stato causa di danno alla salute<sup>186</sup>.

Tutto ciò perché nell'interpretazione che ormai si impone in giurisprudenza con riguardo alla ben nota regola probatoria contenuta nell'art. 1218, nel riferimento anche all'inesatto adempimento di obbligazioni che hanno per oggetto un fare professionale del medico, l'intero carico probatorio si sposta sulla struttura e sul medico e senza distinzioni di sorta si richiede ad entrambi come prova liberatoria, a fronte dell'allegazione dell'inadempimento da parte del paziente, non la prova dell'assenza di colpa bensì quella dell'evento straordinario ed

---

<sup>185</sup> Cass. 27 gennaio 1999 n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3333.

<sup>186</sup> Cass. 14 febbraio 2008 n.3520, in *Resp. civ.*, 2008, 4, 372.

eccezionale che è stato causa del danno alla salute del paziente<sup>187</sup>. A mio parere quindi la responsabilità del medico anche se venne considerata in varie pronunce della corte come responsabilità professionale fondata sulla colpa, viene omologata a quella delle organizzazioni sanitarie complesse che offrendo per l'appunto cure per la salute dei pazienti, debbono garantirne anche la sicurezza. Si giunge così a considerare esigibile dal medico “strutturato”, oltreché dall'ente, quel “risultato conseguibile, secondo criteri di normalità, da apprezzarsi in relazione alle condizioni del paziente, all'abilità tecnica del primo, e alla capacità tecnico-organizzativa dell'ente”<sup>188</sup>, del quale entrambi sono chiamati a rispondere fino alla prova di quell'evento imprevisto/imprevedibile/non prevenibile, che è stato causa dell'insuccesso del trattamento sanitario o del mancato miglioramento della salute del paziente. Oggi il medico, se dipendente di struttura, nonostante nelle massime si continui a declamare la sua responsabilità per colpa al pari degli altri professionisti intellettuali, diviene oggi “garante della salute” del paziente rispondendo di qualsiasi insuccesso della terapia fino al limite della complicità non prevedibile o non prevenibile, e ciò anche nei casi in cui l'insuccesso sia riconducibile a fattori risalenti all'organizzazione<sup>189</sup>.

In sostanza si viene a delineare un regime di responsabilità differenziato tra medici/dipendenti, che operano all'interno della struttura, e medici/liberi professionisti che svolgono la loro opera professionale in uno studio privato sulla base di un contratto d'opera intellettuale direttamente stipulato con il paziente. Ovviamente si parla

---

<sup>187</sup> Cass. 28 maggio 2004 n. 10297. *Questa pronuncia statui che al paziente compete, oltre alla prova del danno, allegare l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria mentre a medici e strutture spetta dimostrare o che l'inadempimento non c'è stato ovvero la causa (imprevedibile e non prevenibile) all'origine dell'inesatto adempimento.*

<sup>188</sup> Cass. 13 aprile 2007 n. 8826 in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1824 ss., con nota di M. GORGONI.

<sup>189</sup> Cass. 19 febbraio 2013 n.4030 in *Danno e resp.*, 2013, 4, 367 - 368 con nota di V. Carbone.

sempre di responsabilità da violazione di obblighi che, a prescindere dalla fonte, vuoi da contatto sociale vuoi da contratto, vengono comunque ricondotte all' art. 1218, salvo differenziarsi sui contenuti della prova liberatoria posta a carico del medico. Vediamo quali sono quindi le differenze tra il medico/dipendente e il medico/libero professionista. Per il primo, si richiede l'identificazione della causa, eccezionale e non prevedibile con la diligenza ordinaria, che sia stata all' origine dell' insuccesso del trattamento e/o del danno alla salute del paziente; per il secondo, che svolge la sua opera al di fuori di un'organizzazione sanitaria, si ritiene essere sufficiente, come prova liberatoria, quella della corretta esecuzione della prestazione o comunque del fatto che l'inadempimento non sia stato causa del danno.

Tutto ciò è potuto accadere inseguendo una tendenza che accomuna diverse esperienze dei paesi dell'area europea che tendono ad agevolare sul piano processuale la posizione del paziente. Fatta eccezione della Francia, le vie percorse nelle diverse prassi applicative dei sistemi dell' Europa continentale divergono sotto il profilo degli espedienti tecnici impiegati ma non nell' obiettivo perseguito, che è sempre quello di evitare che il rischio dell' incertezza probatoria debba essere supportato proprio da chi si trova in una situazione di più difficile controllo dei dati necessari (in termini di conoscenze scientifiche) per l'acquisizione delle prove e di minor facilità di accesso alla documentazione sanitaria. È utile a tal proposito richiamare l'orientamento della Germania che offre varie soluzioni delineatesi sulla base della correlazione tra tipologia e/o entità dell'errore medico e agevolazioni probatorie per il paziente<sup>190</sup>; se l'errore terapeutico infatti è grossolano, chi agisce in giudizio può essere dispensato da una prova piena a fronte di una mera allegazione delle circostanze dalle quali emerge l'errore; ma se l'errore consiste in una grave violazione di regole mediche sperimentate o nell'ignoranza

---

<sup>190</sup> C.KATZENMAIER, *Azthaftung*, Mohr Siebeck, 2000, 273ss.

di nozioni elementari di medicina, l'opportunità di arrivare all'inversione dell'onere probatorio, può essere valutata, a discrezione del giudice ed in base alle circostanze del caso concreto; se l'errore invece è tipico, caso emblematico è la garza dimenticata nell'addome durante l'esecuzione di un intervento oppure di una malattia infettiva contratta in ospedale a causa della condivisione di stanza con un paziente con malattia infettiva in atto, nel rilievo conferito alla prova *prima facie* esibita dal paziente, è sul medico che ricade l'onere di dimostrare come l'appartenenza, determinata dalla situazione tipica, non corrisponda a realtà.

Quindi si è ritenuto, all'insegna della tutela dei diritti del paziente, che il rischio dell'accadimento di eventi avversi/ignoti/incerti, grava sull'organizzazione piuttosto che sul paziente. Ovviamente nel nostro sistema ciò è avvenuto, senza abbandonare il modello unitario di disciplina della responsabilità di medici e strutture che si regge su un fatto dannoso comune come presupposto fondante entrambe le responsabilità; modello che se in passato ha condotto ad omologare la responsabilità della struttura a quella del medico, oggi, in una inversione di tendenza, fa sì che sia la responsabilità del medico ad adeguarsi in punto di disciplina, a quella della struttura.

In tale contesto irrompe l'art. 3 con una disposizione intitolata "*Responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie*" e che esamineremo nel prossimo paragrafo.

Volendoci concentrare ancora un po' sul contesto socio economico nel quale si inserisce la legge Balduzzi e su qual è stata la *ratio* del legislatore nella stesura della legge, vediamo che un ruolo fondamentale, come già visto, è stato rappresentato dai sempre più frequenti casi di malasanita, spesso al centro dell'attenzione dei mass media, della letteratura scientifica, e dei nuovi indirizzi giurisprudenziali e culturali che paiono diretti "ad incrementare

esponenzialmente il risarcimento del danno biologico ed esistenziale<sup>191</sup>. In questo clima dunque la nostra classe medica è stata attratta dal vortice della medicina difensiva, della quale abbiamo avuto modo di parlare all' inizio del paragrafo.

Per medicina difensiva s'intende la condotta del personale medico, e più genericamente sanitario, volto a tutelarsi da possibili denunce dei pazienti (o dei loro parenti o prossimi congiunti) sia attraverso comportamenti omissivi nelle situazioni più a rischio e presumibilmente compromettenti (c.d. medicina difensiva negativa), sia mettendo in campo trattamenti non necessari se non in funzione di una possibile linea difensiva (c.d. medicina difensiva positiva)<sup>192</sup>. Il tutto con costi esorbitanti per le casse dello Stato e delle Regioni: si stima che la medicina difensiva pesi sulla spesa sanitaria pubblica per 10 miliardi di euro l'anno, lo 0.75% del PIL<sup>193</sup>.

L'obiettivo del legislatore è, allora, quello di farsi carico con misure concrete del problema, tentando di porre un freno al dilagare del contenzioso giudiziario e dei costi connessi. Per fare ciò non si poteva che intervenire con una norma *ad hoc*, destinata ad influenzare il c.d. diritto vivente, ossia la giurisprudenza consolidata in materia<sup>194</sup>. Interpretando la norma sia sotto un profilo letterale, che secondo l'intenzione propria del legislatore, si andranno ad approfondire gli elementi di novità presenti nell'articolo della c.d. legge Balduzzi. Lo scopo è quello di una lettura trasversale dello stesso, utile per capire la portata di tale novella nel settore del soccorso extra-ospedaliero e per

---

<sup>191</sup> Relazione conclusiva della Commissione parlamentare di inchiesta sugli errori in campo sanitario e sulle cause dei disavanzi sanitari regionali, approvata il 22 Gennaio 2013, 175.

<sup>192</sup> A. FIORI, *La medicina difensiva*. Riv. It. Med. Leg. 1996, 899. In BILANCETTI M. E F. *Responsabilità medica, cosa è cambiato con la legge Balduzzi*. Guida al diritto. 6 Settembre 2013.

<sup>193</sup> Relazione conclusiva della Commissione parlamentare di inchiesta sugli errori in campo sanitario e sulle cause dei disavanzi sanitari regionali, approvata il 22 Gennaio 2013.,178.

<sup>194</sup> M. E F. BILANCETTI, *Op.cit.*

valutarne l'incidenza sui soccorritori (dipendenti o volontari che siano) nella loro attività quotidiana, spesso svolta a stretto contatto ed in collaborazione con medici e infermieri.

Come è ben noto inoltre, l'area delle attività sanitarie e delle rispettive responsabilità è da tempo in fase di enorme espansione, sia quantitativa, per il numero dei casi che vengono sottoposti al vaglio dei tribunali, sia qualitativa, per le diversificate questioni giuridiche che quei casi coinvolgono. Numerose sono le cause di tale situazione: da una parte il progresso delle tecniche mediche e chirurgiche che, peraltro non sempre accessibili in concreto da parte dei medici, ottengono grandi risultati diagnostici e terapeutici, ma allo stesso tempo determinano un aumento dei rischi; lo scandalismo giornalistico, insieme all'exasperata divulgazione della medicina e della chirurgia da parte dei mezzi di comunicazione<sup>195</sup>; il maggior livello culturale del cittadino medio, oltre alla crescente tendenza a ricavare denaro ricorrendo alle accuse; la mancanza di un rapporto umano ottimale tra medico e paziente, il quale, da solo, potrebbe costituire una buona fonte di prevenzione delle accuse. Il paziente insoddisfatto è un potenziale accusatore, tanto che ciò che più spesso la gente lamenta non è la gravità del danno, ma la scorrettezza del comportamento dei medici<sup>196</sup>; a tutto ciò deve aggiungersi una non sempre adeguata preparazione delle strutture sanitarie nel gestire in modo adeguato il rapporto contrattuale con i pazienti e una scarsa sensibilità nell'affrontare il tema della prevenzione dei possibili danni, contribuiscono a moltiplicare le richieste di risarcimento e le conseguenti vertenze giudiziarie nei confronti degli operatori sanitari. A completare il quadro l'estrema specializzazione di ogni operatore sanitario, insieme alla crescente difficoltà di aggiornamento e alla

---

<sup>195</sup> F. INTRONA, *Un paradosso: con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici*, in *Riv.med. leg.*, 884 ss.

<sup>196</sup> V. FINESCHI-M. ZANA, *La responsabilità professionale medica: l'evoluzione giurisprudenziale in ambito civile tra errore sanitario e tutela del paziente*, 67 ss.

complessità della strumentazione moderna; lo svolgimento del lavoro in equipe e all'interno delle strutture sanitarie; la presenza di norme sempre più dettagliate e l'enfatizzazione del diritto alla salute, che ha fatto salire il livello di attesa di un risultato favorevole. Inoltre è altrettanto noto come all'incremento del contenzioso si è di lì a poco accompagnata in conseguenza una forte crisi di assicurabilità del rischio sanitario. Negli ultimi anni infatti sono stati depositati numerosi disegni di legge volti a disegnare un nuovo quadro di regole che potessero conciliare le esigenze, da un lato, di evitare colpevolizzazioni automatiche verso i sanitari a fronte del mancato risultato sperato dal paziente, garantendo quindi loro una maggiore serenità nello svolgimento delle proprie mansioni, e dall'altro di garantire comunque, a fronte di un danno conseguente allo svolgimento di attività diagnostiche e terapeutiche, indipendentemente dal grado di colpa del soggetto o dei soggetti autori e/o della loro individuazione, un giusto ristoro alla vittima. Questo il contesto nel quale il legislatore, spinto forse più da un'esigenza di contenimento della spesa pubblica che dall'esigenza di riordino dei profili di responsabilità coinvolti nell'erogazione delle prestazioni sanitarie, è intervenuto nella materia nel 2012<sup>197</sup>.

---

<sup>197</sup> R. PARTISANI, *La nuova responsabilità sanitaria, dopo il decreto Balduzzi*, in *Resp. Civ. prev.*, 2013, 350 ss.

## 2. Problematiche inerenti l'art. 3.

Abbiamo visto come nonostante lo “sfumare” della distinzione tradizionale tra responsabilità contrattuale ed aquiliana, si deve dare atto che la giurisprudenza prevalente inquadra la responsabilità del medico in ambito contrattuale sulla base della teoria del “contatto sociale” di cui abbiamo avuto modo di approfondire a più riprese nel capitolo precedente e che è connotato dall’ affidamento che il malato pone nella competenza specifica dell’ esercente una professione protetta.

In tale contesto si inserisce l’ art. 3 del decreto legge 13 settembre 2012 n. 158, come modificato dalla legge di conversione 8 novembre 2012, n.189, articolo specificamente dedicato alla “responsabilità professionale dell’esercente la professione sanitaria”, che pare riportare la responsabilità del medico nella disciplina dell’ illecito.

L’iter legis costituisce prova della presenza, in materia di responsabilità medica, di differenti orientamenti; infatti il testo dell’articolo, nel passaggio dal decreto legge alla legge di conversione, ha subito importanti modifiche. Per questo pare doveroso riportare il disposto della norma originaria e di quella definitiva.

L’art 3 del decreto legge stabiliva:

- Al comma I, che :”*Fermo restando il disposto dell’art. 2236 del codice civile, nell’accertamento della colpa lieve nell’ attività dell’ esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell’art. 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell’ osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità nazionale e internazionale.*”.
- Al comma quarto che: “*Fatto salvo quanto previsto al comma I, la responsabilità civile per danni a persone, causati dal personale sanitario medico e non medico, occorsi nell’ ambito di una struttura*

*sanitaria pubblica, privata accreditata e privata è sempre a carico della struttura stessa”.*

Diversamente, l’art. 3 della legge di conversione prevede:

- Al comma I, che :” *L’esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l’obbligo di cui all’ art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”;*

Il comma quarto è stato, invece rimosso dal testo legislativo finale.

Il testo definitivo della norma non appare di facile lettura tanto che parte della dottrina ha affermato che si tratterebbe di una novità ambigua e di un legislatore non persuasivo che lascia perplesso l’interprete<sup>198</sup> ovvero “criptico”, che introduce una disposizione che caratterizza “per la sua inutilità” e che “deve essere intesa in senso atecnico”<sup>199</sup> e si è “mancata l’occasione per una disciplina compiuta della relazione terapeutica e delle sue patologie”<sup>200</sup>. Inoltre parte della dottrina, tra cui l’autore N. Todeschini, affermano che il legislatore avrebbe introdotto una mera *lex specialis*, per i soli dipendenti del sistema medico sanitario, senza tener conto che la responsabilità del medico fa parte delle “responsabilità nei servizi sanitari”; sottolineando anche come il ritorno all’ applicazione della disciplina sull’ illecito aquiliano, più gravosa per il paziente in ordine all’ onere probatorio ed ai termini di prescrizione, volta a ridurre il contenzioso sulla responsabilità del medico, indebolirebbe sia il diritto alla salute,

---

<sup>198</sup> M. DE LUCA, *La nuova responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, Roma, 2012, 24-78.

<sup>199</sup> F. CARINGELLA-L. BUFFONI, *manuale di diritto civile*, tomo quarto, Roma, 2013, 673 ss.

<sup>200</sup> Cass. pen, 29 gennaio 2013 n.16237 in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it).

sia il diritto ad essere curati dal servizio sanitario, sia la stessa tutela della salute<sup>201</sup>.

Nel tentativo di dare una corretta lettura della norma, non si deve dimenticare che lo scopo che il legislatore si è posto nella redazione della nuova disciplina è stato quello di limitare gli effetti della cd. “medicina difensiva”, sviluppatasi negli ultimi anni; Tale pratica, di cui abbiamo avuto modo di parlare precedentemente, consiste nell’effettuazione di controlli, esami diagnostici e sin anche interventi da parte dei medici, non per reali esigenze di tutela della salute, ma per “cautelarsi” contro un’eventuale azione di responsabilità nei loro confronti. Volendo passare in rassegna le due versioni della norma vediamo come il legislatore abbia inteso perseguire il proprio obiettivo focalizzando l’attenzione sulla “colpa professionale” del medico, così restituendo all’elemento soggettivo, troppo spesso trascurato nelle decisioni dei giudici, un ruolo centrale nella responsabilità del medico. Le differenze che emergono nei due testi normativi consistono nel fatto che, nella prima formulazione, il legislatore aveva previsto un’ apposita norma indirizzata alla struttura, prevedendo una responsabilità oggettiva secca a carico dell’ ente, per ogni danno subito dalle persone<sup>202</sup>; disposizione, come detto, totalmente assente nella stesura definitiva. Questa scelta definita da molti autori “demolitiva”, da un lato, lascia intendere che per l’ente continuano a valere quelle regole già coniate prima dell’ entrata in vigore della recente modifica; regole all’ insegna di una responsabilità semioggettiva, che trova il proprio limite nella dimostrazione dell’ evento imprevisto ed imprevedibile che abbia causato il mancato miglioramento del paziente; dall’ altro lato, porta a ritenere che la volontà del legislatore di dettare una norma dedicata esclusivamente alla responsabilità del medico, significhi, implicitamente, aver ammesso che il regime applicabile al sanitario

---

<sup>201</sup> N. TODESCHINI, *Responsabilità medica e decreto Balduzzi: cosa cambia?*, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), 2012.

<sup>202</sup>R. DE MATTEIS, *Responsabilità in ambito sanitario*, Cedam, 2014, 133ss.

deve considerarsi disciplinato da regole separate ed autonome, sia con riguardo alla fonte, sia alla natura della responsabilità, rispetto a quelle indirizzate alla struttura. In altre parole, un riconoscimento legislativo di quel “doppio binario” che la dottrina<sup>203</sup> aveva già individuato essere esistente nell’ambito delle responsabilità sanitarie, binario su cui viaggiano in parallelo la responsabilità dell’ ente e quella del medico, in quanto portatrici di interessi diversi; ovvero nel primo caso, la tutela del paziente rispetto all’attività imprenditoriale della struttura che, con la conclusione di un contratto atipico di speditività, assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, un obbligo di cura a favore del paziente; nel secondo caso, il contemperamento tra l’esigenza di tutela di una potenziale vittima di un comportamento illecito e la necessità di permettere all’ esercente una professione a rischio, quale quella sanitaria, di poter esercitare la propria attività senza avere il timore di dover rispondere anche per quelle eventuali cause ignote che, indipendentemente dal massimo grado di diligenza adottata dall’operatore, possono comunque comportare un esito infausto.

Altra importante differenza tra la prima e la seconda stesura del primo comma dell’ art. 3 della L. 8 novembre 2012, n. 189 consiste nel fatto che, nella formulazione originale, non era effettuata alcuna distinzione tra la materia civile e quella penale, essendo dettata una norma valevole in entrambi i settori e volta a indirizzare la valutazione del giudice; invece nella versione definitiva il legislatore ha preferito scindere i due profili, diversificando la disciplina tra le due materie. Nell’ ipotesi in cui il medico si attenga alle linee guida e/o buone pratiche, ma si verifichi comunque un peggioramento delle condizioni di salute del paziente a causa di un errore dovuto a “colpa lieve” del sanitario, quest’ultimo dal punto di vista penale sarà esonerato dalla

---

<sup>203</sup> R. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari*, 256 in *Dei fatti illeciti*, art. 2043, art. 96 c.p.c., Utet 2011.

responsabilità, mentre, dal punto di vista civile, risponderà ex art. 2043 c.c.; peraltro, il giudice, nel momento della quantificazione del danno, terrà conto della condotta dell'operatore che, pur se colposa (anche se solo lievemente) e come tale fonte del diritto al risarcimento, era stata, comunque, rispettosa delle L.G.<sup>204</sup>. Tali L.G. non sono vincolanti per il medico che, nella propria discrezionalità, è libero di disattenderle, si tratta, infatti, di meri strumenti di indirizzo e orientamento, privi della prescrittività propria di una regola cautelare.

Nell'analisi di questa norma, il primo problema da risolvere è capire in quali situazioni si possa ritenere che l'operato del medico, seppur conforme alle linee guida ed ai protocolli, sia, comunque, colposo in modo lieve o grave. A questo scopo pare utile individuare, attraverso il coordinamento con le altre norme dell'ordinamento, le fattispecie che si possono verificare ed in tal modo porre in luce come il legislatore del 2012, ipotizzando una colpa nonostante il rispetto delle L.G., non abbia né enucleato un'ipotesi di "*culpa sine culpa*", né si sia contraddetto in termini<sup>205</sup>.

Possiamo a questo punto ritenere che la nuova disposizione può servire all'interprete come chiave di lettura ulteriore rispetto all'art. 1176 c.c. dell'art. 2236, norma quest'ultima che non deve essere considerata un'esimente, bensì una regola di mera valutazione della condotta diligente del debitore<sup>206</sup>, che porta ad escluderne la responsabilità quando, in ragione della complessità nella quale egli ha prestato la propria prestazione professionale, si possa affermare che l'errore non li sia imputabile, perché dovuto al verificarsi di un rischio insito nella

---

<sup>204</sup> Cass. pen., 29 gennaio 2013 n. 16237 ha dichiarato che: "Le L.G. costituiscono sapere scientifico e tecnologico codificato, metabolizzato, reso disponibile in forma condensata, in modo che possa costituire un'utile guida per orientare agevolmente, in modo efficiente ed appropriato, le decisioni terapeutiche".

<sup>205</sup> L'espressione "*culpa sine culpa*" è utilizzata da P. PIRAS in *In Culpa sine culpa, Commento all'art.3 I co. L. 8 novembre 2012, n. 189* in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), dove spiega che il medico può essere in colpa, pur avendo rispettato le L.G.

<sup>206</sup> Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, cit., 1437.

professione stessa. Infatti, considerato che la dottrina e la giurisprudenza, dalla fine degli anni 70, affermano che l'art. 2236 c.c. sia applicabile solo quando, in base a parametri oggettivi, ma circostanziati, si riscontri una particolare complessità della situazione che, in ambito medico, si sostanzia in una patologia sconosciuta, non ancora studiata o aggravata dalle particolari condizioni del paziente, si ritiene che, alla luce della nuova previsione legislativa, si possa considerare che tali condizioni si riscontrino tutte le volte in cui, con riferimento al caso specifico (criterio circostanziato), manchino L.G. e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica (criterio oggettivo). Avendo premesso tutto ciò, vediamo che possono verificarsi differenti ipotesi in cui il giudice si può trovare a decidere allo scopo di individuare, in base a quanto previsto dalla nuova norma, la relativa disciplina applicabile. Da una parte l'assenza di L.G. e il conseguente configurarsi dei presupposti operativi dell' art. 2236 c.c. comporta in capo al sanitario l'onere di provare la complessità della prestazione, pertanto sarà chiamato a rispondere, civilmente, solo in caso di colpa grave; penalmente, invece, il giudice, pur non essendo vincolato dalla previsione codicistica, potrà tenere conto della relativa regola di esperienza ai fini della propria valutazione. Dall'altra, in presenza di L.G. che, anche se rispettate dal sanitario non evitano il verificarsi dell' evento infausto, il sanitario risponderà soltanto se, per errore commesso a causa di grave imperizia o anche di semplice lieve imprudenza o negligenza<sup>207</sup>, in base ad un giudizio *ex ante*, non si è reso conto che, atteso il quadro clinico dello specifico paziente, avrebbe dovuto discostarsi dalle L.G. e scegliere una cura alternativa<sup>208</sup> oppure se ha commesso un errore dovuto a "colpa grave" nel porre in opera quanto previsto dalle L.G. stesse. A tal proposito si rileva come, in ambito penale, in presenza di una manifesta colpa grave del medico,

---

<sup>207</sup> Cass. pen. 11 marzo 2013 n. 11493, in *Guida al dir...*, 2013, 27.

<sup>205</sup> P.PIRAS, *In culpa sine culpa* in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2013.

<sup>206</sup> Cass. pen. 13 settembre 2013 n. 37764, in *Guida al dir...*, 2013, 27.

la Cassazione non entri nel merito di valutare se esistano o meno L.G., limitandosi a escludere automaticamente l'applicabilità dell' art. 3 L. 189/ 2012, il cui presupposto è l'assenza di un comportamento gravemente negligente<sup>209</sup>. In sede civile, invece, l'operatore sanitario risponderà ex art. 2043 c.c., sia per il caso in cui, con colpa grave, non si sia reso conto che si sarebbe dovuto discostare dalle indicazioni scientifiche, sia per il caso in cui abbia effettuato tale omissione per colpa lieve (o abbia commesso errori nell' esecuzione dell' intervento); peraltro il giudice, nella quantificazione del danno, terrà conto, sia dell' avvenuto rispetto delle L.G., sia del grado della colpa.

L'ultima ipotesi che potrebbe verificarsi è la presenza di L.G., da cui, tuttavia, il medico si discosta; in questo caso il sanitario è chiamato a rispondere secondo le regole ordinarie che, per il giudizio civile, sono quelle dettate in materia di responsabilità extracontrattuale, con eventuale applicazione analogica dell' art. 2236 c.c. per l'ipotesi di casi clinici che, pur sorretti da L.G., siano particolarmente complessi per il verificarsi di una situazione per così dire "emergenziale".

Come emerge dalla lettura proposta del comma 1, dell'art. 3, si ritiene che il legislatore, con l'ultima versione dell'articolato, abbia operato una "scelta di campo" a favore della natura extracontrattuale della responsabilità del medico, con le relative conseguenze in tema di elemento soggettivo, termine di prescrizione ed onere della prova<sup>210</sup>. Questa tesi prende le mosse, oltre che sul dato letterale anche dal realistico dato di fatto che tra paziente e medico dipendente non solo non è stipulato alcun contratto, ma spesso manca anche un reale "contatto sociale" che possa costituire il fondamento di una responsabilità da inadempimento; si pensi alle numerose ipotesi in cui il paziente, giunto in ospedale, sia visitato prima dal medico del pronto

---

<sup>210</sup> S.ALEO, R. DE MATTEIS, G. VECCHIO, *La responsabilità in ambito sanitario*, Cedam 2014, 300 ss.

soccorso, poi da uno specialista, poi da un altro ancora, senza nemmeno avere il tempo di sapere i loro nomi o qualifiche; in questi casi è particolarmente evidente come il malato non instauri alcun tipo di “particolare rapporto” con uno specifico sanitario e come il suo affidamento sia riposto non tanto sull’operatore, ma sul luogo in cui si trova.

Tuttavia, come si è posto in evidenza, in ambito professionale medico, i confini tra illecito contrattuale ed extracontrattuale sono labili; infatti nel presupposto che effettivamente il legislatore abbia compiuto una scelta a favore dell’operare del principio del *neminem laedere*, questo non significa, come invece afferma una parte della giurisprudenza che abbia :”*gettato alle ortiche l’utilizzabilità in concreto della teoria del contatto sociale, della quale abbiamo ampiamente parlato nei paragrafi precedenti, con conseguente spostamento dell’onere probatorio tutto a carico della parte attrice*”<sup>211</sup>.

Pare sicuramente più corretto ritenere che l’autore delle leggi, mosso dalla volontà di limitare gli atti della medicina difensiva, abbia voluto cercare, con riguardo alla posizione del medico, una “via di mezzo” tra i privilegi riconosciuti, in passato, ai professionisti e la responsabilità semioggettiva che si era andata delineando negli ultimi anni; una via mediana trovata attraverso un “ritorno al passato”<sup>212</sup>, ma in un contesto molto diverso da quello in cui, a suo tempo, si applicava la disciplina di cui all’ art. 2043 c.c., in quanto caratterizzato, attualmente, da una responsabilità della struttura autonoma rispetto a quella del sanitario, avente natura contrattuale, che si estende sino a coprire il rischio della causa ignota. In base a questa ricostruzione, l’operatore sanitario risponderebbe per colpa, da valutarsi in concreto, tenendo conto delle

---

<sup>211</sup> Trib. Torino 26 febbraio 2013, in *Idem*.

<sup>212</sup> Trib. Varese 26 novembre 2012, cit., che sottolinea come “ *il legislatore sembra 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*”., in *Idem*.

specifiche circostanze del caso, e sarebbe esente da responsabilità riuscendo a dimostrarne l'assenza; si ritiene infatti che, in base al principio del *favor* per il paziente in quanto considerato da sempre soggetto debole attesa l'asimmetria informativa che contraddistingue il rapporto medico/paziente, sia sufficiente che quest'ultimo alleggi generici profili di colpa, mentre spetterebbe al medico, come prova liberatoria, dimostrare di aver agito con tutta la diligenza, prudenza e perizia che si possa pretendere da un operatore professionale, in base a *standards* oggettivi e circostanziati, senza però, la necessità di arrivare a provare l'evento imprevisto ed imprevedibile causa del danno, da provarsi, invece, da parte della struttura sanitaria. Così facendo si troverebbe un bilanciamento tra la necessità di tutelare il paziente da comportamenti posti in violazione del *neminem laedere*, ma contemporaneamente si considererebbe l'esigenza del medico di poter svolgere la propria, delicata professione, libero dalla paura di dover sopportare il rischio derivante dalla natura stessa dell'attività medica, dove non tutto, come si può ben notare, può trovare risposte; paura, che negli ultimi tempi, troppo spesso, lo ha spinto ad effettuare esami e interventi al solo scopo di prepararsi per un eventuale difesa processuale.

Concludendo possiamo affermare che l'art. 3 della l. 8.11.2012 come disposizione, espressamente dedicata a disciplinare la responsabilità degli "esercenti la professione sanitaria", rivela dunque, nel silenzio serbato nei confronti di chi è oggi il protagonista chiave nel giudizio civile e cioè la struttura che è anche solidalmente responsabile con il medico, di voler guardare alla responsabilità del medico, in modo del tutto autonomo dalla responsabilità della struttura, confermandone il suo inquadramento nell'ambito delle responsabilità professionali da *status*. Responsabilità che proiettano sul professionista, nella specie il medico che ha accesso alla documentazione oltreché conoscenza dei fatti e delle linee guida e delle raccomandazioni più accreditate da

parte delle società scientifiche, la prova di una diligenza qualificata dalla conoscenza e applicazione delle regole della propria professione<sup>213</sup>. A molti stupirebbe che l'art. 3 del decreto sanità, nel riferimento alla prova di una diligenza, qualificata dall'applicazione delle L.G., con importanti implicazioni sulla quantificazione del risarcimento del danno in termini di riduzione, abbia inteso, nel rinvio all' art. 2043 c.c., far gravare sul paziente la prova della colpa medica all' insegna di un non dovuto o non richiesto dalle circostanze del caso, adeguamento alle L.G., che solo al medico compete individuare tra le diverse accreditate dalle Società scientifiche. Una responsabilità professionale che, a prescindere dal contesto (contrattuale/ da contatto sociale o extracontrattuale) in cui va a collocarsi, valorizza, nel riferimento allo standard di diligenza professionale *ex art. 1176 c.c.*, che non conosce i confini delle responsabilità civili, una valutazione della colpa in concreto; per tale via la responsabilità civile dei medici, a differenza di quanto è accaduto per gli insegnanti pubblici per i quali, troppo spesso ed in maniera non corretta si evoca una responsabilità da contatto sociale, rimane dunque esterna e saldamente "ancorata" alla colpa ordinaria ovvero lieve<sup>214</sup>.

In questo ritorno alla colpa professionale, e con essa al paradigma della responsabilità professionale, emerge dunque, l'idea che il medico, in qualsiasi contesto collocato, sia esso contraente o passante per caso, a fronte di una persona che ad esso si rivolge per essere curato, debba comunque rispondere della corretta osservanza degli obblighi di diligenza, perizia e competenza professionale che su di esso incombono in ragione del suo *status* professionale di appartenenza. Si tratterà certo di obblighi il cui adempimento dovrà valutarsi correlandoli al livello di specializzazione del medico, al contesto in cui

---

<sup>213</sup> R. DE MATTEIS, *Il contratto d' opera intellettuale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. ROPPO, Giuffrè 2006, 60ss.

<sup>214</sup> V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2013, 389.

lo stesso svolge la sua opera professionale, non ultimo, alle circostanze specifiche del caso e alle difficoltà dal caso, anche quelle successive verificatesi nella sua esecuzione; non potendosi mai pretendere dal professionista, in qualsiasi contesto si trovi ad operare, quella massima perizia che sola gli avrebbe consentito di superare la difficoltà dell'intervento stesso *ex art. 2236 c.c.*. E ciò perché il parametro valutativo della diligenza/perizia è un parametro elastico, di natura sì oggettiva, ma relativo, nel senso che deve adeguarsi ai diversi contesti in cui si effettua la prestazione professionale; le responsabilità, nascenti dal mancato rispetto di tali obblighi, saranno comunque da inquadrare nel paradigma della responsabilità professionale, non potendo certo reclamare regimi differenziati di responsabilità a seconda che l'opera professionale sia stata prestata alle dipendenze di una struttura o all'interno di uno studio professionale.

Molti autori sostengono in definitiva che la norma del decreto Balduzzi sia “precettiva” con riguardo alla colpa penale e al criterio di quantificazione del danno in sede civile, mentre è una norma “interpretativa” con riguardo alla colpa civile del medico; la sua rilevanza nella gerarchia delle fonti consiste nell'evidenza di riassegnare un ruolo centrale alla responsabilità da fatto illecito, in linea con la tradizione, e conferma l'intuizione dottrinale dell'attualità, per così dire, del paradigma della responsabilità professionale fondata sulla colpa<sup>215</sup>.

---

<sup>215</sup> S.ALEO, R. DE MATTEIS, G. VECCHIO, *Op. cit.*, 372.

### 3. Ricadute dottrinali e giurisprudenziali.

Il richiamo esplicito della disciplina aquiliana contenuto nell'art. 3 della legge Balduzzi, costringe l'interprete ad interrogarsi e a riflettere sulle ricadute che esso può avere in un complesso di responsabilità che abbiamo visto, invece, essersi ormai consolidato in chiave contrattuale. Occorre cioè chiedersi se tale richiamo all' art. 2043 c.c. abbia voluto nuovamente rimescolare le carte in tavola, ritenendo la responsabilità del medico di natura extracontrattuale, ovvero se debba ritenersene, viceversa, immutata la natura contrattuale. Il tutto ovviamente con gli intuibili riflessi in ordine al differente regime di prescrizione e di distribuzione dell' onere della prova tra le due azioni.

Volendoci soffermare sulle prime ricadute giurisprudenziali successive alla legge Balduzzi n. 189/2012, vediamo come esse hanno rispecchiato pienamente tale incertezza.

In senso favorevole a una restaurazione del sistema vertente sulla natura aquiliana della responsabilità del medico, il Tribunale di Varese, nella sentenza 26 novembre 2012, n.1406, si è pronunciato motivando il *revirement* in forza di una maggiore coerenza con i nuclei ispiratori della disciplina di riforma sanitaria. Più in dettaglio, secondo questo Tribunale, il legislatore, come abbiamo avuto modo di approfondire nei paragrafi precedenti, avrebbe avuto la finalità di intervenire, mediante la legge n.189/2012, contro il dilagante fenomeno della c.d. "*medicina difensiva*", ovvero la pratica di diagnostiche o di misure terapeutiche condotte principalmente non per assicurare la salute del paziente, ma come garanzia delle responsabilità medico legali seguenti alle cure mediche prestate. Tralasciando questo primo aspetto della medicina difensiva, della cui pratica abbiamo accennato in precedenza, vediamo che l'ulteriore obiettivo di politica sanitaria perseguito dalla legge Balduzzi, sempre secondo la lettura del Tribunale di Varese è stato quello di alleggerire la posizione del medico, prima di tutto sotto

il profilo probatorio ed eziologico, riallocandone gli oneri in capo del paziente, poi per quanto concerne il tempo della prescrizione, dimezzato da dieci a cinque anni. Ciò in considerazione dell' aumento esponenziale e spesso pretestuoso del contenzioso nei confronti dei sanitari.

Sul fronte opposto, invece, e in senso confermativo del prevalente e consolidato orientamento giurisprudenziale, il Tribunale di Arezzo, con sentenza del 14 febbraio 2013, n. 196, ha ribadito come non sussistono ragioni per ritenere che la novella introdotta dalla legge Balduzzi abbia inciso direttamente sulla natura contrattuale della responsabilità medica. Il riferimento all'art. 2043 c.c. costituisce, per il giudice aretino, solo il richiamo a un obbligo e non a un'intera disciplina, così da risultare del tutto neutro rispetto alle regole da applicare, che continuano a essere quelle proprie del negozio giuridico. Viene sottolineato anche il fatto che se il richiamo all'art. 2043 c.c. imponesse l'adozione di un modello extracontrattuale, l'applicazione rigorosa della norma ne comporterebbe l'applicazione anche alle ipotesi pacificamente contrattuali, quali i rapporti fra pazienti e medici liberi professionisti, dal momento che il primo periodo dell' art. 3, comma 1, secondo periodo della legge Balduzzi, in conformità con la collocazione sistematica e con la *ratio* dell'intervento legislativo, ha il solo scopo di richiamare la disposizione cardine espressione del principio del *neminem laedere* e del conseguente obbligo di risarcimento del danno conseguente alla violazione del suddetto principio.

Il tribunale di Arezzo quindi si pone il problema se il recente intervento normativo della legge Balduzzi comporti una modifica dei criteri di accertamento e di valutazione della responsabilità medica finora consolidati nell'applicazione delle regole della responsabilità da inadempimento; dopo un'attenta e approfondita analisi infatti conclude che l'art.3 comma1 della l. 189/2012 non impone alcun ripensamento

dell'attuale inquadramento contrattuale della responsabilità sanitaria, precisando che la norma si limita a determinare un esimente in campo penale, a far salvo l'obbligo risarcitorio e a sottolineare la rilevanza delle linee-guida e le buone pratiche nel concreto accertamento delle responsabilità. Nel caso concreto ha respinto la richiesta di risarcimento danni per tardiva diagnosi della torsione del testicolo di un neonato, sulla base della consulenza tecnica secondo cui il ritardo nella rilevazione, di circa 15 ore, non ha influito sulla necrosi e sulla necessità di asportazione.

Sul versante opposto altri giudici di merito, hanno invece recepito la nuova normativa applicando la responsabilità aquiliana ai rapporti tra paziente e medici o funzionari pubblici, addossando l'onere della prova al danneggiato, con conseguente rigetto della domanda del risarcimento dei danni subiti per la rottura del femore riportata nell'ospedale<sup>216</sup>, o come visto nel caso del tribunale di Varese, evitando di applicare la nuova *lex specialis* solo perché tra le parti vi era anche uno specifico accordo<sup>217</sup>.

Queste due decisioni hanno quindi applicato la nuova legge, qualificando come aquiliana la responsabilità del medico ospedaliero.

Secondo il tribunale di Torino se l'art. 3 del decreto legge 158/2012 scolpiva la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria pubblica, e dei medici pubblici dipendenti, il novellato art. 3 della legge di conversione, opta per la soluzione opposta, facendo scomparire ogni riferimento esplicito alla qualificazione in termini contrattuali della responsabilità del medico pubblico dipendente, con il chiaro ed indubbio riferimento all' art. 2043. Come abbiamo già visto poi la legge di conversione, ribaltando la norma del decreto legge che faceva una chiara scelta in tema di responsabilità risarcitoria del medico

---

<sup>216</sup> Trib. di Torino 26 febbraio 2013 sez. IV civ., in *Danno e resp.*, 2013, 373 -375.

<sup>217</sup> Trib. di Varese 26 novembre 2012 in *Idem*.

pubblico dipendente, richiama espressamente i criteri della responsabilità aquiliana, ritenendo che la responsabilità civile del medico non debba rifarsi ad una responsabilità da inadempimento con gli indubbi vantaggi del paziente in tema di prescrizione ed onere della prova, ma alla responsabilità aquiliana.

In altri termini, al fine di contenere gli oneri risarcitori della spesa pubblica, il nuovo art. 3 della l. 189/2012, intende intervenire sul “diritto vivente”, operando una scelta di campo finalizzata al valore del risparmio e non della salute del paziente. Il Tribunale di Torino non utilizza la teorica del contatto sociale e quindi rigetta la domanda del paziente per i danni subiti in ospedale, nel caso di specie la frattura del femore, per non aver fornito la prova della colpa delle parti convenute, e quindi del fatto illecito.

Il tribunale di Varese esamina il caso di una paziente che a seguito di un intervento chirurgico per correggere un dimorfismo nasale subisce dei danni nel post operatorio, diagnosticati dalla stessa struttura, nel momento in cui la paziente si è nuovamente rivolta ad essa. Il tribunale, rilevato il contrasto tra la disposizione del decreto legge e la successiva legge di conversione, si pone il problema se questa nuova norma, con il più volte richiamato obiettivo di intervenire contro il dilagante fenomeno della medicina difensiva, abbia introdotto una sorta di esimente speciale nella responsabilità penale medica; con il nuovo inciso infatti:” *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”.*

La responsabilità penale quindi si configurerebbe solo nelle ipotesi di colpa grave e dolo. Tralasciando i riscontri penalistici, per il caso di colpa lieve, che per molti è limitata alla sola imperizia e non anche alla negligenza e imprudenza, la persistenza della stessa responsabilità

civile va riportata all' art. 2043 c.c., infatti la norma sottolinea come :”  
In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.

Ovviamente il giudice nella determinazione del risarcimento del danno terrà conto della condotta del medico richiamata nel primo periodo dell' art. 3, e quindi anche se l'esercente si attiene alle c.d. L.G. e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, nel momento in cui provochi dei danni al paziente, sarà tenuto al risarcimento danni *ex art. 2043*; se poi verrà accertato che la sua attività sia stata condotta con negligenza e imprudenza e non solo imperizia, risponderà anche in sede penale.

Il tribunale inoltre non si sottrae al vivace dibattito circa l'interpretazione da dare alla legge Balduzzi, richiamando più volte l'intento del legislatore che è appunto quello di combattere la dilagante pratica della medicina difensiva; in questa ottica, è proprio il richiamo all' art. 2043 che rimescola nuovamente le carte in gioco e fa ripensare ad una responsabilità del medico non più in chiave contrattuale, come era stata considerata e recepita dopo la nota sentenza n. 589 del 1999, ma di natura extracontrattuale<sup>218</sup>.

Il tribunale ribadisce come alcuni avrebbero indicato agli interpreti una vera e propria preferenza del parlamento per l'orientamento che, come abbiamo visto, richiamava l'applicazione dell'art. 2043 c.c. e non anche lo schema del c.d. “contratto sociale qualificato”. Secondo un'altra lettura invece, il richiamo all' art. 2043 c.c. costituirebbe semplicemente una “svista del legislatore”, inidonea a mutare il senso della giurisprudenza costante in chiave extracontrattuale, piuttosto che in chiave contrattuale.

Il tribunale di Varese affronta anche il tema della questione di costituzionalità della nuova normativa, escludendola. Pur toccando

---

<sup>218</sup> V. CARBONE, *Le prime decisioni giurisprudenziali sulla responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e Responsabilità*, aprile 2013, 380 ss.

tutti questi aspetti problematici però, nel caso di specie non trova applicazione l'art. 2043 c.c. e non perché si preferisca la responsabilità da “contatto” ma perché anche se l'intervento è stato eseguito materialmente nella struttura sanitaria, in realtà era stato concordato dalla paziente direttamente con il sanitario, in piena autonomia ed al di fuori della clinica la quale, infatti, era stata scelta dal professionista medico e non dall'attrice. Tutto ciò fa sì che la paziente abbia stipulato, al momento dell'accordo con il medico dr. G, un vero e proprio contratto, avendo ad oggetto l'intervento chirurgico di prossima esecuzione; da qui l'inapplicabilità del regime aquiliano *ex* art. 2043 c.c.<sup>219</sup>.

Alla luce di queste prime pronunce *post* Balduzzi vediamo però che la lettura che appare preferibile è quella del tribunale aretino che è stata, infatti, confermata da due recenti pronunce della III Sezione del Supremo Collegio<sup>220,221</sup>, secondo cui il regime di accertamento della responsabilità civile sanitaria non ha subito mutamenti.

Le due sentenze ribadiscono che la responsabilità del medico, così come quella della struttura sanitaria, ha ancora natura contrattuale; anche l'obbligazione del medico dipendente dall'azienda sanitaria nei confronti del paziente, seppur fondata sul contatto sociale, costituisce vincolo contrattuale. Ne deriva la conferma dell'applicazione del regime proprio di questo tipo di responsabilità, secondo i principi delle obbligazioni da contratto in tema di riparto sia dei termini di prescrizione del diritto, dieci anni invece di cinque, che dell'onere probatorio, in quanto il malato dovrà provare solamente l'esistenza del contatto sociale, l'insorgenza o l'aggravamento della patologia e allegare l'inadempimento del sanitario, rimanendo a carico del medico dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur

---

<sup>219</sup> E. AL MUREDEN, *I FATTI ILLECITI, casi e materiali*, I, Giappichelli editore, 150.

<sup>220</sup> Cass. 19 febbraio 2013 n. 4030, in *Danno e resp.*, 2013, 367-368.

<sup>221</sup> Cass. 12 marzo 2013 n. 6093, in *Diritto & Giust. Online*, 13 marzo 2013 con nota di F. VALERIO.

esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante. Vanno comunque annotate due pronunce di legittimità, altrettanto recenti<sup>222,223</sup> che sembrano limitare la portata di quanto sopra, con riferimento all' onere della prova del nesso eziologico. Infatti pur richiamando il prevalente e consolidato orientamento, queste due sentenze precisano che, ove permanga l'incertezza sull' esistenza del nesso causale fra condotta del medico e danno, tale incertezza ricadrà sul paziente, dovendo lo stesso farsi carico della relativa prova, e non sul medico o sulla struttura. Si tratta di decisioni, in definitiva, criticabili, non solo perché in aperto contrasto con i principi già forniti dalla Sezioni Unite e dal visto filone maggioritario delle sezioni semplici, ma, soprattutto, perché insistenti nel solcare quella strada che impone al danneggiato obblighi probatori di arduo, se non "impossibile" adempimento.

Il decreto Balduzzi e la successiva legge di conversione, hanno l'obiettivo di riordinare tutti quei principi che hanno segnato l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale della responsabilità medica; oggi tutelando un aspetto fondamentale e di primaria importanza, spesso trascurato in passato, quello della salute come bene essenziale dell'individuo, costituzionalmente garantito. La tutela del paziente passa in primo piano senza però sfociare in eccessive estensioni della responsabilità, civile e penale, che in passato hanno fomentato il ricorso alla medicina difensiva. Secondo aspetto curato dalla legge è anche il c.d. monitoraggio dei rischi sanitari nell'ottica di distribuirli tra i professionisti e i gestori delle strutture; ovviamente tali rischi sono meglio governabili con il ricorso alle assicurazioni e all'autoassicurazione che sicuramente il disegno complessivo della legge

---

<sup>222</sup> Cass. civ. Sez. III, 18 luglio 2013 n. 17573, in *Dir. e Giust.*, 2013.

<sup>223</sup> Cass. civ. Sez. III, 31 luglio 2013 n. 18341, in [www.24oreavvocato.ilsole24ore.com](http://www.24oreavvocato.ilsole24ore.com).

avrebbe dovuto considerare ma per ragioni politico-economiche non ha potuto disciplinare in maniera esaustiva<sup>224</sup>.

Il richiamo all'art. 2043 c.c. all' interno dell'art.3 della legge Balduzzi è stato letto da molti autori come un vero e proprio fondamento normativo della responsabilità del medico ospedaliero di natura extracontrattuale. A conferma di questa prima interpretazione sono intervenute numerose sentenze, tra le quali è utile ricordare quella del tribunale di Milano che afferma come: *Sembra corretto interpretare la norma nel senso che il legislatore ha inteso fornire una precisa indicazione nel senso che, al di fuori dei casi in cui il paziente sia legato al professionista da un rapporto contrattuale, il criterio attributivo della responsabilità civile 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*". Ovviamente non possiamo esimerci dal ritenere tale primo orientamento un po' troppo "avventato" sotto molteplici aspetti che abbiamo avuto modo di approfondire quando abbiamo esaminato la natura della responsabilità aquiliana in ambito sanitario e che si sostanzia in una vera e propria *probatio diabolica* per il paziente danneggiato. La tesi che però oggi è prevalente in giurisprudenza è quella che qualifica come "contrattuale" la responsabilità medica, per agevolare la posizione del paziente, responsabilità che nasce non dal contratto atipico di ospedalità, che riguarda il rapporto del paziente con la struttura, bensì dal "contatto sociale" istituito tra medico ospedaliero e paziente. C'è da dire però che la costruzione della responsabilità del medico sulla base della teoria del contatto sociale, contro la quale sarebbe voluto andare il

---

<sup>224</sup>G. ALPA, *DIBATTITO A PIU VOCI INTORNO ALLA COLPA MEDICA, CON SPECIFICO RIFERIMENTO ALLA RESPONSABILITA DEL MEDICO PSICHIATRA*, (a latere della legge 8 novembre 2012 n. 189, di conversione del d.l.n. 158/2012 c.d. decreto Balduzzi), in *Contratto e impresa, dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, Rivista fondata da F. GALGANO, 527 ss.

testo normativo in esame con il rinvio all'art.2043, non trova una giustificazione teorica ma solo di "politica di diritto", come afferma A. Zaccaria in un suo scritto<sup>225</sup>, dimostrando come la teoria sia nata per ben altri scopi, e non sia adattabile alla responsabilità medica<sup>226</sup>.

In conclusione del presente lavoro appare opportuno richiamare alcune novità contenute negli articoli 6 e 7 del ddl sulla responsabilità professionale n. 1324 dell'8 luglio 2013.

La prima novità si lega a una delle critiche mosse alla legge Balduzzi: avere fatto un riferimento troppo generico alla colpa. Pertanto, nella nuova proposta di articolo 6, sempre in conformità con il filone giurisprudenziale post Balduzzi, viene stabilito espressamente che l'esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività cagiona la morte o la lesione personale della persona assistita a causa di "imperizia", (escludendosi di fatto i casi di "negligenza" e "imprudenza"), risponde dei reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose, solo in caso di "colpa grave". La colpa grave viene però esclusa quando, salve le rilevanti specificità del caso concreto, vengono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida e le buone pratiche clinico-assistenziali.

Si ribadisce inoltre che queste L.G., alle quali ci si dovrà attenere, dovranno essere emanate da Società scientifiche riconosciute con un decreto del Ministero della Salute e fino ad allora continuerà ad applicarsi la legge Balduzzi. Inoltre, per quello che ci interessa più da vicino, dalla natura "extracontrattuale" della responsabilità in capo all'esercente la professione sanitaria sono esclusi i liberi professionisti<sup>227</sup>. Rimane fermo il doppio binario: contrattuale a carico delle strutture sanitarie, pubbliche e private, ed extracontrattuale per l'esercente la professione sanitaria che svolge la propria attività nell'ambito di una

---

<sup>225</sup> A. ZACCARIA, *La resistibile ascesa del contatto sociale*, in *Riv. dir. Civ.*, 2013, 77.

<sup>226</sup> G. ALPA in *Op. cit.*

<sup>227</sup> [www.quotidianosanità.it](http://www.quotidianosanità.it)

struttura sanitaria pubblica o privata o in rapporto convenzionale con il SSN. La responsabilità contrattuale delle strutture viene allargata anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime intramurario, nonché attraverso la “telemedicina”. Quindi, la struttura sanitaria, sia essa pubblica o privata, che nell’adempimento della propria obbligazione si avvalga dell’opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente stesso e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del c.c., delle loro condotte dolose o colpose. Ulteriore novità introdotta con l’approvazione dei nuovi articoli riguarda il tentativo obbligatorio di conciliazione *ex. art. 696-bis c.p.c.*, che dovrà essere esperito attraverso l’azione tecnico preventiva, affidata al perito e che dovrà precedere qualsiasi domanda di risarcimento danni. La partecipazione all’accertamento tecnico sarà obbligatoria per tutte le parti, ivi comprese le compagnie di assicurazione.

Per quanto riguarda l’azione di rivalsa per le strutture sanitarie, sempre l’articolo 7 afferma che quest’ultima potrà essere esercitata solo in presenza di dolo o colpa grave e previo obbligo di comunicazione, da parte della struttura, all’esercente la professione sanitaria dell’avvio del giudizio risarcitorio, a pena di inammissibilità. La rivalsa potrà avvenire nella misura massima di un quinto dello stipendio e il medico nei tre anni successivi al passaggio in giudicato della sentenza pronunciata nel giudizio non potrà avere diritto all’assegnazione di incarichi professionali superiori rispetto a quelli ricoperti, neanche tramite pubblico concorso. Queste le novità più importanti<sup>228</sup>.

In conclusione vorrei citare una recentissima pronuncia della Cassazione Civile, Sezione III, del 27 novembre 2015, n. 24213, che ha ribadito come il parametro di diligenza contenuto nel secondo comma dell’art. 1176, riguardante la diligenza richiesta nell’esercizio

---

<sup>228</sup>LUCIA IZZO, *Cassazione: il professionista non può essere un mediocre. Deve esercitare la propria attività come uno “bravo”*, in [www.studiocataldi.it](http://www.studiocataldi.it).

di un'attività professionale, non è più compatibile con il professionista "mediocre", bensì "bravo, serio, preparato, zelante, efficiente". Nel caso di specie una paziente si era sottoposta ad un trapianto di cornea fornita dalla c.d. "banca degli occhi". Il tessuto provocò un'infezione che a sua volta causò un danno permanente alla paziente. In primo grado il Tribunale di Roma condanna sia il medico che la struttura sanitaria, in Appello si eleva il quantum risarcitorio. L'azienda lamenta l'erroneità della pronuncia d'Appello nell'aver attribuito ad essa la responsabilità per l'infezione patita dalla paziente, in quanto la struttura non era tenuta ad analizzare i tessuti corneali custoditi nella "banca degli occhi" proprio perché sul contenitore della cornea c'era un'etichetta che "consigliava" e quindi non obbligava a eseguire un esame microbiologico. La decisione della corte è stata invece motivata partendo dal presupposto che l'art. 2043 c.c. stabilisce che ciascuno è responsabile del danno causato ad altri con una deviazione da una regola di condotta, la quale però non è soltanto la norma giuridica, ma anche qualsiasi doverosa cautela concretamente esigibile dal danneggiante. Ovviamente l'accertamento di tale condotta va compiuto proprio alla stregua dell'art. 1176 c.c., la cui applicazione non collide con la responsabilità extracontrattuale, anzi impone al debitore di adempiere la propria obbligazione con "diligenza", con la diligenza richiesta dalla natura dell'attività esercitata. La corte continua ribadendo che la diligenza di cui all'art. 1176 c.c. è nozione che rappresenta l'inverso logico della nozione di colpa: è in colpa chi viola norme giuridiche o di comune prudenza<sup>229</sup>. Ma le norme di comune prudenza, dalla cui violazione può scaturire una colpa civile non sono uguali per tutti. Infatti nel caso di inadempimento di obbligazioni comuni, ovvero di danni causati nello svolgimento di attività non professionali, il primo comma dell'art. 1176 c.c. impone di assumere a parametro di valutazione della condotta del responsabile il

---

<sup>229</sup> CARMINE LATTARULO, *Risarcimento del danno se il professionista non è bravo* in [www.studiolegalelattaruloesansonetti.it](http://www.studiolegalelattaruloesansonetti.it).

comportamento che avrebbe tenuto, nelle medesime circostanze, il “cittadino medio”, ovvero il “*bonus pater familias*”: vale a dire la persona di normale avvedutezza, formazione e scolarità. Come ben sappiamo invece, nel caso di inadempimento di obbligazioni professionali, ovvero di danni causati nell’ esercizio di un’ attività “professionale” in senso ampio, il secondo comma dell’art. 1176 c.c. prescrive un criterio più rigoroso di accertamento della colpa. Secondo il Supremo Collegio: “*il professionista è in colpa non solo quando tenga una condotta difforme da quella che, idealmente, avrebbe tenuto nelle medesime circostanze il bonus pater familias, ma anche quando abbia tenuto una condotta difforme da quella che avrebbe tenuto, al suo posto, un ideale professionista medio (il cd. homo eiusdem generis et condicionis)*”. Per la giurisprudenza della Corte di Cassazione l’ideale “professionista medio” di cui all’art. 1176 non è quindi un professionista “*mediocre*”, ma è un professionista “*bravo*”: ovvero *serio, preparato, zelante, efficiente*. L’azienda quindi, nel caso di specie, non ha rispettato quelle regole di condotta esigibili dall’ *homo eiusdem generis et conicionis*.

Queste e molte altre pronunce ci fanno riflettere sul ruolo che il medico e le aziende rivestono nel garantire il benessere e la salute dei cittadini. Da una parte i pazienti esigono prestazioni impeccabili, spesso impossibili, dall’ altra, medici e strutture devono garantire *standard* di efficienza e avanguardia sempre più elevati, per far fronte alla richieste dei cittadini. Un buon compromesso, a parere di chi scrive, dovrà cercarsi nella ricerca di fondi più sostenibili e appropriati per far fronte alla spesa pubblica in materia di sanità. Niente più tagli alla sanità per evitare un contenzioso giudiziario ad oggi insostenibile. Il medico infatti spesso si trova ad operare in strutture fatiscenti e prive delle apparecchiature adatte. Più manutenzione delle strutture e ricambio delle vecchie apparecchiature potrebbero risultare delle

operazioni utili per un nuovo inizio, all'insegna di una sanità al passo con gli altri paesi europei e non solo.

## BIBLIOGRAFIA

ALEO S., DE MATTEIS R., VECCHIO G., *La responsabilità in ambito sanitario*, Cedam, 2014, 300 ss.

ALPA G., *La responsabilità medica*, in *Resp. Civ. prev.*, 1999, 315.

BIANCA C.M., *Diritto civile, L'obbligazione*, Milano, Guffrè, 1990, 70 ss.

BILANCETTI M., *La responsabilità penale e civile del medico*, Cedam, 2013, 1049.

BRECCIA U., *La colpa professionale*, in *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova, 1988, 317 ss.

BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1993, cit., 672.

BUFFONI L., CARINGELLA F., *Manuale di diritto civile*, tomo quarto, Roma, 2013, 673 ss.

BUSNELLI F.D., PATTI S., *Danno e responsabilità civile*, Giappichelli, Torino, terza edizione, 2013, 324 ss.

CARBONE V., *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2013, 389.

CARINGELLA F., BUFFONI L., *manuale di diritto civile*, tomo quarto, Roma, 2013, 673 ss.

CARNELUTTI F., *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1912, 744.

CARUSI, *Responsabilità del medico e obbligazione di mezzi*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1991, 486.

CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione: ai confini tra contratto e torto*, in *le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, 147 ss.

CASTRONOVO C., *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989., cit., 552.

CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione* in *Enc. giur. Treccani*, 1990.

CASTRONOVO C., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979 in *La responsabilità medica*, Giuffrè editore, Milano, 2004 , 22.

CATTANEO C., *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 313.

CATTANEO C., *La responsabilità medica nel diritto italiano*, in AA.VV., *La responsabilità medica*, Milano, 1982, 11.

CHINDEMI D., *La responsabilità contabile e danno erariale della asl e del medico*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2011, 1400.

CHINDEMI D., *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria pubblica e privata*, terza edizione, Milano, 2015, 60ss.

DE LUCA M., *La nuova responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, Roma, 2012, 24-78.

DE MATTEIS R., *Dall'atto medico all'attività sanitaria. Quali responsabilità?*, in *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, 159 ss.

DE MATTEIS R., *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Cedam, Padova, 1995, 3.

DE MATTEIS R., *Responsabilità in ambito sanitario*, Cedam, 2014, 133ss.

DE RUGGIERO E., *Istituzioni di diritto civile*, Messina, 1935, 495.

DI CIOMMO F., *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, in *Foro it.*, 1999, 1, 3335.

DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, 164 ss.

DI MAJO A., *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. Giur.*, 1999, 451 ss.

FAILLACE S., *Contratti stipulati con i consumatori*, in *Contratto e impresa*, 1996, 359 ss.

FINESCHI V., ZANA M., *La responsabilità professionale medica: l'evoluzione giurisprudenziale in ambito civile tra errore sanitario e tutela del paziente* in *Riv. It. Med. Leg.*, 1, 2002, 67.

FIORI A. *La medicina difensiva* in *Riv. It. Med. Leg.* 1996, 899.

FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*, in *Resp. Civ. prev.*, 1999, 681.

GALGANO F., *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1984, 710.

GALGANO F., *La responsabilità medica. Un sottoinsieme della responsabilità civile*, Padova, 1995, in *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, Massimo Paradiso.

IAMICELI P., *La responsabilità civile del medico, Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Cendon P., *La responsabilità civile*, Utet, Torino, 316.

IAMICELI P., *Responsabilità del medico dipendente: interessi protetti e liquidazione del danno*, in *Corr. giur.*, 2000, 376 ss.

- INTRONA F., *Un paradosso: con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici*, in *Riv.med. leg.*,2001, 884 ss.
- MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile, I*, Torino, 1998, 162.
- MARTINO D., *Medico e paziente, un rapporto da umanizzare, attraversamenti 2006* in [www.nelmovimento.altervista.it](http://www.nelmovimento.altervista.it).
- MAZZAMUTO S., *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Europa e dir. Civile*, 2000, 504 ss.
- MAZZOTTA S., *Il bisogno di un nuovo rapporto medico-paziente* in [www.asloc.it](http://www.asloc.it).
- MENGGONI L., *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. Studio critico*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1954, 185.
- NAVARRETTA E., *Il danno ingiusto*, in *Diritto Civile*, Lipari e Rescigno, 2009, 137 ss.
- PARADISO M., *La responsabilità medica dal torto al contratto*, In *Riv. Dir. Civ.*, 2001, 334.
- PARTISANI R., *La nuova responsabilità sanitaria, dopo il decreto Balduzzi*, in *Resp. Civ. prev.*, 2013, 350 ss.
- PIAZZA A., *Responsabilità civile ed efficienza amministrativa*, Milano, 2001, 229.
- PIRAS P., *In culpa sine culpa* in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it) , 2013.
- PIZZETTI F.G., *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da “contatto sociale”*, in *Giur. it.*, 2000, 746.
- PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, 36.

PUCELLA R., *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., 243, in *La responsabilità medica*, 2004.

ROPPO V., *La responsabilità civile dell'impresa nel settore dei servizi innovativi*, in *Contr. e impresa*, 1993, 894.

ROSETTI M., *Errore, complicanza e fatalità: gli incerti confini della responsabilità civile in ostetricia e ginecologia*, in *Danno e responsabilità*, 2001, 13.

SACCO R., *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. VISITINI, Milano, 1983, 36.

SALVI C., *Responsabilità extracontrattuale*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1988, 1190.

SALVI C., *La responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2005, 15.

STANZIONE P., ZAMBRANO V., *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1988, 247.

THIENE A., *La cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo di prestazione*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2000, 1, 345 ss.

TODESCHINI N., *Responsabilità medica e decreto Balduzzi: cosa cambia?*, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), 2012.

ZACCARIA A., *La resistibile ascesa del contatto sociale*, in *Riv. dir. Civ.*, 2013, 77.

ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, Napoli, 1993, 232.

ZAULI F., *La responsabilità professionale da contatto sociale del medico e inadempimento contrattuale dell'azienda sanitaria*, in *Ragiusan* 2011, 331.

ZENO, ZENOCOVIC V., *Il danno al nascituro*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 1994, 1, 695.

ZENO, ZENOVICH V., *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 3, 297 ss.

### **1. GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITA'**

Cass., 6 maggio 1971, n. 1282, in *Foro it.*, 1971, I, 1476.

Cass., 2 dicembre 1978, n. 6141, in *Arch. Civ.*, 1979, 335.

Cass., sez. III, 24 marzo 1979, n. 1716, in *Foro it.*, 1980, I, 1115.

Cass., 7 agosto 1982, n. 4437, in *Resp. Civ. prev.*, 1984, 78.

Cass., 4 agosto 1987, n. 6707, in *Foro it.*, 1988, I, 1629.

Cass., 1 marzo 1988, n. 2144, in *Resp. civ. e prev.* 1988, 992.

Cass., 26 marzo 1990, n. 2428, in *Giuri it.*, 1991, I, 600.

Cass., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Nuova giur. Civ.*, 1994, 690.

Cass., 25 novembre 1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2913.

Cass., 11 aprile 1995, n. 4152, in *Riv. It. med. Leg.*, 1997, 1073.

Cass., 18 novembre 1997, n. 11440, in *Riv. it. med. Legale*, 1999, 982.

Cass. 4 febbraio 1998, n. 1127, in *Giur. It.*, 1998, 1800.

Cass., sez. III, 20 novembre 1998, n. 11743, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 2402 ss.

Cass., 2 dicembre 1998, n. 12233 in, *Danno e Resp.*, 1999, 777.

Cass., civ. sez. III 13 marzo 1998, n. 2750 in *Danno e Resp.*, 1998, 820.

Cass., civ. sez. III, 22 gennaio 1999, n.589, in *Corr. Giur.*, 1999, 446.

Cass., 23 febbraio 2000, n. 2044, in *Giur. It.*, 2000, 2015ss.

Cass., 16 febbraio 2001, n. 2335, in *Resp. Civ. prev.* , 2001, 580 ss.

Cass., 20 giugno 2001, n. 8381, in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, 1223.

Cass., 8 agosto 2001 n.10960, in *Giust. Civ. Mass.* 2001, 1574.

Cass., 29 aprile 2003, n. 6673, in *La responsabilità penale e civile del medico, 2013.*

Cass. civ., sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297, in *Danno e resp.*, 2005, 1, 34-43.

Cass., civ. sez III, 21 giugno 2004, n. 11488, in *Giur. rom.*, 2004, 152.

Cass., civ. sez. III, 2 febbraio 2005, n.2042, in *Danno e Resp.*, 2005, 441.

Cass., 26 gennaio 2006, n.1698, in *Riv. it. med. Leg. P.* 1223.

Cass., 24 maggio 2006, n. 12362, in *Giustizia Civile Mass.*, 2006, 5.

Cass. 13 aprile 2007, n. 8826 in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1824 ss.

Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 849.

Cass., 14 febbraio 2008, n. 3520, in *Resp. civ.*, 2008, 4, 372.

Cass., 22 settembre 2009, n. 20403, in *Gius. Civile Mass.* 2009, 1341.

Cass. 26 gennaio 2010, n.1538, in *Diritto e Giustizia*, 2010.

Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847 in, *Red. Gius. Civile Mass.* 2010, 2.

Cass. civ., sez. III, 9 ottobre 2012, n. 17143, in *Mass. Gius. civ.*, 2012, 10, 1190.

Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Danno e resp.*, 2013, 4, 367 – 368.

Cass. pen., 29 gennaio 2013, n.16237, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it)

Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Danno e resp.*, 2013, 367-368.

Cass. pen., 11 marzo 2013, n. 11493, in *Guida al dir.*, 2013, 27.

Cass., 12 marzo 2013, n. 6093, in *Diritto & Giust. Online*, 13 marzo 2013.

Cass. civ., sez. III, 18 luglio 2013, n. 17573, in *Dir. e Giust.*, 2013.

Cass. civ., sez. III, 31 luglio, 2013 n. 18341, in [www.24oreavvocato.ilsole24ore.com](http://www.24oreavvocato.ilsole24ore.com)

Cass. pen., 13 settembre 2013 n. 37764, in *Guida al dir.*, 2013, 27.

## **2. GIURISPRUDENZA DI MERITO**

Trib. Di Roma 28 marzo 1978, in *Giur. merito*, 1978, 1, 326.

Trib. Verona, 4 marzo 1991, in *Giur. Merito.*, 1992, 1, 823.

Trib. di Spoleto del 7 giugno 1997, in *Rassegna di Giurisprudenza Umbra* 1996, 664.

Trib. Milano, 24 giugno 1999, in *Corr. Giur.*, 2000, 375.

Trib. Monza, 26 ottobre 2000, in *Resp. Civ. prev.*, 2001, 580 ss.

Trib. Napoli, 7 maggio 2001 in *Giur. napoletana*, 2002, 80.

Trib. Roma, 20 gennaio 2004 in *Foro it.*, 2004, I, 909.

Trib. di Varese 26 novembre 2012 n. 1406, in *Danno e resp.*, 2013, 4, 375-378.

Trib. di Torino 26 febbraio 2013 sez. IV civ., in *Danno e resp.*, 2013, 373-375.

## **RINGRAZIAMENTI**

Desidero ricordare tutti coloro che mi hanno aiutato nella stesura della tesi con suggerimenti, critiche ed osservazioni: a loro va la mia gratitudine, anche se a me spetta la responsabilità per ogni errore contenuto in questa tesi.

Ringrazio anzitutto la prof.ssa Chiara Favilli, Relatrice, e la prof.ssa Emanuela Navarretta, Co-relatrice: senza il loro supporto e la loro guida sapiente questa tesi non esisterebbe.

Un sentito grazie a mia madre e ai miei fratelli, che hanno sempre creduto in me, supportandomi in ogni momento.

Un ringraziamento particolare va ai colleghi ed agli amici che mi hanno incoraggiato o che hanno speso parte del proprio tempo per leggere e discutere con me le bozze del lavoro, uno su tutti, il mio amico fraterno Giuseppe Montanarella.

Vorrei infine ringraziare le persone a me più care: la mia famiglia e i miei amici, in particolare Elia, Federica, Marina, Andrea, Raffaele, Giuseppe, Edoardo, Rosa, Antonio, Gerardo, Rocco, Erika, Pina e Mariangela.