



LA TUTELA DELLA PERSONA NELLA NUOVA RESPONSABILITÀ SANITARIA

a cura di
Giovanni Iudica

RESPONSABILITÀ
CIVILE E
PREVIDENZA

 GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

PREFAZIONE

La legge Gelli-Bianco è stata a lungo attesa da tutte le categorie operanti nel settore della salute. Ed è stato un bene che, finalmente, il Parlamento sia riuscito a vararla. I tasselli del mosaico dei diritti e dei doveri dei pazienti e degli operatori, infatti, con il trascorrere del tempo, si erano mossi dal posto che era stato a loro assegnato, alterando la fisionomia del dettaglio e dell'insieme. La legge alla quale è dedicata questa raccolta di saggi scientifici non solo ha cercato di ricostituire un sistema che era andato evolvendo lungo direzioni sbagliate, ma ha anche fornito nuovi strumenti giuridici in grado di assicurare un quadro più chiaro dei rapporti tra medici e pazienti, e tra questi ultimi e le strutture ospedaliere in cui si svolge l'attività di cura degli ammalati.

La salute, come bene sociale, dipende da un insieme di diversi fattori: salubrità del clima, lavoro non usurante, assenza d'inquinamento, tradizioni alimentari, stili di vita, e così via. La salute come bene individuale, e cioè più precisamente il diritto individuale alla salute, invece, è assicurato dalle norme preposte alla tutela di quello specifico interesse della persona. La Costituzione, all'art. 32, comma primo, tutela la salute non soltanto come "interesse della collettività", ma in primo luogo come "fondamentale diritto dell'individuo".

Diverse leggi, nel dopoguerra, si sono susseguite per dare attuazione al programma costituzionale di tutela della salute. La legge 23 dicembre 1978, n. 833, promulgata sotto il governo Andreotti, ha istituito il Servizio Sanitario Nazionale, che sostituì l'ormai superato sistema dell'INAM (Istituto Nazionale di Assicurazione contro le Malattie), creato nel 1947 dal Governo De Gasperi. L'INAM a sua volta sostituiva l'Ente di Mutua-lità Fascista. Successivamente la legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale fu riformata una prima volta dal d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, e poi dal d.p.c.m. 12 gennaio 2017, che riconosceva al cittadino il diritto di accedere, in modo uniforme, ai livelli essenziali di assistenza sanitaria. Il cosiddetto decreto Balduzzi, del 13 settembre 2012, n. 158, tentava di razionalizzare la disciplina dell'attività assistenziale e sanitaria, ma da più parti si segnalava la necessità di andare oltre gli interventi di settore e di emanare finalmente un intervento organico e articolato in grado di abbracciare l'intera materia. Bisogna attendere la legge dell'8 marzo 2017, n. 24, la cosiddetta legge Gelli-Bianco, per avere la risposta

legislativa alle necessità e alle urgenze che la dottrina e l'opinione pubblica avevano nel frattempo, e da tempo, segnalato al legislatore. Questa legge, *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*, si pone l'obiettivo di regolare il diritto soggettivo alla salute come diritto a prestazioni di cura sicure. "La sicurezza delle cure", recita l'art. 1, "è parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività". Le *cure sicure* nella sanità costituiscono dunque lo scopo fondamentale che questa legge vuole perseguire. L'art. 1 dichiara che tale scopo si realizza "mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative". Ancora l'art. 1 chiarisce che "alle attività di prevenzione del rischio messe in atto dalle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche e private, è tenuto a concorrere tutto il personale, compresi i liberi professionisti che vi operano in regime di convenzione con il servizio sanitario nazionale". Le leggi richiamate fanno da cornice al diritto comune, quello delineato dal codice civile per gli aspetti civilistici (e dal codice penale per gli aspetti penalistici). Il disegno del codice è lineare: il paziente danneggiato può contare sulla responsabilità professionale del medico *ex artt.* 2229 e 2236 c.c. Nel caso in cui il sanitario si avvalga di un'organizzazione clinica o ospedaliera per curare la salute del paziente, il danneggiato ha due canali concorrenti di tutela. Il primo è quello della responsabilità contrattuale nei confronti della struttura ospedaliera e il secondo quello della responsabilità extracontrattuale nei confronti del medico. Due strade diverse alle quali corrispondono discipline divaricate della responsabilità, basti pensare all'aspetto della diligenza, della colpa, della prescrizione e soprattutto a quello dell'onere della prova.

La materia connessa al "bene salute", in questi ultimi decenni, è stata oggetto non solo degli interventi normativi ai quali si è fatto riferimento, ma altresì dell'attenzione di una copiosa dottrina giuridica, delle Riviste scientifiche (e in particolare della Rivista *Responsabilità civile e previdenza*), e soprattutto della giurisprudenza sia di merito sia di legittimità. Di là dai casi particolari, dottrina e giurisprudenza si sono prevalentemente allineate sull'obiettivo primario di dare attuazione al precetto costituzionale di tutela della salute individuale, e dunque di difendere, di proteggere, di tutelare il paziente, il soggetto debole, vittima di un danno, magari anche grave o addirittura irreparabile, al suo bene più prezioso, la sua salute. La giurisprudenza, in particolare, forzando in maniera creativa i paletti fissati dal codice civile ha finito con l'alterare, a tutto vantaggio del paziente, ma anche in danno del sanitario, quell'equilibrio che il codice e la sua tradizionale interpretazione dottrinale e giurisprudenziale avevano assicurato. Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cas-

sazione, 11 gennaio 2008, n. 577, avevano affermato, in sede di responsabilità nosocomiale, il superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo e obbligazioni di risultato. Già prima, del resto, la Cassazione, 22 gennaio 1999, n. 589, aveva prospettato la tesi della responsabilità per “contatto sociale”, cioè a dire che *pur in assenza di contratto* si dovrebbe applicare la responsabilità contrattuale e non quella aquiliana, a tutto vantaggio del paziente danneggiato. Con tali tecniche, compiute per il nobile scopo di aiutare il più possibile il paziente danneggiato, la giurisprudenza aveva relegato a casi del tutto eccezionali di responsabilità professionale la norma cardine dell’art. 2236, sulla quale poggiava l’equilibrio tra gli interessi del paziente e quelli del professionista. E va aggiunto che l’insieme delle prestazioni che sono riconducibili al contratto complesso e atipico della speditività (medicina ausiliaria, attività paramediche, medicinali, strumentari tecnici e attrezzature *lato sensu* alberghiere) è stato ricondotto alla responsabilità contrattuale dell’ente ospedaliero, sia riguardo a fatti propri d’inadempimento *ex art.* 1218, sia riguardo alla condotta dei sanitari, degli infermieri, dei dipendenti e collaboratori esterni *ex art.* 1228, secondo il quale il debitore che, nell’adempimento dell’obbligazione, si avvale dell’opera di terzi risponde anche dei fatti colposi o dolosi di costoro. L’attore, il paziente danneggiato, avrebbe potuto limitarsi a provare il contratto, o anche soltanto “il contatto”, per ottenere il risarcimento del danno affermato con tutti i vantaggi della responsabilità contrattuale, lasciando al professionista tutte le difficoltà dell’onere della prova in senso contrario.

Le conseguenze di questa giurisprudenza sono state distorsive, e talvolta pure devastanti nei riguardi di una razionale e ordinata distribuzione dei rischi, degli oneri, dei costi individuali e del sistema nel suo complesso, insomma dei vantaggi e degli svantaggi in materia di danno alla salute. E precisamente, di là delle possibili e giuste critiche sul piano dogmatico alle tesi audaci della Cassazione, è accaduto ciò che avrebbe potuto e dovuto essere previsto (quando si alterano i delicati equilibri tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale fissati dal codice civile), e cioè che il personale medico e le strutture sanitarie, prima ancora di pensare al paziente, sono stati costretti dalla giurisprudenza richiamata a pensare a se stessi per difendersi, per proteggere prima di tutto la propria professionalità, contro il dilagare di un contenzioso facile e sostanzialmente senza rischi per l’attore. Il sistema sanitario è stato costretto a preconstituire un baluardo in difesa del debitore in un eventuale giudizio invece di occuparsi soprattutto dell’effettiva cura dell’ammalato. In questo contesto squilibrato è aumentata in misura esponenziale la quantità di esami clinici preventivi, costosi, non strettamente necessari, puramente tuzioristici. I costi dell’assicurazione contro i rischi connessi alla sanità sono cresciuti a dismisura e l’intero costo della sanità a carico della collettività è andato fuori controllo. Quella giurisprudenza e la dottrina

con essa in sintonia hanno generato il mostro della *medicina tuzioristica*: una medicina che, allontanandosi dalla sua ragion d'essere, è finita per occuparsi meno delle "cure sicure" degli ammalati e più di se stessa nei confronti di un contenzioso dilagante. L'art. 3 del decreto Balduzzi cercò di porre rimedio alle aberrazioni segnalate, ma solo un intervento legislativo, incisivo, organico e a tutto tondo avrebbe potuto raddrizzare il timone di una nave avviata inesorabilmente verso il naufragio. Finalmente, nel 2017, è entrata in vigore la legge oggetto di questo volume. Autorevoli scrittori ed eminenti studiosi della responsabilità civile hanno commentato, con penetrante analisi e con finezza di argomentazione, i diversi aspetti e i molteplici versanti (civili, penali, processuali, assicurativi) di questa legge. Va detto, tuttavia, a conclusione di questa breve introduzione, che l'ampio lavoro collettaneo si propone all'attenzione non solo degli studiosi ma anche degli operatori nel campo della salute, delle organizzazioni sanitarie pubbliche e private, delle professioni mediche e del versante assicurativo della sanità. E si propone anche come richiamo e sollecitazione al legislatore affinché concluda al più presto il compito intrapreso: a distanza di più di un anno dall'entrata in vigore della legge in esame, ancora mancano i decreti di attuazione.

GIOVANNI IUDICA

Termine estratto capitolo

CAPITOLO I
**DAL MEDICO
ALLA STRUTTURA SANITARIA**

di GUIDO ALPA

Sommario: 1. Posizioni tradizionali e nuove esigenze. — 2. La misura della responsabilità. — 3. Il rapporto medico-paziente. — 4. Il consenso del paziente. — 5. Diagnosi e intervento. — 6. Il rapporto tra medico e struttura sanitaria e la responsabilità della struttura sanitaria. — 7. Natura e caratteri della responsabilità. — 8. Gli aspetti innovativi della nuova disciplina.

1. Posizioni tradizionali e nuove esigenze

Il regime della responsabilità medica si può configurare — in oggi — come un sistema composito.

Già la costruzione della responsabilità civile per i danni derivati al paziente — sia questi in condizioni di malattia oppure sia « sano », nel senso di non soffrire allo di alterazioni fisio-psichiche — in termini di responsabilità medica, anziché nell'usuale terminologia di responsabilità del medico, implica una scelta di fondo. Si vuole alludere al fatto che oggi non si deve tenere in conto soltanto il rapporto diretto medico-paziente, costituito dal rapporto contrattuale intercorso sulla base del contratto d'opera intellettuale o costituito dal contatto sociale che ha cagionato in assenza di un rapporto contrattuale, rapporto sul quale per tradizione si era studiata e delineata l'area della responsabilità, quanto piuttosto il complesso dei fattori che, oltre a quello di tipo personale, si istituiscono nel momento in cui un paziente è destinatario di prestazioni mediche di ogni tipo, diagnostiche, preventive, terapeutiche, chirurgiche, estetiche, assistenziali, etc. (1). Tra l'altro, l'attività medico-sanitaria non coinvolge solo i medici, ma anche personale con diversificate

(1) In argomento, nell'ampia letteratura, v. per gli aspetti pubblicistici PONTICELLI, *Responsabilità medica e Servizio sanitario nazionale*, in *Giur. it.*, 1987, 136; per gli aspetti civilistici, ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 1993; DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995; riguardano tutti i profili citati i contributi raccolti in BARNI-SANTOSUOSSO (a cura di), *Medicina e diritto*, Milano, 1995.

qualificazioni, come infermieri e assistenti sanitari, ostetriche, tecnici di radiologia medica, tecnici di riabilitazione, etc.

Ancora. Si è accentuata l'attenzione sulla condizione del soggetto destinatario di questa attività, in particolare sulle condizioni in cui è prestato il consenso, sui suoi presupposti, sui suoi contenuti e sui suoi effetti. Sicché l'intero settore implica profili di diritto costituzionale — con riguardo alla tutela della persona e della salute, ai dati personali e all'attività economica — nonché di diritto amministrativo statale e regionale (con riguardo alla organizzazione e alla disciplina delle strutture pubbliche e private che effettuano prestazioni mediche, ospedaliere, assistenziali), di penale e anche di deontologia professionale.

Questi diversi profili, accorpati per ragioni teoriche e pratiche e tra loro coordinati (dall'interprete, piuttosto che non dal legislatore) danno luogo ad un settore multidisciplinare. Ci si chiede anche se, in ragione di particolari regole di natura legislativa e di particolari regole di natura giurisprudenziale, non si sia in presenza di un « sottosistema » (2) della responsabilità civile. In queste pagine si è preferito parlare di « regime speciale », per sottolineare le deroghe rispetto alla disciplina generale, al fine di evitare le ambiguità cui darebbe luogo l'impiego del termine « sistema ».

Un tempo era sufficiente classificare il rapporto tra medico e paziente nell'ambito del rapporto contrattuale, se vi era un contatto diretto che dava luogo ad un vero e proprio contratto di prestazione professionale, ovvero nell'ambito del rapporto extracontrattuale, se il contatto tra medico e paziente era mediato da struttura (pubblica o privata), per inferirne il regime di responsabilità del medico in caso di suo inadempimento o di danno ingiusto inferto al paziente. Nel primo caso, l'inadempimento del medico dava luogo a responsabilità contrattuale, *ex artt.* 1175 e 1176 c.c., con i temperamenti dettati dalla disciplina delle libere professioni, e in particolare, dall'art. 2236 c.c.; nel secondo caso, si applicava la disciplina generale dettata dall'art. 2043 c.c.

Ne derivava un regime di contemperamento degli interessi in gioco dal quale emergeva un sostanziale *favor* per il medico, in quanto, esercitando una libera professione, propria di una scienza pratica in cui non vi sono certezze, il risultato cui tendeva la prestazione si considerava necessariamente solo tendenziale e le eventuali negligenze o imperizie erano da valutarsi secondo il metro della difficoltà della prestazione; se questa risultava difficile, il medico rispondeva solo in caso di colpa grave o di dolo, ma non di colpa lieve, e raramente per colpa media al pari degli altri soggetti esercenti una professione, liberale o no.

(2) DE MATTEIS, *La responsabilità medica* cit., 1 ss. Sulla nozione di colpa nell'attività sanitaria v. VISINTINI, *I fatti illeciti. II. La colpa in rapporto agli altri criteri di responsabilità*, Padova, 1990.

Oggi, la questione è diventata più complessa. Ciò è dovuto a molteplici fattori.

La complessità dipende infatti: dall'evolvere della stessa professione liberale, esercitata in modo meno « personale », con un rapporto meno immediato tra medico e paziente; dagli stadi via via sempre più avanzati delle scoperte scientifiche e tecniche, e quindi dalla possibilità di ricorrere, più agevolmente di un tempo, a procedimenti terapeutici più elaborati, articolati, anche se talvolta più incerti; dall'impiego di macchinari, spesso assai sofisticati, inerenti sia alla diagnostica sia alla terapia e alla prevenzione; dal tentativo di spingere la ricerca e la cura fino al limite della sperimentazione, per i casi nei quali la medicina corrente non ha rimedi, ma farmaci, o procedimenti terapeutici da poco tempo scoperti che consentono di migliorare le condizioni del paziente, scongiurare un rapido deterioramento delle sue condizioni di salute, ovvero semplicemente prolungare la sua precaria vita; dall'emergere di nuove esigenze, sia in campo estetico, sia in campo procreativo, venendo quindi in considerazione richieste di intervento medico inerenti a trattamenti preparatori o curativi che un tempo non erano neppure immaginabili; dalla « pubblicizzazione » del settore sanitario, con l'intervento di personale amministrativo, con l'intervento di personale non medico nelle decisioni e nelle scelte, con le limitazioni (anche nelle prescrizioni di farmaci) che evidenziano alcuni degli aspetti più rilevanti del servizio sanitario nazionale, con le sue disfunzioni, le sue lentezze e le sue contraddizioni; dalla maggior consapevolezza dei diritti della persona, in particolare, del diritto alla salute, disciplinato dalla Costituzione all'art. 32; dalla consistenza di norme ordinarie con principi e codici deontologici elaborati dal Consiglio nazionale dell'Ordine dei medici ovvero da comitati locali (ad es. i c.d. comitati di etica operanti nelle strutture sanitarie pubbliche e private).

Questa nuova e aspra complessità fa sì che — guardando alla situazione con gli occhi non del giurista formalista, ma del giurista che fa professione di realismo — ci si debba porre la questione se le categorie usuali alle quali si ascrive la responsabilità del medico siano in oggi sempre appropriate, e quali eventuali modificazioni, ovvero verso quali prospettive possano muovere i confini di questa professione e quindi i confini delle obbligazioni che il medico, esercitando la sua professione, inevitabilmente si assume.

Lo schema formale entro il quale normalmente si colloca il problema della responsabilità del medico si è sopra riferito. Quanto al metro con cui procedere alla valutazione del comportamento si segue un ragionamento siffatto: se tra medico e paziente si è instaurato un rapporto di natura contrattuale, si applica il criterio della diligenza professionale (art. 1176, comma 2, c.c.) che richiede al medico di esercitare una diligenza superiore a quella dell'ordinario « buon padre di famiglia »; tale criterio però è temperato o dalla individuazione di una obbligazione di soli mezzi (e non di risultato) cui il medico deve dare adempimento, o dal limite del dolo e della colpa grave,

che vengono in considerazione quando le questioni da risolvere sono di particolare difficoltà; la colpa lieve, in tal modo, sfugge al sindacato del giudice e quindi il paziente non può, al di là della colpa grave o del dolo, ottenere soddisfazione; la colpa media è normalmente sanzionata, Criteri analoghi si applicano nel caso in cui il rapporto sia da considerarsi extra-contrattuale; spetterà al paziente dimostrare la colpa del medico; ma anche qui il giudice tenderà ad attenuare i criteri relativi all'onere della prova.

Ci si avvia, quindi, verso un regime più favorevole al paziente, anche se non si abbandonano radicalmente i principi tradizionali (3).

I principi cardine sui quali poggia il regime tradizionale sono essenzialmente due:

a) l'obbligazione assunta dal medico, al pari di qualsiasi altro professionista, deve considerarsi obbligazione di mezzi e non di risultato;

b) il regime cui obbedisce tale obbligazione non può che essere *unitario*, in quanto non si fa distinzione (almeno in astratto) in ordine allo *status* del medico, sia questi libero professionista, medico condotto, medico provinciale, dipendente dell'USL, docente universitario (e quindi dipendente dello Stato) per applicare il metro della responsabilità. Di recente si è ribadito, ad esempio, che i medici specialisti ambulatoriali delle USL non sono pubblici impiegati e il rapporto che li lega a queste strutture e quindi ai pazienti è di natura professionale, *ex artt. 2230 ss. c.c.* (4). Altra volta si è precisato che il clinico, ancorché dipendente pubblico, non può giovare delle regole di responsabilità attenuata previste dal T.U. del 1957, n. 3, per gli impiegati dello Stato (5). Sul punto si tornerà tra poco.

2. La misura della responsabilità

La distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato concerne la misura della responsabilità, cioè non tanto il controllo della diligenza impiegata nell'esecuzione della prestazione (*quomodo respondeatur*) ma il controllo della esigibilità della prestazione (*quantum respondeatur*). In altri termini, se sia sufficiente l'aver impiegato i mezzi necessari dettati dalla diligenza professionale, oppure se si debba garantire la soddisfazione integrale dell'interesse creditorio, qualunque sia lo sforzo a cui si sottopone il debitore. Il problema ha natura dogmatica, e lo si è affrontato in generale già

(3) Cfr. ZANA, *La responsabilità del medico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 159 ss.; MARZO, *Appunti sulla responsabilità civile in campo medico*, in *Giur. it.*, 1986, I, 681; A. VIGOTTI, *La responsabilità del professionista*, in ALFA-BESSONE, *La responsabilità civile*, in *Giur. sist.*, diretta da Bigiavi, vol. III, Torino, 1986.

(4) TAR Lombardia, 22 maggio 1987, n. 293, in *Giust. civ.*, 1988, I, 833.

(5) Cass. civ., 1988, I, 604, con nota di

CAPITOLO II

**LINEE GUIDA E BUONE PRATICHE:
RIFLESSI SULLA COLPEVOLEZZA E SUL DANNO**

di MARILENA GORGONI

Sommario: 1. Lo spettro di rilevanza della normazione tecnica: dai codici deontologici alle linee guida e alle buone pratiche clinico-assistenziali e sulla sicurezza. — 2. La refutabilità delle prescrizioni tecniche. — 3. Dal principio del *tertium non datur* alla logica polivalente. — 4. Dalle linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali alle buone pratiche sulla sicurezza in sanità: il chiodo fisso della positivizzazione. — 5. (Segue) Linee guida e buone pratiche quali fattori di gestione del rischio sanitario. — 6. Errore di sistema v. errore della persona. — 7. Forza e cogenza delle linee guida. — 8. Linee guida e buone pratiche: elementi di divergenza. — 9. Quali sono le linee guida rilevanti. — 10. Linee guida e quantificazione del danno. — 11. Buone pratiche che devono essere seguite dalle strutture: cenni.

1. Lo spettro di rilevanza della normazione tecnica: dai codici deontologici alle linee guida e alle buone pratiche clinico-assistenziali e sulla sicurezza

Sono molto lontani i tempi in cui, con la stessa approssimazione e sufficienza riservate (una volta) al rilievo dei codici deontologici, linee guida e buone pratiche sarebbero state liquidate alla stregua di « precetti extragiuridici » (1) non costituenti esplicazione di attività normativa.

Da tempo, infatti, e non solo in ambito sanitario (2), la normazione c.d.

(1) *Ex multis* cfr. Sez. Un. civ., 17 gennaio 1991, n. 401, in *Foro it.*, 1992, I, 2243; Sez. Un. civ., 23 luglio 1993, n. 8239, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Professioni intellettuali*, n. 135; Sez. Un. civ., 23 dicembre 1996, n. 11488, *ibidem*, 1996, voce cit., n. 184; Cass. civ., 30 luglio 2001, n. 10389, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 855, con nota di COMPORZI, *La deontologia medica nella prospettiva della pluralità degli ordinamenti giuridici*.

Per ulteriori riferimenti si vedano BELLELLI, *Il codice deontologico medico e il suo valore giuridico*, in BARNI (a cura di), *Bioetica, deontologia e diritto. Per un nuovo codice professionale del medico*, Milano, 1999, 19; *Id.*, *Codice di deontologia medica e tutela del paziente*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, 579; CELESTE, *La deontologia professionale nel sistema delle fonti dell'ordinamento notarile*, in *Cons. Stato*, 1997, II, 103 s.

(2) Cfr. FRANZONI, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno resp.*, 2017, 271 ss.

secondaria di contenuto tecnico (talvolta annoverata nell'ambito della c.d. *soft law* (3)) è « penetrata » nell'ordinamento giuridico, spingendosi « oltre il terreno della correttezza, per lambire, con un impulso innovativo ancora tutto da verificare, il campo della *liceità* » (4).

Il dubbio, infatti, è che il rilievo delle norme tecniche non possa (più) solo descriversi in termini di integrazione e di specificazione di alcuni principi giuridici (diligenza, correttezza, trasparenza, ecc.) che trovano applicazione nei giudizi civili e penali, in quanto il diritto positivo, che era solito avvalersene in modo indiretto attraverso l'attività del consulente (5), oggi fa ad esse rinvio (c.d. mobile o formale), in modo più o meno esplicito, per la definizione degli ambiti di attività e per l'affermazione della responsabilità dei singoli (6). Ciò si risolve nell'ammissione della loro efficacia all'interno dell'or-

(3) In verità, su cosa debba intendersi per *soft law* vi sono opinioni assai contrastanti. Non è infatti unanime l'idea che ciò che è considerato *soft law* manchi di vincolatività giuridica: cfr. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, Padova, 2008.

(4) Così BUSNELLI, II. *Note introduttive*, in C.M. BIANCA-BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali*, t. I, Padova, 2007, XLVI. Per un'attenta ponderazione delle regole riferibili alla trasparenza e alla correttezza rispetto a quelle espressive della liceità in senso stretto cfr. NAVARRETTA, *Art. 11. Modalità del trattamento e requisiti dei dati*, *ibidem*, 253-255. Per l'A. « la liceità in senso stretto predetermina con fonte eteronoma la regola di condotta senza lasciare particolare margine di discrezionalità all'agente e di riflesso all'interprete ». La norma che specifica « *a priori* regola di condotta, ma tramite una fonte che non è eteronoma, bensì è autonoma [...] condiziona l'agente solo nell'ambito professionale di riferimento e soprattutto non vincola l'interprete in senso stretto ». La conseguenza è che le norme deontologiche — le argomentazioni dell'A. riguardano infatti le regole deontologiche — « non si possono puramente ascrivere all'area della liceità con l'esito che la loro violazione si traduca automaticamente in un giudizio di illiceità. [...] il mancato rispetto di una regola di diritto è certamente condotta *non iure*, la difformità di una norma deontologica non implica con certezza una condotta non iure, restando l'ultima parola al giudizio di correttezza [...] Sia la liceità che la scorrettezza rientrano nella dimensione del *non iure*, la loro differenza risiede nella diversa natura del precetto violato. Tramite la liceità il legislatore detta specifiche regole di condotta ... il cui contenuto è in toto determinato *a priori*. Tramite la correttezza il legislatore indica all'agente un canone generale cui deve attenersi la sua condotta [...] in sostanza, la regola della correttezza è imposta *a priori*, ma le specifiche regole di condotta che concretizzano il canone generale sono affidate alla discrezionalità dell'agente e sono suscettibili, pertanto, di valutazione in termini di conformità o difformità al diritto solo *a posteriori* ».

(5) FRANZONI, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, cit., 273; ZIVIZ, *Linee guida e responsabilità civile*, in VENTRE (a cura di), *Linee guida e buone pratiche. Implicazioni giuridiche e medico-legali*, Trieste, 25 novembre 2016, 102, in *Quotidianosanità.it*

(6) SARTEA, *L'emergenza deontologica. Contributo allo studio dei rapporti tra deontologia professionale, etica e diritto*, Roma, 2007, 119-121, il quale rimarca la variabilità delle tecniche con cui di volta in volta la legge include norme deontologiche all'interno di clausole generali. Specificamente, tra le modalità più comuni e rilevanti, l'A. enumera: a) il riempimento di clausole generalissime, come quelle relative all'ordine pubblico ed al buon costume; b) l'attribuzione di contenuti professionali ai concetti di « diligenza »,

dinamento generale, in virtù di un riconoscimento proveniente dalla legge stessa (7): secondo taluni alla stregua di fonti fatto (8) ovvero come fatti produttivi di effetti giuridicamente rilevanti (9), all'insegna della decentrazione delle sedi deputate alla formazione del diritto e in ragione delle dispersione degli interessi e delle conoscenze relative a circostanze particolari di tempo e di luogo (10); secondo altri, a condizione che la legge ne determini tanto il processo di formazione quanto l'ambito di rilevanza, come fonti di produzione normativa di tipo complementare (11).

Non c'è radicalizzazione del positivismo (12) che tenga (13); occorre familiarizzare con un modello di legislazione suggestivamente definito polifonico, con la duplice consapevolezza che la risposta giuridica non è ripiegata sull'astrattezza — bensì elaborata congiuntamente dal legislatore, che for-

« correttezza », « decoro »; c) l'uso di fattispecie di responsabilità extracontrattuale, al fine di permettere il risarcimento di danni dipendenti dall'esercizio di un'attività professionale in violazione delle regole deontologiche inerenti; d) il ricorso all'art. 2598 c.c. in tema di concorrenza sleale per disciplinare, sulla scorta di regole deontologiche — per esempio, in materia pubblicitaria — tutte quelle situazioni contemplate in astratto dal Codice di Autodisciplina Pubblicitaria; e) in materia penale, frequente risulta l'impiego delle regole deontologiche da parte della normativa sugli stati soggettivi di colpevolezza — in particolare, la colpa — ex art. 43 c.p.

Sul medesimo tema cfr. DEL PRATO, *Regole deontologiche delle professioni e principio di sussidiarietà: l'esperienza italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 764 ss.

(7) BELLELLI, *Art. 139: Codice di deontologia relativo ad attività giornalistiche*, in C.M. BIANCA-BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali*, cit., spec. 1723.

(8) Cfr. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 86, il quale fa riferimento agli usi consolidatisi all'interno di determinati ambienti sociali, quali cristallizzazione dell'esperienza collettiva in regole comportamentali.

(9) In ambito medico, in particolare, una parte della letteratura penalistica ritiene che la colpa del medico dovrebbe essere ricercata sulla scorta degli usi terapeutici diffusi e consolidati e radicati, cioè in quella cerchia professionale a cui appartiene l'agente che ne è, al contempo, fonte di produzione e strumento di applicazione: MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una di una recente ricerca sul campo*, in *Criminalia*, 2003, 193.

(10) G.D. COMPORI, *La deontologia medica*, cit.

(11) DE MINICO, *Art. 12: Codici di deontologia e buona condotta*, in C.M. BIANCA-BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali*, cit., 284 ss. Il discorso inizialmente riferito ai codici deontologici che soffrivano il limite, almeno quelli di prima generazione, di contenere regole produttive di effetti giuridici verso soggetti appartenenti alla categoria, per lo più risolto secondo le coordinate della pluralità degli ordinamenti giuridici è adattabile alle regole tecniche vincolanti gli esercenti un'attività professionale.

Cfr. nel medesimo senso FRANZONI, *Colpa e linee guida*, cit., il quale, proprio in ambito sanitario, intravede la volontà del legislatore di modificare il rilievo delle regole tecniche sul piano delle fonti, elevandole a norme di diritto positivo.

(12) IRTI-SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, 2001; e in *Le domande del giurista e le risposte del filosofo (un dialogo su diritto e tecnica)*, in *Contratto impr.*, 2000, 665.

(13) Nocco, *La probabilità in ambito giuridico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 1519 ss.

mula regole generali, dal giudice, con il suo ruolo nomofilattico di garanzia dei diritti fondamentali, da autorità indipendenti, che possono essere chiamate ad esprimere autorizzazioni caso per caso, da comitati tecnici, che individuano protocolli, *best practice* e codici di deontologia — e che è necessario lasciare spazi sostanziali di esplicazione all'autonomia personale e alla solidarietà (14).

Ebbene, non può negarsi che la normazione tecnica imponga che la conformità all'ordinamento giuridico di una condotta concretamente adottata dipenda in buona sostanza anche (15) dall'osservanza di certe prescrizioni di contenuto tecnico fissate *ex ante* (16). « È sempre stato un dato assolutamente assodato, lapalissiano, reiteratamente affermato dalla giurisprudenza sia penale che civile; del resto, è lo stesso art. 1176, secondo comma, c.c. ad imporre che nello scrutinio giudiziale dell'attività prestata dal sanitario si debba avere riguardo innanzitutto per ciò che la sua stessa scienza gli indica » (17). La Riforma Balduzzi e quella targata Gelli-Bianco — quest'ultima addirittura con un grado di cogenza maggiore, giacché l'espressione utilizzata all'art. 5, comma 1, « gli esercenti la professione sanitaria [...] si attengono [...] », depone per la obbligatorietà del rispetto delle linee guida e delle buone pratiche (l'uso dell'indicativo in un testo normativo implica una imposizione (18)) — attribuiscono, però, un rilievo alle linee guida e alle buone pratiche che non può essere riduttivamente considerato un monito espresso che il legislatore rivolge ai giudici affinché non omettano di consi-

(14) GROSSI, *Per ripensare le fonti del diritto (su un libro recentissimo e sulle sue sollecitazioni)*, in *Quad. fiorentini*, 2015, 1049; FALZEA, *La prassi nella realtà del diritto*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998, 353 ss. Secondo PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo, Il diritto dell'economia*, 1996, 278, la « democrazia degli interessi » si caratterizza per il fenomeno della produzione di norme ad opera di soggetti della società civile, che a mano a mano si organizza secondo i propri interessi, attorno a strutture che garantiscono la rappresentanza di questi interessi, determinando una progressiva e generale sottrazione di competenze normative allo Stato, a vantaggio di sempre più numerosi enti intermedi.

(15) L'assenza di linee guida dovrebbe, infatti, impedire di trarre la conclusione che non si possa arrivare ad una decisione in ordine alla ricorrenza di una responsabilità, pena una resa cognitiva: cfr. in tal senso Cass. pen., 15 dicembre 2015, n. 9831, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 835, con annotazione di FARINELLA.

(16) MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Padova, 1994; LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in *Riv.dir. costituzionale*, 1996, 138 ss.

(17) BONA, *La R.C. medica dopo il decreto-legge n. 158/2012: indicazioni per la corretta interpretazione e per la (dis)applicazione delle nuove disposizioni*, in MARTINI-GENOVESE (a cura di), *La valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa*, Santarcangelo di Romagna, 2012, 55.

(18) LUCEV, *La* Termine estratto capitolo legge Gelli-Bianco: riflessioni

CAPITOLO III

LA RESPONSABILITÀ A DOPPIO BINARIO

di CLAUDIO SCOGNAMIGLIO

Sommario: 1. La scelta legislativa del « doppio binario » di responsabilità: ragioni, problemi e prospettive. — 2. La scelta del « doppio binario »: un'occasione mancata? — 3. I lineamenti della disciplina del duplice binario di responsabilità: in particolare, la responsabilità della struttura.

1. La scelta legislativa del « doppio binario » di responsabilità: ragioni, problemi e prospettive

È largamente acquisito nella prima elaborazione dottrinale delle questioni che originano dall'entrata in vigore della l. 8 marzo 2017, n. 24 — in difetto, ovviamente ed allo stato, di applicazioni giurisprudenziali della medesima sul piano della responsabilità civile — il rilievo secondo il quale la disciplina legislativa della materia ha dato vita ad un sistema suscettibile di essere definito « a doppio binario » (1). Infatti, al suo interno, verrebbero in considerazione sia una responsabilità di natura contrattuale, ed efficacemente definita anorganica, (2) della struttura ospedaliera, tale perché esclusiva « e non fondata sul rapporto organico, da ricondurre all'inadempimento di quegli obblighi che presiedono per legge all'erogazione del servizio sanitario », sia « una responsabilità esterna del sanitario fondata — così, come, del resto quella interna connessa al diritto di rivalsa della struttura — sull'accerta-

(1) PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli. Una premessa*, in *Danno resp.*, 2017, 268 ss., si esprime in termini di doppio canale di responsabilità. Di doppio binario risarcitorio, tra i molti altri, parla ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (Riflessioni a margine della L. 8 marzo 2017 n. 24)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 1115 ss. Sulle finalità della legge in esame, cfr., oltre agli Autori dei quali si dirà nelle note successive, GRANELLI, *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 410 ss.

(2) Così DE MATTEIS, *Le responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, II ed., Milano, 2017, 233.

mento di un illecito aquiliano ad esso imputabile » (3). In particolare, quest'ultima si delinerebbe, come responsabilità autonoma da quella della struttura, in tutti i casi nei quali la condotta del sanitario prevalga nella determinazione del danno alla salute del paziente, rispetto ad altre cause o concause ascrivibili invece alla violazione, da parte della struttura, di obblighi contrattuali (4).

Se, come si è osservato fin da principio, non vi sono particolari incertezze sul piano della individuazione di questa scelta come uno dei capisaldi della nuova disciplina normativa della materia (5), trattandosi in effetti semplicemente, ed almeno in via di prima approssimazione, di prendere atto dell'opzione adottata dal legislatore, il discorso è in parte diverso sul versante delle finalità sottostanti alla medesima: non tanto perché vi siano contrasti nel coglierle, bensì per i dubbi che sono stati già avanzati circa la congruità del contenuto normativo introdotto rispetto agli scopi che la regolamentazione intendeva perseguire.

Da questo punto di vista, e quanto all'impostazione dell'art. 7, si è notato che la disposizione in effetti « persegue platealmente l'obiettivo della canalizzazione della responsabilità sanitaria in capo alle strutture pubbliche e private » (6) ponendo tuttavia capo ad un risultato non del tutto coerente con

(3) Sono parole, ancora una volta, di DE MATTEIS, *La responsabilità in ambito sanitario*, cit., 234.

(4) In questi termini, DE MATTEIS, *op. loc. cit.*, la quale sottolinea che « con ciò non si intende enucleare una "zona franca" tra il fatto illecito del medico e l'inadempimento della struttura, nella quale collocare tutte quelle ipotesi che — non riconducibili né ad un fatto illecito del medico né ad un inadempimento della struttura ad obblighi propri di carattere organizzativo — non acquisirebbero rilievo sotto il profilo risarcitorio pur essendo produttive di un danno alla salute del paziente » poiché « anche nei casi in cui sia dato riscontrare una condotta del medico, non conforme ai canoni della diligenza professionale, che ha semplicemente concorso con altri fattori alla produzione del danno, senza assumere il ruolo di condicio sine qua non dell'evento dannoso, si potrà parimenti far capo alla responsabilità della struttura sulla base della prova di un collegamento causale tra danno e organizzazione dell'attività ».

(5) Caposaldo l'introduzione del quale era stato giudicato senz'altro auspicabile in sede di critica dell'assetto normativo introdotto dalla c.d. Legge Balduzzi: cfr., infatti, COLOMBO, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017 n. 24)*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2017, 299 ss.

(6) Così PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in VOLPE (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco (legge n. 24/2017)*, Bologna, 2018, 44. Anche MEOLI-SICA-STANZIONE (a cura di), *Commentario alla legge 8 marzo 2017 n. 24*, Napoli, 2018, 110, colgono, tra gli obiettivi della legge, « la canalizzazione delle domande di responsabilità verso le strutture sanitarie (e il contestuale alleggerimento della posizione del medico che presta la sua opera all'interno della stessa) », ravvisandone il punto di emersione nell'art. 7 della stessa. Nello stesso senso, pure DE MATTEIS, *La responsabilità in ambito sanitario*, cit., 6, la quale individua « una chiara linea di policy in direzione di una canalizzazione dei costi dei danni sul soggetto/

il fine perseguito. Infatti, si è osservato criticamente, da un lato, viene senz'altro affermata la responsabilità contrattuale dell'ente ospedaliero, che trae con sé quella degli ausiliari (7), e ferma restando la rivalsa nel caso di colpa grave nei confronti del singolo operatore; dall'altro, e proprio per il modello a doppio binario accreditato, resta la possibilità che il medico ospedaliero sia convenuto in giudizio direttamente, sulla base dell'art. 2043 c.c., e dunque anche in relazione ad una colpa lieve. Al contrario, e qualora si fosse voluta perseguire in maniera coerente, e fino in fondo, la finalità di sottrarre gli esercenti la professione sanitaria agli effetti di possibile condizionamento — nell'adozione delle scelte operative e di cure — derivanti dall'incremento del contenzioso promosso nei loro confronti, la strada sarebbe stata quella

ente che meglio è in grado di prevenire e gestire il rischio connesso al loro accadimento (potenziando politiche di *risk management* e provvedendo a coperture della responsabilità civile mediante assicurazione o altre misure analoghe ». MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 752 ss., si esprime in termini di « corsia preferenziale » disegnata dal legislatore nel senso della responsabilità civile della struttura ospedaliera. Dal canto suo, COLOMBO, *Profili civilistici*, cit., 304, osserva che « la finalità del legislatore è palesemente (e, a giudizio di chi scrive, condivisibilmente) quella di tentare di disincentivare le richieste risarcitorie nei confronti dei singoli medici, individuando nelle strutture sanitarie o sociosanitarie, sia pubbliche che private, i soggetti che rivestono la posizione — per usare una terminologia cara all'analisi economica del diritto — di *superior risk bearer*, ovvero di soggetto che meglio può gestire, tanto in chiave preventiva, quanto in chiave riparatoria, un rischio riconducibile ad una condotta anti-giuridica ». Una valutazione largamente positiva del nuovo assetto normativo è quella espressa da GATTARI, *Prime riflessioni sulla riforma della responsabilità civile da attività sanitaria*, in *www.giustizia civile.com*, 31 marzo 2017, il quale, oltre ad apprezzare la soluzione dal punto di vista del superamento della pratica della medicina difensiva e del ristabilimento dell'alleanza terapeutica tra paziente e medico, ne afferma la ragionevolezza e condivisibilità « nei casi in cui il paziente ha un rapporto negoziale solo con la struttura sanitaria o socio sanitaria direttamente obbligata a prestare le cure necessarie e ad adempiere "la propria obbligazione" ». Invece, TRAVAGLINO, *Vaghi appunti sulla riforma della responsabilità sanitaria*, *ibidem*, 3 marzo 2017, pur precisando esplicitamente di non voler esprimere opinioni tecnico — giuridiche, e tanto meno etiche, sul ritorno al sistema del doppio binario di responsabilità, delinea un possibile percorso argomentativo e ricostruttivo che, valorizzando « gli istituti del collegamento negoziale, della causa concreta, della determinabilità dell'oggetto e dei soggetti dell'obbligazione, può condurre ad una soluzione caratterizzata da un indiscutibile fondamento negoziale (*rectius*, contrattuale) ».

(7) Nota opportunamente PARDOLESI, *op. loc. ult. cit.*, che qui l'area che comprende gli ausiliari deve essere intesa a compasso allargato perché « estesa a quanti siano a qualsiasi titolo inseriti nella compagine, anche in difetto di preposizione perché la scelta è stata effettuata dal paziente » Per quello che concerne in particolare l'applicazione della responsabilità *ex art. 1228 c.c.* alle prestazioni svolte *intra moenia* dall'esercente la professione sanitaria è stato notato che la novità in questo modo introdotta potrebbe risultare « in qualche misura problematica, poiché è quantomeno dubbio che la prestazione intramuraria libero-professionistica sia al contempo oggetto di un'obbligazione propria della struttura »: così MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, cit., 761.

(già accreditata in altri settori dell'ordinamento, dalla responsabilità degli insegnanti nella scuola, a quella dei giudici) di escludere senz'altro la responsabilità diretta degli ausiliari (8).

Le considerazioni appena formulate circa la scelta legislativa del modello del doppio binario consentono di richiamare l'attenzione su uno degli aspetti più importanti, sotto il profilo di una complessiva valutazione dell'assetto normativo introdotto dalla l. n. 24/2017: infatti, e com'è ben noto, da parte del legislatore della riforma non si è ritenuto, secondo quanto sarebbe stato in astratto possibile, di introdurre una disciplina organica ed esplicita della responsabilità del medico e della struttura sanitaria, ma si è preferito rinviare, per la delimitazione degli ambiti dell'uno e dell'altro settore di responsabilità, alla distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Eppure, come è stato puntualmente notato in dottrina (9), vi era un modello normativo abbastanza vicino alla nostra esperienza, e cioè quello francese, che poteva essere preso in considerazione e che avrebbe condotto ad esiti completamente diversi dal punto di vista dell'impostazione della questione, permettendo la costruzione di un « sottosistema » della responsabilità civile, governato da proprie regole. Nel sistema francese, infatti, si è sostanzialmente superato il problema della qualificazione della responsabilità del medico, così come di quella della struttura dove egli svolga la propria attività, stante l'esistenza di una fonte di disciplina legale della materia, contenuta nel *Code de la santé publique* ed attribuita appunto di una responsabilità tale da prescindere del tutto dallo snodo qualificatorio: proprio perché le diverse fattispecie di responsabilità sono state oggetto di una regolamentazione di per sé autosufficiente e che, dunque, non ha necessità di attingere, rispettivamente, alla disciplina della responsabilità contrattuale ovvero a quella della responsabilità extracontrattuale.

I corollari della scelta del legislatore della l. n. 24/2017 sono stati ravvisati criticamente in una sorta di « (ri) duplicazione del regime della responsabilità, che diviene contrattuale per la struttura (e per il medico legato da rapporto contrattuale diretto col paziente) ed aquiliano per il medico che abbia operato in mancanza di detta linea diretta », con i conseguenti problemi di interferenza, se non sovrapposizione, dei regimi risarcitori (10). Tanto più che, come pure è stato osservato, la scelta di configurare come aquiliana la responsabilità del medico potrebbe risultare pregiudizievole « in chiave di incremento confusionale di piani e impostazioni » (11) allorché il medico sia

(8) Così PARDOLESI, *op. loc. cit.*

(9) Cfr. MEOLI-SICA, in MEOLI-SICA-STANZIONE (a cura di), *Commentario alla legge 8 marzo 2017 n. 24*, cit., *sub art. 7*, 113

(10) In questo senso, MEOLI-SICA, *op. loc. cit.*

(11) Così PARDOLESI, *Chi vince e chi perde*, cit., 48 s. Si sofferma sulle questioni che discendono dall'ir

CAPITOLO IV

**BREVI CONSIDERAZIONI IN TEMA DI PROVA
ALLA LUCE DELLA LEGGE N. 24/2017**

di ROBERTO PUCELLA

Sommario: 1. Il senso del passaggio alla (nuova) responsabilità aquiliana del medico. — 2. Gli aspetti problematici non sembrano risolti. — 3. Struttura della responsabilità e natura del rapporto medico-paziente. — 4. Il groviglio causale. — 5. Obbligazione di risultato? — 6. L'inadempimento *qualificato*. — 7. Il rapporto tra esito concreto e risultato atteso. — 8. Le generalizzazioni del senso comune. — 9. I rischi di inversione dell'onere della prova. — 10. Si può semplificare l'onere della prova anche se la responsabilità è aquiliana. — 11. Questioni di *policy* e rischio di nuove « riletture » del problema. — 12. Una conclusione.

1. Il senso del passaggio alla (nuova) responsabilità aquiliana del medico

Quella tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del medico dipendente è una *querelle* che, forse, allo stato, appare meno significativa di quanto si voglia far credere; eppure sono anni che si discute esattamente di questo, dal momento che il decreto Balduzzi prima, la giurisprudenza intermedia poi, e, da ultimo, la legge Gelli hanno disciplinato in buona parte proprio questo profilo: la responsabilità del medico è contrattuale o extracontrattuale?

Innovando il sistema precedente le fonti ora richiamate hanno stabilito che si tratta di responsabilità extracontrattuale; il che significa che la rilevanza del tema è stata invece percepita, o, quantomeno, è stato ritenuto che disciplinare questo aspetto potesse comportare un significativo cambiamento dello stato delle cose (1).

(1) Sui contenuti della riforma si vedano, tra i molti M. GORGONI, *La responsabilità in ambito sanitario tra passato e futuro*, in *Resp. medica*, 2017, 17 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo volto della responsabilità del medico: verso il definitivo tramonto della responsabilità da contatto sociale?*, *ibidem*, 35; ZIVIZ, *Responsabilità sanitaria: appunti sul rilievo delle linee guida in ambito civilistico*, *ibidem*, 43; TRAVAGLINO, *Il danno alla persona tra diritto e realtà*, *ibidem*, 69; CALETTI, *Tra "Gelli-Bianco" e "Balduzzi": un itinerario tra le riforme in tema di responsabilità penale colposa del sanitario*, *ibidem*, 97. PARTENZA, *La nuova responsabilità*

Non si discute di natura della responsabilità per una ragione meramente dogmatica; non sembra, cioè, che il legislatore e neppure la giurisprudenza abbiano inteso ricostruire o ridefinire il ruolo del rapporto medico-paziente; sembra, piuttosto, che abbiano ritenuto di perseguire una diversa via: è un obiettivo pratico quello per cui il problema della natura della responsabilità è tornato alla ribalta dopo tanti anni di *contatto sociale*. Infatti i tribunali sono congestionati, le Assicurazioni ritengono sconveniente farsi carico del rischio, è sotto gli occhi di tutti l'ampio ricorso alla medicina difensiva, i pazienti non sempre riescono ad ottenere un risarcimento o un indennizzo, e quindi lo spirito della legge è animato dall'idea che il passaggio al modello di responsabilità aquiliana possa decongestionare il contenzioso nei confronti del medico dipendente di struttura pubblica o privata (2).

Questo era ed è l'obiettivo: il fatto che in questo modo, cioè rendendo più gravoso l'onere della prova per il paziente danneggiato, si possa così ottenere la contrazione delle azioni di danno.

È noto infatti, secondo i principi generali, che se la responsabilità è aquiliana, a carico del danneggiato grava sia la prova della colpa che la prova del nesso di causalità, in un quadro di riferimento nel quale, a far data dalla sentenza della Cassazione n. 13533/2001, in ambito contrattuale vige il principio della allegazione di inadempimento, che tanto semplifica l'onere della prova.

2. Gli aspetti problematici non sembrano risolti

La questione allora è questa: è sufficiente aver ricondotto all'ambito del 2043 c.c. la responsabilità del medico, per poter dire che davvero qualcosa cambierà?

La domanda è legittima, la risposta non è scontata; se la riforma raggiungerà lo scopo di contenere il contenzioso verso il medico ciò sembra — allo stato, e per le ragioni che si diranno — riferibile più alla sconvenienza (o

civile del medico e della struttura sanitaria, Pisa 2017; DE MATTEIS, *Le responsabilità in ambito sanitario*, Milano, 2017. Ed ancora: ALEO, *Alcune considerazioni sulla responsabilità penale del medico, anche alla luce della recente legge Gelli*, in *Resp. medica*, 2017, 223; CEMBRANI, *Profili critici della nuova legge sulla responsabilità professionale del personale sanitario*, *ibidem*, 231; ZORZIT, *Il diritto alla sicurezza delle cure nella legge "Gelli": (verso) una nuova responsabilità civile in sanità*, *ibidem*, 497.

(2) Cfr. PARTENZA, *La crisi dell'assicurazione per la responsabilità sanitaria, ovvero la necessità di un nuovo modello riparatorio*, in *Resp. medica*, 2018, 129 ss.; nonché ROMAGNOLI, *L'apporto della regolazione amministrativa nella legge Gelli-Bianco (critiche ed auspici d'un prossimo "aggiustamento")*, *ibidem*, 13; e CEMBRANI, *La legge Gelli-Bianco e la sua "drammatica incompatibilità logica"*, *ivi*, 2017, 489; ZORZIT, *Il diritto alla sicurezza delle cure nella legge "Gelli": (verso) una nuova responsabilità civile in sanità*, *ibidem*, 497.

all'inopportunità) di aggredire contemporaneamente in via contrattuale la Struttura e in via aquiliana il medico che all'effettiva capacità della Legge Gelli di operare un riordino del sottosistema della responsabilità sanitaria.

Valgano sul punto tre considerazioni.

La prima: si sposta sul paziente l'onere di provare la colpa e il nesso di causalità, ma nessuna azione di responsabilità medica che giunga in un'aula di Tribunale è priva di Consulenza tecnica (3).

Il giudice chiede al CTU di chiarire se c'è colpa, se c'è relazione causale, se c'è imperizia e, quindi, l'onere della prova — anche se formalmente a carico del danneggiato — risulta significativamente attutito, nei limiti in cui l'indagine si sposta su un terzo: terzo, peraltro, neutro e quindi maggiormente affidabile; questo aspetto è talmente ovvio da non meritare ulteriori considerazioni.

Più delicate le due altre questioni.

3. Struttura della responsabilità e natura del rapporto medico-paziente

La prima riguarda il piano del vincolo: nessuno di coloro che oggi sposano l'idea che la responsabilità del medico sia extracontrattuale ritiene che, per effetto del transito alla responsabilità aquiliana, vi sia, in qualche misura, una ridefinizione dei contenuti o della natura della prestazione del sanitario.

Nessuno dubita, cioè, che i doveri che gravano, ad esempio, su quel chirurgo che oggi risponde in via extracontrattuale verso un paziente che non ha mai visto o che ha conosciuto poco prima dell'intervento, con il quale non ha mai costruito una relazione formale, e verso il quale sino a prima della riforma fa avrebbe risposto del danno in via contrattuale per *contatto sociale*, siano gli stessi che prima su di lui gravavano ai sensi dell'art. 1218 c.c.: quindi il dovere di diligenza nell'esecuzione della prestazione, di agire con perizia, di proteggere i diritti del malato.

È vero allora quello che da noi ha a lungo sostenuto C. Castronovo: c'è un'obbligazione, anche se senza prestazione.

A ben vedere vi è una frattura tra la struttura della responsabilità e la natura vera del rapporto, perché ci figuriamo una responsabilità contrattuale come una responsabilità da inadempimento, dove un'obbligazione preesistente è stata inadempita e perciò si trasforma in obbligazione risarcitoria; mentre pensiamo ad una relazione extracontrattuale come ad un rapporto senza obbligazione, dove questa nasce solamente per effetto della violazione del *neminem laedere*, e si identifica nell'obbligazione risarcitoria.

(3) Circostanza ribadita di recente da FRANZONI, *Danno da vaccini, probabilità scientifica e prova per presunzioni*, in *Resp. medica*, 2017, 5 ss., spec. 10 ss.

Si riscontra una evidente stortura tra legge e realtà, perché la nostra realtà vede il medico gravato da obbligazioni (da contratto o da altro fatto che fonda obbligazioni); la nostra prassi prevede che il medico sia gravato da obbligazioni. La responsabilità che gli attribuisce la legge Gelli, invece, è una responsabilità dove obbligazione per definizione non ci deve essere, se non dopo che è stato commesso il fatto illecito.

Si vede quindi un limite della riforma, nei limiti in cui non si è preoccupata di ridefinire la posizione sostanziale del medico, quanto, piuttosto, di contenere il problema sul piano formale e processuale; evidente, quindi, la discrasia.

Se le obbligazioni che valgono per un medico che risponde contrattualmente sono queste, non si vede perché le obbligazioni di cura, di diligenza, di attenzione, di protezione dei diritti del malato, che valgono per un medico che risponde in via extracontrattuale, debbano essere diverse.

4. Il groviglio causale

Ultimo aspetto: il nesso di causalità.

Va tenuto in considerazione che è ben presente nel nostro sistema civilistico — senza che vi sia una precisa data di esordio della questione — un problema di dequalificazione del nesso di causalità.

Il nesso di causalità non è più quello di venti o trent'anni fa, si è assistito (paradossalmente, se si considera che il dibattito che lo riguarda si è assai rinvigorito) ad un suo depotenziamento.

In larga parte esso si riduce ad una mera sequenza diacronica tra una premessa, che è la cura, l'atto terapeutico o la sottoposizione ad intervento chirurgico, e una conseguenza, che è la morte, l'aggravamento, la comparsa di nuove patologie. Il nesso in larga parte si riduce a ciò.

Ciò è frutto di un suo utilizzo fortemente strumentale, che è espressione di una tensione non risolta tra interessi in gioco, e proprio per ciò si interviene sul nesso, per cercare di arginare questo disequilibrio.

Siano sufficienti alcuni rilievi.

5. Obbligazione di risultato?

Il primo: c'è un evidente transito dell'obbligazione medica dall'ambito delle obbligazioni di mezzi a quello delle obbligazioni di risultato, per quanto si possa ancora utilizzare questa categoria (4).

(4) PUCELLA, *In Termine estratto capitolo* *nesso di causa e favor creditoris*.

CAPITOLO V

**LA MEDICINA DIFENSIVA DOPO LA RIFORMA
DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE SANITARIA**

di CARLO GRANELLI

Sommario: 1. La medicina difensiva. — 2. La medicina difensiva e l'esercente la professione sanitaria che all'assistito sia legato da un contratto di prestazione d'opera intellettuale. — 3. La medicina difensiva e l'esercente la professione sanitaria che operi nell'ambito di una struttura sanitaria o sociosanitaria (pubblica o privata): l'azione risarcitoria esercitata nei suoi confronti dal paziente. — 4. (Segue) L'azione di rivalsa (o di responsabilità amministrativa). — 5. La medicina difensiva e le strutture sanitarie e sociosanitarie (pubbliche o private). — 6. Osservazioni conclusive.

1. La medicina difensiva

Rasenta quasi il luogo comune ricordare come uno degli obiettivi perseguiti dalla recente legge di riforma della « responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie » sia quello di « risolvere il problema della medicina difensiva » (1), e così « contenere le spese della sanità pubblica » (2).

(1) Questa la definizione corrente di « *medicina difensiva* »: « la medicina difensiva si verifica quando il medico ordina esami, procedure o visite, o evita pazienti a rischio, o procedure ad alto rischio, principalmente (ma non esclusivamente) per ridurre la propria esposizione al contenzioso legale. Quando i medici effettuano esami o procedure in eccesso, praticano la c.d. *medicina difensiva positiva*. Quando evitano alcuni pazienti o procedure, praticano la c.d. *medicina difensiva negativa* » (così in US CONGRESS, Office of Technology Assessment, *Defensive medicine and medical malpractice*, OTA-H-602, Washington, DC, US Government Printing Office, 1994).

(2) Così — nel riportare espressioni che si leggono negli atti parlamentari — CARBONE, *Responsabilità aquiliana del medico: norma imperativa nata per risolvere problemi economici che pregiudica i diritti del paziente*, in *Danno resp.*, 2017, 393.

Che uno degli obiettivi della legge di riforma della responsabilità sanitaria sia quello di arginare il fenomeno della medicina difensiva è affermazione corrente: cfr., per tutti, LORENZIN, *Presentazione*, in ALPA (a cura di), *La responsabilità sanitaria. Commento alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, Pisa, 2017, XIII s.; GELLI, *Prefazione*, *ibidem*, XV.

Nella propria « relazione conclusiva » del gennaio 2013 (3), la « Commissione parlamentare di inchiesta sugli errori in campo sanitario e sulle cause dei disavanzi sanitari regionali » – istituita nel novembre 2008 durante la XVI Legislatura – aveva stimato che, nel nostro Paese, circa il 13% delle prescrizioni farmaceutiche avesse ad oggetto medicinali non strettamente necessari, che il 21% delle visite specialistiche richieste non fosse indispensabile, che il 21% degli esami di laboratorio ordinati avrebbe potuto essere tranquillamente evitato, che il 22,6% degli esami strumentali effettuati fosse superfluo, che l'11% dei ricoveri ospedalieri riguardasse pazienti le cui condizioni ne avrebbero consentito una gestione ambulatoriale. Il tutto, con un'incidenza sull'ammontare complessivo della spesa sanitaria pubblica di circa il 10,5%, per un importo stimato di oltre 10 miliardi di euro l'anno.

Del tutto allineati con tali dati sono gli esiti di un successivo studio-pilota condotto, in quattro regioni italiane (Lombardia, Marche, Sicilia, Umbria), dall'Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali - AGENAS. (4), intervistando – tra l'aprile ed il maggio 2014 – quasi 1.500 medici ospedalieri, dipendenti di strutture sanitarie pubbliche o private convenzionate con il S.S.N. Di questi, il 58% dichiarava di aver adottato, nell'ultimo anno, comportamenti di medicina difensiva, consistenti: nel prescrivere esami di laboratorio non necessari (il 33% degli intervistati), nel richiedere esami strumentali/test diagnostici in eccesso (il 33%), nel ricorrere a visite specialistiche non indispensabili (il 16%), nell'evitare cure potenzialmente efficaci, ma ad alto rischio di complicanze (5). Il tutto, con un'incidenza economica complessiva di circa « 9-10 miliardi di euro all'anno » (6), pari al 10,5% del totale della spesa sanitaria nazionale (con un'incidenza del 14% sulla spesa farmaceutica *pro capite* totale annua, dell'11% sulla spesa *pro capite* totale annua per visite specialistiche, del 23% della spesa *pro capite* totale annua per esami di laboratorio, del 25% della spesa *pro capite* totale annua per attività diagnostiche/strumentali) (7); senza tener conto dei costi indiretti, derivanti dal rischio che i pazienti, che si sottopongono ad esami strumentali

Cfr. anche la relazione del Primo Presidente della Suprema Corte di cassazione all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018: MAMMONE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2017*, Roma, 26 gennaio 2018, 16 s.

(3) Cfr. Commissione parlamentare di inchiesta sugli errori in campo sanitario e sulle cause dei disavanzi sanitari regionali, *Relazione conclusiva*, 175 ss., in http://leg16.camera.it/_dati/leg16/lavori/documentiparlamentari/indiceetesti/022bis/010.pdf.

(4) AGENAS, *Medicina difensiva. Diffusione e impatto economico. Un modello di valutazione*, in *Quaderno della Rivista Monitor*, 2015.

(5) Cfr. AGENAS, *Medicina difensiva*, cit., 48.

(6) Cfr. AGENAS, *Medicina difensiva*, cit., 18.

(7) Cfr. AGENAS, *Medicina difensiva*, cit., 47 s.

e diagnostici non necessari, vadano incontro ad effetti indesiderati/collaterali, che a loro volta incrementano i costi della spesa sanitaria totale annua (8).

Di qui, l'ormai diffusa convinzione (9) della necessità di contrastare la prassi della medicina difensiva, cercando di ricreare fra medico e paziente quel clima di serenità che è indispensabile in un rapporto che — significativamente — si suole appellare come « alleanza terapeutica » (10).

Proprio in questa direzione, il legislatore era già intervenuto con d.lgs. 13 settembre 2012, n. 158 (c.d. « decreto Balduzzi »), dichiaratamente « inteso a contenere la spesa pubblica e arginare la “medicina difensiva”, sia attraverso una restrizione delle ipotesi di responsabilità medica (spesso alla base delle scelte diagnostiche e terapeutiche, “difensive”, che hanno un'evidente ricaduta negativa sulle finanze pubbliche), sia attraverso una limitazione del danno biologico risarcibile al danneggiato in caso di responsabilità dell'esercente una professione sanitaria » (11).

Il tentativo — è noto — non ha però avuto successo, da un lato, a causa di una tecnica normativa a tal punto approssimativa da non riuscire ad incidere sulle regole operative consolidate nel diritto pretorio e, da altro lato, a causa della mancata predisposizione della tabella unica nazionale per la liquidazione del danno non patrimoniale per lesioni di non lieve entità, pur prevista — sin dal 2005 — dall'art. 138 cod. ass. (12).

Tant'è che, rispondendo ad un'interrogazione parlamentare, il 9 settembre 2015 l'allora Ministro della Salute, On.le Beatrice Lorenzin, aveva a dichiarare che l'impatto economico negativo della medicina difensiva sulla spesa sanitaria nazionale poteva, al momento, essere « stimato (...) in ben 13 miliardi di euro annui »: « quindi — concludeva sconsolatamente il Ministro — abbiamo superato i 10 miliardi di euro ». Con ciò venendo sostanzialmente a confermare l'impressione — diffusa tra gli operatori sanitari (il 93% degli intervistati nell'ambito dell'indagine condotta dall'AGENAS) (13) — che la prassi della medicina difensiva fosse in costante, progressiva crescita.

(8) Cfr. AGENAS, *Medicina difensiva*, cit., 49.

(9) Cfr. per tutti, da ultimo, PARDOLESI-SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)*, in *Foro it.*, 2017, 161; e E. QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 36.

(10) E che la l. 22 dicembre 2017, n. 219 (« *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento* ») — all'art. 1, comma 2 — appella come « *relazione di cura e di fiducia* » (corsivo aggiunto).

(11) La *ratio* sottesa al decreto Balduzzi è così sintetizzata da Trib. Milano, 17 luglio 2014, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 172 ss.

(12) Sull'impatto concretamente esercitato dalla disciplina dettata dal decreto Balduzzi cfr., per tutti, SALESIA, *Dalla legge Balduzzi alla riforma Gelli*, in GELLI-HAZAN-ZORZIT (a cura di) *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla Legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, Milano, 2017, 21 ss.

(13) Cfr. AGENAS, *Medicina difensiva*, cit., 18 e 45.

Né su tale prassi sembra aver apprezzabilmente inciso l'approvazione della l. 6 agosto 2015, n. 125 (di conversione del d.l. 19 giugno 2015, n. 78), che — al fine dichiarato di contrastare il fenomeno della medicina difensiva « positiva » ed il relativo spreco di risorse pubbliche — prevede sanzioni economiche a carico del medico che, senza sufficiente motivazione, abbia a tenere « un comportamento prescrittivo non conforme » alle « condizioni di erogabilità » ed alle « condizioni di appropriatezza prescrittiva delle prestazioni di assistenza specialistica ambulatoriale », successivamente specificate con d.m. 9 dicembre 2015.

L'interrogativo, a questo punto, è se un più significativo impatto, nella direzione di un contenimento del fenomeno della medicina difensiva, possa avere la recente legge di riforma della « responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie », di cui alla l. 8 marzo 2017, n. 24.

2. La medicina difensiva e l'esercente la professione sanitaria che all'assistito sia legato da un contratto di prestazione d'opera intellettuale

Per quel che riguarda l'esercente la professione sanitaria (14) che all'assistito sia legato da un contratto di prestazione d'opera intellettuale, nulla parrebbe destinato a mutare rispetto al passato (15): il primo continua infatti — oggi come ieri — a rispondere nei confronti del secondo *ex art. 1218 c.c.* (art. 7, comma 3, l. n. 24/2017).

Prima però di giungere ad una siffatta conclusione anche sul piano delle cause generatrici delle prassi di medicina difensiva, appare necessario verificare se, per avventura, la riforma abbia introdotto elementi atti ad incidere sulla responsabilità *contrattuale* del professionista sanitario.

Così, ad es., non si può dimenticare che la legge di riforma della responsabilità sanitaria statuisce oggi che « gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, *si attengono,*

(14) La legge di riforma fa — testualmente — generico riferimento agli « esercenti le professioni sanitarie »: trova quindi applicazione non solo ai medici chirurghi, ma anche agli odontoiatri, al personale infermieristico, alle ostetriche, ai tecnici di laboratorio, ai tecnici di radiologia, ai fisioterapisti, ecc. (sul punto cfr., per tutti, TONON, *Responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria*, in GELLI-HAZAN-ZORZIT (a cura di) *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit., 183 ss.).

(15) Il punto è sovente rimarcato dalla dottrina: cfr., per tutti, COMANDÈ-NOCCO, *La responsabilità dell'esercente la professione sanitaria tra artt. 1218 c.c. e 2043 c.c.*, in GELLI-HAZAN-ZORZIT (a cura di) *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit., 262; ASTONE, *Profili civili* **Termine estratto capitolo** *sioni a margine della l. 8 marzo*

CAPITOLO VI

LA COLPA PROFESSIONALE MEDICA

di MASSIMO FRANZONI

Sommario: **1.** Le origini della colpa professionale. — **2.** La colpa professionale nella l. 8 marzo 2017, n. 24 e la *soft law*: un cenno alle linee guida. — **3.** Dalla responsabilità del professionista alla responsabilità dell'organizzatore del servizio sanitario. — **4.** La *res ipsa loquitur* e la colpa professionale. — **5.** La colpa professionale, la responsabilità oggettiva e l'onere della prova — **6.** Obbligazioni di mezzi, obbligazioni di risultato e colpa professionale. — **7.** La colpa professionale dello psichiatra. — **8.** La colpa professionale dell'odontoiatra. — **9.** La colpa professionale dei componenti un'*équipe*. — **10.** La colpa professionale del primario ospedaliero.

1. Le origini della colpa professionale

Per lungo tempo l'idea di colpa professionale è stata ritagliata a misura dell'art. 1176, comma 2, c.c., collegato all'art. 2236 c.c. Sicché essa finiva per identificarsi con il tipo di responsabilità al quale era soggetto il professionista intellettuale, al di fuori dell'area non ricoperta dalla colpa grave, letta come esimente impropria dalla responsabilità (1). Questa idea si fondava sul presupposto che il canone di valutazione dell'operato dovesse essere individuato nel modello del buon padre di famiglia, utilizzabile per qualsiasi tipo di attività. Mentre la diligenza del professionista era di grado più elevato, dovendo « valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata » (art. 1176, comma 2, c.c.).

La casistica ha disatteso quest'assunto e l'individuazione di un canone di comportamento viene effettuata in modo elastico: il buon padre di famiglia non è tale per tutti i debitori, ma si modella in concreto, poiché la colpa implica la valutazione su una pluralità di fatti. A ciò si deve aggiungere che il processo di innalzamento del grado di diligenza si è accompagnato ad una valutazione più rigorosa della perizia. Del resto un professionista è tale solo se possiede certe regole dell'arte che altri non sono tenuti a conoscere. Per di

(1) Cfr. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 1998, 104 ss.

più questa tecnica argomentativa è stata estesa anche a professioni diverse da quelle liberali, sicché ad un certo punto si è continuato a ragionare nei termini di diligenza, intendendo invece la perizia (2).

Questo processo ha portato a ridurre l'area di influenza dell'art. 2236 c.c., poiché tanto maggiori sono le regole dell'arte, riconducibili alla perizia, quanto minori sono i casi in cui si è in presenza di problemi tecnici di speciale difficoltà che consentono l'esenzione da responsabilità in presenza di colpa grave. In ambito medico, talvolta è stato deciso che il problema di speciale difficoltà è limitato alle ipotesi in cui « il caso sia di particolare complessità o perché non ancora sperimentato o studiato a sufficienza, o perché non ancora dibattuto con riferimento ai metodi terapeutici da seguire » (3). Qualche altra volta, tuttavia, è stato stabilito che la speciale difficoltà non è tale « soltanto per il fatto che nel momento in cui è stato eseguito non era ancora adeguatamente studiato dalla scienza e sperimentato nella pratica » (4). In buona sostanza, l'incidenza della colpa professionale tende a spostarsi dalla diligenza alla perizia, poiché soltanto per questa si può porre una questione di speciale difficoltà (5). Il risultato ultimo è che tutte le

(2) Cfr. Cass. civ., 29 novembre 1984, n. 6257, in *Arch. civ.*, 1985, 971; e in *Giust. civ.*, 1985, I, 3150: « in ordine alla responsabilità dell'artigiano che esercita l'attività professionale di lavatura a secco resta applicabile l'art. 1176, comma 2, c.c., con la conseguenza che la diligenza nell'eseguire il lavoro a regola d'arte e secondo le tecniche proprie di quell'attività a lui richiesta non è solo quella generica del buon padre di famiglia, bensì la diligenza più intensa e concreta che incombe al lavoratore qualificato ed esperto in una certa attività professionale e con riferimento al risultato specifico che comporta l'obbligazione da lui assunta, senza che al riguardo possa trovare applicazione la disposizione esclusiva della detta responsabilità contenuta negli usi locali, trattandosi di inammissibile uso *contra legem* (nella specie: è stata colpevole la condotta dell'esercente la lavanderia per non avere saputo distinguere le fibre tessili dei vari indumenti consegnatigli per il lavaggio e avere ignorato gli eventuali effetti negativi di certi trattamenti) ».

(3) Cass. civ., 12 agosto 1995, n. 8845, in *Mass. Foro it.*, 1995; la Cass. civ., 16 febbraio 2001, n. 2335, in *Resp. civ.*, 2001, 580, con nota di GUERINONI, « *Vecchio* » e « *nuovo* » nella *responsabilità del medico: un campionario di questioni e soluzioni*, ha deciso che l'art. 2236 c.c. riguarda soltanto la perizia e non invece la diligenza o la prudenza richiesta al medico; e la Cass. civ., 2 agosto 2001, n. 10610, in *Mass. Foro it.*, 2001, ha deciso che l'apprezzamento della speciale difficoltà involge un'indagine rimessa al giudice del merito: nel caso di specie era stato valutato di speciale difficoltà un intervento chirurgico praticato per via endoscopica.

(4) Cass. civ., 14 giugno 2005, n. 12747, in *Ragiusan*, 2006, f. 265, 305.

(5) La tesi è pacifica ed ha un autorevole precedente nella pronuncia della Corte cost., 22 novembre 1973, n. 166, in <http://www.giurcost.org/decisioni/1973/0166s-73.html>, che in un passaggio della motivazione di rigetto della questione di costituzionalità degli artt. 589 e 42 c.p. ha ritenuto: « ne consegue che solo la colpa grave e cioè quella derivante da errore inescusabile, dalla ignoranza dei principi elementari attinenti all'esercizio di una determinata attività professionale o propri di una data specializzazione, possa nella indicata ipotesi rilevare ai fini della responsabilità penale ». Riassume i termini della questione

sentenze che si occupano di responsabilità professionale menzionano l'art. 2236 c.c., ma non mi risultano precedenti che abbiano esonerato da responsabilità il professionista in applicazione di quella norma, sulla base dei seguenti elementi: (a) esiste un problema tecnico di speciale difficoltà; (b) il comportamento del professionista è stato semplicemente colposo, non doloso o gravemente colposo; (c) quindi va esonerato da responsabilità.

Nella perizia si può riassumere il concetto più moderno di colpa professionale che, in termini negativi, identifica il contenuto dell'obbligazione di un professionista. Proprio per questo, lo statuto della colpa professionale tende ad estendersi verso settori che in precedenza creavano aree di irresponsabilità, poiché le condotte degli autori erano misurate dal consueto criterio della diligenza del buon padre di famiglia, quale canone uniforme di valutazione di ogni condotta. La colpa professionale, dunque, costituisce un parametro per valutare anche l'esattezza dell'adempimento di quei professionisti per i quali non è richiesta l'iscrizione ad alcun albo professionale.

Quest'ultimo è un nuovo profilo sul quale riflettere brevemente. La colpa professionale ha finito per identificare una serie di regole di riferimento la cui applicazione prescinde dal titolo in base al quale la responsabilità del professionista è invocata (6). Il ragionamento incominciato nel 1973 si riassume in questo passaggio della motivazione di rigetto della questione di costituzionalità degli artt. 589 e 42 c.p.: « ne consegue che solo la colpa grave e cioè quella derivante da errore inescusabile, dalla ignoranza dei principi elementari attinenti all'esercizio di una determinata attività professionale o propri di una data specializzazione, possa nella indicata ipotesi rilevare ai fini della responsabilità penale » (7). Ne è testimonianza l'art. 590-sexies c.c. rubricato *Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*, che menziona espressamente la perizia in rapporto alle « raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sem-

CIATTI, *Responsabilità medica e decisione sul fatto incerto*, Padova, 2002, 57, spec. nt. 145, per ulteriori indicazioni.

(6) Dello stesso avviso: MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, cit., 745 ss.; DE MATTEIS, *La responsabilità medica - Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, 20 ss.; ALPA, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, IV, Milano, 1999, 715, il quale rileva la presenza di un « regime speciale » a proposito della colpa medica; indirettamente anche GAMBINI, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, Napoli, 2006, 382 ss.

Secondo THIENE, *Nuovi percorsi della responsabilità civile*, Padova, 2006, 168, i professionisti rispondono in base all'affidamento creato dal loro *status*. Sebbene l'apparente distanza concettuale di questa posizione, in concreto essa è una logica evoluzione di quella appena riportata nel testo che muove dal concetto di colpa professionale e procede verso una più puntuale protezione della posizione della vittima.

(7) Corte cost., 22 novembre 1973, n. 166, in *Foro it.*, 1974, I, 19; e in *Resp. civ.*, 1973, 242.

pre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto ».

Inoltre, ormai da qualche decennio, si ammette che l'art. 2236 c.c. possa essere analogicamente applicato anche se l'obbligazione del professionista nasce da un fatto illecito (8). È questa la ragione per la quale si afferma che « la responsabilità del medico dipendente ospedaliero deve qualificarsi contrattuale, al pari di quella dell'ente gestore del servizio sanitario, non già per l'esistenza di un pregresso rapporto obbligatorio insorto tra le parti, bensì in virtù di un rapporto contrattuale di fatto originato dal "contatto" sociale » (9). Con la conseguenza che il termine di prescrizione applicabile all'azione promossa dal paziente verso il medico dipendente di un ente pubblico è quella ordinaria decennale e non quella dell'art. 2947 c.c. (10).

Quando nell'intervento eseguito o nella terapia successivamente prescritta, sia in questione l'errore nella diagnosi, le regole operazionali nelle diverse responsabilità, contrattuale o extracontrattuale, si riducono una volta che la prova della diligenza sia addossata al professionista (*infra*, § s.) per mezzo di una presunzione oppure quando, per effetto di uno *standard* più elevato di condotta richiesta, quel peggioramento avrebbe dovuto essere evitato (11).

Con qualche cautela si può affermare che tale evoluzione sia stata seguita

(8) Cfr. Sez. Un. civ., 6 maggio 1971, n. 1282, in *Mass. Foro it.*, 1971; Cass. civ., 18 novembre 1997, n. 11440, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1998, 67, si trattava di un *obiter dictum*, poiché nel caso in decisione la speciale limitazione non era invocabile.

(9) Così Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3332; in *Danno resp.*, 1999, 294, con nota di CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in *Corr. giur.*, 1999, 441, annotata da DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in cassazione*; in *Giust. civ.*, 1999, I, 999; in *Arch. civ.*, 1999, 713; in *Resp. civ.*, 1999, 652, con nota di FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il « contatto sociale » conquista la cassazione*; e in *Contratti*, 1999, 999, con nota di GUERINONI, *Obbligazione da « contratto sociale » e responsabilità contrattuale nei confronti dei terzi*, in motivazione: « il paziente non potrà pretendere la prestazione sanitaria dal medico, ma se il medico in ogni caso interviene (ad esempio perché a tanto tenuto nei confronti dell'ente ospedaliero, come nella fattispecie) l'esercizio della sua attività sanitaria (e quindi il rapporto paziente-medico) non potrà essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico ».

(10) Ancora Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, *cit.* nota prec; Trib. Roma, 16 gennaio 2004, *Panico c. Ospedale Bambino Gesù*, Rel. Rossetti.

(11) A proposito dello *standard* di riferimento, l'App. Cagliari, 10 aprile 1989, in *Riv. Giur. sarda*, 1991, 644, con nota di MURINO, *Prestazione professionale difettosa, responsabilità del medico e riduzione del compenso a lui spettante*, ha deciso che « ai fini della valutazione della colpa professionale nel caso di prestazioni mediche di natura specialistica effettuate da chi sia in possesso del diploma di specializzazione, non può prescindersi dal considerare le cognizioni generali e fondamentali che si richiedono al medico specialista, non e

CAPITOLO VII
LA QUESTIONE DEI NESSI DI CAUSA

di GIACOMO TRAVAGLINO

Sommario: 1. Alla ricerca della causalità perduta. — 2. Le cosiddette « regole » causali. — 2.1. L'art. 40 c.p. — 2.2. L'art. 41 c.p. — 3. La causalità « incerta ». — 4. La causalità ritrovata.

1. Alla ricerca della causalità perduta

« *Le cause di ogni avvenimento assomigliano alle dune del mare: una è preposta sempre all'altra, e l'ultimo 'perché', presso il quale si potrebbe riposare, sta nell'infinito* » (1).

Quale sarà la risposta all'ultimo « perché », presso il quale « si potrebbe finalmente riposare »?

« *Felix qui potuit rerum cognoscere causas* » (2).

Questo scritto potrebbe cominciare e finire qui.

Perché l'indagine sul nesso di causalità è la sfida di Perseo, per lo sfortunato studioso del diritto.

Una sfida senza scudi.

Perché la causalità non è un *fatto* né una *categoria*, ma l'intreccio di una *relazione ideale tra fatti*.

Coglierne l'essenza è sicuramente il cimento più arduo dello studioso del diritto penale, obbligato ad interrogarsi sulla più delicata delle questioni che la realtà pone al giudice: decidere della responsabilità di un altro uomo e della sua libertà.

Di qui il rigore che accompagna la riflessione della dottrina e della giurisprudenza di quel ramo del diritto, di cui è ormai non più recente espressione (un po' dottrina, un po' giurisprudenza) la sentenza Franzese (3), l'ultimo vero *grand Arrêt* della Cassazione penale italiana sul tema della causalità (4).

(1) THOMAS MANN, *Lubecca come condizione dello spirito (Nobiltà dello spirito ed altri saggi)*, ed. it. a cura di A. Landolfo, Milano, 1997).

(2) VIRGILIO, *Georgiche*, II, vs. 409.

(3) Sez. Un. pen., 11 settembre 2002, n. 30328, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 94; in *Riv. pen.*, 2002, 885; in *Corr. giur.*, 2003, 348, con nota di DI VITO; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 246

La lettura di quella straordinaria sentenza induce inevitabilmente a riflettere su di un tema, quello della causalità, il cui studio non può prescindere, oggi più di ieri, dalla riflessione secondo cui essa appartiene alla scien-

con nota di CAPECCHI; in *Dir. form.*, 2003, 537, con nota di GREMIGNI-FRANCINI; in *Studium Juris*, 2003, 252; in *Cass. pen.*, 2003, 1175, con nota di BLAIOTTA-DI SALVO-MASSA; in *Dir. giust.*, 2002, f. 35, 21, con nota di PEZZELLA; in *Foro it.*, 2002, II, 601, con nota DI GIOVINE; in *Riv. pen.*, 2003, 247, con nota di IADECOLA; in *Dir. pen. proc.*, 2003, 50, con nota di DI MARTINO; in *Danno resp.*, 2003, 195, con nota di CACACE. La sentenza risulta così massimata: « *nel reato colposo omissivo improprio il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva. (Fattispecie nella quale è stata ritenuta legittimamente affermata la responsabilità di un sanitario per omicidio colposo dipendente dall'omissione di una corretta diagnosi, dovuta a negligenza e imperizia, e del conseguente intervento che, se effettuato tempestivamente, avrebbe potuto salvare la vita del paziente)* ».

(4) Non è certo questa la sede per rammentare, pur senza pretese di completezza, come il confronto con il tema della causalità sia stato uno dei più costanti « in sé » dell'indagine filosofica e scientifica. La Fisica aristotelica, che predicava l'esistenza di 4 tipi di cause (materiale, formale, efficiente e finale, attribuendo importanza decisiva alla seconda, perché « la causa formale di qualcosa consiste nell'essenza di un certo oggetto, essendo ciò per cui qualcosa è quello che è), subirà molti secoli più tardi la radicale contestazione di David Hume, che nega il carattere necessario della relazione causa-effetto, riconducendo il principio classico di causalità ad una costruzione ipotetica della mente, generata dall'abitudine e correlata alla teoria dell'associazione tra idee. Le stesse, granitiche certezze della visione kantiana in termini di universalità necessaria (la causa è categoria dell'intelletto che « pensa » i fenomeni sensibili secondo il principio per cui ogni cambiamento in natura dipende da una causa), saranno a loro volta divelte dal pensiero contemporaneo, che — messo in crisi il modello meccanicistico in seno alle stesse scienze c.d. esatte — approda, soprattutto nella fisica e nella meccanica quantistica (HEISENBERG, *Fisica e oltre - il principio di indeterminazione*, 1927, Torino, rist. 1999, secondo il quale « è impossibile misurare con precisione e contemporaneamente due coppie di grandezze. La precisione di misura di una grandezza è inversamente proporzionale alla precisione di misura dell'altra »), ad una concezione causale di tipo indeterministico/probabilistico: le leggi scientifiche non stabiliscono più relazioni causali oggettive tra fenomeni, ma descrivono soltanto sequenze uniformi di eventi da sottoporre a costante verifica da parte dell'osservatore. È così che KNEALE (*Probability and induction*, Clarendon Press, Oxford, 1952, 1 ss.), giungerà a definire icasticamente la probabilità causale come « il sostituto con cui cerchiamo di compensare le carenze delle nostre conoscenze, la cui estensione è minore di quanto vorremmo », inducendo negli anni a venire il giurista (e non solo) a riflettere sulla ingenua dimensione adolescenziale della *certezza causale*, « intrisa di un'inappagante funzione consolatoria », per approdare, finalmente (alla dimensione adulta e), alla nozione di probabilità relativa dell'esistenza, che costringe ad una *scelta* lo stesso ragionamento giuridico. Tutto questo perché « ci sono due tipi di verità », insegna il più brillante allievo di Heisenberg, Niels Bohr, « quelle *semplici*, dove gli opposti sono chiaramente assurdi, e le verità *profonde*, riconoscibili dal fatto che l'opposto è a sua volta

za dell'uomo molto più che a quella del diritto, mentre le discipline naturali, le loro leggi, il loro progresso, le nuove e folgoranti tecnologie rendono sempre più ardua la percezione dei nessi tra condotte ed eventi, tra fatti e conseguenze, tra vicende « prime » e vicende successive (così da rendere sempre più perplessa la percezione etica della conseguente responsabilità), talvolta nascondendo *le conseguenze*, talvolta facendole apparire più evanescenti (traffiggere il nemico con una spada è, sul piano causale, certamente più *identificabile* in termini di conseguenze rispetto alla leggera pressione esercitata su di un pulsante sito a migliaia di chilometri di distanza per far partire un missile da parte di qualche pre-adolescente irresponsabile travestito da uomo di Stato).

La questione della causalità che la scienza del Diritto pone all'interprete non è, in apparenza, dissimile dal problema che l'interpretazione pone al cospetto del reale (5).

Una questione che costituisce il nucleo centrale del più complesso problema dell'accertamento della « verità » dei fatti nel processo, un problema che, pur adottando « un sereno atteggiamento di ottimismo razionalistico sul piano metodologico » (6) (per poi identificare nell'accertamento *veritiero* dei fatti *l'in sé* del processo stesso, perché diversamente risulterebbe impossi-

una profonda verità: così, la meccanica quantistica e la teoria della relatività, pur non essendo conciliabili fra loro, sono entrambe vere, nel senso che entrambe descrivono adeguatamente *una realtà* ».

(5) Nuovamente, non è certo questa la sede per ripercorrere, sia pur brevemente, le tappe del pensiero filosofico e scientifico che ha affrontato da sempre la questione del reale, della « cosa in sé » e dell'interpretazione intesa come forma di epistemologia. Se per Kant il *Noumeno*, la cosa in sé, era qualcosa di puramente intellettuale, un oggetto di pensiero, Hegel la trasforma in un oggetto effettivo — di cui abbiamo esperienza — il negativo, la « cosa in sé », un reale che incepperebbe la macchina ben oliata del sistema di pensiero dell'uomo, un reale che, ponendosi in guisa di roccia solida e inemendabile, resiste all'interpretazione e insieme la rende « vera » o « verosimile », distinguendola dalla semplice immaginazione, e resiste a chi, come Nietzsche, pretende che non ci siano più fatti, ma solo interpretazioni. L'interpretazione è epistemologia del comprendere, trasformare, correggere, è « leggere » nel più corretto dei modi, consci che il « reale » è tutt'altro, è il mondo dell'essere che non si riduce né si risolve nel sapere e nel conoscere, restandone strutturalmente « al di fuori ». E se la scienza dispone della sperimentazione sensibile (per quanto si voglia interpretare la terra come piatta, arriverà pur sempre il giorno in cui fare i conti con la nave di Magellano partita verso occidente e tornata da Oriente, imparando così qualcosa dal reale), il diritto è un sovra-sistema di finzioni in cui la realtà, sostanziale e processuale, diviene procedimento puramente intellettuale-interpretativo, ove la verità processuale è *realtà orientata* e dotata, sì, di un senso, ma di uno dei tanti, possibili sensi del reale.

(6) È l'espressione adottata da TARUFFO nel suo fondamentale e illuminante lavoro su *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, cap. III, 143 ss.

bile spiegare razionalmente in cosa consista l'*in sé* di una decisione *giusta* (7), ritorna con moto circolare alla problematica definizione di verità (8).

Un accertamento *veritiero* dei fatti come scopo del processo è, difatti, concetto, finalità, risultato che non può prescindere dalla questione centrale della *realtà* (9) e dei suoi rapporti *con* il processo e *nel* processo (10).

Nel vasto orizzonte delle tante soluzioni proposte nel tempo, la più convincente appare a tutt'oggi quella che identifica la verità processuale come *corrispondenza tendenziale delle asserzioni che animano il processo ai fatti del mondo empirico* (11), mentre la sua pur ipotizzata corrispondenza alla sola *coerenza narrativa* (12) appare ad alcuni « ampiamente insufficiente a pre-

(7) TARUFFO, *op. loc. cit.*

(8) « Il nucleo centrale del problema non è, dunque, chiedersi se il processo debba o possa essere diretto all'accertamento della verità dei fatti, ma piuttosto stabilire cosa possa intendersi per verità dei fatti nell'ambito del processo » (TARUFFO, *op. cit.*, 145).

(9) Alla questione della verità nel processo fa da contraltro quella, altrettanto delicata, della verità normativa. Osserva ARNIO (*La teoria dell'argomentazione e oltre*, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, 211 ss.), dopo aver premesso che le norme in sé non sono né vere né false, che uno dei problemi più scottanti della moderna filosofia del diritto è consistito proprio nel domandarsi *se un asserto normativo possieda o no un valore di verità*.

(10) Questione tanto centrale quanto impossibile da approfondire, sia pur solo a livello bibliografico. Limitando le (largamente incomplete) citazioni ad epoche recenti, cfr. GOLDMAN, *Epistemology and cognition*, Cambridge (Mass.)-London, 1986, 17 ss.; DAVIDSON, *True of facts*, Oxford, 1984, 37; PRICE, *Facts and the function of Truth*, Oxford, 1988, 19 ss., 130 ss., 202 ss.; DEVITT, *Realism and truth*, Oxford, 1984; NIINILUOTO, *Truthlikeness*, Boston, 1987, 134 ss.; PECZENICK, *On law and reason*, Boston, 1989, 181 ss.; SCHMIDT, *Noch einmal: Wahrheitbegriff und Rechtswissenschaft*, in *Jur. Schul.*, 1973, 204 ss.; QUINE, *The pursuit of truth*, Cambridge (Mass.)-London, 1990, 77; PUTNAM, *Verità ed etica*, Milano, 1982, 41 ss.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1990, 18 ss. Tra le opere più recenti, va segnalato l'affascinante lavoro POSNER, *How Judges think*, Cambridge (Mass.)-London, 2008, il quale osserva, non senza inquietudine, come « *when conventional legal materials enable judges to ascertain the true facts of a case... judges are on their own, navigating uncharted seas with equipment consisting of experience, emotions, and often unconscious beliefs ... in doing so taking on a legislative role* ».

Per ulteriori e più ampie citazioni bibliografiche, TARUFFO, *op. cit.*, 145, nt. 5 s.

(11) La definizione si deve, come è noto, a TARSKI, *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica*, trad. it. in LINSKY (a cura di), *Semantica e filosofia del linguaggio*, Milano, 1969, 25 ss. Aggiunge FERRAJOLI, *op. loc. cit.*, che il concetto di verità come corrispondenza è intrinsecamente connesso alla concezione garantistica del processo (concezione che, pur trovando legittima e necessaria cittadinanza in seno al processo penale, non è di certo estranea a quello civile). Un approfondimento di tale, complessa tematica non può prescindere dalla lettura di *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, Bologna, 1972, vol. I, 383, e di *Conoscenza oggettiva. Un punto di vista evoluzionistico*, Roma, 1975, 412 ss., entrambi lavori di K. POPPER (cui *adde*, per una serrata critica alla concezione della verità di Traski, PUTNAM, *Verità e etica*, Milano, 1982, 41 ss.).

(12) Mc CORMICK, *Termini giuridici*, in COMANDEUCCI-GUASTINI