

IPSOA

# Danno e responsabilità

20 ANNI

Mensile di responsabilità civile e assicurazioni

ANNO XX - Direzione e redazione - Strada 1 Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

10/2015

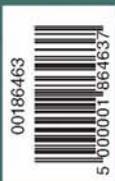
 [edicolaprofessionale.com/dannresp](http://edicolaprofessionale.com/dannresp)

**Linee guida, buone pratiche  
e quantificazione del danno  
nella legge Balduzzi**

**Le Sezioni Unite su danno tanatologico  
e risarcibilità *iure hereditatis***

**Disservizio postale e perdita di *chance***

TARIFFA R.O.C. - POSTE ITALIANE SPA - SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO - POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO



**DIREZIONE SCIENTIFICA**

Vincenzo Carbone  
Massimo Franzoni  
Pier Giuseppe Monateri  
Roberto Pardolesi  
Giulio Ponzanelli

Sez. III, 22 luglio 2015, n. 15350) con commento di Massimo Franzoni .....	899	<b>Responsabilità del produttore</b>	
Danno da morte e <i>stare decisis</i> : la versione di Bartleby (Cassazione civile, Sez. III, 22 luglio 2015, n. 15350) con commento di Roberto Pardolesi e Roberto Simone .....	905	Responsabilità del produttore: ripensamenti e conferme in tema di onere della prova del difetto (Tribunale di Monza, II Sez. civ., 10 febbraio 2015) con commento di Federica Raspagni.....	950
Le Sezioni Unite sul danno tanatologico (Cassazione civile, Sez. III, 22 luglio 2015, n. 15350) con commento di Giulio Ponzanelli .....	909	<b>Responsabilità professionale</b>	
<b>Dipendenti a tempo indeterminato della P.A.</b>		Curatore fallimentare e risarcimento del danno (Cassazione civile, Sez. III, 22 giugno 2015, n. 12872) in Osservatorio di legittimità .....	970
Illegittimità dell'assunzione (Tribunale di Roma 23 aprile 2015) in Osservatorio di merito .....	974	<b>Risarcimento del danno</b>	
<b>Diritto di proprietà</b>		Feto nato morto (Cassazione civile, Sez. III, 19 giugno 2015, n. 12717) in Osservatorio di legittimità....	969
Lesione del diritto di proprietà (Tribunale di Vercelli 12 febbraio 2015) in Osservatorio di merito .....	973	<b>Vendita di coupon</b>	
<b>Immissioni acustiche</b>		Buona fede e correttezza nella vendita di coupon (Giudice di Pace di Taranto, Sez. I civ., 11 maggio 2015) in Osservatorio di merito.....	973
Immissioni acustiche e danno non patrimoniale: quale tutela per il diritto al riposo notturno e alla serenità domestica (Cassazione civile, sez. III, 19 dicembre 2014, n. 26899; Tribunale di Rimini, Sez. Unica civ., 25 maggio 2015) con commento di Elena Menga....	917		
<b>Perdita di chance</b>			
Ritardo nell'indizione del concorso interno (T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, sent. 10 luglio 2015, n. 26879) in Osservatorio sulla giustizia amministrativa .....	977		
<b>Privacy</b>			
Trattamento dati sensibili (Cassazione civile, Sez. III, 20 maggio 2015, n. 10280) in Osservatorio di legittimità.....	969		
<b>Prova del danno</b>			
Danno da insufficienti ore di sostegno per un minore (Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. 8 luglio 2015, n. 3400) in Osservatorio sulla giustizia amministrativa.....	977		
<b>Responsabilità del datore di lavoro</b>			
Responsabilità del motopeschereccio in caso di naufragio (Appello di Palermo, Sez. lav., 5 marzo 2015, n. 364) in Osservatorio di merito .....	975		
<b>Responsabilità del magistrato</b>			
La legge sulla responsabilità civile dei magistrati al vaglio della Corte Costituzionale (Tribunale di Treviso Sez. pen., 8 maggio 2015, ord.; Tribunale di Verona III, Sez. civ., 12 maggio 2015, ord.) con commento di Francesca Bonaccorsi .....	931		
<b>Responsabilità del medico</b>			
Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella c.d. riforma Balduzzi di Mauro Paladini ..	881		
<b>Responsabilità delle Poste</b>			
Disservizio postale e perdita di <i>chance</i> : storia di un mancato sottoufficiale (Cassazione civile, Sez. III, 7 aprile 2015, n. 6689) con commento di Vera Vozza..	911		



Wolters Kluwer

IPSOA

In occasione dei **20 anni** della Rivista **Danno e responsabilità**,  
Ipsa - Gruppo Wolters Kluwer presenta il

## Convegno

# La responsabilità sanitaria: necessità di una riforma?

**Roma, 27 novembre 2015**  
**Corte di Cassazione - Aula Magna**

Ore 14 - 14.30  
**Registrazione**

### Saluti dell'Editore

**Saluti della Direzione scientifica - Vincenzo Carbone**,  
*Presidente Emerito della Corte di Cassazione*

**Moderatore: Roberto Pardolesi**

Ore 14.30 - 15.20

### Responsabilità del medico: natura

**Relatore: Giulio Ponzanelli**, *Ordinario di istituzioni diritto privato nell'Università Cattolica di Milano, Avvocato in Milano*

**Discussant: Roberto Simone**, *Magistrato presso il Tribunale di Venezia*

Ore 15.20 - 15.50

### Responsabilità del medico nella struttura

**Relatore: Marilena Gorgoni**, *Ordinario di istituzioni di diritto privato nell'Università del Salento*

**Discussant: Francesco Di Ciommo**, *Associato di diritto privato nell'Università LUISS di Roma*

Ore 15.50 - 16.20

### Profili del risarcimento

**Relatore: Luigi A. Scarano**, *Consigliere della Corte di Cassazione*

**Discussant: Piergiuseppe Monateri**, *Ordinario di diritto privato comparato nell'Università di Torino*

Coffee break

Ore 16.40 - 17.10

### Assicurazione e autoassicurazione

**Relatore: Giovanni Comandè**, *Ordinario di diritto privato comparato nella Scuola Superiore S. Anna di Pisa*

**Discussant: Roberto Pardolesi**, *Ordinario di diritto privato comparato nell'Università LUISS di Roma*

Ore 17.10 - 17.40

### Colpa e linee guida

**Relatore: Marco Rossetti**, *Consigliere della Corte di Cassazione*

**Discussant: Massimo Franzoni**, *Ordinario di diritto civile nell'Università di Bologna*

Ore 17.40 - 18.10

### Nesso di causa, chance e errore diagnostico

**Relatore: Roberto Pucella**, *Straordinario di diritto privato nell'Università di Bergamo*

**Discussant: Bruno Tassone**, *Professore a contratto nell'Università LUISS di Roma, Avvocato in Roma*



**Partecipazione: libera e gratuita**

previa iscrizione sul sito

[www.formazione.ipsoa.it/20annidannoeresponsabilita](http://www.formazione.ipsoa.it/20annidannoeresponsabilita)

**Crediti formativi:** è in corso la richiesta di accreditamento presso l'Ordine degli Avvocati di Roma.

SEGRETERIA ORGANIZZATIVA  
Scuola di formazione Ipsa  
Tel. 02.824761 email [formazione.ipsoa@wki.it](mailto:formazione.ipsoa@wki.it)



OPINIONI		Testo	
<b>Responsabilità del medico</b>	LINEE GUIDA, BUONE PRATICHE E QUANTIFICAZIONE DEL DANNO NELLA C.D. RIFORMA BALDUZZI di <i>Mauro Paladini</i>		<b>881</b>
<b>GIURISPRUDENZA</b>			
<b>Legittimità</b>			
<b>Danno tanatologico</b>	DANNO TANATOLOGICO E RISARCIBILITÀ IURE HEREDITATIS <i>Cassazione civile, Sez. unite, 22 luglio 2015, n. 15350</i>	<b>Testo</b>	<b>889</b>
	VALORI PERSONALI ED ECONOMICI DELLA VITA UMANA Commento di <i>Vincenzo Carbone</i>		<b>894</b>
	DANNO TANATOLOGICO, MEGLIO DI NO ... Commento di <i>Massimo Franzoni</i>		<b>899</b>
	DANNO DA MORTE E STARE DECISIS: LA VERSIONE DI BARTLEBY Commento di <i>Roberto Pardolesi e Roberto Simone</i>		<b>905</b>
	LE SEZIONI UNITE SUL DANNO TANATOLOGICO Commento di <i>Giulio Ponzanelli</i>		<b>909</b>
<b>Responsabilità delle Poste</b>	DISSERVIZIO POSTALE E PERDITA DI CHANCE: STORIA DI UN MANCATO SOTTOUFFICIALE <i>Cassazione civile, Sez. III, 7 aprile 2015, n. 6689</i>		<b>911</b>
	Commento di <i>Vera Vozza</i>		<b>912</b>
<b>Immissioni acustiche</b>	IMMISSIONI ACUSTICHE E DANNO NON PATRIMONIALE: QUALE TUTELA PER IL DIRITTO AL RIPOSO NOTTURNO E ALLA SERENITÀ DOMESTICA <i>Cassazione civile, sez. III, 19 dicembre 2014, n. 26899</i> <i>Tribunale di Rimini, Sez. Unica civ., 25 maggio 2015</i>		<b>917</b> <b>918</b>
	Commento di <i>Elena Menga</i>		<b>921</b>
<b>Merito</b>			
<b>Responsabilità del magistrato</b>	LA LEGGE SULLA RESPONSABILITÀ CIVILE DEI MAGISTRATI AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE <i>Tribunale di Treviso Sez. pen., 8 maggio 2015, ord.</i> <i>Tribunale di Verona III, Sez. civ., 12 maggio 2015, ord.</i>		<b>931</b> <b>936</b>
	Commento di <i>Francesca Bonaccorsi</i>		<b>944</b>
<b>Responsabilità del produttore</b>	RESPONSABILITÀ DEL PRODUTTORE: RIPENSAMENTI E CONFERME IN TEMA DI ONERE DELLA PROVA DEL DIFETTO <i>Tribunale di Monza, II Sez. civ., 10 febbraio 2015</i>		<b>950</b>
	Commento di <i>Federica Raspagni</i>		<b>952</b>
	<b>Osservatorio di diritto e pratica dell'assicurazione</b> a cura di <i>Maurizio Hazan</i>		<b>959</b>
	<b>Osservatorio di legittimità</b> a cura di <i>Antonella Batà e Angelo Spirito</i>		<b>969</b>
	<b>Osservatorio di merito</b> a cura di <i>Paolo Carbone</i>		<b>973</b>
	<b>Osservatorio sulla giustizia amministrativa</b> a cura di <i>Gina Gioia</i>		<b>977</b>

## INDICE

INDICE DEGLI AUTORI-CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI-ANALITICO

981

### COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Mario Barcellona, Giovanni Comandè, Marco De Cristofaro, Maria Vita de Giorgi, Antonio Iannarelli, Giorgio Lener, Francesco Macario, Maria Rosaria Marella, Giovanni Marini, Marisaria Maugeri, Daniela Memmo, Andrea Nicolussi, Fabio Padovini, Massimo Paradiso, Giovanni Pascuzzi, Barbara Pozzo, Antonino Procida Mirabelli di Lauro, Alessandro Somma, Onofrio Troiano, Andrea Violante.

## Danno e responsabilità

Mensile di responsabilità civile e assicurazioni

### EDITRICE

Wolters Kluwer Italia S.r.l.  
Strada 1, Palazzo F6  
20090 Milanofiori Assago (MI)

### INDIRIZZO INTERNET

<http://www.edicolaprofessionale.com/dannresp>

### DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

### REDAZIONE

Francesco Cantisani, Ines Attorresi, Michela Ambrosini, Novella Corti

### REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia S.r.l.

### FOTOCOMPOSIZIONE

Sinergie Grafiche Srl  
Viale Italia, 12 - 20094 Corsico (MI) - Tel. 02/57789422

### STAMPA

GECA S.r.l. - Via Monferrato, 54  
20098 San Giuliano Milanese (MI) - Tel. 02/99952

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze

### PUBBLICITÀ:

**dbConsulting**  
EVENTS & ADVERTISING

db Consulting srl Event & Advertising  
via Leopoldo Gasparotto 168 - 21100 Varese  
tel. 0332/282160 - fax 0332/282483  
e-mail: [info@db-consult.it](mailto:info@db-consult.it)  
[www.db-consult.it](http://www.db-consult.it)

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 526  
del 23 ottobre 1995

Per informazioni in merito a contributi, articoli ed argomenti trattati, scrivere o telefonare a:

**Casella Postale 12055 - 20120 Milano**  
**telefono (02) 82476.828 (02) 82476.686**  
**e-mail: [redazione.dannoeresponsabilita.ipsoa@wolterskluwer.com](mailto:redazione.dannoeresponsabilita.ipsoa@wolterskluwer.com)**

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27 febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa con il n. 3353 vol. 34 foglio 417 in data 31 luglio 1991 Iscrizione al R.O.C. n. 1702

### ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale, solare: gennaio-dicembre; rolling 12 mesi dalla data di sottoscrizione, e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi entro 60 gg. prima della data di scadenza a mezzo raccomandata A.R. da inviare a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Strada 1 Pal. F6 Milanofiori 20090 Assago (MI).

Servizio Clienti: tel. 02-824761 - e-mail: [servizioclienti.ipsoa@wolterskluwer.com](mailto:servizioclienti.ipsoa@wolterskluwer.com)  
Il prezzo dell'abbonamento carta comprende la consultazione digitale della rivista nelle versioni online su [www.edicolaprofessionale.com/dannresp](http://www.edicolaprofessionale.com/dannresp), tablet (iOS e Android) e smartphone (Android) scaricando l'App Edicola professionale.

### ITALIA

Abbonamento annuale: € 215,00

### ESTERO

Abbonamento annuale: € 430,00

**MAGISTRATI e UDITORI GIUDIZIARI** - sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alle Agenzie Ipsoa di zona ([www.ipsoa.it/agenzie](http://www.ipsoa.it/agenzie)) o inviando l'ordine via posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Strada 1 Pal. F6, 20090 Assago (MI) o via fax al n. 02-82476403 o rivolgendosi al Servizio Informazioni Commerciali al n. 02-82476794.

Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere **iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati**.

### MODALITÀ DI PAGAMENTO

Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a WKI S.r.l. Gestione incassi - Strada 1, Palazzo F6, Milanofiori

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc., scrivere o telefonare a:

### IPSOA Servizio Clienti

**Casella postale 12055 - 20120 Milano**  
**telefono (02) 824761 - telefax (02) 82476.799**  
**Servizio risposta automatica:**  
**telefono (02) 82476.999**

### oppure

Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista e l'anno di abbonamento.

Prezzo copia: € 30,00

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

### DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M.29/12/1989 e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio abbonato,  
**ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196**, La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e sono trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. n. 196/2003, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori Strada 1 - Palazzo F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.

Riforma Balduzzi

# Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella c.d. legge Balduzzi

di Mauro Paladini

La Legge cd. Balduzzi incide su molteplici profili della disciplina dell'illecito professionale del medico, tra cui la rilevanza giuridica delle linee guida e delle buone pratiche, il titolo della responsabilità dell'operatore sanitario e i limiti di risarcibilità del danno.

Il presente contributo cerca di individuare i principali aspetti problematici emersi nelle applicazioni giurisprudenziali della nuova legge e nelle riflessioni dottrinali, nonché le novità della riforma con particolare riguardo alla quantificazione del danno.

## Il miraggio taumaturgico delle linee guida e delle buone pratiche

Nel quadro normativo dell'illecito professionale ridisegnato dalla c.d. Legge Balduzzi (1), il vero *quid novi* su cui ruota l'art. 3 della riforma consiste, come ha messo in luce la dottrina (2), nel rilievo attribuito alle linee guida e alle pratiche mediche e ai suoi riflessi sulla colpa professionale. Se sul piano penalistico, infatti, il rispetto delle linee guida e delle buone pratiche restringe addirittura - secondo quanto già statuito dalla giurisprudenza (3) - l'area della rilevanza penale della colpa medica, in ambito civilistico la conforme condotta del medico è idonea a incidere sia sul versante dell'accertamento e della natura della responsabilità sia su quello della quantificazione del danno (4).

Ciò spiega l'immenso sviluppo di studi sul tema delle linee guida, da cui si evince, anzitutto, la problematicità della loro individuazione e cristallizzazione e una preoccupante incertezza sull'effettiva idoneità del parametro prescelto dal legislatore per definire i confini della responsabilità medica.

Secondo una delle più diffuse e accreditate definizioni, le linee guida sono le "raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche, al fine di aiutare medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche" (5).

Una definizione - come può cogliersi agevolmente - del tutto generica, che nulla garantisce né sull'affidabilità della fonte né sulle modalità di redazione e di sviluppo. Le linee guida, infatti, sono predisposte da associazioni di medici e studiosi dei vari settori

(1) L. 8 novembre 2012, n. 189 (G.U. 10 novembre 2011), che ha convertito, con modificazioni, il D.L. 13 settembre 2012, n. 158, "recante disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute".

(2) Gorgoni, *Colpa lieve per osservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 173.

(3) Si rinvia, in tema, a Brusco, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c.d. decreto Balduzzi*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2013, 51.

(4) Saluta con favore l'accredimento della distinzione fra colpa penale e civile compiuto dalla riforma Visintini, *La colpa medica nella responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 2015, 530, che richiama, quale prima e rilevante nota di dissonanza, il di-

verso epilogo del processo in caso di mancata prova della colpa: l'assoluzione nel giudizio penale e il divieto di *non liquet* in sede civile, con conseguente facoltà del giudice di fare ricorso a presunzioni semplici per decidere sulla domanda.

(5) Cfr. Vallini, *L'art. 3 del "Decreto Balduzzi" tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, in *Riv. it. medicina legale e dir. sanitario*, 2013, 735 ss., 741. Secondo l'Istituto Superiore di Sanità le linee guida sono "il prodotto di un processo di revisione sistematica della letteratura e dell'opinione di esperti e rappresentano uno strumento utile per operatori clinici, ricercatori, operatori di sanità pubblica e del sociale, pazienti e familiari in termini sia di organizzazione sistematica sia di aggiornamento delle conoscenze" (<http://www.snlg-iss.it/>).

specialistici, a livello internazionale e nazionale, e sono soggette a repentine modifiche, integrazioni e rielaborazioni sulla base di nuove acquisizioni provenienti dalla ricerca scientifica e dall'esperienza clinica diffusa attraverso le riviste e i siti del settore.

Per avere un'idea, anche sommaria, del complesso groviglio di indicazioni e raccomandazioni, che si sintetizzano nella riassuntiva formula di "linee guida", è sufficiente visitare il sito dell'Istituto Superiore di Sanità, all'interno del quale si è di fronte a un panorama amplissimo, che comprende linee guida nazionali, documenti delle società scientifiche internazionali, linee guida regionali di continua e progressiva elaborazione, fino alle recenti linee guida toscane sul contrasto al tabagismo.

Ma il problema delle linee guida non è costituito soltanto dalla moltitudine, ma anche dall'affidabilità delle fonti che ne curano l'elaborazione, dai possibili profili di mancato coordinamento, dall'eventuale difetto di aggiornamento. E non è mancato chi ha sottolineato il rischio del "conflitto di interessi che legano ricercatori, editori e industrie e che può dar luogo a raccomandazioni incentrate prevalentemente su criteri di economicità e convenienza, piuttosto che di effettivo soddisfacimento delle esigenze diagnostiche e curative" (6).

Non si vuole contestare ovviamente il contributo che l'elaborazione di tali forme di standardizzazione delle tecniche di diagnosi e prestazione medica ha apportato nel tempo alla valutazione secondo metodi tendenzialmente oggettivi delle condotte del medico riconducibili all'area della responsabilità, ma occorre essere consapevoli che il processo di razionalizzazione della perizia esigibile dai professionisti sanitari presenta i medesimi profili di controvertibilità, incertezza e, talvolta, contrasto, che caratterizzano i dibattiti tra studiosi nell'ambito delle scienze applicate.

Della grande difficoltà di fondare sull'osservanza delle linee guida il giudizio sul grado e sulla gravità della colpa medica la giurisprudenza si era dimostrata consapevole già prima della Legge Balduzzi, come si desume dagli esiti totalmente difformi verificatisi nei casi di rispetto delle linee guida, ove i Giudici hanno affermato, talvolta, che la condotta

osservante non poteva condurre ad affermazione di responsabilità (7) e, in altre occasioni, che la stessa condotta aveva impedito di prendere in considerazione plausibili e appropriate alternative terapeutiche, così fondando proprio sull'acritica osservanza delle linee guida l'affermazione di responsabilità.

L'adozione, a livello legislativo, delle linee guida quale parametro per l'accertamento e la graduazione della colpa rischia di schiacciare il medico - com'è stato detto con efficace ironia (8) - nella tenaglia tra colpa "per adesione" e colpa "per divergenza", per spezzare la quale non è remoto il pericolo di una svalutazione applicativa anche di tale aspetto di novità legislativa, che il Giudice potrebbe relegare di fatto a mero indizio o a presunzione relativa nell'ambito di una complessiva valutazione del caso concreto oggetto di giudizio, secondo un metodo di ricostruzione della vicenda non dissimile da quello adottato dai consulenti tecnici, nei giudizi sia civili sia penali, che ben prima della Legge Balduzzi offrivano al Giudicante l'elemento della conformità della condotta medica alle linee guida come dato di valutazione in direzione tendenzialmente (ma non necessariamente) privativa di responsabilità.

Alle difficoltà relative alle linee guida si aggiunge quella di decifrare la più corretta interpretazione del richiamo alle "buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica", che solo pochi interpretano alla stregua di endiadi rafforzativa, prevalendo, al contrario, la tesi di quanti individuano nelle buone pratiche "modelli comportamentali condivisi [e sostanzialmente coincidenti con] gli usi cautelari diffusi in un determinato contesto spazio-temporale" (9).

Infine, è aperto il confronto sulla rilevanza che - nonostante la mancanza dell'esplicito richiamo legislativo - possano assumere, in sede di accertamento del grado di colpa, le condotte conformi o difformi a protocolli, *check list* e codici deontologici.

Se, in questa complessità, sia possibile afferrare il filo di Arianna (10) - in grado di condurre il giurista (ma soprattutto il Giudice) all'esterno del labirinto nel quale il legislatore lo ha introdotto nella ricerca di un presunto criterio oggettivo alla stregua del quale valutare la colpa medica - non è an-

(6) Roiati, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 216, 222; nonché Caputo, *"Filo d'Arianna" o "flauto magico"? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 878 (e in <http://www.penalecontemporaneo.it/>, 16 luglio 2012).

(7) Si vedano, fra le altre, Cass. pen., Sez. IV, 12 giugno 2012, n. 23146; Cass. pen., Sez. IV, 2 marzo 2011, n. 12468;

per ulteriori riferimenti si rinvia a Caputo, *"Filo d'Arianna" o "flauto magico"?*, cit., 901, nt. 72.

(8) Gorgoni, *Colpa lieve per osservanza delle linee guida*, cit., 189.

(9) Roiati, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave*, cit., 11.

(10) Si allude a Caputo, *"Filo d'Arianna" o "flauto magico"?*, cit., 878, *passim*.

cora possibile stabilirlo, specie di fronte alle prime soluzioni giurisprudenziali di questi primi anni di applicazione della norma Balduzzi.

### Titolo della responsabilità e onere probatorio

Il legislatore ha inserito il richiamo alle linee guida e alle buone pratiche nel “fuoco” delle due problematiche centrali consistenti nella natura della responsabilità e della quantificazione del danno.

È certamente interessante rilevare, da un punto di vista non soltanto tecnico-giuridico, l'impatto della novità legislativa in dottrina e in giurisprudenza. Se la stessa norma fosse stata introdotta quindici anni fa, i commenti e le pronunce avrebbero avuto contenuto del tutto diverso.

Non si può dimenticare, infatti, che ancora nel 1998 (11) la Corte di cassazione affermava la natura extracontrattuale della responsabilità del medico dipendente della struttura sanitaria, anche nel caso in cui fosse intervenuto col paziente un precedente rapporto contrattuale libero-professionale, e che, allorquando la medesima Corte (12), pochi mesi dopo, ritenne di fondare sulla categoria del contatto sociale la natura contrattuale della responsabilità medica - a conferma di come avesse ragione Tacito nell'affermare che “tutte le cose che ora si credono antichissime furono nuove” (13) - unanimi pervennero i giudizi (e non poche le critiche) sull'assoluta novità della soluzione giurisprudenziale, che appariva come un ingegnoso *escamotage* dinanzi all'incontrovertibile dato dell'assenza di un contratto tra paziente e medico ospedaliero.

Si può immaginare che un espresso richiamo all'art. 2043 c.c. sarebbe stato letto, in quel momento, co-

me parola chiarificatrice e inequivocabile, piuttosto che espressione - secondo molti dei commenti contemporanei - di incoerenza e di goffo tentativo di ribellione del diritto “vigente” rispetto al diritto “vivente” di matrice giurisprudenziale (14).

Si può certamente convenire con le critiche mosse sul piano dell'“atecnica” legislativa e dell'inopportunità di un intervento qualificatorio così denso di implicazioni nel sistema della responsabilità sanitaria, ma parimenti non è condivisibile un approccio dogmatico che rinneghi il dato letterale per la prevalenza di una sovrastruttura categoriale.

Più pragmaticamente si può muovere proprio dal rilievo che la riforma ha inteso attribuire alle linee guida e alle buone pratiche per ricostruire, nella concretezza delle vicende giudiziarie, il riparto dell'onere della prova che il legislatore stesso ha inteso prefigurarsi e confrontare la coerenza di tale modello con la qualificazione offerta sul piano generale dalla legge.

Orbene, su questo piano è difficile ipotizzare - anche solo in virtù del generale principio di vicinanza della prova (15) - di gravare il paziente danneggiato dell'onere di dimostrare la “colpa lieve” dell'esercente la professione sanitaria che, nello svolgimento della propria attività, si sia attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate. Assai verosimilmente il paziente non potrà che essere gravato del solo onere di provare di “aver patito un danno alla salute in conseguenza dell'attività del medico, ovvero di non avere conseguito alcun miglioramento delle proprie condizioni nonostante l'intervento del medico” (16), dovendo essere invece onere del medico la dimostrazione (17):

a) della natura dell'intervento;

(11) Cass., Sez. III, 13 marzo 1998, n. 2750, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 272, con nota di Ronchi.

(12) Cass., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in questa *Rivista*, 1999, 293, con nota di Carbone.

Come è ben noto, la natura contrattuale della responsabilità del medico strutturato è stata ricostruita dalla dottrina anche secondo modelli ermeneutici alternativi alla figura del contatto sociale. Si vedano, *ex multis*: Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 55; Id., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, *ivi*, 2009, 679; *amplius*, Id., *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, Milano, 2006, 443 ss.; Di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione* in *Corr. giur.*, 1999, 446; Navarretta, *L'adempimento dell'obbligazione altrui e la responsabilità del medico*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1453, che inquadra il rapporto tra medico e paziente nell'ambito di un contratto in cui si conviene che la prestazione oggetto dell'obbligazione sarà adempiuta da un terzo e che per tale fatto l'ente ospedaliero si obbliga in proprio. La disciplina (generale) dell'obbligazione del fatto altrui è rinvenuta nell'art. 2232 c.c., che si distingue dall'art. 1228 c.c. sotto il duplice profilo della maggiore autonomia del medico (in quanto “sostituto” e non

mero “ausiliario” dell'obbligato) e della fonte contrattuale, anziché legale, dell'obbligazione, la cui altruità ne giustifica la natura negoziale.

(13) *Ann.*, XI, 24.

(14) Vincenti, *Cenni sulla giurisprudenza di legittimità in materia di responsabilità sanitaria*, testo della relazione tenuta nell'ambito del corso “I modelli europei di responsabilità sanitaria”, Scuola Superiore della Magistratura, 29 gennaio 2015, in <http://www.corteappello.milano.it/>.

(15) Principio introdotto dalla nota pronuncia Cass., SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, 1565, con nota di Carnevali, e riconducibile, secondo un Autore, alla tendenza “di una “giurisprudenza dottrinale” di “elabora[re] sistematicamente e impo[rr]e i propri principi (...) in materia di azioni risarcitorie, con particolare riferimento al risarcimento del danno non patrimoniale”: Busnelli, *Azioni risarcitorie e “principi giurisprudenziali”*, in *Contr. e impr.*, 2014, 8, 9.

(16) Cass., Sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24791, in <http://www.personaedanno.it/>.

(17) Cass., Sez. III, 14 febbraio 2008, n. 3520, in <http://www.altalex.com/>.

b) del peggioramento o meno delle condizioni del paziente;

c) del rispetto delle linee guida e delle buone pratiche, ovvero delle ragioni che, nel caso specifico, abbiano indotto a discostarsi della medesima.

Dinanzi a tale prova offerta dal medico, spetterà al paziente la prova contraria degli elementi di colpa presenti rispettivamente nell'aver o nel non aver seguito linee guida e buone pratiche.

In definitiva - senza voler prendere posizione in termini generali sul problema della qualificazione delle responsabilità (18), sul quale l'elemento normativo delle linee guida e delle buone pratiche non pare avere un'incidenza diretta (19) - può certamente condividersi l'opinione dottrinale (20) secondo cui "non è da escludere che anche nell'ambito di un'eventuale ricostruzione della responsabilità in chiave extracontrattuale si possa giungere alla luce del principio di vicinanza della prova ed al meccanismo della *res ipsa loquitur*, nonché in considerazione degli interessi coinvolti e dell'affidamento che il paziente ripone nell'operato professionale del medico, a delineare un assetto probatorio diverso rispetto a quello che vorrebbe sempre e comunque il paziente gravato della prova della colpa del medico" e, quindi, in definitiva a vedere

colmato in concreto il solco che sembra oggi contrapporre i sostenitori delle tesi a confronto.

### Graduazione della colpa e danno risarcibile

L'altro fondamentale aspetto critico della disciplina in esame è nella relazione instaurata dal legislatore tra il rispetto delle linee guida e delle buone pratiche e la quantificazione del risarcimento del danno. Anche in tal caso la lettera della legge - secondo la quale "Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo" - non è esente da ambiguità.

In primo luogo, si pone il problema di stabilire se l'incidenza della condotta osservante del medico sulla determinazione del *quantum* risarcitorio abbia una portata generale oppure si riferisca ai soli casi descritti nell'*incipit* della norma e cioè alle ipotesi in cui, avendo il medico seguito le linee guida e le buone pratiche, la sua condotta sia estranea all'area della rilevanza penale ma non a quella della responsabilità civile.

Per fornire risposta a tale interrogativo occorre preliminarmente risolvere il problema della natura eccezionale della norma rispetto al principio dell'integrale riparazione del danno. Sebbene sia stata

(18) Per un efficace inquadramento delle alternative prospettabili v. Breda, *La responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria alla luce della c.d. legge Balduzzi: ipotesi ricostruttive a confronto*, in *Riv. it. medicina legale e dir. sanitario*, 2013, 751, 755 ss.

(19) Secondo Vettori, *La responsabilità medica e il danno non patrimoniale fra legge e giudice. Un invito al dialogo*, in *Persona e Mercato*, 2013, 351, 356, "(u)na interpretazione razionale e sistematica porta a ritenere che si è operato sull'effetto", ossia l'obbligo di risarcire il danno, "e non sulla natura della responsabilità: esclusa la responsabilità penale si è detto che in questi casi "resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.", inteso come sistema della responsabilità civile". Conforme a tale impostazione è la parte della giurisprudenza di merito che ha ribadito la natura contrattuale del rapporto fra medico e paziente. Per maggiori riferimenti si vedano: De Matteis, *Colpa medica e inadempimento delle strutture sanitarie*, in *Contr. e impr.*, 2015, 555, che esamina l'*obiter dictum* di Cass., Sez. III, 4 aprile 2014, n. 7909, in <http://www.ilcaso.it/>, in cui si evidenzia l'unicità, in ambito europeo, della teorica del contatto sociale, ribadita, dopo la riforma, da Cass., Sez. III, 19 febbraio 2013, n. 4030, in questa *Rivista*, 2013, 367, Cass., sez. III, 19 febbraio 2013, n. 4792, in *Mass. Foro it.*, 2013, 145, e Cass., Sez. VI, ord., 17 aprile 2014, n. 8940, in <http://www.corteappello.milano.it/>; Querci, *La Riforma Balduzzi alla prova della giurisprudenza: il punto di vista del Tribunale di Cremona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 452.

Ritiene, invece, Visintini, *La colpa medica nella responsabilità civile*, cit., 532, che il rinvio all'art. 2043 debba "essere interpretato nel senso di un rifiuto da parte del legislatore della assimilazione della posizione dei medici a quella delle strutture ospedaliere. Queste si devono rispondere contrattualmente di tutte le disfunzioni; non così deve essere per il personale sani-

tario di cui deve essere provata una negligenza o una incompetenza professionale e quindi un comportamento illecito e rilevante ai fini dell'art. 2043".

Della giurisprudenza di merito che ha privilegiato l'interpretazione letterale della novella, restituendo l'illecito dell'operatore sanitario al torto aquiliano, deve richiamarsi, in modo particolare, la pronuncia Trib. Milano, Sez. I civ., 17 luglio 2014 (est. Gattari), in questa *Rivista*, 2015, 47, con nota di Mattina, ove si afferma, con dovizia di motivazioni, che, se nell'art. 3, comma 1, L. n. 189 del 2012 "non può rinvenirsi un'opzione a favore di una qualificazione della responsabilità medica "necessariamente come responsabilità extracontrattuale", l'interprete non può "svuotare di significato la previsione normativa, bensì" deve "attribuire alla norma il senso che può avere in base al suo tenore letterale e all'intenzione del legislatore (art. 12 delle preleggi)". La riforma "ha inteso fornire all'interprete una precisa indicazione": "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".

(20) Breda, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in *Contr. e impr.*, 2014, 768, 796; Ead., *La responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria alla luce della c.d. legge Balduzzi*, cit., 765; Ead., *Tutela della salute, responsabilità e scelte legislative: un primo approccio alla riforma tra novità, conferme e problematiche interpretative nella prospettiva civilistica*, in Martini - Genovese (a cura di), *La valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa*, Rimini, 2012, 165 ss.

esclusa la sua valenza costituzionale, l'integralità della riparazione del pregiudizio, riletta nella dimensione del risarcimento "giusto" e "certo" (21), può essere ritenuta un principio di carattere generale, le cui deroghe - per quanto giustificate dalle peculiarità del micro-settore in cui vengano introdotte - non possono assumere il rango di regole estensibili anche a ipotesi diverse da quelle alle quali espressamente il legislatore abbia inteso riferirle. Nell'ambito della riforma Balduzzi - pur volendo prescindere, allo stato, dal dilemma ermeneutico in ordine alla natura della responsabilità - è indubbio che l'adozione delle tabelle di cui agli artt. 138-139, D.Lgs. n. 309 del 2005 già comporti il ridimensionamento delle liquidazioni risarcitorie (22). Per non oltrepassare, quindi, il confine della legittimità costituzionale (23) (che pure taluni ritengono essere già stato travalicato), pare preferibile limitare il potere giudiziale di attenuazione del risarcimento alla sola ipotesi della responsabilità del medico per colpa lieve accertata nonostante il rispetto delle linee guida e delle buone pratiche. A ciò si aggiunga che, essendo le linee guida una generalizzazione di regole di perizia, il loro rispetto non esclude la colpa in presenza di violazioni ascrivibili alla negligenza, e anche in questa ipotesi, pertanto, la liquidazione del danno non soffre alcuna correlativa limitazione.

### I limiti all'integralità del risarcimento

Se una tale interpretazione può circoscrivere l'ambito applicativo a fattispecie numericamente ridotte e, di conseguenza, la concreta incidenza della di-

sciplina, resta da esaminare il profilo sistematico della novità legislativa e, in particolare, se la possibilità di una riduzione proporzionata alla valutazione della condotta del danneggiante costituisca una disposizione "eversiva" nell'ambito del sistema di quantificazione del danno e, inoltre, se siffatta previsione possa incidere sul problema della qualificazione della natura della responsabilità.

Dal primo punto di vista, non v'è dubbio che dottrina e giurisprudenza abbiano sempre sottolineato l'esigenza che l'integralità del risarcimento non patisca deroghe derivanti dalla condotta dell'obligato. Anche nell'applicazione delle norme sulla responsabilità del debitore da valutarsi con "minor rigore" in funzione della natura gratuita del contratto - come, ad esempio, in tema di mandato (art. 1710 c.c.) - la Suprema Corte (24) ha precisato che la valutazione della responsabilità per colpa del mandatario con minor rigore, "è ispirata ad un riguardo verso la posizione del mandatario, cui non sarebbe equo fare carico di una colpa di entità trascurabile nell'esecuzione dell'incarico prestato per amichevole favore, ma non importa che, accertata la colpa del mandatario, in ordine all'adempimento del mandato, sia pure attraverso una valutazione di minor rigore, lo stesso non debba rispondere dell'intero danno sofferto dal mandante, che sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, secondo il principio generale di cui all'art. 1223 c.c.".

La tesi dell'impossibilità di tenere conto del grado della colpa per graduare l'ammontare del risarcimento era già propugnata da Chironi - nella sua storica opera del 1897 dedicata alla colpa nell'illecito civile (25) - il quale, peraltro, nel sancire con

(21) Ponzanelli, *Risarcimento giusto e certo tra giudici e legislatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 553 ss.; Id., *Gli attacchi al principio di integrale riparazione del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 1415 ss.

(22) Cfr. Ponzanelli, *L'applicazione degli articoli 138 e 139 codice delle assicurazioni alla responsabilità medica: problemi e prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 145, 149, ove si sottolinea la parzialità e unilaterale di tale limitazione, operante solo in caso di lesioni lievi e a beneficio esclusivo del medico, caratteristiche che riducono "impercettibilmente" l'entità del premio assicurativo, il cui valore economico è costituito soprattutto dalle lesioni non lievi, per le quali è frequente la previsione negoziale di una franchigia; Id., *Gli ostacoli all'integralità del risarcimento nella determinazione del danno non patrimoniale in generale ed in particolare in presenza di una colpa medica*, in *Contr. e impr.*, 2015, 620, spec. 625-626, che conclude affermando come non sembrino "ravvisabili, almeno nella loro completezza, tutte le ragioni che giustificano la limitazione della responsabilità, almeno sotto il profilo dell'obbligo ad assicurarsi e del funzionamento della garanzia assicurativa". "Da anni, anche nel campo della responsabilità medica, un intervento riformatore era atteso; ma si poteva ragionevolmente prevedere che esso sarebbe stato attuato con altri canoni e in una prospettiva più generale, coinvolgendo anche i

profili collegati all'organizzazione della struttura sanitaria".

Analogo scetticismo nei confronti del successo della riforma si coglie nella previsione di Carbone, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in questa *Rivista*, 2013, 378, 391, di un incremento del contenzioso, ove prevalesse, in giurisprudenza, la tesi della natura extracontrattuale dell'illecito, in quanto il paziente agirebbe direttamente contro la struttura pubblica e, in via solidale, contro il medico.

(23) La legittimità costituzionale dell'art. 139 c. ass. in rapporto a tale principio è stata ribadita dalla Consulta nella sentenza di rigetto del 16 ottobre 2014, n. 235 (in <http://www.cortecostituzionale.it/>), che ha ritenuto ragionevole il bilanciamento operato dal meccanismo tabellare fra il diritto all'integrale risarcimento del danno alla persona e l'interesse, "generale e sociale, degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi". In tema si veda C. Scognamiglio, *Il danno da micropermanenti: la giurisprudenza della Corte costituzionale, la funzione della responsabilità civile ed una condivisibile concretizzazione del principio di irrisarcibilità del danno non eccedente il livello della tollerabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1834.

(24) Cass., Sez. III, 3 aprile 1980, n. 2200.

(25) G.P. Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno*, Torino, 1897, 2ª ed., I, 358 ss.

veemenza, a proposito della responsabilità extracontrattuale, che “la responsabilità tende alla riparazione del danno ingiustamente cagionato: or se l’ingiuria esiste sempre quando concorra la colpa, e se il grado di leggerissima che in questa sia ne misura l’intensità, senza alterarne l’essenza, è certo, e la legge lo afferma, che la colpa leggerissima impone l’obbligo del risarcimento a quello stesso modo lo imporrebbe la grave”, confutava la diversa autorevole opinione di Laurent, secondo cui “il giudice ha per ufficio suo autorità di valutare il grado della colpa onde inferirne la misura del risarcimento”.

In quel tempo, del resto, il Codice civile austriaco e la Legge Federale Svizzera sulle obbligazioni consentivano con ampiezza riduzioni di risarcimento dovute alla condotta del danneggiante e ammettevano che il giudice potesse “conoscere del grado della colpa, allo scopo di proporzarvi la misura dell’indennità”. Secondo la disciplina originaria dell’ABGB, infatti, “nel caso di danno cagionato con dolo o per evidente negligenza, il danneggiato può domandare il pieno soddisfacimento” (§ 1324), che “si estende anche al lucro cessante e alla ripartizione della recata offesa” (§ 1323); “negli altri casi la sola indennizzazione propriamente detta” (§ 1324), che concerne, invece, “soltanto il danno dato” (§ 1323).

Un breve sguardo storico-comparatistico sembra smentire, pertanto, che il legislatore non possa stabilire limitazioni risarcitorie correlate al grado della colpa dell’autore dell’illecito, allo stesso modo in cui tali limitazioni sono già previste in dipendenza di condotte del danneggiato (quali il concorso colposo alla produzione dell’evento o all’aggravamento del danno).

Allo stesso modo, tale prospettiva storico-comparatista contraddice la tesi - pur accuratamente argomentata (26) - secondo cui la diversificazione dell’obbligo risarcitorio, a seconda della maggiore o minore “riprovevolezza” della condotta dell’autore di osservanza o divergenza dalle linee guida e dalle buone pratiche, sarebbe incompatibile con la qualificazione della responsabilità come extracontrattuale, posto che l’art. 1225 c.c. (che, nell’ambito

della responsabilità contrattuale, limita la risarcibilità dei danni imprevedibili alle sole ipotesi di inadempimento doloso) non è richiamato dall’art. 2056 c.c. a proposito dell’illecito extracontrattuale. Oltre al rilievo (27) per cui anche in tale settore della responsabilità il Codice assume il parametro della gravità della colpa nell’ambito dell’art. 2055 c.c., al fine di graduare la misura della responsabilità dei coautori dell’illecito, non si rinvergono nel sistema ragioni plausibili per affermare che il principio dell’integralità della riparazione del danno, legislativamente modulato nella responsabilità contrattuale, debba trovare indefettibile applicazione, invece, in ambito extracontrattuale (28).

In definitiva, deve ritenersi che l’art. 3, comma 1, Legge Balduzzi costituisca un’eccezione alla regola dell’irrelevanza del grado della colpa nella quantificazione del risarcimento, ma un’eccezione consentita e legittima sia sul piano costituzionale sia su quello sistematico (29).

È non può escludersi che il legislatore abbia introdotto una siffatta limitazione risarcitoria anche nella consapevolezza di limitarne l’applicazione alla sola responsabilità del medico, notoriamente concorrente con quella della struttura sanitaria, per la quale - secondo l’opinione pressoché unanime - la responsabilità resta di natura contrattuale e non patisce riduzioni derivanti dal grado della colpa dell’operatore.

Una tale considerazione può indurre, tuttavia, a una riflessione più ampia circa l’effettiva utilità di una norma come l’art. 3 a tradurre le esigenze di contrasto verso il fenomeno della c.d. medicina difensiva.

L’ambiguità del contenuto e la sostanziale neutralità della condotta conforme alle linee guida e alle buone pratiche rispetto alla sussistenza e all’accertamento della colpa fanno insorgere il dubbio se non fosse stata più opportuna una scelta più coraggiosa e radicale, non dissimile da quella a suo tempo accolta con riguardo al personale docente, direttivo, educativo e non docente delle scuole statali, per il quale la Legge n. 312 del 1980 ha ascrivito la responsabilità per i danni subiti per comporta-

(26) Nocco, *Le linee guida e le “buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica” nella “legge Balduzzi”: un opportuno strumento di soft law o un incentivo alla medicina difensiva?*, in *Riv. it. medicina legale e dir. sanitario*, 2013, 781, 790.

(27) Gnani, *L’art. 2055 c.c. e il suo tempo*, in questa *Rivista*, 2001, 1037; *Id.*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2005, sub art. 2055, 39 ss., 187 ss., 201 ss.

(28) Come osserva Busnelli, *La “dottrina delle Corti” e il risarcimento del danno alla persona*, in questa *Rivista*, 2014, 461, 469, che annovera l’integralità del risarcimento fra i “principi

giurisprudenziali” (*supra*, nota n. 15), “(i) tentativo di estendere sic et simpliciter lo stesso precetto alla valutazione del danno non patrimoniale alla persona, apprezzabile come obiettivo ideale, è destinato all’insuccesso sul piano operativo, o quanto meno a non uscire dall’ambiguità”.

(29) Tenendo ben presente il monito di Nietzsche, *Umano, troppo umano*, trad. it. di Mirella Ulivieri, Roma, 2010, n. 483, che “le convinzioni sono nemiche della verità più pericolose delle menzogne”.

menti degli alunni sottoposti alla vigilanza alla sola Amministrazione, così escludendo la legittimazione passiva diretta del personale scolastico nelle azioni promosse dai terzi e limitando il regresso dell'Amministrazione ai soli casi di dolo o colpa grave.

Un intervento legislativo del medesimo tenore avrebbe preso atto di una prassi giudiziaria che, sempre più spesso, vede escluso il medico dipendente dal novero dei convenuti e riferisce *in toto* alla struttura ospedaliera la responsabilità per i danni subiti dal paziente per errori diagnostici o terapeutici e, più in generale, per l'inadempimento delle ampie e varieghe obbligazioni derivanti dal c.d. contratto di ospedalità.

### Il problema del danno morale

Altra problematica che la legge Balduzzi pone sul piano della quantificazione del risarcimento concerne i confini del rinvio operato dal terzo comma; se cioè il solo danno biologico debba essere commisurato ai parametri delle tabelle ministeriali di cui agli artt. 138-139 c. ass., oppure se anche il riconoscimento di ulteriori profili di danno debba essere circoscritto agli incrementi percentuali previsti nelle medesime norme.

Il problema riguarda il danno morale e la possibilità di procedere ad una sua autonoma liquidazione, avulsa dalle frazioni percentuali (un terzo e un quinto) di incremento previste in tema di risarcimento da sinistro stradale.

In tal caso il tenore testuale del rinvio - che non è limitato al contenuto intrinseco delle tabelle, ma è esteso ai "criteri di cui ai citati articoli [138 e 139]" - non consente di limitare al solo danno biologico la predeterminazione del *quantum*, con la conseguenza che anche l'incremento sulla base dell'equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato possa essere disposto dal giudice, nelle cc.dd. micropermanenti, in misura non superiore a un quinto.

Semmai, si ripropone anche in tale situazione il problema generale se gli artt. 138-139 includano il risarcimento del danno morale ovvero se quest'ultimo possa essere liquidato autonomamente e senza limiti tariffari di carattere proporzionale.

Il segmento normativo, che impone al giudice di tenere conto del rispetto delle linee guida e delle buone pratiche" anche nella determinazione del ri-

sarcimento del danno", è stato letto da taluni come espressivo anche della facoltà del giudice di incrementare l'importo del risarcimento per "sanzionare" le condotte di colpa grave dovute all'ingiustificata inosservanza delle linee guida o, al contrario, alla negligente mancata individuazione della più opportuna alternativa terapeutica.

Rispetto a tale possibile lettura è stato finora obiettato che la funzione sanzionatoria del risarcimento resta estranea alla concezione riparatoria della responsabilità civile e, addirittura, contraria all'ordine pubblico secondo due noti arresti della Suprema Corte del 2007 e del 2012.

Il problema è destinato, tuttavia, a complicarsi - e non soltanto sul piano della responsabilità medica - in seguito alla recente pronuncia di legittimità del 15 aprile 2015, n. 7613 (30), che ha riconosciuto la conformità all'ordine pubblico della sentenza del giudice belga contenente un'*astreinte* con funzione sanzionatoria in caso di inadempimento.

Nella motivazione della sentenza della Suprema Corte si legge espressamente, infatti, che "è noto come allo strumento del risarcimento del danno, cui resta affidato il fine primario di riparare il pregiudizio patito dal danneggiato, vengano ricondotti altri fini con questo eterogenei, quali la deterrenza o la prevenzione generale dei fatti illeciti (posto che la minaccia del futuro risarcimento scoraggia dal tenere una condotta illecita, anche se, secondo gli approdi dell'analisi economica del diritto, l'obiettivo di *optimal deterrence* è raggiunto solo se la misura del risarcimento superi il profitto sperato), [nonché il fine della] sanzione [posto che] l'obbligo di risarcire costituisce una pena per il danneggiante".

I vari indici normativi (quali, ad esempio, le leggi sulla violazione dei diritti di proprietà industriale (31) o sulla protezione del diritto d'autore (32), che determinano il danno anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto) - in precedenza relegati a previsioni tassative ed eccezionali - si presentano ora, nella ricostruzione del Supremo Collegio, come segno dell'"evoluzione della tecnica di tutela della responsabilità civile verso una funzione anche sanzionatoria e deterrente (...) specialmente [ma non esclusivamente] a fronte di un *animus nocendi*; pur restando la funzione risarcitoria quella immediata e diretta cui l'istituto è teso,

(30) Cass., Sez. I, 15 aprile 2015, n. 7613, in <http://www.cortedicassazione.it/>.

(31) D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (G.U. 4 marzo 2005), art. 125.

(32) L. 22 aprile 1941, n. 633 (G.U. 16 luglio 1941), art. 158, come sostituito dal D.Lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (G.U. 7 aprile 2006), 5.

tanto da restare imprescindibile il parametro del danno cagionato”.

Se con questa recente pronuncia si debba considerare abbattuto l'ultimo recinto della responsabilità civile e si possa ritenere affidata all'illimitata discrezionalità giudiziale una funzione genericamente sanzionatoria della condotta dannosa, sarà la giurisprudenza - forse assai prima di quanto si pensi - a stabilirlo. Di certo può affermarsi che, nella logica interna all'intervento legislativo Balduzzi, al disegno mirante alla tendenziale riduzione del *quantum* risarcitorio deve ritenersi del tutto estraneo l'intento di cumulare alla liquidazione del danno un *quid pluris* di contenuto prettamente sanzionatorio della condotta del medico che sia incorso in responsabilità per colpa grave.

Questi, molto in sintesi, i principali problemi che i criteri contenuti nelle linee guida e nelle buone pratiche accreditate pongono se posti in relazione alla responsabilità e alla quantificazione del danno.

Pacth Adams ha affermato - come si sa - che “la paura di essere perseguitati per negligenza è una delle peggiori tragedie della medicina moderna. Questa ladra della gioia nella pratica medica ha rubato l'umanità dei medici. [La nostra società ci sta dicendo che non abbiamo diritto di commettere errori. I dottori di famiglia sanno che commettiamo degli sbagli ogni giorno, anche solo trascorrendo troppo poco tempo con i nostri pazienti.] Dobbiamo avere il diritto di fare degli errori. [La scienza medica è così imperfetta che è impossibile sapere per certo, prima di trattare un paziente, quale sarà il risultato. Ogni terapia è sperimentale e ogni medico sollecito deve correre dei rischi, se vuole aiutare i suoi pazienti]. L'incompetenza è un'altra questione: se un medico è incompetente non dovrebbe praticare la medicina e basta” (33).

Soltanto il tempo potrà dirci se la mini-riforma Balduzzi sarà riuscita nell'ambizioso obiettivo di evitare sia i medici incompetenti sia quelli perseguitati.

(33) Adams, *Gesundheit!*, (titolo italiano: *Salute! Ovvero come un medico clown cura gratuitamente i pazienti con l'allegria e con l'amore*), trad. it. a cura di D. Pisano e G. Bozzia, Milano, 2004, 46. Osservano Asmundo-Scurria, *La sostenibile inesistenza dell'essere: la "colpa lieve" della legge Balduzzi*, in Risicato (a cura di), *La colpa medica "non lieve" dopo la legge Balduzzi*, Giurisprudenza italiana, Torino, 2014, 2071 ss.: “L'inizio del nuovo millennio avrebbe dovuto trovare tutti gli operatori sanitari ed, in particolare, i medici, consapevoli della svolta culturale fondata sulle nuove metodiche di prevenzione, indivi-

duazione e gestione dell'errore. L'evoluzione delle conoscenze e, quindi, l'implementazione dei metodi di analisi e gestione della complessità del sistema sanità, ma soprattutto le acquisizioni della psicologia cognitiva, dovranno consentire di recuperare un più corretto rapporto con l'errore, prima che la numerosità e la gravità degli errori costantemente tracimando dall'ambito sanitario a quello giudiziario (penale) determini la sostanziale impossibilità di garantire perfetta tutela ad inviolabili diritti di superiore interesse costituzionale”.