

Dipartimento di Giurisprudenza di Cagliari

Departamento de Derecho civil - Universidad de Sevilla

Camera di Commercio Industria, Artigianato
e Agricoltura di Cagliari



Camera di Commercio
Cagliari

N. 8 *Quaderni di conciliazione*

a cura di
CARLO PILIA

N. 8



Cagliari - 2019

€ 22,00

ISBN 978-88-8374-139-5

N. 8
*Quaderni di
conciliazione*

N. 8
*Quaderni di
conciliazione*

a cura di
CARLO PILIA



Cagliari - 2019

Nessuna parte di questo volume può essere riprodotta in qualsiasi forma a stampa, fotocopia, microfilm o altri sistemi senza il permesso dell'Editore



© Cagliari - 2019

Volume pubblicato con i contributi:

M.I.U.R (P.R.I.N. 2009) - Legge Regionale 7 agosto 2007, n. 7



Fondazione Banco di Sardegna

Associazione Mediatori Mediterranei



Dipartimento di Giurisprudenza Università di Cagliari



Camera di Commercio
Cagliari

Camera di Commercio Industria, Artigianato
e Agricoltura di Cagliari



Departamento de Derecho Civil y Derecho
Internacional Privado dell'Università di Siviglia



Progetto grafico
EDIZIONI AV di ANTONINO VALVERI

Via Pasubio, 22/A - 09122 Cagliari
Tel. (segr. e fax) 070 27 26 22
web: www.edizioniav.it
e-mail: edizioniav@edizioniav.it

ISBN 978-88-8374-139-5

Grafica, composizione e copertina: Antonino Valveri

Stampa e allestimento:
I.G.E.S. - 09045 Quartu S. Elena (Ca)

COMITATO SCIENTIFICO PER LA VALUTAZIONE

Carlo Pilia (Università di Cagliari); Fabio Addis (Università di Brescia); José Luis Arjona Gajardo-Fajardo (Università di Siviglia I); Giuseppina Capaldo (Università La Sapienza - Roma); Valeria Carreda (Università di Cagliari); Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (Università di Siviglia); Luis-Humberto Clavería Gosálvez (Università di Siviglia); Ernesto D'Aloja (Università di Cagliari); Giancarlo Filanti (Università di Cagliari); Leonardo Filippi (Università di Cagliari); Francisco Infante Ruiz (Università di Pablo de Olavide); María Inés Laverde (Universidad Católica de Colombia); Manuel Espejo Lerdo de Tejada (Università di Siviglia); Piera Loi (Università di Cagliari); Helena López Barba (Università di Huelva); Enrico Mastinu (Università di Cagliari); Franco Picciaredda (Università di Cagliari); Anna Moreno Sánchez Moraleda (Università di Pablo de Olavide); Francesco Sitzia (Università di Cagliari); Pasquale Stanzione (Università di Salerno); Bruno Troisi (Università di Cagliari); Giuseppe Vettori (Università di Firenze)

INDICE

CARLO PILIA, <i>Cagliari, Capitale mediterranea della mediazione</i>	Pag. 9
ROMILDA TAFURI, <i>Convegno internazionale sulla qualità ed effettività nelle tutele extragiudiziali dei diritti</i>	» 13
MARIA MARGHERITA CHIARINI, <i>Le tutele giudiziali e le ADR in materia di acque pubbliche</i>	» 17
YANN FAVIER, <i>La médiation notariale: médiation particulière?</i>	» 29
CARMINE VOLPE, <i>Mediazione e giudizio amministrativo</i>	» 35
LUIGI FOLLIERI, <i>Gli accordi di mediazione che accertano l'usucapione</i>	» 49
GIOVANNI TRUGLIO, <i>La proiezione internazionale dell'arma dei carabinieri per il rafforzamento delle capacità delle polizie africane</i>	» 61
MASSIMO IDEO, <i>Storia e funzionamento degli schemi di risoluzione alternativa delle controversie nel Regno Unito</i>	» 67
ANDREA NERVI, <i>La trascrivibilità dell'accordo conciliativo sull'usucapione</i>	» 77
GUIDO PALA, <i>La mediazione minorile</i>	» 83
MARTA GONZALO QUIROGA, <i>Mediación, democratización y descongestión de la justicia en el marco de la OEA. ADR/MASC en la República de Panamá</i>	» 89
SVETLANA ZAGAYNOVA, EKATERINA IVANOVA, GALINA SHEREMETOVA, <i>Russian Experience in Implementation Mediation in the Regions</i>	» 109
CLAUDIA TROISI, <i>Le consumer ADR</i>	» 121

Indice

ASUNCIÓN MARÍN VELARDE, <i>La mediación civil en España: ámbito amplio para la resolución de conflictos</i>	Pag. 139
MIRIAM ZULLI, <i>La presenza della parte e il ruolo dell'avvocato nella mediazione obbligatoria</i>	» 155
MARÍA CRISTINA DI PIETRO, PAULA GUILLAMONDEGUI TRIBAUDINO, <i>La Mediación en Argentina. Calidad y eficacia en la protección extrajudicial de los derechos: ¿Qué opciones compartidas para mejorar la justicia?</i>	» 159
GIORGIO LATTI, <i>La proposta conciliativa: un nuovo modello di processo civile?</i>	» 173
ERIC BATTISTONI, <i>Réflexions pour améliorer la justice en médiation: quelle garantie de justice pour les modes extrajudiciaires de règlements des conflits?</i>	» 181
OMAR FEKIH-ROMDHANE, <i>La mediazione penale in Tunisia</i>	» 201
HELA CHERIF, <i>Un cammino verso la mediazione civile e commerciale in Tunisia</i>	» 205
MARIE LINE KARAM, <i>Alternative Dispute Resolution: A necessity to reach a peaceful world</i>	» 211
ANNA MARIA SINISCALCHI, <i>La responsabilità medica e la tutela del paziente</i>	» 217
LAURA LÓPEZ DE LA CRUZ, <i>El procedimiento de mediación en la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en Andalucía: aspectos jurídicos y metodológicos</i>	» 231
SILVIA LILLIU, <i>La médiation civile et commerciale en France</i>	» 261

ANNA MARIA SINISCALCHI

LA RESPONSABILITÀ MEDICA E LA TUTELA DEL PAZIENTE*

SOMMARIO: 1. - Il nuovo assetto della responsabilità civile del medico. - 2. Gli orientamenti della giurisprudenza. - 3. La decontrattualizzazione della responsabilità del medico e la tutela del paziente.

1. *Il nuovo assetto della responsabilità civile del medico.* – Nella relazione che mi accingo a svolgere affronterò il tema della responsabilità medica e della tutela del paziente alla luce della recente riforma sanitaria Gelli-Bianco e ripercorrerò le linee evolutive che hanno portato all'attuale scelta normativa di dar vita ad un c.d. "doppio binario", riconducendo, in forza della previsione contenuta nell'art. 7, la responsabilità della struttura e del medico libero professionista nell'ambito della responsabilità contrattuale e attraendo, al contrario, la responsabilità del medico di cui la struttura si avvale in quella extracontrattuale. Svolgerò il discorso con riferimento al medico nella consapevolezza, tuttavia, della portata più estesa della norma, la quale ha riguardo agli esercenti la professione sanitaria in generale.

Dichiaro subito in apertura del discorso che, non potendo affrontare tutti i problemi interpretativi posti dall'art. 7 della legge, proverò solo a fornire una risposta ad una domanda tanto semplice quanto fondamentale in un'analisi che intende incentrare l'attenzione sul rapporto tra responsabilità medica e tutela del paziente. E cioè se l'art. 7 abbia inciso sul livello di tutela accordata al paziente prima della sua introduzione.

Domanda inevitabile se si considera che ormai da tempo un'idea ampiamente consolidata aveva condotto al superamento dell'impostazione tradizionale che distingueva la responsabi-

* Relazione tenuta al Convegno internazionale *Qualità ed effettività nelle tutele extragiudiziali dei diritti: quali scelte condivise per migliorare la giustizia?*, Cagliari, 27-29 settembre 2019.

lità del medico libero professionista da quella del medico dipendente, contrattuale la prima, extracontrattuale la seconda¹, e aveva equiparato le due fattispecie applicando ad entrambe la disciplina della responsabilità contrattuale². Con la legge Gelli-Bianco si ripropone, dunque, la differenza disciplinare iniziale, circostanza che ha indotto più di un autore a parlare di “ritorno al passato”³.

Se poi davvero di ritorno al passato si tratti è tutto da verificare in quanto sarebbe un’operazione poco convincente dare per scontato che la differenziazione del regime di responsabilità prevista dalla nuova legge debba essere intesa come una mera riproposizione di vecchie e ormai obsolete ricostruzioni senza

¹ Cfr. A. DI MAJO, *La salute responsabile*, Torino, 2018, pp. 2 s., il quale evidenzia come la posizione tradizionale distingueva la responsabilità della Casa di cura, con cui intercorreva il rapporto contrattuale, da quella del medico “responsabile nella veste di un *quisque de populo*, in base alla *regula aurea* del fatto illecito extracontrattuale”.

Sul punto v. anche G. COMANDÈ, L. NOCCO, *La responsabilità dell’esercente la professione sanitaria tra artt. 1218 c.c. e 2043 c.c.*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, a cura di F. Gelli, M. Hazan e D. Zorzit, Milano, 2017, pp. 264 s., i quali ripercorrono l’evoluzione intervenuta con riferimento alla responsabilità del medico e degli esercenti l’attività sanitaria che operano nella struttura.

² Si tratta, come è noto, di una tesi che si è consolidata dopo Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in applicazione della teoria del contatto sociale qualificato. Sul punto v. *infra*, § 2 e nota 8. In dottrina cfr. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 554, il quale fa notare come il medico, pur non obbligato alla prestazione nei confronti del paziente, ingenera in esso quell’«affidamento in misura rilevante» che il nuovo § 311 III BGB pone a fondamento autonomo di una responsabilità da violazione di un rapporto obbligatorio costituito di soli obblighi di protezione.

³ C. GUERRIERO, *Il disegno di legge Gelli cambia i connotati della responsabilità medica*, in www.iurisprudenzia.it, p. 7, la quale sottolinea come la previsione di un doppio binario sia stata oggetto di critiche da parte della dottrina sia sotto il profilo della legittimità costituzionale che sotto quello della tutela del paziente. Valuta positivamente la scelta operata dalla legge in quanto il ritorno all’antico non sarebbe altro che “una piana riconduzione al regime di responsabilità per come scritto nei codici, al riparo da certi abusi indotti dalle eccentriche teorie del contratto sociale”. M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 82.

considerare le ragioni su cui si fonda e dunque senza valutare se tali ragioni possano ritenersi in qualche modo coincidenti con quelle che avevano caratterizzato le scelte originarie⁴.

2. *Gli orientamenti della giurisprudenza.* – Iniziamo l'analisi partendo dall'impostazione tradizionale secondo la quale si applica al medico dipendente la disciplina della responsabilità extracontrattuale e al medico libero professionista quella della responsabilità contrattuale.

Al riguardo possiamo affermare che l'impiego di regole differenziate nonché l'interpretazione assai prudente della giurisprudenza nel riconoscere fattispecie di responsabilità del medico è indice di un momento storico nel quale le esigenze di protezione del paziente, seppure avvertite, si scontrano con l'idea dominante della sussistenza tra medico e paziente di un rapporto inevitabilmente asimmetrico⁵. La posizione di supremazia del professionista emerge chiaramente nella libertà di scelta degli strumenti di cura che gli è riconosciuta e nella presenza di alcuni ambiti di vera e propria impunità. Emblematico, al riguardo, è stato il trattamento riservato al danno da violazione del consenso informato,

⁴ Ritengono che non sia corretto parlare di "ritorno al passato" B. MARUCCI, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco. Osservazioni in tema di responsabilità civile*, Napoli, 2018, pp. 118 s., la quale sottolinea come la scelta del doppio regime di responsabilità si collochi nell'ambito "di un quadro complesso e organico che caratterizza (...) il neo provvedimento"; G. ALPA, *Dal medico all'équipe, alla struttura, al sistema*, in *La responsabilità sanitaria, Commento alla l. 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di G. Alpa, Pisa, 2017, p. 228.

⁵ Se dovessimo volgere lo sguardo indietro potremmo cogliere il radicale mutamento di prospettiva rispetto alle posizioni sostenute fino agli anni '70, dalle quali emergeva chiaramente un'impostazione paternalistica del rapporto di cura. Sul tema cfr. C. PILIA, *La tutela contrattuale della personalità nel trattamento medico*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, Napoli, 2008, pp. 1445 s., il quale evidenzia come "L'autoritarismo, altrimenti detto paternalismo, del sistema si traduceva con riferimento alla posizione del medico nell'attribuzione di una forte supremazia, quasi, una vera e propria potestà curativa verso il paziente". Nella stessa prospettiva M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2016, pp. 251 s., secondo cui nel modello tradizionale il paziente risultava un soggetto piuttosto passivo che era destinatario delle scelte del sanitario anche nelle ipotesi in cui entrava in gioco un problema di qualità della sua vita.

al quale solo negli ultimi anni è stata riconosciuta quella rilevanza e autonomia che in origine gli era stata negata⁶.

⁶ Si pensi all'evoluzione intervenuta sul tema, sia in dottrina che in giurisprudenza, la quale ha profondamente modificato l'idea iniziale che poneva il diritto all'informazione in una posizione ancillare rispetto al diritto alla salute. L'analisi degli studi degli ultimi anni dimostra come si sia pienamente compiuto il processo che progressivamente ha condotto al riconoscimento di una piena autonomia del diritto all'informazione e che ha consentito di riconoscere la risarcibilità del danno da violazione del consenso informato pur in assenza di un danno alla salute. Sul punto cfr. M. PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 711, per il quale è necessario "rimarcare che l'informazione si configura come obbligo distinto e autonomo". Sul tema cfr. R. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010, pp. 32 s., il quale chiarisce come il diritto ad esprimere il consenso al trattamento sanitario tutela valori differenti "rispetto alla mera intangibilità del corpo e alla tutela della salute". Afferma che "l'autodeterminazione è un bene giuridico diverso dalla salute" T. PASQUINO, *Consenso e rifiuto nei trattamenti sanitari: profili risarcitori*, in *Resp. civ.*, 2011, p. 168, la quale sottolinea che la giurisprudenza più avveduta ha evidenziato da tempo come "sia possibile individuare due diverse e distinte posizioni di tutela del paziente: l'una rappresentata dal diritto all'autodeterminazione, l'altra, costituita dal diritto alla salute"; A.M. SINISCALCHI, *Consenso informato, mutamento dell'intervento chirurgico e suo esito positivo: vecchi problemi e nuove prospettive*, in *Liber amicorum per Bruno Troisi*, II, Napoli, 2017, pp. 1183 s.; ID., *Il consenso informato nell'attività medica*, in *Diritto privato e interessi pubblici*. Scritti in onore del prof. L.V. Moscarini, a cura di N. Corbo, M. Nuzzo e F. Ricci, I, Roma, 2016, pp. 353 s.; ID., *Chirurgia estetica e responsabilità per violazione dell'obbligo informativo*, in *GiustiziaCivile.com*, 2015, pp. 1 s.

In giurisprudenza si ricorda la fondamentale decisione della Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, p. 4952, secondo la quale "il consenso informato (...) pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto se è vero che ogni individuo ha il diritto ad essere curato, egli ha altresì il diritto di ricevere le opportune informazioni (...) che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale" e della Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, pp. 783 s., con nota di S. CACACE, *I danni da (mancato) consenso informato*; e di A. SCACCHI, *La responsabilità del medico per omessa informazione nel caso di corretta esecuzione dell'intervento non autorizzato*, che chiaramente evidenzia come "la mancanza del consenso può assumere rilievo a fini risarcitori, benché non sussista lesione alla salute (...) o se la lesione della salute non sia causalmente ricollegabile alla lesione di quel diritto, quante volte siano configurabili conseguenze pregiudizievoli (di apprezzabile gravità, se integranti un danno non patrimoniale) che siano derivate dalla violazione del

In un contesto così caratterizzato, nonostante l'esperienza dell'azione di responsabilità verso il medico c.d. "strutturato" comporti un più gravoso onere probatorio e sia soggetta ad un termine prescrizione più breve, la tutela assicurata al paziente viene ritenuta complessivamente adeguata.

Del resto, tale impostazione risulta pienamente coerente con le regole codicistiche che ravvisano una responsabilità contrattuale in presenza di una preesistente obbligazione e la escludono laddove manchi un rapporto contrattuale.

Nel tempo tuttavia si riscontra un'insoddisfazione per tale assetto ricostruttivo il quale, al di là della sua coerenza rispetto al classico riparto tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, appare sempre meno adeguato a tutelare il paziente in un contesto dove mutano i presupposti originari del rapporto di cura e si supera la visione c.d. "paternalistica" in favore di quella caratterizzata dalla c.d. "alleanza terapeutica".

Si tratta di un processo lento ma costante, il cui effetto è dato riscontrare nel mutamento di posizione della giurisprudenza.

Sono a tutti note quelle decisioni che dalla fine degli anni '80, sovvertendo la posizione precedente, ricostruiscono il rapporto tra medico dipendente e paziente come un rapporto soggetto alle regole contrattuali⁷, così come sono ben chiari gli ef-

diritto fondamentale all'autodeterminazione in se stesso considerato". Di recente affermano chiaramente l'autonomia del diritto all'autodeterminazione dal diritto alla salute Cass., 5 luglio 2017, n. 16503; Cass., 23 marzo 2018, n. 7248; entrambe in www.cassazione.net; Cass., 13 aprile 2018, n. 9179, in www.federalismi.it.

⁷ Cfr., per tutte, Cass., 1 marzo 1988, n. 2144, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2296, con nota di A PRINCIGALLI, *Medici pubblici dipendenti responsabili come liberi professionisti?*, la quale ha equiparato la natura della responsabilità dell'ente ospedaliero gestore di un servizio pubblico sanitario e del medico dipendente. Secondo la Corte per l'art. 28 Cost., "accanto alla responsabilità dell'ente esiste la responsabilità del medico dipendente. Responsabilità che hanno entrambe radice nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria da parte del medico dipendente, nell'ambito dell'organizzazione sanitaria. Pertanto, stante questa radice comune, la responsabilità del medico dipendente è, come quella dell'ente pubblico, di tipo professionale; e vanno applicate anche ad essa, analogicamente, le norme che regolano la responsabilità in tema di prestazione professionale medica in esecuzione di un contratto d'opera professionale".

fetti che la scelta operata dalla giurisprudenza con la sentenza della Cassazione n. 589/1999,⁸ avrebbe determinato sugli assetti successivi. La teoria del contatto sociale qualificato, infatti, dopo iniziali oscillazioni giurisprudenziali⁹, si sarebbe col tempo sempre più consolidata, giustificando, sulla base dell'affidamento ingenerato nel paziente che entra in rapporto con il medico c.d. "strutturato", l'applicazione delle stesse regole dettate per il medico libero professionista¹⁰.

Grazie a questa posizione giurisprudenziale le esigenze di tutela cominciano a trovare soddisfazione, tuttavia ancora incompiuta, che si realizza in modo pieno con la progressiva riduzione di rilevanza della distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato e con la uniformazione del regime dell'onere della prova.

⁸ Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, la quale ritiene di condividere la tesi secondo cui "nei confronti del medico, dipendente ospedaliero, si configurerebbe pur sempre una responsabilità contrattuale nascente da «un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto», in quanto poiché sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, e la violazione di esso si configura come *culpa in non faciendo*, la quale dà origine a responsabilità contrattuale". La sentenza può leggersi in *Resp. civ. prev.*, 1999, pp. 661 ss., con nota di M. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*; in *Foro it.*, I, 1999, cc. 3332 s., con nota di F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*; in *Danno e resp.*, 1999, pp. 781 s., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scienza iuris e regole di formazione giurisprudenziale*; *ivi*, pp. 294 s., con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in *Corr. giur.*, 1999, pp. 441 s., con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*.

⁹ Sul punto F. DI CIOMMO, *"Uno, nessuno centomila": troppe ipotesi ricostruttive (e poche certezze) intorno alla responsabilità del medico ospedaliero*, in *Danno e resp.*, 1999, pp. 1249 s.

¹⁰ Cfr. C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 559, il quale fa notare come "In questo quadro ormai sufficientemente sedimentato, nel quale la responsabilità del medico connotata in esito a una prestazione obbligatoria, si qualifica come contrattuale, è piombata all'improvviso e inopinatamente la regola contenuta nell'art. 7, co. 3, l. 24/2017, che in maniera che possiamo definire solo disarmante, perché ignara delle partizioni fondamentali della responsabilità civile e dei suoi presupposti, sembra qualificare la condotta dannosa del medico alla stregua di un qualunque fatto illecito".

Con riferimento a quest'ultimo profilo, mi limito a richiamare la distinzione impiegata in giurisprudenza tra interventi di facile e difficile esecuzione con l'introduzione nel primo caso di una presunzione di colpa del sanitario in caso di un esito negativo dell'intervento¹¹, nonché l'impiego, in una fase successiva, del criterio della vicinanza della prova¹², secondo il quale, indipendentemente dalla natura dell'obbligazione – di mezzi o di risultato –, la prova viene fatta gravare sul soggetto che è nella condizione più agevole per fornirla, con la conseguenza che spette-

¹¹ Orientamento inaugurato da Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, p. 953; e in *Foro it.*, I, 1979, c. 4.

¹² Cfr. Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, I, 2002, c. 769, con nota di P. LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*, in *Contratti*, 2002, p. 113, con nota di U. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, in *Studium iuris*, 2002, p. 389, con nota di M. FARNETI, *Inadempimento e onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2002, p. 707, con nota di G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2002, p. 355, con nota di B. MEOLI, *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*, in *Dir. giust.*, 2001, p. 24, con nota di M.R. SAN GIORGIO, *Contratti: al debitore (convenuto) tutto l'onere di provare l'adempimento*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1569, con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento ed onere della prova: le sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, pp. 788 s., con nota di G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*, *ivi*, pp. 871 s., con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, *ivi*, pp. 1002 ss., con nota di M. GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*; in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2008, pp. 612 s., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*, in *Resp. civ.*, 2008, pp. 687 s., con nota di M. DRAGONE, *Le S.U., la "vicinanza alla prova" e il riparto dell'onere probatorio*, *ivi*, pp. 397 ss. con nota di R. CALVO, *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*, *ivi*, 2009, pp. 221 s., con nota di C. MIRIELLO, *Nuove e vecchie certezze sulla responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 856, con nota di M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*, in *Giur. it.*, 2008, pp. 1653 ss., con nota di A. CIATTI; *Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*, pp. 2197 s., e con nota di M.G. CURSI, *Responsabilità della struttura sanitaria e riparto dell'onere probatorio*, pp. 2197 s., in *Obbl. e contr.*, 2008, pp. 195 s., con nota di L. RUBINO, in *Foro it.*, I, 2008, c. 455, con nota di A. PALMIERI.

rà al medico provare di aver adempiuto diligentemente alla prestazione o che l'esito negativo dell'intervento non dipende da un fatto a lui imputabile.

L'evoluzione intervenuta nel settore della responsabilità medica, dunque, è il riflesso anche di un mutamento culturale che ha condotto all'applicazione di quelle regole giuridiche che sono apparse più coerenti con la richiesta crescente di tutela del paziente, ormai ricondotto nella categoria dei soggetti deboli meritevoli di particolare protezione¹³.

Senonché il processo lineare e costante appena richiamato ha subito un arresto quando si sono cominciati a ravvisare i primi effetti distorsivi del sistema, individuati nell'incremento delle richieste risarcitorie non sempre dotate di un adeguato fondamento giuridico ma comunque in grado di generare, sempre più di frequente, il ricorso, da parte dei medici, agli strumenti della c.d. "medicina difensiva", con aumento notevole dei costi sanitari¹⁴.

3. *La decontrattualizzazione della responsabilità del medico e la tutela del paziente.* – Le ragioni appena sottolineate hanno imposto un ripensamento della materia della responsabilità medica. Il punto di arrivo è stato rappresentato dalla scelta di un

¹³ Osserva G. VETTORI, *La responsabilità medica e il danno non patrimoniale fra legge e giudice. Un invito al dialogo*, in *Persona e mercato*, 2013, p. 356, che "La responsabilità medica è lo specchio del tempo che oscilla fra la centralità della persona e la ricerca di un equilibrato e sostenibile criterio risarcitorio".

¹⁴ Sul punto cfr. F. GELLI, M. HAZAN, *La riforma "Gelli", principi ispiratori e coordinate di base*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit., p. 4; M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, in *Danno e resp.*, 2017, pp. 75 s., il quale evidenzia come negli ultimi anni si fosse incrinato il patto di fiducia tra di medico e paziente e si fosse diffuso un approccio culturale di rifiuto dell'insuccesso medico spesso bilanciato da pretese risarcitorie infondate; C. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo volto della responsabilità del medico. Verso il definitivo tramonto della responsabilità da contatto sociale?*, in www.rivistaresponsabilitàmedica.it, p. 36, il quale rileva come la teoria del contatto sociale abbia prestato il fianco alle critiche proprio in ragione delle conseguenze cui ha condotto sul piano pratico e applicativo. Secondo l'A., la preminente attenzione alla tutela del paziente ha dato luogo ai fenomeni della medicina difensiva sia negativa che attiva, all'aumento dei costi sanitari e dei premi assicurativi.

“doppio binario” di responsabilità, come risulta chiaramente dalla previsione contenuta nell’art. 7, rubricato “Responsabilità civile della struttura e dell’esercente la professione sanitaria”.

La disposizione, per un’adeguata comprensione, deve essere letta nel complesso e innovativo sistema in cui si inserisce, dal quale emergono chiaramente le nuove finalità ed i nuovi obiettivi che la riforma si pone.

In primo luogo, al centro del sistema viene collocata la gestione e prevenzione del rischio sanitario come strumento fondamentale per evitare le criticità e ridurre il contenzioso, il cui contenimento, peraltro, si attua anche attraverso il tentativo di indirizzare le azioni di responsabilità nei confronti della struttura al fine di tutelare i sanitari dall’eccessivo contenzioso promosso nei loro confronti e ridurre l’impiego della medicina difensiva e i relativi costi¹⁵.

In questo contesto assume nuovamente un ruolo centrale l’inquadramento della responsabilità medica e si decide senza indugio che la scelta più coerente con l’impianto complessivo della legge sia rappresentata dalla sottrazione degli esercenti la professione sanitaria, di cui la struttura si avvale, dal regime di responsabilità contrattuale, includendo nella categoria, nel tentativo di evitare incertezze e dubbi interpretativi, anche quelli “scelti dal paziente e ancorché non dipendenti dalla struttura stessa”, così come quelli che operano “in regime di libera professione intramuraria ovvero nell’ambito di attività di sperimentazione clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina”.

L’impatto della norma è indubbiamente forte anche perché sembra segnare la “morte” della consolidata, sebbene non esen-

¹⁵ Sul punto cfr. U. RUFFOLO, B. GRAZZINI, *Il problema della responsabilità medica*, in AA.VV., *La nuova responsabilità medica. Le responsabilità della struttura e quelle del medico (“strutturato” e non). Le linee guida – Il consenso informato – La privacy, le nuove frontiere: artificial intelligence, staminali, product liability, medicina “estetica”, i profili processuali*, a cura di U. Ruffolo, Milano, 2018, pp. 3 s., i quali sottolineano come opportunamente si pone fine ad un “anacronistico quanto illogico privilegio accordato nella pratica alla responsabilità personale, e per colpa, sia contrattuale che extracontrattuale, del singolo operatore sanitario, trascurando o ponendo in secondo piano la responsabilità delle strutture sanitarie”.

te da critiche, teoria del contatto sociale nel settore della responsabilità medica.

Invero un esito non diverso si sarebbe potuto ottenere con una lettura strettamente fedele al richiamo operato dall'art. 3 della legge Balduzzi all'art. 2043 c.c., cosa che però non è accaduta, grazie anche all'ambiguità della sua formulazione.

Invero parte della dottrina e della giurisprudenza, tra cui quella di legittimità¹⁶, avevano ridimensionato il richiamo effettuato dall'art. 3 all'art. 2043 c.c.¹⁷, sicché accadeva di frequente che si continuasse a ricondurre la responsabilità del medico dipendente dalla struttura ospedaliera alla responsabilità da contatto sociale.

Non deve pertanto meravigliare che in sede di riforma si sia voluto evitare il rischio che si ripresentassero interpretazioni della norma volte a vanificarne la portata tanto è vero che oltre alla chiara e analitica previsione delle fattispecie ricadenti nel suo ambito applicativo si è ritenuto, con una formula di sicura incisività, di affermare il carattere imperativo delle norme contenute nell'art. 7¹⁸.

Concludo il ragionamento cercando di formulare una risposta al quesito che avevo posto in apertura del discorso circa gli effetti della previsione dell'art. 7 sul livello di tutela riconosciuta al paziente prima della sua introduzione.

Sotto questo aspetto, le posizioni emerse in dottrina, pur variamente articolate, sono comunque riconducibili a due linee di pensiero fondamentali che, in qualche modo, riflettono la valutazione più o meno positiva della riforma intesa nel suo complesso.

¹⁶ Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Guida al dir.*, 2013, p. 25, in *Danno e resp.*, 2013, p. 367, Cass., 17 aprile 2014, n. 8940, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2014, p. 909, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 803, in *Foro it.*, I, 2014, c. 1413.

¹⁷ Sul dibattito in ordine al significato da assegnare al richiamo all'art. 2043 c.c. contenuto nell'art. 3 della legge Balduzzi cfr. M. COMANDÈ, L. NOCCO, *La responsabilità dell'esercente la professione sanitaria tra artt. 1218 c.c. e 2043 c.c.*, cit., pp. 270 s.; B. MARUCCI, *op. cit.*, pp. 74 s.; F. ONNIS CUGIA, *Responsabilità civile del medico, responsabilità della struttura sanitaria e contratto di assicurazione dopo la legge Balduzzi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, pp. 1751 s.

¹⁸ Sul punto cfr. G. ALPA, *op. cit.*, pp. 229 s.

Ciò è giustificato dal fatto che il livello di tutela riconosciuto al paziente non può certo ricavarsi da una lettura dell'art. 7 slegata dal contesto in cui esso si colloca, soprattutto se si considera che la legge Gelli-Bianco ha inteso riorganizzare l'assetto globale della responsabilità civile incidendo su diversi istituti che direttamente o indirettamente concorrono a costituire lo statuto complessivo della responsabilità medica.

Se è stato rilevato che la disciplina, nonostante le buone intenzioni, presenta numerosi profili di criticità che inducono a ritenere che si siano persi "di vista gli interessi dei pazienti"¹⁹, invero non può negarsi che qualche inevitabile lacuna può essere giustificabile in ragione del notevole sforzo effettuato dal legislatore per coordinare istanze diverse e a volte contrapposte – quelle del paziente e del sanitario – nel tentativo di realizzare l'obiettivo di superare quegli effetti distorsivi del sistema che avevano in realtà condotto al paradosso di andare ben oltre l'auspicata logica dell'alleanza terapeutica e avevano finito col dare vita ad un rapporto nuovamente squilibrato questa volta a favore del paziente.

La scelta operata dunque nell'art. 7 ben si comprende.

Sotto il profilo del medico libero professionista e della struttura si riafferma esplicitamente quanto ormai sostenuto graniticamente²⁰ da tempo circa l'assoggettabilità alle regole codicistiche espresse negli artt. 1218 e 1228 c.c. La situazione, dunque, non dovrebbe cambiare in termini di tutela del paziente rispetto all'assetto preesistente, con la conseguenza che il paziente potrà limitarsi ad allegare l'inadempimento e dovrà solo fornire la prova del titolo in base al quale invoca il danno e il peggioramento dello stato di salute. L'ente o il libero professionista per sottrarsi alla responsabilità dovrà dimostrare di aver adempiuto esattamente la prestazione sanitaria o che l'inesattezza della prestazione non di-

¹⁹ In tal senso R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2017, pp. 261 s., che ritiene tale dubbio legittimo in ragione del tentativo di soddisfare istanze differenti e non facilmente coordinabili. In un'analoga prospettiva A. PALMIERI, *La riforma della responsabilità medica. La responsabilità del medico*, in *Questione giustizia*, 2018.

²⁰ Di posizione da anni "pietrificata nella giurisprudenza della Cassazione" parlano R. PARDOLESI e R. SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)*, in *Foro it.*, 2017, V, c. 161 ss.

pende da una causa a lui imputabile²¹. L'intento peraltro di canalizzare le azioni di responsabilità verso la struttura, in coerenza con gli obiettivi della riforma, oltre che dal più agevole meccanismo probatorio previsto per le azioni risarcitorie intentate verso di essa, anche per l'attività inadeguata svolta dal sanitario di cui essa si avvale, si rafforza con l'innovativa previsione di un più gravoso onere probatorio e un più breve termine prescrizione per l'azione di responsabilità indirizzata verso il medico c.d. "strutturato" secondo quanto disposto dall'art. 2043 c.c.. Il paziente, infatti, in tali ipotesi, dovrà provare tutti gli elementi costitutivi dell'illecito e dunque la condotta colposa, il nesso di causalità e il danno, e inoltre dovrà far valere la sua pretesa nel più breve termine quinquennale di prescrizione.

Se il maggiore carico probatorio di cui è gravato il paziente risulta pienamente conforme con l'obiettivo, già richiamato, di far gravare il rischio principalmente sulla struttura in coerenza con la visione globale della riforma, dalla quale emerge chiaramente l'intento di valorizzare il profilo organizzativo rispetto all'attività svolta dal singolo medico, è anche vero che una piena consapevolezza degli effetti di questa scelta si potrà avere solo sulla base delle decisioni che verranno assunte sul piano applicativo, le quali, secondo parte della dottrina, potrebbero anche finire col vanificare gli effetti che dalla riconduzione della responsabilità nell'area extracontrattuale dovrebbero logicamente derivare²².

²¹ Sul tema cfr. D. ZORZIT, F. GARZELLA, *op. cit.*, pp. 398 s., i quali evidenziano come, in base alle diverse interpretazioni dell'art. 1218 c.c., per escludere la responsabilità del sanitario la giurisprudenza a volte abbia ritenuto sufficiente la prova della condotta diligente di costui altre, invece, abbia ritenuto necessaria anche la prova che il mancato o inesatto adempimento sia dipeso da una causa non imputabile in quanto inevitabile e imprevedibile.

Con riferimento al nesso di causalità cfr., di recente, Cass., 26 luglio 2017, n. 18392; Cass., 14 novembre 2017, n. 26824; Cass., 7 dicembre 2017, n. 29315, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di C. Granelli, Milano, 2018, pp. 529 s., le quali, rispetto al prevalente orientamento, hanno stabilito che l'onere della prova del nesso di causalità tra condotta e danno debba gravare sul soggetto danneggiato. Le sentenze richiamate sono state oggetto di commento da parte di M. FACCIOLI, *Nesso causale e onere della prova nella responsabilità sanitaria*, *ivi*, pp. 540 s.

²² Sul punto cfr. le considerazioni svolte da M. FRANZONI, *La nuova responsabilità in ambito sanitario*, in *Resp. medica. Dir. e prat. clinica*, 2017, pp. 10 s., il

Se tuttavia la volontà di rendere nuovamente marginale, sul piano concreto, la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, in controtendenza con la volontà espressa nella riforma, fosse giustificato dalla necessità di evitare la compromissione delle esigenze di tutela del paziente, non si sarebbe a mio avviso sulla strada giusta.

Tra tante incertezze, che legittimamente possono sollevarsi in presenza di una legge nuova che incide profondamente sugli equilibri raggiunti faticosamente in precedenza, almeno una certezza mi sembra possa individuarsi.

La riforma non intende ridurre il livello di tutela precedentemente attribuito al paziente, esito che non potrebbe trovare alcuna giustificazione nel contesto socio-culturale attuale, espressione di un processo lungo e impegnativo che ha portato ad acquisire consapevolezza del ruolo centrale svolto dal paziente nella relazione di cura. Semplicemente la riforma mira a intervenire sugli strumenti di tutela messi a disposizione delle vittime di un errore sanitario, modificando alcuni di quelli in uso e prevedendone di nuovi nel tentativo di eliminare, come più volte sottolineato, gli elementi di criticità emersi negli ultimi anni. Ed è proprio in questa dimensione che deve cogliersi il senso della previsione del doppio regime di responsabilità, che si giustifica dunque per una *ratio* profondamente diversa rispetto a quella che ne aveva caratterizzato l'impiego iniziale. Così pure vanno lette tutte le novità introdotte nel sistema, tra cui quelle previste in ambito assicurativo nonché quelle relative agli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, fondamentali per rendere più agevole la soddisfazione del paziente danneggiato e la riduzione del contenzioso.

quale, sulla base di articolate motivazioni, dubita che la configurazione della responsabilità in termini extracontrattuali darà luogo ad un cambiamento del riparto dell'onere della prova modificando una prassi consolidata da decenni; R. CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, pp. 453 s., secondo il quale "Se è vero che nell'ambito della responsabilità civile spetta di massima al danneggiato provare la colpa quale elemento costitutivo della pretesa risarcitoria, è altrettanto vero – come notato – che grazie al criterio ancorato alla vicinanza della prova e alla verosimiglianza del rapporto eziologico tra intervento maldestro del medico e pregiudizi subiti dal paziente, la linea di confine *in subjecta materia* fra *neminem laedere* e obbligazione contrattuale tende, in termini realistici, a diradarsi".

Finito di comporre nel mese di febbraio 2019
dalle Edizioni AV di Antonino Valveri
Via Pasubio, 22/ª – 09122 Cagliari