

## **CAP. I**

### **LA RESPONSABILITÀ NELLA PROFESSIONE MEDICA**

#### **1. Le fonti della responsabilità medica.**

Nell'ambito del quadro normativo che sarà oggetto di analisi, primario è il ruolo svolto dall'art. 32 Cost., norma che tutela il diritto alla salute, valore all'apice del nostro ordinamento giuridico. La salute, infatti, risulta essere non un mero diritto del singolo, ma ricopre una rilevanza estesa, individuata nell'interesse di tutta la collettività.

La responsabilità del medico trova origine generalmente in una prestazione inadeguata, produttiva di effetti negativi sulla salute del paziente. Ciò, in base al caso di specie, può comportare per il professionista un provvedimento disciplinare (natura deontologica), una condanna per reato (natura penale) o un obbligo di risarcimento del danno (natura civilistica).

Una prima fonte normativa la si rinviene nel codice di deontologia medica, approvato nel 2014 e perfezionatosi nei successivi tre anni, il quale prevede regole di autodisciplina professionale vincolanti per gli iscritti all'ordine e la cui violazione comporta l'applicazione di sanzioni disciplinari. La rilevanza di tale codice non è fine a se stessa, poiché, in certi casi, è proprio il codice a prevedere ripercussioni nella valutazione della responsabilità civile o penale del sanitario.

Una seconda via riguarda diversamente le fonti normative di carattere penale e, in particolar modo gli artt. 40 e 41 del c.p., principali norme di riferimento concernenti il nesso di causalità materiale tra il fatto compiuto e l'evento dannoso ed il concorso di più fattori causali, tenendo comunque in considerazione la verifica dell'esistenza di elementi soggettivi (dolo o colpa).

Accertata la presenza del dolo o della colpa e del nesso di causalità, diversi sono gli scenari di reato in cui rischia di incorrere il medico. Nei casi più gravi,

ovvero quando la condotta sanitaria sia causa della morte del paziente, il medico potrà rispondere, in base alle circostanze di fatto, del reato di omicidio *ex art. 575 c.p.*, di omicidio preterintenzionale *ex art. 584 c.p.* o di omicidio colposo *ex art. 589 c.p.*

Se dall'accertamento degli elementi visti, risulti invece un'alterazione del paziente di tipo psicofisico, potrà essere imputato al medico il reato di lesioni personali *ex art. 582 c.p.* o di lesione personale colposa *ex art. 590 c.p.*

Una grande incidenza in tali casi ricopre poi l'art. 590-*sexies* c.p., introdotto di recente dalla riforma del 2017 concernente la responsabilità medica, la c.d. L. Gelli Bianco, che ha abrogato l'art.3 della L. n. 189/2012, riconoscendo per la prima volta nel codice penale una speciale scriminante che in seguito sarà analizzata.

Il quadro normativo si completa poi sotto il profilo civile. Il medico, nella veste di soggetto negoziale, potrà stipulare con il paziente un contratto di prestazione d'opera intellettuale, ai sensi dell'art. 2230 c.c. e, qualora non esegua esattamente la prestazione, il paziente potrà agire al fine di ottenere il risarcimento del danno *ex art. 1218 c.c.*, in combinato disposto con gli artt. 1176, comma 2 e 2236 c.c., i quali richiedono l'accertamento della sussistenza degli elementi soggettivi del dolo o della colpa, nonché della tipologia di prestazione richiesta, ad es. "routinaria" o meno, al fine di verificare effettivamente l'inadempimento dell'obbligazione.<sup>1</sup>

L'esercizio dell'attività medica però non conosce solamente il rapporto negoziale "diretto" medico-paziente, ma tiene in considerazione anche la figura del medico "strutturato" di cui soprattutto negli ultimi anni il Legislatore si è preoccupato di regolamentare sotto diversi profili normativi, attraverso due grandi riforme, l'una del 2013, l'altra del 2017.

## **2. L'esercizio dell'attività medica e il mutamento del rapporto medico-paziente.**

---

<sup>1</sup> V. NIZZA, *La nuova colpa penale del medico, Analisi delle principali linee guida per la valutazione della responsabilità sanitaria*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 3-5.

Il Legislatore non ha mai specificato il concetto di “professione medica”; dunque, la legge non prevede attualmente una sua definizione. L’unico riferimento che l’interprete tecnicamente possiede è il capo II, titolo III del libro V del codice civile, ove si rinviene la definizione, si badi però generica, di “professione intellettuale”, indicando al suo interno, le condizioni essenziali ed inderogabili per il suo esercizio. Invero, analizzando il complesso delle norme, non risulta affatto complicata la sussunzione della professione medica nella disciplina designata.

Nel concreto, l’art. 2229 c.c., al suo primo comma, stabilisce che è la legge a determinare le professioni intellettuali per cui è richiesta (e necessaria) l’iscrizione ad un albo o ad appositi elenchi. Detto articolo trova concretizzazione poi attraverso apposite leggi speciali che di volta in volta regolano le varie professioni.<sup>2</sup>

Considerato ciò, il Legislatore contempla la professione intellettuale nel lavoro autonomo, lasciando però alla dottrina e giurisprudenza il lavoro interpretativo circa la ricerca delle prerogative di dette attività o dei caratteri di <<libertà o discrezionalità di manifestazione della personalità intellettuale>>.<sup>3</sup>

Nel caso di specie, trattasi della figura del medico appartenente al Servizio sanitario nazionale riguardante il ruolo nominativo regionale<sup>4</sup> o attraverso convenzione<sup>5</sup>, previa iscrizione all’albo professionale e partecipazione al concorso.

La dottrina più volte si è pronunciata definendo tale figure come <<professionisti impiegati>> e di <<istituzionale congiunzione, pur delineata dalla legge

---

<sup>2</sup> G. PASCALE, *Responsabilità del medico e risarcimento del danno dopo la riforma Gelli-Bianco*, Maggioli editore, Rimini, 2017, p. 9-10.

<sup>3</sup> L. RIVA SANSEVERINO, *Del lavoro autonomo, in Commentario al codice civile*, Zanichelli, 1963, p. 191 e ss.

<sup>4</sup> D.P.R. n. 761/1979, art. 1.

<sup>5</sup> L. n. 833/1978, Art. 48.

*in modo così esteso ed espansivo, della professione e del rapporto d'impiego*>> <sup>6</sup> sulla base degli artt. 1 e 2 del D.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761.<sup>7</sup> In tale ambito assumono il ruolo di c.d. medici ospedalieri, assegnati a strutture tenute <<*all'erogazione dell'assistenza sanitaria in regime di ricovero*>><sup>8</sup>, o tenuti a svolgere funzioni strumentali (ad es. laboratorio analisi), o all'assistenza ambulatoriale ospedaliera, volta anche alla selezione dei pazienti nel caso di potenziale ricovero, o ancora con funzioni di supporto rispetto ai presidi ambulatoriali territoriali. Lo stesso servizio di assistenza sanitaria, alla luce di quanto previsto dalla L. n. 833/1978, viene esercitato anche da diversi organismi, come istituti di ricerca scientifica con funzione di ricovero e cura<sup>9</sup> o i Policlinici universitari<sup>10</sup>.

Le attribuzioni del medico ospedaliero richiedono l'impegno di determinati obblighi per ciò che concerne tempi e modalità della prestazione sanitaria; tali obblighi sono previsti come imprescindibili e inderogabili, eccetto i casi di espressa previsione del Legislatore delle c.d. situazioni di obiezioni di coscienza del professionista medico.

Da precisare poi è l'inserimento del sanitario, tenuto conto del proprio impiego, svolto all'interno dell'ente, che non risulta essere soggetto alla totale subordinazione gerarchica dell'amministrazione, poiché nei suoi confronti lo è solo per ciò che riguarda gli aspetti organizzativi del rapporto: si pensi all'osservanza dei dovuti obblighi di servizio, orari, turni lavorativi, ai casi di obbligo di lavoro straordinario, alla pronta disponibilità, etc. In effetti, la sua attività conosce una propria discrezionalità nell'ambito tecnico-scientifico, ovviamente seguendo il binario organizzativo e le direttive del primario (soggetto al vertice dell'ente sanitario).

---

<sup>6</sup> C. PARODI e V. NIZZA, *La responsabilità penale del personale medico e paramedico*, Torino, 1996, p. 9.

<sup>7</sup> V. NIZZA, *La nuova colpa penale del medico, Analisi delle principali linee guida per la valutazione della responsabilità sanitaria*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 9.

<sup>8</sup> L. 23 dicembre 1978, n. 833, art. 17.

<sup>9</sup> L. n. 833/1978, art. 42.

<sup>10</sup> L. n. 833/1978 art. 39.

Ovviamente la metodologia vagliata dal medico per l'esercizio delle proprie prestazioni, anche nell'eventuale assenza di indicazione normative, esclude assolutamente l'utilizzo di metodi divergenti rispetto ai fondamenti epistemologici delle discipline mediche acquisite dal medico nel suo percorso universitario<sup>11</sup>.

Per quanto riguarda poi la qualificazione della responsabilità medica in ambito civile del medico ospedaliero, c.d. "medico strutturato" (dipendente o esercente, all'interno di strutture pubbliche o private), essa è stata oggetto di dibattiti dottrinali ed evoluzioni giurisprudenziali. Le problematiche effettive sorgevano dall'assenza di norme specifiche in materia, tali da poter dare un assetto quantomeno stabile alla regolamentazione della stessa. Il tutto, infatti, era quasi interamente demandato alle interpretazioni giudiziali evolutive.

Negli ultimi decenni, gli interventi legislativi, ed in particolar modo la L. 8 marzo 2017 n.24, hanno permesso di superare quella sorta di garanzia, di immunità, di cui la classe medica godeva. Si pensi ad esempio, alle pronunce di legittimità e di merito che facevano ricadere il peso della prova al paziente leso <<dell'animo deliberato di malaffare>><sup>12</sup> o del <<grossolano errore>><sup>13</sup> del medico, e secondo le quali <<il medico porta seco la presunzione di capacità nascente dalla laurea e la colpa dovrà consistere nella trascuranza di canoni fondamentali o elementari della medicina>><sup>14</sup>.

Nella seconda metà del 900, per via del sostanzioso progresso tecnico-scientifico, che concedeva al paziente la possibilità di cure attraverso personale medico più specializzato e mezzi tecnici tendenzialmente più adeguati, dottrina e giurisprudenza colsero l'inevitabile mutamento avallando le aspettative di cure e determinando un aumento di richieste risarcitorie sempre crescenti per il tradimento di tali aspettative. Più precisamente, da allora si aprirono le prime

---

<sup>11</sup> V. NIZZA, *La nuova colpa*, cit., p. 9.

<sup>12</sup> Cass. Napoli, 24 luglio 1871 in U. RUFFOLO, L. BRIZZI, *Il medico "strutturato"*, in *La nuova responsabilità medica*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 79.

<sup>13</sup> Cass. 21 marzo 1941 in U. RUFFOLO, L. BRIZZI, *Il medico*, cit., p. 79.

<sup>14</sup> Cass. civ., Sez. Un. 22 dicembre 1925 in TRAVAGLINO, *La responsabilità contrattuale tra tradizione ed innovazione*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2016, 01.

concezioni giurisprudenziali<sup>15</sup> nell'elaborazione della figura del "contatto sociale" quale responsabilità per inadempimento pur in assenza di rapporto contrattuale diretto tra medico-paziente nel caso l'operatore sanitario fosse "strutturato", in un'ottica basata sul contratto atipico di "spedalità". Rilevanti furono inoltre le ricadute, a tal proposito, sul turbamento della serenità di giudizio diagnostico e terapeutico che destava non pochi timori per il medico, favorendo e accordando maggiore tutela al paziente leso.

Dopo decenni di totale silenzio e, potremmo dire, lavoro quasi sostitutivo della giurisprudenza per via dei gravi vuoti normativi, il Legislatore si adoperò al fine di porre un freno all'incessante aggravare della posizione medica in tema di responsabilità, agendo attraverso due riforme; la prima, preliminare e incompleta (decreto Balduzzi<sup>16</sup>), risultante appunto come primo tentativo di assetto della disciplina della responsabilità medica in ambito civile; la seconda, attraverso la legge Gelli-Bianco<sup>17</sup> che sulla scia del suddetto decreto, ha modificato profondamente l'area della responsabilità, preoccupandosi, tra le tante novità, in particolar modo della figura medico "strutturato".

L'evoluzione legislativa odierna permette ora di pervenire ad un rapporto medico-paziente più equilibrato, dovuto al contemperamento di due esigenze contrapposte: da un lato preservando la serenità diagnostica o terapeutica del professionista, come visto condizionata per anni anche da pretestuose azioni risarcitorie, dall'altro fornendo un'idonea tutela al paziente leso.

Tutto ciò è reso possibile prestando attenzione non più solo ed esclusivamente al medico, protagonista per secoli indiscusso, ma anche ad un terzo "soggetto", ovvero la struttura sanitaria che si avvale degli esercenti sanitari e che mette a

---

<sup>15</sup> Cass. Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589; Cass. 21 giugno 2004, n. 11488; Cass. 14 luglio 2006, n. 16123.

<sup>16</sup> D.l. 13 settembre 2012 n. 158, convertito, con modificazioni, in L. 8 novembre 2012, n. 189 recante <<Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del paese mediante un più alto livello di tutela della salute>>.

<sup>17</sup> L. 8 marzo 2017 n. 24 recante <<Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie>>.

disposizione attrezzature e locali, riconoscendo anche ad essa in taluni casi fonte di responsabilità nel contratto atipico di ospedalità<sup>18</sup>.

### **3. Fonte di responsabilità, il medico “strutturato” e l’ente ospedaliero nel contratto atipico di ospedalità.**

Il problema che si è posto per anni (fino all’ultima riforma 2017), riguardava la posizione del medico che operasse all’interno di strutture pubbliche o private da cui dipendesse o presso le quali, a vario titolo, collaborasse.

Il dilemma sorgeva perlopiù per via del doppio rapporto che il medico *de quo* intrattiene contestualmente: per un verso il vincolo contrattuale che lega l’operatore sanitario alla struttura (contratto di ospedalità) e, dall’altro, un rapporto di fatto nascente dalla prestazione diagnostica o terapeutica resa in favore del paziente.

Ai fini pratici si sottolinea la rilevanza della corretta individuazione della responsabilità in caso di inesatta esecuzione della prestazione richiesta dal paziente, in quanto due risultano essere le vie applicabili: da un lato l’illecito aquiliano, attribuibile direttamente al medico, dall’altro la responsabilità da inadempimento strettamente collegata alla struttura. L’applicazione di una o dell’altra, provocano ovvie ricadute anche sul fronte del diritto processuale, sia in termini di prescrizione (decennale se contrattuale, quinquennale per la responsabilità extracontrattuale), che di ripartizione dell’onere probatorio. L’individuazione della fonte di obbligazione è il primo passo per un corretto riparto della prova; l’operatività del regime di responsabilità *ex art. 2043 c.c.* sposta il gravoso onere probatorio dal debitore al creditore, dovendo quest’ultimo dimostrare non solo il fatto commissivo/omissivo da cui deriva il danno, ma anche il danno medesimo, il nesso di causalità tra l’uno e l’altro e l’elemento soggettivo del danneggiante (dolo o colpa)<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> L. BRIZZI, *Il medico “strutturato”, in La nuova responsabilità medica* (a cura di) U. RUFFOLO, Giuffrè, Milano, 2018, p. 82.

<sup>19</sup> L. BRIZZI, *Il medico “strutturato”, in La nuova responsabilità medica* (a cura di) U. RUFFOLO, Giuffrè, Milano, 2018, p. 84.

Se dunque, come più avanti analizzeremo, la responsabilità del medico “strutturato” nei confronti del paziente potrà, alla luce della legge “Gelli-Bianco”, essere inquadrata come responsabilità aquiliana, è essenziale comprendere ai fini della disciplina, il ruolo ricoperto dalla struttura sanitaria. La responsabilità della struttura sanitaria viene dedotta sulla base del contratto: dall’accordo con il paziente, avente ad oggetto la prestazione volta alla tutela della salute e alla sorveglianza del degente quando non sia *compos sui* o sia affetto da sindromi depressive oppure <<*anticonservative*>><sup>20</sup>.

Con ciò viene designato il c.d. contratto atipico di assistenza o ospedalità, da cui discendono obblighi di protezione<sup>21</sup> (non espressamente previsti nello stesso, ma pur sempre esistenti) dovuti dal debitore, disposizione di personale medico/infermieristico qualificato, nonché attrezzature e strumentazioni idonei alle cure dovute.

Infatti, la Cassazione nel 2012, in tema, si pronunciò affermando l’esistenza di un <<*complesso ed atipico rapporto*>>, aggiungendo, <<*la clinica non si limita [omissis] ad impegnarsi alla fornitura di mere prestazioni di natura alberghiera (somministrazione di vitto e alloggio), ma si obbliga alla messa a disposizione del personale medico ausiliario, di quello paramedico ed all’allestimento dei medicinali e di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicanze*>><sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Cass., 22 ottobre 2014, n. 22331, in *Foro it.*, 2015, I, 999.

<sup>21</sup> La teoria degli obblighi di protezione, trovò strada nella dottrina italiana negli anni 50 per via di autori attenti alla letteratura tedesca. Sarà proprio la Germania infatti, (anni prima) a essere la culla della concezione degli obblighi di protezione.

Seguendo una tra le più complete elaborazioni, quella ad es. proposta da C. CASTRONOVO, mette in risalto come i doveri di protezione sostanzialmente possano essere riassunti in un’obbligazione senza obbligo primario di prestazione; il suo contenuto consiste nel dovere di tutelare l’altrui sfera giuridica che per varie situazioni di fatto (contatto sociale, o nelle circostanze comunque di relazioni giuridicamente rilevanti) possono essere esposte ad uno specifico rischio di danneggiamento.

Altra peculiarità di tali obblighi è la c.d. reciprocità, ovvero, che i doveri anzidetti gravano in maniera paritaria su entrambe le parti del rapporto giuridico; in tal senso F. BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1351.

Si è inoltre sottolineato come gli obblighi di protezione hanno natura di semplici doveri proprio in modo da non creare equivoci rispetto alle vere e proprie obbligazioni assunte.

Si è visto poi, come in determinate fattispecie ove non di rado l’esecuzione dell’obbligazione espone una delle parti a rischio di lesioni o dell’integrità fisica, l’obbligo di protezione è stato addirittura tipizzato: si pensi all’art. 1681 o al 2087 c.c.

<sup>22</sup> Cass., Sez. Un., 1 luglio 2002, n. 9556, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2196.

La responsabilità contrattuale attribuita in tali casi all'ente ospedaliero, scaturisce essenzialmente dall'applicazione dell'art. 1218 c.c., per via del mancato adempimento delle obbligazioni dovute nei confronti del creditore, nonché *ex art. 1228 c.c.* per via dell'inadempimento del suo ausiliario (il medico), proprio a causa dello stretto collegamento esistente tra la prestazione del sanitario attuata e l'organizzazione aziendale dell'ente, come insieme di ingranaggi volti ad un unico funzionamento, non rilevando addirittura, sotto questo punto di vista, il fatto eventuale che il medico risulti scelto o "di fiducia" del paziente stesso<sup>23</sup>.

Tale disciplina è poi confermata e indifferentemente applicata, a prescindere dalla natura della struttura sanitaria (ospedale pubblico o casa di cura privata che sia) poiché, così come definito dalla Cassazione a Sezioni Unite nel 2008<sup>24</sup>, entrambe le tipologie soggiacciono agli stessi obblighi, giacché le eventuali violazioni contrattuali incidono indistintamente sul bene salute. Un'ulteriore precisazione viene poi fatta sull'impossibilità, alla luce di quanto detto, di poter garantire limitazioni di responsabilità o costituire differenze risarcitorie a seconda della diversa natura.

Possiamo ora comprendere il motivo per il quale la responsabilità del medico non ruota solo ed esclusivamente intorno allo stesso. Il corso della giurisprudenza e delle riforme hanno via via svincolato il professionista sanitario da quel ruolo di protagonista degli accertamenti processuali, determinando l'apertura alla possibilità di nuove forme di autonome responsabilità dell'ente, per via delle proprie obbligazioni assunte e dell'inadempimento delle stesse, prescindendo dalla concezione di negligenza dei suoi singoli dipendenti, ausiliari<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Cass., Sez. III, 22 settembre 2015, n. 18610, in CED Cass., 2015 (conf. Cass., Sez. III, 14 giugno 2007, n. 13953; Cass., Sez. III, 14 luglio 2004, n. 13066 e Cass., Sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400).

<sup>24</sup> Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577.

<sup>25</sup> F. MARTINI, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, (a cura di) F. GELLI, M. HAZAN, D. ZORZIT, Giuffrè, Milano, 2017, p. 232.

#### 4. Il corso della giurisprudenza nella responsabilità medica: il “contatto sociale”.

Il percorso giurisprudenziale, per mezzo secolo ad oggi, ha prospettato con diverse soluzioni orientamenti altalenanti circa la responsabilità medica.

L'attuale impostazione data dalla L. 8 marzo, 2017 n.24 rivede un leggero ma non completo riflesso in pronunce piuttosto risalenti ove, già nel 1979, veniva impostata la responsabilità risarcitoria del professionista (si badi, “strutturato”) solo sotto un profilo extracontrattuale. Vero è che la *ratio* di fondo non ha comunque radici essenzialmente parallele: <<*Non è configurabile, dunque, una responsabilità contrattuale del medico dipendente dell'ente ospedaliero, verso il paziente in conseguenza dell'errore diagnostico-terapeutico da lui commesso. Il quale errore, però, in mancanza di un preesistente rapporto tra il medico e il paziente, rileva quale illecito causativo di un evento dal quale sia derivato un danno al paziente: rileva, cioè, sotto il profilo della responsabilità extracontrattuale*>><sup>26</sup>.

Tale giurisprudenza, propose però dopo un decennio una sorta di inversione; l'ottica della responsabilità (del medico dipendente) veniva spostata sul tessuto normativo del contratto di prestazione d'opera professionale, tramite interpretazione estensiva e analogica delle regole applicate al vincolo di natura contrattuale della struttura, stante al minimo comune denominatore, ovvero l'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria del medico, sia in caso di rapporto diretto con il paziente, che attraverso il tramite della struttura.

Una riconduzione della responsabilità per inadempimento dunque valente per l'ente e per il sanitario, priva quasi di differenza, rinveniva il suo fondamento normativo nell'art. 28 Cost. attraverso un rinvio espresso alle <<*leggi penali, civili ed amministrative*>> e da queste l'attuazione di estensione analogica, come già detto per il medico<sup>27</sup>.

Fu senza dubbio una costruzione giurisprudenziale tendenzialmente breve; a riprova, pochissimi anni dopo, la Cassazione realizzò l'impossibilità di poter far convergere le due responsabilità sotto un unico profilo normativo, aggiun-

---

<sup>26</sup> Cass. civ., 24 marzo 1979, n.1716.

<sup>27</sup> Cass. civ., 1 marzo 1988, n. 2144; Cass. civ., 11 aprile 1995, n.4152; Cass. civ., 1 febbraio 1991, n. 977; Cass. civ., 27 maggio 1993, n. 5939.

gendo il fatto che tale convergenza avveniva tramite uno sforzo interpretativo non adatto al caso di specie.

La Corte di legittimità, infatti, con la successiva e nota sentenza del 1999 n. 589<sup>28</sup> basò le attenzioni su una più accurata visione del rapporto nascente tra medico-paziente in tutti i casi in cui risultava mancare un contratto diretto. In altre parole analizzò più oculatamente la fonte del rapporto stesso e fissò d'altra parte, un (seppur temporaneo) punto fermo in tema di responsabilità medica.

Pronuncia, questa, che risulterà essere frutto della lontana dogmatica tedesca, che per prima ravvisò la possibilità di nascita di un'obbligazione per via del c.d. "contatto sociale".

La figura del tanto (successivamente) dibattuto "contatto sociale", trova infatti le sue origini nell'intuizione della nota dottrina tedesca di R. Jhering, ovvero, nell'idea che in vista di un pragmatico rapporto di fatto tra le parti e la contemporanea assenza di un contratto tra le stesse è, comunque in determinate fattispecie concrete, generatore di reciproci obblighi che spaziano tra correttezza, avviso e protezione. La concezione trova genesi in un noto scritto, consacrato nella seconda metà dell'800<sup>29</sup>.

Tale astrazione, oltre a ricoprire un forte impatto innovativo nel disciplinare diversamente i rapporti prettamente di fatto *sine* accordo, conobbe oltretutto la funzione, ulteriore, di temperare la rigidità del modello di tipicità legale della responsabilità aquiliana dell'ordinamento tedesco, fino alla dilatazione del suo ambito di applicazione attraverso le varie dottrine che si susseguirono nel tempo<sup>30</sup>.

Grazie alla sentenza del 1999 n.589, fu individuato nel rapporto di fatto, una responsabilità posta su una linea limite tra contratto e torto, una responsabilità che teneva conto di due problematiche, poiché, da un lato l'inquadramento del-

---

<sup>28</sup> Cass. civ., 22 gennaio 1999, n.589 in CASSANO, *La giurisprudenza della responsabilità del medico*, Padova, 2007, p. 203 ss.

<sup>29</sup> R. JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur perfection gelangten vertagen*, in JHERINGS J., 1861, IV, p. 1 e ss.

<sup>30</sup> M. GAZZARA, *Danno alla persona da contatto sociale responsabilità e assicurazione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007, p. 50.

la stessa come puramente contrattuale poteva indurre ad una enfaticizzazione della sua natura, mentre dall'altro leggere nella stessa una responsabilità civile sarebbe stato un "impoverimento"<sup>31</sup> dovuto al fatto che alla figura del medico non può essere ricondotto il solo principio del *neminem laedere* ex art. 2043 c.c. che incombe sulla generalità dei consociati. Come affermato dalla giurisprudenza di legittimità nella nota sentenza in questione, la norma di cui all'art. 2043 c.c., disciplina infatti i casi in cui tra danneggiante e danneggiato non esiste alcun rapporto. Il medico e il paziente invece, non possono essere visti come due soggetti "sconosciuti". Il medico <<*non è un quisque de populo*>>: al contrario, costui è obbligato in virtù di precise disposizioni di legge, nonché in virtù del contratto stipulato con l'azienda ospedaliera, a tutelare la salute del paziente ed a operare la massima diligenza nell'esecuzione delle sue prestazioni<sup>32</sup>.

La pronuncia mise in discussione il fondamento della natura contrattuale della responsabilità.

Da un lato, infatti, la Corte escludeva la configurabilità di un contratto a favore del terzo, dal momento che il rapporto tra l'ente e il medico dipendente è d'impiego, e secondo altro punto, perché il potenziale danneggiato invoca il contratto esistente tra lo stesso e l'ente ospedaliero (per via della mancata, incompleta o non corretta prestazione sanitaria), non in veste di terzo beneficiario, ma di diretto interessato<sup>33</sup>.

Veniva poi ulteriormente esclusa la configurabilità di un contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo, ovvero quella tipologia di contratti che oltre ad avere una prestazione principale verso la controparte, riconosce ad un terzo estraneo un diritto alla diligente esecuzione tale da evitare danni al terzo stesso, con la conseguente legittimazione all'azione risarcitoria per l'ipotesi di violazione di detto diritto<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, p. 177-178.

<sup>32</sup> C. CASTRONOVO, *L'obbligazione*, cit., p. 180 e ss.

<sup>33</sup> M. PARADISO, *La responsabilità medica dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 333.

<sup>34</sup> S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Cedam, 2004, p. 30.

Si consideri, infine, un'ultima impostazione, settata nella stessa pronuncia del '99, riguardante non tanto la struttura dell'obbligazione, ma l'origine del rapporto obbligatorio in questione attraverso l'analisi dell'art. 1173 c.c.

Il ragionamento svolto portò a far comprendere che la concezione del contatto sociale superava la classica bipartizione delle fonti di obbligazione (contratto o fatto illecito) fino ad allora utilizzata nelle precedenti pronunce come tipologia assoluta e tassativa. Il testo dell'art. 1173 c.c. non si limita infatti a definire unicamente due fonti (contratto o fatto illecito), ma prosegue, affermando l'esistenza di un'altra tipologia di fonte: "*ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico*".

A ben vedere non si tratta di una costruzione artificiosa o particolarmente interpretativa, posto che, la soluzione al caso era già vivente nella disposizione indicata, ma fino a quel momento mai considerata e dunque applicata.

In altre parole, viene ritenuto idoneo quale fonte di obbligazione, qualsiasi contatto sociale in base al quale una parte, a seguito di atti o iniziative dell'altra, è indotta a ritenere sussistenti doveri e pretese di comportamento; tutto ciò risulta dunque generatore di affidamento che un soggetto ripone in un altro a seguito di un contatto che tra loro si è creato<sup>35</sup>.

Ciò significa, dunque, che un fatto può dar vita ad un'obbligazione anche se non derivante da contratto, e nonostante ciò l'obbligazione stessa oltre a sorgere può essere sottoposta ugualmente alle regole contrattuali<sup>36</sup>.

La professione medica, si ricordi, è un servizio di pubblica necessità. Il medico per tale risulta essere vincolato, a prescindere da qualsiasi accordo con il paziente, da una disciplina deontologica, ciò è fonte di un'obbligazione, con generali doveri di diligenza e correttezza, anche in assenza di diretto accordo tra le parti, trovando fonte di legittimazione attraverso l'art. 1173 c.c.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> S. FAILLACE, *La responsabilità*, cit., p. 31.

<sup>36</sup> C. CASTRONOVO, *la responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 157.

<sup>37</sup> R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*; Cass. 27 luglio 1998, n. 7336, in *Foro it. Rep.*, 1998, voce *Professioni intellettuali*, n. 154.

In definitiva, quella del 1999 fu dunque una giurisprudenza che tracciò un orientamento che negli anni avvenire vide un flusso di pronunce convergenti alla suddetta, senza destare particolari difficoltà nel recepimento della *ratio* e nell'applicazione della stessa, non solo dalla giurisprudenza di merito come ad es. tra le tante il Tribunale di Monza e di Milano<sup>38</sup> ma anche di seguito quelle di legittimità<sup>39</sup>; pronunce aventi una portata fortemente innovativa rispetto alle antenate e soprattutto esplicative dei meri rapporti di fatto in questione fino ad allora mai trattati<sup>40</sup>.

## **5. La “decontrattualizzazione” della responsabilità medica del Decreto Balduzzi: i primi tentativi di riforma.**

I vari dubbi che sembravano, a seguito delle pronunce di legittimità del '99, ormai superati e chiariti con soluzioni più approfondite, tornarono a bussare alle porte delle Corti a seguito dell'entrata in vigore del c.d. decreto Balduzzi<sup>41</sup>. Tralasciando momentaneamente il tema della responsabilità penale del medico, il Legislatore introdusse infatti nel 2012 per la prima volta una disciplina tendente a coprire il vuoto normativo e la laboriosa giurisprudenza degli anni passati.

Una tra le novità del testo, riguardava in particolare la parziale limitazione della responsabilità per i reati colposi del medico, escludendo quest'ultimo total-

---

<sup>38</sup> Cfr., tra le tante, Trib. Monza, 26 ottobre 2000, in Resp. civ. prev., 2001, p. 580, con nota di E. GUERINONI, <<Vecchio>> e <<nuovo>> nella resp. del medico: un campionario di questioni e soluzioni; C.A. Milano, 06 febbraio 2002, in *Contratti*, 2003, p. 23 con nota di E. GUERINONI, <<contatto sociale>> e nesso causale nella resp. del medico dipendente.

<sup>39</sup> Cass., 29 settembre 2004, n. 19564, in Mass., 2005, p. 570; Cass., 21 giugno 2004, n. 11488, cit.; Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, cit; Cass., 18 aprile 2005 n. 7997, in Corr. giur., 2006, p. 257, con nota di F. ROLFI, *Il nesso di causalità nell'illecito civile: la Cassazione alla ricerca di un modello unitario*; Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, cit.

<sup>40</sup> M. GAZZARA, *Danno alla persona*, cit., p. 92.

<sup>41</sup> D. L. 13 settembre 2012 n. 158, convertito, con modificazioni, in Legge 8 novembre 2012, n. 189 recante <<Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del paese mediante un più alto livello di tutela della salute>>.

mente nel momento in cui l'operato fosse caratterizzato da colpa lieve pur nel rispetto delle linee guida.

Ai fini del giudizio di responsabilità era necessario, nell'accertamento giudiziale, una sorta di doppio controllo attraverso l'analisi di elementi oggettivi da un lato e soggettivi dall'altro, quali, l'osservanza delle linee guida e, il grado della colpa dell'operatore sanitario.

Si potrebbe però affermare, che l'intervento del Legislatore non poteva essere ancora definito risolutivo. Alla luce delle evoluzioni odierne, e con un'ottica più saccente, infatti, detto primo intervento potrebbe essere catalogato come "timido" tentativo di disciplina. Lo dimostra il fatto che lo stesso, non aveva risolto che qualche piccola incertezza, lasciando ugualmente alla giurisprudenza (rinviando tecnicamente il compito ad essa) l'identificazione di due punti cardine ai fini dell'accertamento della responsabilità: sarebbe stato il giudice a dover identificare le linee guida il cui rispetto costituiva l'operatività della depenalizzazione in caso di colpa lieve, e ancora una volta sarebbe stato l'organo giudicante addirittura a dover definire il concetto di colpa grave, la cui sussistenza genera la responsabilità del sanitario<sup>42</sup>.

Quanto anzidetto, venne inoltre affiancato da un ulteriore dubbio che colpì ancora una volta la giurisprudenza. L'art. 3, co 1, del decreto Balduzzi richiamava l'art. 2043 c.c.

Tale richiamo destò non poco disorientamento, considerato che, da un lato ci fu chi affermava come l'intervento legislativo fosse definitivamente interpretativo e chiarificatore del problema responsabilità, attraverso, dunque, l'applicazione pacifica dell'art. 2043 (responsabilità aquiliana)<sup>43</sup>, chi dall'altro come la quinta Sezione del Tribunale di Milano, negava tale soluzione, dichiarando non assoluta l'applicazione di detta responsabilità, poiché il Legislatore se così avesse voluto (escludendo dunque l'applicabilità dell'art. 1218 c.c.) avrebbe certa-

---

<sup>42</sup> U. RUFFOLO, *La nuova responsabilità medica*, Giuffrè, 2017, p. 89-90.

<sup>43</sup> Trib. Varese, 26 novembre 2012, n.1406; Trib. Torino, 26 febbraio 2013.

mente impiegato proposizione univoca, ovvero non soggetta a svariate possibilità altamente interpretative<sup>44</sup>.

A tale divergenza interpretativa, prestò rimedio la Corte di Cassazione precisando<sup>45</sup>: *<<Ora, la fattura della norma, laddove omette di precisare in che termini si riferisca all'esercente la professione sanitaria e concerne nel suo primo inciso la responsabilità penale, comporta che la norma dell'inciso successivo, quando dice che resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 c. c., poiché in legge aquilia et levissima culpa venit, vuole solo significare che il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere la rilevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità extracontrattuale, ma non ha inteso certamente prendere alcuna posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità di quella natura. [omissis] Non sembra ricorrere, dunque, alcunché che induca il superamento dell'orientamento tradizionale sulla responsabilità da contatto e sulle sue implicazioni (da ultimo riaffermate da Cass. n. 4792 del 2013)>>*.

In altre parole, la Corte di legittimità interpretava l'art. 3 del decreto stabilendo che il Legislatore non si era espresso definendo una volta per tutte la responsabilità del sanitario come civile, non stabiliva in assoluto la natura aquiliana piuttosto che quella contrattuale, ma intendeva solo escludere in tale ambito innanzitutto l'irrelevanza della colpa grave e dall'altro precisava in maniera ferma il mantenimento dell'orientamento circa il contatto sociale e le sue implicazioni<sup>46</sup>.

## **6. Il definitivo inquadramento della responsabilità degli “esercenti professioni sanitarie” e della struttura sanitaria, tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale alla luce della L. 24/2017.**

---

<sup>44</sup> Trib. Milano, 20 febbraio 2015, n. 2336, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2015, 1, 163 (nota GORGONI).

<sup>45</sup> Cass., 17 aprile 2014, n. 8940, in *Foro it. on line*.

<sup>46</sup> C. CICERO, *La nuova responsabilità medica*, 2017, p.76.

Prima di conoscere la portata attuale della responsabilità sanitaria e delle sue ripartizioni, è rilevante sapere che l'avvento della legge "Gelli-Bianco" fu preceduto da molteplici disegni di legge, che in parte hanno costituito bozza della sua configurazione odierna. Si pensi come i primi lavori sul testo tendevano addirittura a trasferire in toto il centro di imputazione della responsabilità medica ad un livello sovraindividuale, chiamando unicamente la struttura a rispondere dei danni e conseguentemente escludendo l'operatore sanitario.

L'avvento della legge 8 marzo 2017 n.24 (Gelli-Bianco) fu più prudente nel riparto della responsabilità rispetto ai progetti preliminari di legge, riordinando e superando finalmente il vetusto iter giurisprudenziale, costruendo la tanto discussa responsabilità partendo dalla base del vecchio decreto Balduzzi, ma curandone più aspetti e consacrando, questa volta univocamente nel suo art. 7, la disciplina di ripartizione delle responsabilità tra struttura e gli esercenti ad essa dipendenti.

L'articolo in questione prevede infatti: <<*La struttura sanitaria o socio-sanitaria pubblica o privata che è, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancor che non dipendenti dalla struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1223 del Codice civile, delle loro condotte dolose colpose. La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero nell'ambito di attività di sperimentazione di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio Sanitario Nazionale nonché attraverso la telemedicina. L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'art. 2043 del codice civile, Salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazioni contrattuali assunta con il paziente [...]*>><sup>47</sup>.

Si scorge immediatamente che la responsabilità aquiliana è attribuita ex art. 7, esclusivamente agli "esercenti la professione sanitaria" che dipendono da strutture sanitarie pubbliche o private, individuati più precisamente ai commi 1 e 2.

---

<sup>47</sup> Legge 8 marzo 2017 n. 24 recante <<Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie>>.

Inoltre da notare è la nuova formulazione che permette di attribuire tale regime non solo al medico, ma anche al variegato personale; a titolo di es. gli infermieri, farmacisti, tecnici radiologi, logopedisti, ostetriche, odontoiatri ecc. estendendo tale disciplina anche ai <<*ancorchè non dipendenti*>> purchè essi operino per conto o all'interno di una struttura pubblica o privata<sup>48</sup>. In quest'ultimo caso, potrebbero rientrare ad es. attività di ricerca clinica o sperimentazione, o ancora regimi di convenzioni con il Servizio sanitario nazionale, se non anche della telemedicina.

Immutata invece, nella sua totalità, è la disciplina nei confronti di coloro che abbiano <<*agito nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale assunta con il paziente*>>, ovvero la disciplina dei rapporti consensuali immediatamente diretti tra medico-paziente, governati dal contratto di prestazione d'opera professionale secondo le norme codicistiche.

Al quesito se esistano, in tale regime normativo, categorie che pur operanti all'interno della struttura sanitaria verrebbero assoggettate (eccezionalmente) alla contrapposta responsabilità contrattuale, non possiamo che trovare risposte affermative.

Infatti la disciplina in commento, più precisamente nell'art. 7, non si esprime in termini assoluti, ma la stessa riconosce comunque delle eccezioni per determinate figure rispetto all'applicabilità della responsabilità aquiliana stabilita. Ciò è configurabile dal momento in cui, o taluni professionisti intramoenia operino all'interno di strutture, ma instaurano un rapporto negoziale diretto con il paziente, o anche quando il medico operi con pazienti propri usufruendo delle attrezzature, servizi e locali di strutture ospedaliere o cliniche private senza alcun tipo di rapporto di dipendenza o di collaborazione continuativa con le medesime.

Alla luce di quanto detto, non resta ora, che occuparsi più da vicino della configurazione tecnica della responsabilità del medico, ovvero delle regole dunque che tendono ad individuare caso per caso la sua diligenza, la colpa, l'aver seguito le c.d. linee guida.

---

<sup>48</sup> C. CICERO, *La nuova responsabilità*, cit., p. 94.