

## **Introduzione**

Negli ultimi anni il tema della responsabilità medica ha assunto un'importanza sempre maggiore dovuta al fatto che i casi portati all'attenzione delle autorità giudiziarie sono aumentati esponenzialmente. Questo ha fatto sì che i medici abbiano messo in pratica il fenomeno della "medicina difensiva" che può consistere nella prassi di effettuare molteplici esami prima di assumere una decisione con lo scopo di poter dimostrare di aver preso tutte le precauzioni necessarie ("medicina difensiva" positiva) o nell'astenersi dall'intervenire su pazienti i cui casi presentino alte possibilità di insuccesso, per evitare successivamente azioni legali, da parte del paziente stesso o dei familiari ("medicina difensiva" negativa).

Le conseguenze sono immediatamente visibili: da un lato c'è un'evidente perdita di tempo prima di arrivare a una diagnosi, mentre dall'altro i pazienti più a rischio (e quindi più bisognosi) più difficilmente trovano medici che siano disposti a tentare di trovar loro una cura.

Per arginare questo fenomeno diversi sono stati gli interventi legislativi che hanno riguardato il tema della responsabilità medica, passando da una disciplina generale ancorata al codice civile a una legislazione di settore.

Molto dibattito, sia dottrinale che giurisprudenziale, si è scatenato intorno al cosiddetto decreto Balduzzi (d.l. 158/2012, poi convertito nella legge 189/2012), in particolare attorno all'interpretazione della natura contrattuale o extra-contrattuale del medico.

Più recente è invece l'approvazione della cosiddetta legge Gelli (l. 24/2017) che ha affrontato il tema prevalentemente dal lato penale.

Questo lavoro si propone quindi di comprendere quale sia lo stato attuale delle cose e quali siano le possibili vie da percorrere in futuro.

In un primo momento, si procederà ad un'analisi storica di quelli che sono gli argomenti dominanti riguardo alla responsabilità medica: questa analisi

verrà effettuata guardando da un lato all'evoluzione della dottrina negli anni e dall'altro agli orientamenti giurisprudenziali (in particolar modo della Corte di Cassazione), per osservare quando essi siano stati conformi e quando invece ci siano state variazioni di notevole rilevanza. In questo modo si cercherà di comprendere quali siano i capi saldi della materia e quali punti siano ancora oggetto di possibile discussione

La seconda fase riguarderà invece il diritto vivente e quindi, più nello specifico, il decreto Balduzzi e la legge Gelli.

Per quanto riguarda il primo si analizzerà il lavoro preparatorio che ha portato all'emanazione, cercando di comprendere quale fosse l'intenzione iniziale del legislatore e quindi la *ratio* del provvedimento; di seguito si confronteranno le diverse pronunce giurisprudenziali che si sono avute negli ultimi anni e che sono state tra di loro contrastanti; infine si affronterà il problema della compatibilità costituzionale del suddetto decreto.

Per quanto concerne il secondo, di recente approvazione definitiva, si procederà ad un'illustrazione del contenuto e ad un confronto delle prime analisi della dottrina, cercando di capire quale influenza possa avere sul tema principale del lavoro, trattandosi infatti di una normativa che riguarda più da vicino la fattispecie penale.

Nella terza parte si porteranno gli esempi di altri ordinamenti, in particolare quello francese, quello britannico e quello tedesco.

La scelta è ricaduta su tre realtà che da un punto di vista generale, pur con le loro differenze, si trovano comunque in una situazione paragonabile a quella italiana.

Questa comparazione servirà ad illustrare le soluzioni che altrove in Europa sono state trovate per affrontare il problema della responsabilità medica, con lo scopo di comprendere quale possa essere la risposta ottimale al tema.

In conclusione si può quindi affermare che la domanda che implicitamente ripercorre tutto il seguente lavoro è la seguente: su chi deve ricadere il costo del danno che l'errore medico ha provocato?

Si cercherà di dare una risposta a questa domanda ripercorrendo quindi le soluzioni che sono state elaborate nell'ordinamento italiano, fino ad arrivare alla vigente legislazione, ma anche spostando la vista su paesi vicini per vedere quali sono state invece le loro idee in merito.



# **I L'evoluzione della responsabilità medica nell'ordinamento italiano.**

**1. La natura della responsabilità del medico. 2. La responsabilità dell'ente. 3. Il nesso causale. 4. La colpa e l'onere della prova. 5. L'inapplicabilità dell'art. 2236 cc all'ordinamento penale.**

## **1. La natura della responsabilità del medico.**

La natura della responsabilità del medico si è trovata negli anni ad essere classificata, alternativamente, in due maniere differenti: da una parte si è sostenuto che avesse una natura contrattuale e dall'altra che la natura fosse invece extracontrattuale.

Varie sono state le interpretazioni che dottrina e giurisprudenza hanno dato dell'istituto, in quanto entrambi i modelli sono stati affermati e si è anche pensato che potessero convivere, profilando l'inesatta esecuzione della prestazione medica come fatto lesivo che facesse sorgere una responsabilità delittuale<sup>1</sup>.

Sono diverse le figure di medico che ci si presentano davanti, la cui responsabilità esige una disciplina.

Pochi dubbi si hanno per quel che riguarda il medico libero professionista che opera nel proprio studio privato.

In questo caso infatti, il rapporto che instaura con il paziente è chiaramente di natura contrattuale<sup>2</sup>, come affermato dalla Cassazione già nel 1941: "Or che tra medico ed infermo che si affida alle sue cure intercorra rapporto contrattuale, il quale importa da una parte il dovere giuridico del sanitario di prestare l'opera sua con la maggior possibile diligenza, dall'altra il dovere

---

<sup>1</sup> DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, XLVI, Padova, 2007, 132-134

<sup>2</sup> DE LUCA, *La responsabilità medica nel processo civile*, in *La responsabilità medica*, De Luca, Galione, Maccioni, Milano, 2014, 164

giuridico di compensare adeguatamente le prestazioni professionali del primo, è principio del quale non si controverte." <sup>3</sup>

Lo stesso principio è stato poi riaffermato in tempi più recenti: "quanto alla natura della responsabilità professionale del medico, osserva questa Corte che, contrariamente a quanto avviene negli ordinamenti dell'area di *Common Law*, ove persiste la tendenza a radicare la detta responsabilità nell'ambito della responsabilità aquiliana (*torts*), nei paesi dell'area romanistica, come nel nostro ordinamento, si inquadra detta responsabilità nell'ambito contrattuale." <sup>4</sup>

Più problematica e più discussa negli anni è stata invece la classificazione della responsabilità del medico dipendente ospedaliero, tanto che sono state diverse le teorie elaborate in questo ambito.

La teoria extracontrattuale viene spiegata nel 1979 dalla Cassazione, la quale distingue i rapporti intercorrenti tra paziente, struttura ospedaliera e medico dipendente, per poi affermare che "Non è configurabile, dunque, una responsabilità contrattuale del medico, dipendente dall'ente ospedaliero, verso il paziente in conseguenza dell'errore diagnostico o terapeutico da lui commesso. Il quale errore, però, in mancanza di un preesistente rapporto fra il medico ed il paziente, rileva quale atto illecito causativo di un evento dal quale sia derivato un danno al paziente: rileva cioè sotto il profilo della responsabilità extracontrattuale." <sup>5</sup>

In altre parole questa sentenza mette in chiaro che, pur essendoci un contratto tra paziente e struttura, mancando però lo stesso nel rapporto tra paziente e medico, la responsabilità non può che essere extracontrattuale.

Ancora nel 1998, la Corte sostiene che "La responsabilità dei medici, mediante l'opera dei quali l'ospedale rende al paziente il servizio

---

<sup>3</sup> Cass. civ., 27.3.1941, n.879 in *Riv. dir. comm.*, 1941, 304

<sup>4</sup> Cass. civ., 22.1.1999, n.589 in *Danno e resp.*, 1999, n.3, 294 e segg.

<sup>5</sup> Cass. civ., 24.3.1979, n.1716, in BOTTONE, D'ALESSANDRO, FIORI, GIGLI, *Quarant'anni di giurisprudenza della Cassazione nella responsabilità medica*, Milano, 2000, 194

richiestogli, in considerazione dell'assenza di un rapporto tra medico e paziente, è da considerare una responsabilità extracontrattuale." <sup>6</sup>

Tra i vari orientamenti si è inserito anche quello che ha ritenuto possibile il cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, quando dal medesimo fatto derivassero sia un inadempimento che un danno ingiusto<sup>7</sup>.

Questo viene confermato dalla Corte d'Appello di Roma, che infatti scrive che "nel vigente ordinamento, pertanto, è ammissibile il concorso fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, allorché un unico comportamento risalente al medesimo autore, e quindi un evento dannoso unico nella sua genesi soggettiva, appaia di per sé lesivo non solo dei diritti specifici derivanti al contraente dalle clausole contrattuali, ma anche dei diritti assoluti che alla persona offesa spettano di non subire pregiudizio all'onore, alla propria incolumità personale e alla proprietà." <sup>8</sup>

Già a partire da una sentenza del 1988 si fa strada invece, la teoria contrattuale secondo cui la responsabilità del medico è da accomunare a quella dell'ente: "Responsabilità che hanno entrambe radice 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 è, come quella dell'ente pubblico, di tipo professionale." <sup>9</sup>

Ma è solo con la sentenza del gennaio 1999 che arriva la svolta: qui la terza sezione civile della Cassazione compie una ricognizione dei vari orientamenti fin lì presenti nella giurisprudenza e successivamente afferma la natura contrattuale della responsabilità del medico secondo la teoria del contatto sociale.

---

<sup>6</sup> Cass. civ., 13.3.1998, n.2750, in BOTTONE, D'ALESSANDRO, FIORI, GIGLI, *Quarant'anni di giurisprudenza della Cassazione nella responsabilità medica*, cit., 939

<sup>7</sup>DE LUCA, *La responsabilità medica nel processo civile*, cit., 167

<sup>8</sup> App. Roma, 6.9.1983, in *Foro it.*, 1983, I, 2838

<sup>9</sup> Cass. civ., 1.3.1988, n.2144, in *Foro it.*, 1988, I, 2296

Questa teoria non viene giustificata né per il riferimento all'art. 28 Cost.<sup>10</sup>, né accostando la responsabilità del medico a quella dell'ente, come invece aveva fatto la citata sentenza del 1988, ma richiamando i ragionamenti della dottrina sull'art. 1173 c.c.<sup>11</sup> che elenca le possibili origini delle obbligazioni. "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>12</sup>

Il ragionamento della Corte prosegue poi distinguendo l'intervento del medico nei casi in cui si sia o meno in presenza di un contratto: "L'esistenza di un contratto potrà essere rilevante solo al fine di stabilire se il medico sia obbligato alla prestazione della sua attività sanitaria (salve le ipotesi in cui detta attività è obbligatoria per legge [...]).

In assenza di dette ipotesi di vincolo, il paziente non potrà pretendere la prestazione sanitaria dal medico, ma se il medico in ogni caso interviene [...] 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.

Da tutto ciò 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

---

<sup>10</sup> "I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civile e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti.

In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici."

<sup>11</sup> "Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità all'ordinamento giuridico."

<sup>12</sup> Cass. civ., 22.1.1999, n. 589, in BOTTONE, D'ALESSANDRO, FIORI, GIGLI, *Quarant'anni di giurisprudenza della Cassazione nella responsabilità medica*, cit., 954

responsabilità a contenuto contrattuale di entrambi (qualificazione che discende non dalla fonte dell'obbligazione ma dal contenuto del rapporto)."<sup>13</sup>

In conclusione si può affermare che la giurisprudenza è giunta quindi a una scelta contrattuale, sfruttando in particolare il riferimento dell'art. 1173 "agli altri atti o fatti idonei a produrre obbligazione".

In particolare, l'intervento del medico (non obbligato nei confronti del paziente, ma dovuto certamente all'istituto sanitario) concretizza il fatto idoneo a produrre l'obbligazione.

Questo è quindi quel contatto sociale che porta anche il medico dipendente da struttura sanitaria a rispondere secondo una regola di responsabilità contrattuale<sup>14</sup>.

## **2. La responsabilità dell'ente.**

Meno problematica è stata invece la classificazione della responsabilità della struttura ospedaliera, che è oggi pacificamente accettata come avente natura contrattuale.

In passato però, anche la tesi della responsabilità extracontrattuale ha trovato spazio, ricollegando l'attività dell'ente a quella della pubblica amministrazione che deve sempre svolgersi nei limiti posti non solo dalla legge, ma anche dalla norma del *neminem laedere*<sup>15</sup>.

Anche nella giurisprudenza si trovano riscontri di questo orientamento, in particolare la Cassazione nel 1979 afferma che: "è principio consolidato che un ente pubblico non economico (quale è l'ente Ospedali Riuniti di Sciacca) è responsabile dell'atto illecito produttivo di danni (art. 2043 c.c.),

---

<sup>13</sup> Cass. civ., 22.1.1999, n. 589, in BOTTONE, D'ALESSANDRO, FIORI, GIGLI, *Quarant'anni di giurisprudenza della Cassazione nella responsabilità medica*, cit., 955

<sup>14</sup> DE LUCA, *La responsabilità medica nel processo civile*, cit., 173

<sup>15</sup> DE LUCA, *La responsabilità medica nel processo civile*, cit., 173

commesso da un suo dipendente nell'esercizio dei compiti a questo attribuiti: responsabilità, questa, sussistente ove si tratti naturalmente, di attività rientrante nei fini dell'ente, e non di attività con la quale il dipendente eventualmente perseguì un fine strettamente personale ed egoistico ovvero doloso e che si riveli, pertanto assolutamente estranea all'ente." <sup>16</sup>

Nello stesso periodo però, un'altra pronuncia perviene alla conclusione opposta: " La responsabilità di un ente ospedaliero per i danni causati ad un ricoverato da prestazioni mediche dei sanitari dipendenti, erroneamente e non diligentemente eseguite, ha natura contrattuale: l'ente ospedaliero, infatti, ha concluso con il ricoverato un contratto d'opera intellettuale, obbligandosi ad eseguire le prestazioni mediche necessarie a mezzo dei sanitari suoi dipendenti; e, pertanto, la sua responsabilità discende dall'inesatto adempimento.

Responsabilità che è quella tipica del professionista, appunto per inesatto adempimento della prestazione; con la conseguenza che vanno applicati i principi di diritto elaborati ed enunciati nella giurisprudenza di questa Suprema Corte in ordine alla responsabilità del professionista." <sup>17</sup>

La traccia dettata da questa sentenza è quella che verrà seguita in futuro, infatti in un caso nel 1988, la Corte arriva alla seguente conclusione: "Appunto perché si costituisce un rapporto giuridico tra i due soggetti, strutturato da un diritto soggettivo e da un correlato dovere di prestazione, la responsabilità dell'ente pubblico verso il privato, per il danno a questi causato dalla non diligente esecuzione della prestazione, non è extracontrattuale, essendo configurabile questo tipo di responsabilità quando non preesista tra danneggiante e danneggiato un rapporto giuridico nel cui ambito venga svolta dal primo l'attività causativa del danno. Sicché, per esclusione, la responsabilità dell'ente pubblico, gestore del servizio

---

<sup>16</sup> Cass. civ., 5.1.1979, n.31, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 954