

PROFILI CIVILISTICI DELLA RESPONSABILITÀ DEL MEDICO IN ITALIA: LINEAMENTI DI UNA COMPARAZIONE FRA MODELLO ITALIANO E ORDINAMENTI SPAGNOLO, FRANCESE E TEDESCO

Gianluca Moschettini

Estudiante de Derecho
Universidad de Bolonia

SOMMARIO

La responsabilità civile del medico è un tema di crescente interesse sia a livello giuridico che sociale. Questa ricerca propone un'analisi dettagliata della responsabilità civile del medico in diversi contesti giuridici, con particolare attenzione alla sua evoluzione nel tempo e alle prospettive future. Il lavoro inizia con una disamina approfondita delle basi concettuali e giuridiche della responsabilità civile del medico analizzando i soggetti coinvolti e i principi fondamentali che regolano la responsabilità medica, inclusi il rapporto contrattuale con il paziente. Successivamente, si percorrono le varie tappe dell'evoluzione dell'orientamento giurisprudenziale nel corso del tempo e le riforme succedutesi fino alla normativa attuale. Infine, viene condotta una breve analisi comparativa della responsabilità medica in diverse giurisdizioni dell'ordinamento europeo per offrire al lettore una visione corposa sulla materia.

PAROLE CHIAVI: responsabilità del medico, danno, doppio binario, responsabilità aquiliana.

PERFILES DE DERECHO CIVIL DE LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO EN ITALIA:
ESQUEMAS DE UNA COMPARACIÓN ENTRE EL MODELO ITALIANO
Y LOS SISTEMAS ESPAÑOL, FRANCÉS Y ALEMÁN

RESUMEN

El presente trabajo analiza la responsabilidad civil del médico en Italia en cuanto es un tema de creciente interés tanto a nivel jurídico como social. Esta investigación propone un análisis detallado de la responsabilidad civil del médico en diferentes contextos jurídicos, prestando especial atención a su evolución a lo largo del tiempo y a las perspectivas futuras. El trabajo comienza con un examen exhaustivo de los fundamentos conceptuales y jurídicos de la responsabilidad civil del médico, analizando los sujetos involucrados y los principios fundamentales que rigen la responsabilidad médica, incluida la relación contractual con el paciente. Posteriormente, se revisan las distintas etapas de la evolución de la jurisprudencia a lo largo del tiempo y las reformas sucedidas hasta la normativa actual. Finalmente, se realiza un breve análisis comparativo de la responsabilidad médica en diferentes jurisdicciones del ordenamiento europeo para ofrecer al lector una visión integral sobre la materia.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad del médico, daño biológico, sistema binario, responsabilidad extracontractual.

DOI: <https://doi.org/10.25145/j.anfade.2023.40.04>

ANALES DE LA FACULTAD DE DERECHO, 40; julio 2023, pp. 99-126; ISSN: e-2530-8319



INTRODUZIONE

Durante mi estancia en La Laguna por el proyecto *Erasmus for Traineeship* en la Cátedra Tomás y Valiente, bajo la supervisión del Profesor Luis Javier Capote Pérez, tuve el privilegio de profundizar mis estudios en el campo del derecho, participando en diversas actividades académicas de gran relevancia.

Entre estas, una de las actividades centrales fue la redacción de un artículo de investigación centrado en el tema de mi tesis de grado de derecho en Italia: la responsabilidad del médico en ámbito civil.

Mi estancia en la Cátedra Tomás y Valiente fue una experiencia formativa que me permitió sumergirme en el *core* de la investigación jurídica, colaborando activamente con el Profesor Capote Pérez para explorar a fondo los temas relacionados con mi tesis de grado, enriqueciendo mi perspectiva a través de un valioso intercambio cultural y científico.

El presente artículo tiene como objetivo compartir las reflexiones y conclusiones surgidas de esta temática, objeto de críticas y nueva doctrina a lo largo del tiempo.

1. IL DIRITTO ALLA SALUTE *EX* ART. 32: TUTELA COSTITUZIONALE E DANNO RISARCIBILE

1.1. PREMESA. DIRITTO ALLA SALUTE E LA SUA PROTEZIONE COSTITUZIONALE

L'importanza fondamentale¹ attribuita al valore della persona umana richiede, quando si esamina la responsabilità civile del medico e delle strutture sanitarie, di spostare l'attenzione dall'analisi del diritto alla salute sancito dalla Costituzione ex art. 32 all'esplorazione delle varie implicazioni che la violazione di questo diritto può avere sul piano della risarcibilità del danno.

L'enunciato di cui all'art. 32 della Costituzione recita «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

L'impiego dell'aggettivo «fondamentale»² da parte del Costituente rimarca il valore primario che ha la salute nel nucleo dei diritti inscindibili della persona. Per-

¹ Un corretto esame del contenuto e della natura giuridica della responsabilità del medico non può prescindere dall'assumere a punto di partenza il diritto alla salute garantito dalla Carta costituzionale e ritenuto uno dei valori fondanti dell'ordinamento giuridico.

² M. LUCIANI *Salute, I) Diritto alla salute – dir. cost.*, in *Enc. giur.*, xxvii, Roma, 1991, p. 774, dove l'autore sostiene che «solo per [...] il diritto alla salute la Costituzione usa l'espressione diritto fondamentale che non può dirsi certamente casuale».



tanto, la disposizione costituzionale va letta in combinato disposto con gli artt. 2³ e 3⁴ cost in quanto il diritto alla salute è riconducibile allo schema della uguaglianza sociale –la Carta stabilisce che il cittadino ha diritto a non essere discriminato per le «condizioni personali e sociali»– e come diritto sociale alla prestazione –si esplica nel diritto a chiedere e ricevere assistenza in «adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà [...] sociale»–⁵.

Nel nostro ordinamento il diritto alla salute è qualificato come «interesse della collettività», per la tutela della quale lo Stato «garantisce cure gratuite agli indigenti». Lo Stato ha il dovere di mettere in atto tutte le condizioni necessarie affinché la tutela sia garantita: in Italia il processo per dare attuazione alla riforma sanitaria per l'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale è stato lungo e complesso ed è stata una delle conquiste più importanti della nostra democrazia.

La legge n. 833 del 23 dicembre 1978 dota la sanità di un nuovo apparato –SSN– e specifica a quali principi debba essere improntato per garantire le prestazioni sanitarie «pagate in prevalenza con denaro pubblico»⁶. Il Servizio Sanitario Nazionale è fondato sul principio dell'universalità dei destinatari, la globalità delle prestazioni e l'eguaglianza di trattamento. Le argomentazioni appena illustrate sono confermate dall'articolo 1 di suddetta legge:

La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività mediante il servizio sanitario nazionale.

La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana. Il servizio sanitario nazionale è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio. L'attuazione del servizio sanitario nazionale compete allo Stato, alle regioni e agli enti locali territoriali, garantendo la partecipazione dei cittadini. Nel servizio sanitario nazionale è assicu-

³ Art. 2 Cost. «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

⁴ Art.3 Cost. «La libertà personale è inviolabile. / Non è ammessa alcuna forma di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. / In casi eccezionali di necessità e di urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro 48 ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive 48 ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto. / È punita ogni violenza fisica o morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà./ La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva».

⁵ R. BALDUZZI e D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione ne Servizio sanitario nazionale*, in ID. e G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, p. 40 s.

⁶ A. MORRONE, F. MINNI, «Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana», in Riv. Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC), n.° 3 del 2013, p. 9. Disponibile in <https://hdl.handle.net/11585/398327>.



rato il collegamento ed il coordinamento con le attività e con gli interventi di tutti gli altri organi, centri, istituzioni e servizi, che svolgono nel settore sociale attività comunque incidenti sullo stato di salute degli individui e della collettività. Le associazioni di volontariato possono concorrere ai fini istituzionali del servizio sanitario nazionale nei modi e nelle forme stabiliti dalla presente legge.

1.2. IL DANNO ALLA SALUTE E LA SUA RISARCIBILITÀ

La garanzia costituzionale del diritto alla salute implicò necessariamente l'intervento del legislatore per fornire una piena tutela risarcitoria al cittadino. L'impegno del legislatore, in linea con i contributi della dottrina e della giurisprudenza, ha portato al pieno riconoscimento del danno biologico⁷.

Prima della fine degli anni Settanta, il sistema risarcitorio era caratterizzato da un approccio bipolare: il danno di natura patrimoniale era sempre risarcibile secondo l'articolo 2043 del codice civile⁸, mentre il danno di natura non patrimoniale era soggetto a un *numerus clausus*, dove solo determinate tipologie di danni erano risarcibili⁹.

Una parte della dottrina sosteneva che le disposizioni codicistiche riflettevano il concetto di risarcimento del danno basato sul reddito lavorativo della persona lesa, come espresso dalla «regola del ciabattino» di Melchiorre Gioia¹⁰, attribuendo quindi importanza alla capacità reddituale della persona. Questo ha creato una dispa-

⁷ Sul punto v. G. PONZANELLI, *Il nuovo danno non patrimoniale*, Cedam, Padova, 2004, il quale ripercorre l'evoluzione normativa della nozione di danno biologico suddividendola in «4 stagioni»: la prima che ripercorre gli sviluppi a partire dal codice civile del 1942 fino alla fine degli anni '70 quando i tribunali di Genova e di Pisa segnarono una nuova tappa di rottura nell'orientamento giurisprudenziale che culmina con la creazione di un *tertium genus* di danno a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale nel 1986. La terza stagione ripercorre l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale a partire dagli anni '90 volti ad ampliare la categoria di danno non patrimoniale e ritornare quindi al sistema bipolare, mentre l'ultima si inaugura con la pubblicazione delle sentenze c.d. gemelle del 2003, da cui ne risulta una lettura costituzionalmente orientata dell'articolo 2059 c.c. al fine di ricomprendere nella nozione di danno non patrimoniale, ogni danno che implica «la lesione di un diritto inviolabile della persona», e segna al contempo l'ingresso del legislatore, in tale materia, che con il decreto legislativo n. 38 del 2000 sull'INAIL e poi con il codice delle assicurazioni (D. lgs. 7 settembre 2005, n. 209) elabora per la prima volta una definizione di danno biologico. Alla stregua di quanto detto fin qui è bene aggiungere una quinta e forse una sesta stagione, dal momento che il libro è stato pubblicato nel 2004 e senza dubbio l'analisi non deve tralasciare le sentenze delle Sezioni Unite del 2008 che hanno consolidato il percorso avviato dalle sentenze del 2003 e la riforma c.d. Gelli-Bianco con nuove implicazioni riguardanti la liquidazione del danno biologico.

⁸ Art. 2043 Codice civile «Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.»

⁹ Art. 2059 Codice civile «Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge.»

¹⁰ Così, M. GIOIA, *Dell'ingiuria dei danni, del soddisfacimento e relative basi di stima avanti i Tribunali Civili*, Lugano, 1840, 167, il quale elabora la regola attraverso la quale «un calzolaio, per esempio, eseguisce due scarpe ed un quarto al giorno: voi avete indebolito la sua mano in modo che

rità tra coloro che avevano un'attività reddituale e coloro che non ne avevano (come i minorenni o le casalinghe), poiché il danno alla salute era strettamente legato al lavoro svolto. Inoltre, l'interpretazione restrittiva dell'articolo 2059 del codice civile in materia di danno non patrimoniale ha lasciato una sorta di vuoto normativo in cui il risarcimento per il danno biologico non era adeguatamente tutelato¹¹.

Questa situazione è stata ribaltata a metà degli anni Settanta da due pronunce che hanno spostato l'attenzione sulla natura non patrimoniale del danno. Il Tribunale di Genova¹² ha sottolineato l'importanza di basare il risarcimento del danno biologico su un criterio oggettivo, come il reddito pro capite nazionale, anziché sulla situazione reddituale del soggetto. Successivamente il Tribunale di Pisa¹³ si pose sulla stessa linea interpretativa dei giudici genovesi sostenendo le argomentazioni ma non condividendo la scelta di creare un'ulteriore categoria, poiché «se i danni alla salute in quanto di per sé suscettibili di valutazione economica (...) non sussistono ostacoli a ricondurre il danno all'integrità psicofisica nella sfera di applicazione della regola generale dell'art.2043 del codice civile».

La Corte costituzionale¹⁴ così si esprimeva quando intervenne per la prima volta in materia di danno biologico pronunciandosi sulla legittimità costituzionale dell'art. 2043 c.c.¹⁵ in relazione agli articoli 2,3, e 32 della Costituzione:

il diritto alla salute è un diritto fondamentale, primario ed assoluto dell'individuo, il quale, in virtù del suo carattere privatistico, è direttamente tutelato dalla Costituzione (art. 32) e, nel caso di sua violazione, il soggetto può chiedere ed ottenere il giusto risarcimento, in forza del combinato tra il medesimo articolo costituzionale e l'articolo 2059 del Codice Civile.

I giudici costituzionali hanno confermato il diritto al risarcimento del danno biologico come parte del danno non patrimoniale, ma con una sentenza successiva¹⁶ hanno ridimensionato tale posizione, riportando il danno biologico nella categoria del danno patrimoniale. La Corte di Cassazione ha adottato una definizione più ampia di danno non patrimoniale, includendoci il danno biologico che era inteso come «lesione di valori inerenti alla persona»¹⁷, distinguendolo chiaramente dal danno patrimoniale.

egli non riesce a fare che una scarpa: voi gli dovette il valore della fattura di una scarpa ed un quarto moltiplicato per il numero dei giorni che gli restano da vivere, meno i giorni festivi».

¹¹ N. TODESCHINI, *La responsabilità in medicina*. UTET Giuridica, Milano, 2023.

¹² Trib. Genova, 25 maggio 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, 54.

¹³ Trib. Pisa, 10 marzo 1979, in *Resp. civ. prev.*, 1979, 356; Trib. Pisa, 4 giugno 1984, in *Resp. civ. prev.*, 1984, 677.

¹⁴ Corte cost. 26 luglio 1979 n. 88, Roma, 1979.

¹⁵ Art 2043 Codice civile «Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

¹⁶ Corte Cost. 14 Luglio 1986, n. 184, Roma, 1986.

¹⁷ Si veda a tal proposito, Cass., sez. III, 31 Maggio 2003, nn. 8827 e 8828. Tale questione venne affrontata dalla Corte di Cassazione con l'emissione di due sentenze gemelle nel 2003: i giudici



Bisogna attendere però fino ai primi anni 2000 per trovare una vera e propria definizione normativa di danno biologico, poiché come si è visto, trattasi di un concetto di matrice giurisprudenziale e dottrinale. Il danno biologico ha trovato la sua piena positivizzazione dapprima con il D. lgs. 23/02/2000 n. 38, relativo però a una riforma riguardante l'INAIL, dove, auspicando a un intervento più specifico da parte del legislatore, definisce «in via sperimentale (...) il danno biologico come la lesione dell'integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico legale»¹⁸.

Come detto pocanzi l'intervento legislativo in materia non si è fatto attendere ed è stato attuato nel c.d. codice delle assicurazioni (D. lgs. 7 settembre 2005 n. 209) dove all'articolo 138 recita:

la lesione temporanea o permanente dell'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato.

Dopo aver posto le necessarie premesse, è bene individuare il soggetto responsabile del danno alla salute. In generale, la responsabilità può essere imputata a diverse entità:

- l'individuo.
- il professionista sanitario, quando il danno è causato dal medico o da operatori sanitari.

La trattazione in questione va ad approfondire proprio quest'ultima fattispecie da responsabilità per danno alla salute. I prossimi capitoli saranno dedicati all'approfondimento della responsabilità del professionista sanitario dapprima enunciando i soggetti coinvolti e successivamente analizzando le conseguenze che il soggetto ha in sede civile.

abbracciarono una definizione più estensiva di danno non patrimoniale *ex art.* 2059 c.c. in contrapposizione a quella vigente fino ad allora ove si intendeva come danno morale puro.

¹⁸ Art.13, D.L. 23/02/2000, n.38



2. LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL MEDICO NELLA SUA EVOLUZIONE STORICA: DALLA REPONSABILITÀ DEL MEDICO ALLA RESPONSABILITÀ SANITARIA

2.1. PREMESSA. PROFILO DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA: I SOGGETTI COINVOLTI

La responsabilità medica *ante* riforma Gelli- Bianchi è da inquadrarsi nella categoria del contatto sociale qualificato, teoria elaborata dalla dottrina italiana dopo aver visto la sua luce nell'esperienza tedesca negli anni '40¹⁹. Prima di addentrarci nella trattazione delle dinamiche concernenti la responsabilità civile del medico (e dell'operatore sanitario in generale), è doveroso *in primis* illustrare il profilo caratterizzante questo istituto e i soggetti coinvolti²⁰. La peculiarità di tale profilo di responsabilità è dovuta alla particolare attenzione dell'orientamento giurisprudenziale che «ha determinato l'esplosione del contenzioso in materia»²¹. Viene di fatto superata la distinzione netta tra responsabilità del medico e responsabilità della struttura sanitaria a favore di una concezione unitarista della stessa sotto la denominazione di responsabilità medica che, piuttosto costituisce un «sottosistema» della responsabilità civile²².

Con particolare riferimento all'imputazione della prestazione sanitaria, sono da ricondurre nell'ambito dei soggetti coinvolti tre fattispecie:

- Rapporto tra paziente e medico.
- Rapporto tra paziente e struttura sanitaria.
- Rapporto tra medico e struttura sanitaria.

Alla luce di quanto illustrato, la prestazione sanitaria instaura un legame giuridico tra paziente, medico e struttura sanitaria che si estrinseca nel diverso regime di responsabilità a cui il soggetto risponde nella corretta individuazione della natura del rapporto.

¹⁹ In Germania venivano ricondotti nella categoria dei Faktische Vertragsverhältnisse tutte quelle ipotesi che, in assenza di un contratto, violavano un dovere preesistente di collaborazione e di prestazione. Oltre al caso della responsabilità del medico, rientravano in questa categoria anche casistiche in ambito scolastico e bancario.

²⁰ N. TODESCHINI, *I nuovi principi della responsabilità medica*, in *La responsabilità medica*, a cura di N. TODESCHINI, Milano, UTET Giuridica, 2020, pp. 1-50.

²¹ P. CRUSCO, 2023. La attuale responsabilità sanitaria in ambito civile verso una ennesima riforma di legge. *Ratio Iuris* [online], 1. Disponibile su <https://www.ratioiuris.it/la-attuale-responsabilita-sanitaria-in-ambito-civile-verso-una-ennesima-riforma-di-legge/>.

²² R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, 50 ss.



2.2. RESPONSABILITÀ SANITARIA. PROFILI

Le strutture sanitarie hanno sempre avuto un ruolo fondamentale nel supportare l'operato degli esercenti la professione sanitaria, garantendo cura e assistenza al paziente. Preliminarmente è necessario muovere dalla definizione di struttura sanitaria. Ai sensi dell'art. 2 del «regolamento concernente autorizzazione e accreditamento ai sensi dell'art. 43 della legge provinciale 23 febbraio 1998, n. 3»²³ la struttura sanitaria è una struttura che fornisce prestazione di tipo sanitarie nello specifico al comma 1:

Ai fini del presente regolamento, per strutture sanitarie e sociosanitarie si intendono:

- a) strutture sanitarie che erogano prestazioni in regime di ricovero ospedaliero, a ciclo continuativo o diurno;
- b) strutture sanitarie che erogano prestazioni di assistenza specialistica in regime ambulatoriale ivi comprese quelle riabilitative, di diagnostica strumentale e di laboratorio;
- c) strutture sanitarie e sociosanitarie che erogano prestazioni in regime residenziale, a ciclo continuativo o diurno.

Tra i soggetti operanti la dottrina ha operato una equiparazione tra struttura pubblica o privata facendo rientrare tra queste anzitutto le Aziende Unità Sanitarie Locali, gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, gli ospedali e i presidi ospedalieri. Il regime di responsabilità della struttura sanitaria è ampiamente condiviso *in toto* dall'orientamento giurisprudenziale²⁴ e non ha subito modifiche nel corso degli anni se non in via indiretta in seguito alle varie riforme succedutosi per regolamentare la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria che operasse all'interno della struttura sanitaria.

La struttura sanitaria assume nei confronti del paziente una responsabilità contrattuale ai sensi dell'art. 1218 c.c.²⁵, risultando essa fondata sul contratto di ospedalità. Il contratto di ospedalità è un «contratto sinallagmatico a prestazioni corrispettive intercorrente tra struttura sanitaria e paziente»²⁶. È importante rilevare che la responsabilità ha natura contrattuale non solo quando il paziente stipula un contratto con una struttura privata «bensì anche nei casi in cui il ricovero, o la pres-

²³ Trattasi un regolamento che disciplina i requisiti organizzativi e funzionali per l'accreditamento di una struttura sanitario o sociosanitaria.

²⁴ Cass, 27 marzo 2015 sentenza n. 6243 dove viene precisato che «l'Asl è responsabile civilmente, ai sensi dell'art.1218 del fatto illecito che il medico, con essa convenzionato per l'assistenza medico-generica, abbia commesso in esecuzione della prestazione curativa».

²⁵ Art.1218 c.c. «Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile»

²⁶ I. PATELLA, *La responsabilità civile sanitaria e medica*, Revelino editore,2019.

tazione, vengano effettuati presso una struttura pubblica senza alcuna espressa manifestazione di una volontà contrattuale»²⁷.

La prestazione che viene eseguita è di natura complessa e assai articolata: la struttura deve fornire al paziente, oltre alla prestazione principale medica, anche una serie di prestazioni accessorie che vanno sotto il nome di «assistenza sanitaria» che generalmente consistono nella fornitura di vitto e alloggio o anche la mera vigilanza del reparto; pertanto, il contratto assume un connotato di prestazione di servizio alberghiero. In virtù di tale articolazione, la Corte di Cassazione ha riqualificato il rapporto paziente-struttura come un «autonomo ed atipico contratto a prestazioni corrispettive» da taluni definito contratto di spedalità da altro contratto di assistenza sanitaria²⁸.

Dunque, ascrivendo la responsabilità a titolo contrattuale in capo alla struttura sanitaria è necessario identificare le cause per le quali la struttura risponde. La struttura sanitaria risponde *ex art.* 1218 c.c. per il danno che ha causato al paziente (c.d. responsabilità del debitore) e per l'operato dei propri dipendenti *ex art.* 1228²⁹ c.c. (responsabilità per fatto degli ausiliari).

L'obbligazione assunta dalla struttura sanitaria si enuclea come obbligazione di mezzi³⁰, pertanto non è richiesto il raggiungimento di un preciso risultato (in questo caso la guarigione), ma è richiesta la diligenza che si parametra all'attività esercitata³¹ e il dipendente della struttura sanitaria risponderà *ex art.* 2236 c.c.³² quindi anche nel caso in cui la colpa sia lieve.

La riforma Gelli Bianco³³, che approfondiremo nei capitoli successivi nella trattazione della responsabilità del medico, non fa altro che confermare la natura contrattuale del rapporto che si instaura tra paziente e struttura sanitaria distinguendo lo stesso dal rapporto tra medico e paziente, dando vita così a un sistema a doppio binario. A supporto della tesi della responsabilità contrattuale e per fatto altrui della struttura sanitaria, l'art. 7 della legge n. 24 /2017 (c.d. Riforma Gelli-Bianchi) chiarisce:

(i) la struttura sanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal

²⁷ C. BRUSCO, *Responsabilità sanitaria civile e penale (Orientamenti giurisprudenziali e dottrinali dopo la legge Gelli-Bianco)*, Torino, Giappichelli, 2018.

²⁸ Cfr. Cass. civ, sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577.

²⁹ Art. 1228 c.c. «Salva diversa volontà delle parti, il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro».

³⁰ Il debitore non promette un risultato al creditore, ma s'impegna a tenere un comportamento che soddisfi l'interesse del creditore senza che il raggiungimento di un ulteriore risultato sia da ritenersi essenziale per l'interesse del creditore.

³¹ Art. 1176 co.2. c.c. «Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata».

³² Art. 2236 c.c. «Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave».

³³ Legge n. 24/2017



paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 c.c., delle loro condotte dolose o colpose;

In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, il paziente deve provare l'esistenza del «nesso causale tra l'azione o l'omissione dei sanitari e l'evento di danno»³⁴ quando si fa valere la responsabilità del medico. L'applicazione dell'art. 2236 c.c. consente all'esercente la professione di sanitaria di svolgere il proprio operato con tranquillità perché l'applicazione dell'art. 1218 c.c. garantisce maggiormente il paziente a discapito dell'intero apparato sanitario in quanto l'onere della prova ricade in capo al debitore (in questo caso l'esercente la professione sanitaria) e il termine di prescrizione giova al paziente in quanto decennale, anziché quinquennale.

Ciò è stato di fondamentale importanza nel corso dell'evoluzione della disciplina che in un primo momento prevedeva una concezione unitaria di responsabilità contrattuale in capo alla struttura e all'esercente la professione sanitaria e solo in seguito si giunse al sistema del «doppio binario»³⁵ in cui il medico operante nella struttura sanitaria rispondeva a titolo extracontrattuale.

2.3. RESPONSABILITÀ DEL MEDICO. PROFILI

La responsabilità del medico³⁶ verso il paziente dipende dal tipo di rapporto intercorrente tra i due soggetti:

- Nel caso di medico inteso come «libero professionista», il rapporto tra lo stesso e il paziente è ascrivibile nella categoria dei contratti d'opera intellettuale ai sensi dell'art. 2222 c.c.³⁷.
Il professionista (il medico, in questo caso) esegue una prestazione sulla base di un contratto e il paziente si impegna a corrispondere un compenso in cambio della prestazione ricevuta.
- Diverse problematiche sono occorse invece nell'evoluzione dell'orientamento dottrinale per il medico dipendente da struttura sanitaria cui era irrilevante la natura della stessa, pubblica o privata³⁸.

³⁴ Cass., 2 settembre 2019, sentenza n.21939

³⁵ Art. 7 L.24/2017.

³⁶ In dottrina, si vedano M. BUSSANI, *L'illecito civile. Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato* (a cura di P. PERLINGERI), Edizioni scientifiche italiane, 2020, p. 528 s; N. TODESCHINI, *La responsabilità in medicina*. UTET Giuridica, Milano, 2023, p. 347 ss; M. FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2004, 375 ss; DE MATTEIS, R., *Le Responsabilità in Ambito Sanitario*, CEDAM, Padova, 2017, p. 105; GALGANO F., *Contratto e Responsabilità contrattuale nell'Attività Sanitaria*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1984, p. 710 ss.

³⁷ Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV.

³⁸ V, retro, nota n. 18.

Fino all'intervento normativo della riforma Gelli-Bianchi la responsabilità del medico dipendente da struttura sanitaria è stato frutto del diritto vivente giurisprudenziale, quindi a carattere nomofilattico. Un primo orientamento risale a una sentenza della Corte di Cassazione³⁹ a fine anni '70, in cui si attribuiva al medico dipendente della struttura un regime di responsabilità aquiliano *ex art. 2043*⁴⁰, che recita:

L'accettazione del paziente nell'ospedale, ai fini del ricovero oppure di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto d'opera professionale tra il paziente e l'ente ospedaliero, il quale assume a proprio carico, nei confronti del paziente, l'obbligazione di svolgere l'attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica in relazione alla specifica situazione del paziente preso in cura. Poiché a questo rapporto contrattuale non partecipa il medico dipendente, che provvede allo svolgimento dell'attività diagnostica e della conseguente attività terapeutica, quale organo dell'ente ospedaliero, la responsabilità del predetto sanitario verso il paziente per il danno cagionato da un suo errore diagnostico o terapeutico è soltanto extra-contrattuale, con la conseguenza che il diritto al risarcimento del danno spettante al paziente nei confronti del medico si prescrive nel termine quinquennale stabilito dal comma 1 dell'art. 2947 c.c.

Un mutamento della dottrina si deve alla sentenza della Suprema Corte n. 589 del 22 gennaio 1999⁴¹ in cui per la risarcibilità del danno, causato dal medico dipendente di una struttura sanitaria, si considerava il «contatto sociale» creatosi tra i due soggetti.

Il contatto sociale si instaura tra due soggetti in cui l'uno eroga una prestazione all'altro in assenza di un previo accordo contrattuale. È una forma di responsabilità contrattuale che non nasce da contratto, bensì da un altro rapporto giuridico. Per comprendere meglio l'istituto preso in esame occorre risalire alla categoria cui i rapporti da contatto sociale appartengono, ovvero sia i rapporti contrattuali di fatto. Il Codice civile, nel definire le fonti di obbligazioni, include oltre al contratto e al fatto illecito «ogni altro fatto o atto idoneo a produrle in conformità con l'ordinamento giuridico»⁴². La norma fonda il principio di atipicità delle fonti delle obbligazioni: alludendo ad «ogni altro fatto o atto»⁴³ questa norma non fa altro che risolvere tutte quelle situazioni che si trovano a metà strada tra il contratto e il

³⁹ Cass., sez., III civ., sent. 24 marzo 1979, n. 1716, in *Riv. it. Med. leg.*, 1981, p. 880.

⁴⁰ Art. 2043 c.c. «Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

⁴¹ In tale Sentenza si afferma il principio di diritto per cui il medico risponde a titolo contrattuale *ex articolo 1218 del Codice Civile*, in forza del cosiddetto «contatto sociale qualificato» che si instaura tra lui e il paziente.

⁴² Art. 1173 c.c. «Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico».

⁴³ *Ibidem*.



fatto illecito. Nella categoria dei rapporti contrattuali di fatto rientra il c.d. «contatto sociale qualificato»⁴⁴ e le ipotesi che solitamente si fanno rientrare in questa categoria sono: la responsabilità precontrattuale, rapporti tra insegnante ed alunno, la responsabilità della P.A. nei confronti del privato, il rapporto di mediazione tipica e la responsabilità del medico.

Il contratto, avente ad oggetto la prestazione sanitaria, si instaura fra la struttura sanitaria pubblica o privata ed il paziente, e la prestazione è eseguita dal medico⁴⁵. Resta, tuttavia, il fatto che l'esecuzione della prestazione sanitaria, per quanto contrattualmente dovuta non dal medico, bensì dalla struttura sanitaria, stabilisce un contatto fra il medico e il paziente. Tale invasione può ingenerare nell'altra parte un affidamento ritenuto meritevole di tutela –dovere di protezione– che pur in assenza di un accordo contrattuale tra le parti, trova la propria fonte nelle clausole generali di correttezza e di buona fede e al precetto costituzionale di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. rapportato a sua volta al diritto alla salute che l'art.32 denota come diritto fondamentale dell'uomo⁴⁶.

La prestazione sanitaria che si instaura nel rapporto tra medico-paziente tradizionalmente si configura come obbligazione di mezzi⁴⁷, in quanto il medico non garantisce per il risultato finale, impegnandosi piuttosto ad utilizzare i mezzi scientifici più idonei per il raggiungimento del risultato favorevole al paziente ed avendo il dovere di svolgere l'attività professionale con la necessaria adeguata diligenza. Un'eccezione è rappresentata dal caso della chirurgia estetica dove il risultato materialmente ottenuto è determinato nel contratto⁴⁸. È ovvio che il semplice risultato sfavorevole, non significa automaticamente, la formazione della colpa da parte del sanitario. In questo caso occorrerà dimostrare la sussistenza dell'errore e l'esistenza di

⁴⁴ Rapporto privo di accordo contrattuale che intercorre tra due soggetti dei quali uno pone affidamento in un dovere di diligenza gravante in capo al secondo, in virtù delle sue specifiche competenze tecniche e professionali.

⁴⁵ Il medico deve tutelare la salute dei propri pazienti mediante attività di diagnosi, terapia, riabilitazione, prevenzione a livello del singolo individuo e della sua famiglia. Il consenso dell'interessato, a subire un trattamento terapeutico, è il presupposto di legittimità dell'azione del medico. (r. d. 27-7-1934 n. 1265; Legge 28/03/2001, n. 145 artt. 1-3).

⁴⁶ F. GALGANO, *I fatti illeciti*, Padova, Cedam, 2008.

⁴⁷ Ricorre la prima ipotesi quando il debitore è obbligato a svolgere a favore del creditore una determinata attività senza garantire il risultato che da questa attività il creditore si attende; ricorrere la seconda ipotesi quando il debitore è obbligato verso il creditore anche a realizzare il risultato. La distinzione fra le due ipotesi importa una diversa distribuzione, fra debitore e creditore, del rischio per la mancata realizzazione del risultato: nel primo caso il rischio incombe sul creditore; nel secondo caso grava sul debitore. F. Galgano, *Diritto privato*, Milano, Cedam, 2017.

⁴⁸ Il Tribunale di Pistoia (sentenza n. 595 del 30/06/2021) afferma che «l'obbligazione grave sul chirurgo plastico non è quella... di fornire le cure ma è piuttosto volta al miglioramento delle imperfezioni ed è evidente come questa disciplina chirurgica ben si presti ad essere considerato ampiamente come fonte di un'obbligazione di risultato, piuttosto che di mezzi, poiché, nel momento in cui il paziente si sottopone ad un intervento chirurgico, lo fa in vista di un determinato risultato estetico e non certo per ottenere dal medico solo la rassicurazione che farà il possibile per raggiungerlo» (v. fra le tante Cass. n. 10014/1994).



un nesso di causalità tra questo e la condizione del paziente⁴⁹. La giurisprudenza da rilievo a tre aspetti fondamentali con i quali il medico si è rapportato con il paziente:

- Diligenza⁵⁰.
- Prudenza.
- Perizia.

La valutazione di tali aspetti viene effettuata parametrando la preparazione del sanitario posto sotto accusa alla preparazione media dei sanitari dotati di analoga preparazione. Come accennato, l'errore medico può essere compiuto nella fase diagnostica, in quella prognostica e nella fase terapeutica. L'errore diagnostico si realizza nel non corretto inquadramento diagnostico della patologia; l'errore prognostico si concretizza in un errato giudizio di previsione sul decorso che però si rileva sbagliato; l'errore in fase terapeutica attiene al momento della scelta della terapia e/o al momento della esecuzione della terapia⁵¹. Risulta opportuno completare il profilo giuridico della colpa professionale⁵² definendo anche la natura della responsabilità, identificandone il conseguenziale danno risarcibile.

Nell'ordinamento italiano vi è la distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale:

1. Per quanto concerne la responsabilità contrattuale o da inadempimento (*ex art. 1218 c.c.*), la stessa ha come presupposto l'esistenza di un rapporto giuridico tra le due parti (in questo caso tra paziente e sanitario);
2. Contrariamente, la responsabilità extracontrattuale o aquiliana⁵³ sorge quando un soggetto «cagiona ad altri un danno ingiusto» (*ex art. 2043 c.c.*), ovvero la violazione del c.d. *neminem laedere* e tra di essi manca un rapporto obbligatorio.

Per quanto riguarda le differenze tra questi due istituti, la responsabilità contrattuale può essere azionata con strumenti che si prescrivono secondo il regime ordinario decennale, mentre il diritto al risarcimento del danno da fatto illecito si prescrive in cinque anni. Un'altra differenza che attiene tra le due forme di responsabilità è l'onere della prova (art. 2697) più mite nel caso della responsabilità contrat-

⁴⁹ G. CASSANO, B. CIRILLO, *Casi di responsabilità medica*, Milano, Maggioli editore, 2013.

⁵⁰ La negligenza consiste nell'atteggiamento soggettivo caratterizzato da grave trascuratezza di quei compiti a cui ciascun sanitario deve attenersi nell'espletamento della sua attività; l'imprudenza consiste nella mancata adozione di una cautela invece ritenuta opportuna per la cura di una sintomatologia; l'imperizia va individuata nella mancanza di abilità e delle nozioni tecniche peculiari della attività esercitata tale da non mettere in pericolo la vita del paziente.

⁵¹ A. MATRICARDI, *Responsabilità medica* [online], Altalex.com, 10.05.18, www.altalex.com.

⁵² Art. 2236 c.c.: «Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave».

⁵³ Dal nome della *Lex Aquilia* che disciplinava nel diritto romano tale responsabilità.



tuale dove il legislatore presume la colpa del debitore e da ciò deriva che il debitore si potrà liberare da ogni responsabilità provando l'assenza di colpa⁵⁴. Viceversa, nella responsabilità extracontrattuale è carico dell'attore l'onere probatorio dell'eventuale fatto lesivo illecito che si è verificato⁵⁵. Nonostante questa suddivisione (contrattuale/extracontrattuale), non sembra facile delineare in quale dei due istituti inquadrare la responsabilità da contatto sociale, venendo preso in causa un bene qualificato come «fondamentale dell'individuo»⁵⁶.

In merito occorre aggiungere che la professione medica rientra nella categoria codicistica delle professioni intellettuali⁵⁷ e che in caso di prestazione medico-chirurgica opera sempre accanto alla responsabilità contrattuale, anche quelle extracontrattuali per il rispetto dei valori tutelati della salute e della vita.

Riassumendo, fin dal 1999 la giurisprudenza era unanimemente concorde nel ritenere che la responsabilità medica avesse natura contrattuale inquadrabile nella c.d. responsabilità da contatto sociale: come abbiamo ampiamente specificato nei paragrafi precedenti la responsabilità da contatto sociale costituisce un'ipotesi di responsabilità di natura contrattuale, con applicazione della disciplina relativa ai sensi dell'art. 1218 c.c., che sorge senza che tra le parti esista un precedente vincolo contrattuale. Numerose furono, infatti, le critiche rivolte all'orientamento prevalente che propugnava un doppio binario di responsabilità⁵⁸: la responsabilità in cui incorreva la struttura per l'errore commesso del medico si presentava come maggiormente gravosa in ambito processuale in quanto la stessa rispondeva per il fatto commesso dagli ausiliari *ex art.* 1228 c.c. Diversamente, il medico rispondendo a titolo extracontrattuale era sottoposto a un regime probatorio decisamente più alleggerito: sul paziente, infatti, gravava l'onere di dimostrare il nesso causale tra l'inadempimento e il danno lamentato. Furono queste critiche a consolidare la tesi da contatto sociale che prefigurava la natura contrattuale della responsabilità tanto della struttura sanitaria quanto dal medico. A seguito di interventi legislativi in materia la situazione è mutata radicalmente.

⁵⁴ Il sanitario deve dimostrare di avere svolto la propria attività correttamente e in maniera conforme all'obbligo intrapreso.

⁵⁵ Il paziente dovrà dimostrare la sussistenza del fatto illecito in tutti i suoi elementi.

⁵⁶ «La salute è uno stato di completo benessere fisico, psichico e sociale e non semplice assenza di malattia» (Organizzazione mondiale della Sanità- OMS).

⁵⁷ Art. 2229 ss c.c.

⁵⁸ In virtù del contratto stipulato tra il paziente e la struttura sanitaria, quest'ultima in caso di danno avrebbe risposto *ex art.* 1218 c.c., diversamente accadeva per il medico, il quale rispondeva dei danni arrecati al paziente *ex art.* 2043 c.c.



3. RECENTI INTERVENTI NORMATIVI IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ CIVILE DEL MEDICO: DALLA RIFORMA BALDUZZI ALLA RIFORMA GELLI

3.1. PRIMO INTERVENTO NORMATIVO: RIFORMA BALDUZZI

Il decreto-legge n. 158 noto anche «Decreto Balduzzi»⁵⁹ è stato convertito nella legge 8 novembre 2012 n. 189. Il nuovo testo normativo ha introdotto importanti novità sotto il profilo della responsabilità professionale medica. Prima di addentrarci nell'analisi delle maggiori novità che ha portato il decreto, è bene capire in che contesto è stato emanato.

In quegli anni, erano sempre più frequenti i casi di malasanià tale per cui i medici erano soliti adoperare strumenti propri del c.d. fenomeno della medicina difensiva⁶⁰. Questo fenomeno consiste nella pratica medica in cui i professionisti sanitari adottano procedure e comportamenti precauzionali eccessivi o prescrivono trattamenti non necessari principalmente per proteggersi da possibili azioni legali o per ridurre il rischio di contenziosi legali. Questo comportamento è spesso motivato dalla paura dei professionisti della sanità di essere coinvolti in cause legali per presunta negligenza medica o errori professionali⁶¹. In alcuni casi, ciò può portare a un'eccessiva medicalizzazione o a una prescrizione eccessiva di test e procedure diagnostiche al fine di minimizzare il rischio legale anziché basarsi esclusivamente sulle necessità cliniche del paziente.

L'obiettivo di questa riforma è trovare un equilibrio nel rapporto tra medico e paziente, cercando di soddisfare sia gli interessi del medico –consentendo di praticare la propria professione in condizioni ottimali, in un ambiente sereno e con la libertà di scegliere il trattamento migliore per il paziente– sia quelli del paziente, evitando di optare per opzioni terapeutiche che non tengano conto del suo interesse, ma siano necessarie per ridurre il rischio di contenzioso legale.

In particolare, il *core* della Legge Balduzzi ha riguardato gli eventi che hanno portato alla riformulazione dell'art. 3 del decreto-legge nella relativa legge di conversione, di cui è bene riportare le differenze testuali. Il vecchio comma 1 dell'art. 3 del decreto-legge, non ancora convertito in legge⁶², prevedeva:

⁵⁹ Dal nome del Ministro della Salute del Governo Monti (xvi legislatura) che rimase in carica 16 novembre 2011 al 28 aprile 2013.

⁶⁰ Si stima che la medicina difensiva pesi sulla spesa sanitaria pubblica per 10 miliardi di euro l'anno, lo 0,75% del PIL.

⁶¹ A. FIORI, La medicina difensiva. Riv. It. Med. Leg. 1996, 899. In BILANCETTI M.E.F. Responsabilità medica, cosa è cambiato con la legge Balduzzi. Guida al diritto. 6 Settembre 2013.

⁶² Il decreto-legge ai sensi dell'art. 77 della Costituzione è un atto normativo adottato dal governo in situazioni di necessità e urgenza, ma deve essere successivamente convertito in legge dal Parlamento per mantenersi valido. Durante il processo di conversione, il Parlamento può apportare modifiche al testo originario del decreto-legge e, una volta convertito in legge, questo ha la stessa validità e efficacia di una legge ordinaria approvata direttamente dal Parlamento.



Fermo restando il disposto dell'art. 2236 del Codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'art. 1176 del Codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità nazionale e internazionale.

E il comma 4 dell'art. 3 che recitava:

Fatto salvo quanto previsto al comma I, la responsabilità civile per danni a persone, causati dal personale sanitario medico e non medico, occorsi nell'ambito di una struttura 88 sanitaria pubblica, privata accreditata e privata è sempre a carico della struttura stessa.

Il nuovo comma 1 dell'art. 3, che modifica integralmente la normativa, eliminando al contempo il comma 4, prevede testualmente:

l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche della comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del Codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo.

La suddetta norma prevedeva la depenalizzazione della colpa lieve dell'esercente la professione sanitaria. Il riferimento testuale all'art. 2043 del Codice civile aveva creato incertezza in sede dottrinale: da un lato coloro i quali ritenevano che il legislatore avesse voluto qualificare la responsabilità del medico –o meglio dell'esercente la professione sanitaria– come aquiliana, dall'altra parte coloro i quali ritenevano che il legislatore volesse intendere che il medico avrebbe risposto a livello civile per i casi di c.d. colpa lieve.

Secondo la Suprema Corte, scopo ultimo del legislatore sarebbe stato infatti quello di contrastare il fenomeno della c.d. medicina difensiva, che, come abbiamo detto precedentemente, si configura ogni qual volta i sanitari, temendo ripercussioni sulla propria sfera giuridica soggettiva, prescriverebbero numerosi esami diagnostici per eccesso di prudenza con inevitabili ripercussioni sui costi e qualità del servizio offerto⁶³. Al contempo, qualificando la responsabilità medica come aquiliana si sarebbero ridotte le azioni giudiziarie nei confronti degli esercenti la professione sanitaria –in quanto l'onere della prova incombe sul danneggiato– facendo segnare così un notevole risparmio in termini di spesa pubblica per il settore sanitario.

Questa formulazione normativa ha creato un'incertezza sull'applicazione della nuova legge da parte dei tribunali, che hanno aderito a un modello di responsabilità del medico precedente al 1999. In quel periodo, in mancanza di un contratto, i pazienti potevano intentare azioni legali contro i medici dipendenti per ottenere un

⁶³ F. CECCONI e G. CIPRIANI, *La responsabilità civile dopo la legge Balduzzi*, Torino, Giappichelli, 2014.



risarcimento danni utilizzando solo l'azione aquiliana. Tuttavia, la giurisprudenza di merito hanno ritenuto che il richiamo all'articolo 2043 del Codice civile non fosse sufficiente a indicare la volontà del legislatore di modificare il tipo di responsabilità attribuita al medico.

3.2. RESPONSABILITÀ MEDICO-SANITARIA: RIFORMA GELLI

I dubbi sono stati spazzati via con la Legge n. 24 dell'8 marzo 2017, cosiddetta Legge Gelli, che reca «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie». In sintesi, la novella ha enucleato le seguenti fattispecie:

- «l'attribuzione della funzione di garante per il diritto alla salute al Difensore civico regionale o provinciale e l'istituzione dei Centri regionali per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente» (art. 2);
- la previsione di un nuovo istituto, «l'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza in sanità» (art. 3);
- la soggezione in capo alla struttura sanitaria dell'«obbligo di trasparenza per quanto attiene alle prestazioni sanitarie erogate e trasmissione tempestiva della documentazione sanitaria relativa al paziente» (art. 4);
- la previsione del «tentativo obbligatorio di conciliazione, previsto a pena di procedibilità, in caso di azione innanzi al giudice civile per le controversie aventi ad oggetto il risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria» (art. 8);
- l'esperibilità «dell'azione di rivalsa soltanto in caso di dolo o colpa grave» (art. 9);
- la istituzione di un «Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria» (art. 14).

La riforma ha introdotto importanti modifiche in tema di responsabilità medica: da un lato ha escluso la responsabilità penale per imperizia in capo al medico laddove dimostri di aver agito nel rispetto delle *leges artes*⁶⁴, dall'altro ha definito in maniera chiara e univoca la responsabilità in sede civile del medico e della struttura sanitaria. La norma –art. 7– si pone in continuità con gli obiettivi della riforma Balduzzi volto però a superarne le ambiguità e finalmente sciogliere qualsiasi dubbio, inerente alla responsabilità dell'esercente la professione sanitaria e della struttura sanitaria, in merito al primo comma dell'art. 3 del Decreto-legge n. 158/2012 che aveva dato non pochi problemi interpretativi in sede giurisprudenziale.

⁶⁴ Sono le c.d. linee guida sufficientemente condivise almeno da una parte autorevole della comunità scientifica in un determinato tempo e rappresentano solo un parametro di valutazione della condotta del medico.



La prima chiara indicazione è contenuta nel comma 1 dell'art. 7 della legge n. 24/2017⁶⁵ che, espressamente con il richiamo agli artt. 1218 e 1228 c.c., qualifica come contrattuale la responsabilità della struttura sanitaria che nell'adempimento della propria obbligazione si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria⁶⁶. È importante rilevare che la responsabilità ha natura contrattuale non solo quando il paziente stipula un contratto con una struttura privata «bensì anche nei casi in cui il ricovero, o la prestazione, vengano effettuati presso una struttura pubblica senza alcuna espressa manifestazione di una volontà contrattuale»⁶⁷.

La prestazione che viene eseguita è di natura complessa e assai articolata: la struttura deve fornire al paziente, oltre alla prestazione principale medica, anche una serie di prestazioni accessorie che vanno sotto il nome di «assistenza sanitaria» che generalmente consistono nella fornitura di vitto e alloggio o anche la mera vigilanza del reparto. In virtù di tale articolazione, come abbiamo sottolineato precedentemente⁶⁸, la Corte di Cassazione ha riqualificato il rapporto paziente- struttura come un «autonomo ed atipico contratto a prestazioni corrispettive» da taluni definito contratto di speditività da altri contratto di assistenza sanitaria⁶⁹.

Come già detto la riforma del 2017 segna il superamento della teoria del contatto sociale e l'affermazione della natura aquiliana della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria. Così recita il 3 comma dell'art. 7 della medesima legge:

L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del Codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590-sexies del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge.

Tuttavia, qualora il medico o il singolo operatore sanitario abbia assunto un'obbligazione contrattuale con il paziente, continua a rispondere *ex art.* 1218 c.c. anche se la prestazione avviene in ambito ospedaliero.

In merito all'azione di rivalsa per le strutture sanitarie, l'articolo 7 stabilisce che questa azione può essere esercitata solo se vi è stata una condotta intenzionale dolosa o una colpa particolarmente grave. Inoltre, la struttura sanitaria deve obbligatoriamente informare il professionista sanitario del processo risarcitorio in corso,

⁶⁵ Art. 7 co. 1: «La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose».

⁶⁶ Sono esclusi i medici che erogano prestazioni in base a rapporti contrattuali stipulati direttamente con il paziente.

⁶⁷ C. BRUSCO, *Responsabilità sanitaria civile e penale (Orientamenti giurisprudenziali e dottrinali dopo la legge Gelli-Bianco)*, Torino, Giappichelli, 2018.

⁶⁸ Si veda in tal proposito il capitolo 2.2.

⁶⁹ Cfr. Cass. civ. sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, Roma.



altrimenti l'azione potrebbe essere dichiarata inammissibile. Nel caso in cui l'azione di rivalsa venga confermata, essa potrà coinvolgere al massimo un quinto dello stipendio del medico. Inoltre, per i successivi tre anni dalla conferma definitiva della sentenza risarcitoria, il medico coinvolto non avrà diritto ad assumere incarichi professionali di livello superiore a quelli precedentemente ricoperti, nemmeno attraverso concorsi pubblici.

Riassumendo, si è precisato che «l'idea di fondo è dunque quella di spostare l'attenzione dal soggetto che ha commesso il fatto al sistema alla ricerca dei fattori che hanno agevolato o reso possibile l'incidente»⁷⁰. Come si osserva, il previgente doppio binario è in realtà divenuto un «triplo binario»⁷¹ perché ai due indicati si deve aggiungere quello relativo l'azione di rivalsa in capo alla struttura sanitaria nei confronti di coloro che hanno operato per la stessa. Si tenga conto anche che il binario può al contrario essere unico quando il danno subito dal paziente sia riferibile ad un solo soggetto che non si sia affidato a strutture esterne⁷². In conclusione, si ritiene che la Legge Gello-Bianchi finalmente abbia segnato una svolta nel corso dell'evoluzione giurisprudenziale della fattispecie del regime di responsabilità medica.

4. RESPONSABILITÀ DEL MEDICO AI TEMPI DEL COVID 19. RECENTI SVILUPPI

L'emergenza epidemiologica dovuta all'ormai *ex novo* coronavirus SARS-CoV-2 che ebbe la sua origine all'inizio del 2020, ha messo a dura prova i sistemi sanitari pubblici e privati di molte nazioni, compresa l'Italia. Si tenga però presente che lo stato di allerta per la diffusione del virus era già noto a fine gennaio del 2020 ed il 22 febbraio dello stesso anno, il Ministero della Salute emanava la prima circolare che conteneva le norme tecniche con la finalità di orientare il comportamento delle strutture sanitarie. In un caso nel quale sia ravvisabile un errore medico ai danni di un paziente affetto da Covid-19 è opportuno tracciare i confini entro i quali il medico e la struttura sanitaria siano esenti rispettivamente da responsabilità extracontrattuale e da responsabilità contrattuale.

Come abbiamo precisato nei paragrafi precedenti la normativa di riferimento per la responsabilità medica è attualmente regolata dalla legge n. 24/2017 ed è l'art. 5 della stessa a prevedere che gli operatori medici devono rispettare le raccomandazioni previste dalle linee guida e in mancanza delle suddette raccomandazioni «gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali». Sempre al primo comma del suddetto articolo si rileva che «salve le speci-

⁷⁰ M. HAZAN, F. GELLI, S. TAURINI e D. ZORZIT, *La nuova responsabilità civile in sanità*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, a cura di F. GELLI, M. HAZAN e D. ZORZIT, Milano, Giuffrè Editore, 2017, cit., 201 (v.p.205).

⁷¹ L'art. 9 della legge n. 24/2017 disciplina l'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria.

⁷² Il caso del medico di fiducia che non abbia ritenuto affidarsi a una struttura esterna.



ficità del caso concreto» l'operatore sanitario viene scagionato in caso di imperizia. È proprio nella specificità del caso che deve essere inquadrato il Covid-19: in un contesto emergenziale contraddistinto dall'assenza di indicazioni terapeutiche e di farmaci efficaci contro il virus da un lato e il ricorso a medici appartenenti ad altre specializzazioni per affrontare l'aumento improvviso della quantità di malati affetti dal virus, è necessario tipizzare tale casistica. I tentativi per cercare di delineare una normativa in tal senso non sono mancati, come dimostrano le diverse proposte di emendamento al decreto Cura Italia⁷³, le quali sono state successivamente ritirate lasciando la questione in sospenso.

Vi è da interrogarsi su quale sia stata la condotta esigibile dal medico in tal caso caratterizzato dalla novità della patologia: il coronavirus «integra senz'altro il caso eccezionale di cui all'art. 2236»⁷⁴. L'art. 2236 esclude la responsabilità del prestatore d'opera per quei danni cagionati nell'esecuzione di una prestazione implicante «la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà», fatta eccezione per la ricorrenza del dolo e della colpa grave. In riferimento all'art. 2236 la soluzione di suddetti problemi riguarda eventi «non adeguatamente studiati dalla scienza o sperimentati dalla pratica», oppure caratterizzati dal fatto che «nella scienza medica vi siano ancora dibattiti diversi ed incompatibili sui corretti sistemi diagnostici e terapeutici fra i quali il medico debba compiere una scelta»⁷⁵.

Un settore nel quale è rinvenibile la responsabilità della struttura sanitaria è l'organizzazione dei reparti: il primo comma della citata legge Gelli-Bianco dispone che «la struttura sanitaria che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, risponde ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del Codice civile». Si consideri l'ipotesi in cui il decesso o l'aggravamento della patologia siano stati causati da un ricovero tardivo in terapia intensiva: tale fattispecie non è riconducibile alla responsabilità del medico, bensì a quella della struttura sanitaria. Ricollegandoci alla già citata sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite Civili del 2008⁷⁶ l'ipotesi presa in esame discenderebbe da un contratto di ospedalità atipico che comprende oltre che delle prestazioni mediche in senso stretto anche una serie di prestazioni di natura assistenziale. In particolar modo le infezioni ospedaliere sono considerate in medicina come delle complicanze, ossia un «evento dannoso astrattamente prevedibile ma difficilmente evitabile»⁷⁷. In tal caso le uniche soluzioni rinvenibili sono due: o il peggioramento è evitabile e prevedibile e la struttura sarà responsabile *ex art.* 1218, ovvero è imprevedibile ed inevitabile ed

⁷³ Cfr. d.l. 17 marzo 2020, n.18

⁷⁴ N. GRIBAUDI, *La sanità nell'emergenza covid-19*, Altalex editore, 2020.

⁷⁵ C. IORIO, *Responsabilità medica e tutela del paziente ai tempi del Coronavirus* [online], judicium.it, 12.06.2020, <www.Judicium.it>.

⁷⁶ Cfr. Cass. civ. sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, Roma.

⁷⁷ N. TODESCHINI, *I nuovi principi della responsabilità medica*, in *La responsabilità medica*, a cura di N. Todeschini, Milano, UTET Giuridica, 2020

in tal caso la struttura sanitaria dovrà dimostrare di aver tenuto un comportamento conforme a *leges artis* al fine della prova liberatoria⁷⁸.

La legge Gelli-Bianco come abbiamo visto precedentemente, è intervenuta per regolare in modo chiara e univoca la responsabilità del medico e tutelare il paziente. L'art. 4 sancisce l'obbligo di trasparenza per tutte le prestazioni sanitarie che sono state erogate dalle strutture pubbliche e private stabilendo l'obbligo di fornire «la documentazione sanitaria disponibile relativa al paziente» se richiesta dall'interessato. L'art. 6 prevede che se l'evento si è verificato per imperizia la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida o in mancanza delle buone pratiche clinico-assistenziali. Sull'interpretazione della norma che riguarda l'aspetto penale della responsabilità del medico, si è pronunciata la Suprema Corte a Sezioni Unite⁷⁹ la quale affermava che:

l'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica:

- 1) se l'evento si è verificato per colpa (anche «lieve») da negligenza o imprudenza;
- 2) se l'evento si è verificato per colpa (anche «lieve») da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali;
- 3) se l'evento si è verificato per colpa (anche «lieve») da imperizia nella individuazione e nella scelta di linee-guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto;
- 4) se l'evento si è verificato per colpa «grave» da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico.

In conclusione, si può affermare che l'operatore sanitario potrà andare esente da responsabilità «soltanto nel caso in cui la sua condotta imperita sia giustificata dalla assenza di linee guida/buone pratiche in grado di orientare la condotta terapeutica»; non, invece, laddove, nonostante il contesto emergenziale, egli abbia causato un danno per inosservanza della *legis artis* ovvero abbia tenuto una condotta negligente o imprudente. In altri casi la pandemia (emergenza epidemiologica dovuta al coronavirus SARS-CoV-2) integra il caso di forza maggiore idoneo ad escludere il fatto illecito del medico.

⁷⁸ Cfr. Cass. III Sez., 30.06.2015, n. 13328, Roma.

⁷⁹ Cfr. Cass.penale, sez. un., 22 febbraio 2018, n. 8770, Roma.



5. ANALISI COMPARATA IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ CIVILE DEL MEDICO ALL'INTERNO DELL'ORDINAMENTO DELL'UE

L'evoluzione giurisprudenziale che ha «patito» il regime di responsabilità civile del medico ci fa pensare al ruolo cruciale dei medici e delle strutture sanitarie nel garantire il benessere e la salute della popolazione nel rispetto degli articoli 2, 3 e 32 della Costituzione. Da un lato, i pazienti richiedono trattamenti di alta qualità, spesso al di là delle possibilità reali. Dall'altro, gli operatori sanitari e le strutture devono garantire servizi sempre più avanzati e efficienti, per rispondere alle esigenze del paziente. Un buon equilibrio potrebbe essere raggiunto cercando modi più sostenibili e adeguati di finanziare il settore sanitario pubblico. Ridurre i tagli al sistema sanitario potrebbe evitare cause legali che, al momento, sono diventate insostenibili. Spesso, i medici si trovano a lavorare in strutture obsolete e prive delle attrezzature necessarie. Investire di più nella manutenzione delle strutture e nel rinnovo delle apparecchiature potrebbe essere una soluzione in modo tale da dotare il paese di una struttura medico-sanitaria di pari passo con quelle degli altri Stati europei e non solo. In particolare, svolgendo lo sguardo sulle normative dei principali Stati europei qui poniamo un'analisi della legislazione della Spagna, Francia, Germania per avere un quadro completo del regime di responsabilità civile in materia medica.

5.1. ORDINAMENTO FRANCESE. IL SISTEMA *NO FAULT*

In Europa l'esperienza che maggiormente ha segnato una svolta nel quadro comparatistico è rappresentato dall'esperienza francese. La sentenza *Mercier*⁸⁰ del 1936 ascrisse la responsabilità medica nella fattispecie del regime da responsabilità contrattuale. Nel caso specifico, il medico *Mercier* fu ritenuto responsabile per non aver praticato un'operazione chirurgica, che avrebbe potuto salvare la vita del paziente. La Corte riconobbe la negligenza medica in quanto *Mercier* non aveva adottato tutte le misure necessarie per salvaguardare la vita del paziente, avendo posticipato l'intervento chirurgico. La *Cassation* per la prima volta stabilì che tra il paziente e medico sussiste un «*contrat médical*», definendolo come «fornire assistenza, non qualsiasi, ma coscienziosa, attenta e, fatte salve circostanze eccezionali, coerente con i dati acquisiti dalla scienza»⁸¹. Questa sentenza ha contribuito a stabilire un precedente giuridico importante, affermando che un medico può essere ritenuto responsabile se non esercita il dovuto livello di diligenza e cura nel trattamento dei pazienti, e che la negligenza medica può portare a conseguenze legali. Infatti, fino ad allora la responsabilità medica si inquadra nell'ambito delle *obligations de moyens*⁸² in cui

⁸⁰ Secondo quanto esposto nella rivista sulla Responsabilità Medica 2019 n. 2, nella sentenza *Mercier* «si riconobbe al paziente il beneficio del termine prescrizione di 30 anni».

⁸¹ Cass. civ., 20 mai 1936, DP, 1936. 1. 88, Francia.

⁸² R. ZWEIFERT, H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato*, Milano, 2013.

l'inadempimento si configura nel non aver eseguito la prestazione con la diligenza dovuta. Ma la dottrina e l'orientamento si evolvono e questo da origine a una nuova tesi di responsabilità oggettiva in materia medico-sanitaria e nello specifico di «une obligation de sécurité de résultat» dove la struttura sanitaria si può esimere se la causa non è imputabile alla stessa («cause étrangère»). L'intervento del legislatore nel 2002, attuato dalla loi Kouchner⁸³, ha introdotto nuove modifiche in materia di responsabilità medica. Questi cambiamenti mirano a ridurre il coinvolgimento diretto dei medici nel risarcimento dei danni causati in modo involontario nell'ambito sanitario, almeno per quanto riguarda il settore pubblico⁸⁴. La riforma ha ricostituito il regime della responsabilità sanitaria tenendo conto di giurisdizioni differenti:

- Nei casi in cui il medico sia un dipendente della struttura sanitaria (pubblica), il rapporto che intercorre tra lo stesso e il paziente corrisponde alla fruizione di un servizio pubblico, pertanto, la competenza ricade nella giurisdizione amministrativa.
- Il rapporto che intercorre tra il medico e il paziente invece ricade nel regime di responsabilità contrattuale e la prescrizione del diritto ad agire è di 30 anni. Pertanto, la competenza giurisdizionale è del giudice civile.

La loi Kouchner ha istituito un organismo amministrativo, l'Oniam⁸⁵, con il compito di indennizzare il paziente che, nel caso in cui subisca un danno e il medico sia esente da colpa, non rimanga senza tutela risarcitoria. Il paziente in primis deve «provare di aver subito un danno e che esso trova causa nella prestazione di cura»⁸⁶ e la soglia di invalidità deve essere pari o superiore al 25%. Questo comporterebbe però il tener fuori dall'area dei danni indennizzabili, tutti quelli al di sotto della soglia ma le ragioni di tale scelta legislativa risiedono nel non gravare ulteriormente la spesa pubblica⁸⁷.

5.2. ORDINAMENTO SPAGNOLO. IL CONCORSO DI RESPONSABILITÀ

All'interno della legislazione spagnola, manca una legge specifica che regoli questo importante e sensibile campo della responsabilità civile. Negli ultimi decenni in Spagna, simile all'esperienza italiana, c'è stato un aumento significativo dei casi di presunta negligenza professionale sanitaria portando a un aumento delle cause

⁸³ Legge n. 303 del 4 marzo 2002 (Francia).

⁸⁴ Si veda a tale proposito: AMODIO, C., *La responsabilità medica nell'esperienza francese tra schemi consolidati e prospettive aperte dalla loi n. 2002-303*, in *DEA*, 2004, p. 459.

⁸⁵ Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales.

⁸⁶ *Responsabilità Medica*, n. 2, 2019, Pacini Editore.

⁸⁷ L. NOCCO, *Un no-fault plan come risposta alla «crisi» della responsabilità sanitaria? Uno sguardo sull'«alternativa francese» a dieci anni dalla sua introduzione*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 449.



per ottenere risarcimenti. Tuttavia, spesso i danni subiti dai pazienti vengono considerati come extracontrattuali, portando a importanti complicazioni, specialmente in termini di tempi per presentare le richieste, l'onere della prova e l'identificazione del nesso causale. Per esempio, il periodo per richiedere un risarcimento per negligenza medica contrattuale è di 15 anni, mentre per quella extracontrattuale è di un anno. Anche in Spagna, c'è una tendenza a ridurre l'onere della prova per i pazienti, spesso ricorrendo a presunzioni di responsabilità, soprattutto in casi di interventi medici di routine o in situazioni in cui le conseguenze sono insolite e sproporzionate.

In Spagna non esiste una normativa specifica della responsabilità medica. Le uniche fonti da cui la dottrina si muove per analizzare la responsabilità del medico sono

- la Ley 41/2002 «*basica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*» che non fa altro che regolare il diritto ad essere informato per il paziente per consentire la prestazione medica⁸⁸.
- Gli articoli 1101-1108 del *codigo civil* in merito alla responsabilità contrattuale in generale.
- Gli articoli 1902- 1910 del *codigo civil* in merito alla responsabilità extracontrattuale in generale.

Questo comportò una serie di diaspore e divergenze tra le opinioni dottrinali, *in primis* in relazione al termine di prescrizione differente rispettivamente 15 anni per il regime di responsabilità contrattuale e 1 anno per quello da responsabilità aquiliana. D'altra parte, è possibile anche la responsabilità per fatto altrui, come nel caso di una clinica o ospedale rispetto al medico assunto, in base all'articolo 1903 del *codigo civil*.

Allo stesso modo, è essenziale che l'azione del medico sia una delle cause o la causa stessa della produzione del danno (cioè, deve esistere una relazione causa-effetto). In questo senso, ad esempio, la decisione della Corte Suprema del 9 ottobre 1995⁸⁹ ha stabilito che non c'era una relazione causale tra il ritardo nell'effettuare un intervento chirurgico e il decesso del paziente. La dichiarazione di responsabilità richiede quindi l'esistenza di una relazione di causalità tra l'azione del medico (anche se questa fosse parte del processo) e il danno prodotto⁹⁰.

L'orientamento giurisprudenziale ascrive la categoria della responsabilità del medico nella fonte delle obbligazioni di mezzi. Il medico che commette un errore professionale nella diagnosi della malattia del paziente potrebbe essere responsabile se non ha utilizzato i mezzi o le tecniche adeguate secondo lo stato attuale della scienza.

⁸⁸ A. GELABER MAST, *Comunicacion medico-paciente*, I edizione, 2012, Marge Books, Barcellona

⁸⁹ STS de 9 octubre de 1995, rec. 1238/1995.

⁹⁰ ANGEL YAGÜEZ, R. De, *Responsabilidad civil por actos médicos: problemas de prueba*, Civitas, Madrid, 1999.

Tuttavia, questa tesi non implica che l'attenzione richiesta al medico debba essere interpretata in modo tale che un semplice errore costituisca sempre una mancanza nell'adempimento del dovere di diligenza. A tal proposito, vi è la tendenza a venire incontro al paziente mediante lo strumento della presunzione, in capo all'operatore sanitario, di responsabilità, specialmente negli «interventi di facile esecuzione» che non ottengano il risultato atteso⁹¹. Questo evento comporta la prova in capo all'operatore sanitario che la mancata prestazione sia stata dovuta a negligenza del paziente, un caso fortuito oppure forza maggiore.

5.3. ORDINAMENTO TEDESCO. LA TIPIZZAZIONE DEL CONTRATTO

Se in Spagna abbiamo visto che manca totalmente una disciplina specifica della responsabilità medica, in senso opposto si muove l'ordinamento tedesco. In Germania la normativa in materia di responsabilità del medico è consolidata e positivizzata, anche a seguito della riforma legislativa del 2013⁹² che ha ridefinito il contratto di trattamento medico. I danni derivanti dall'esercizio dell'attività sanitaria sono stati inseriti all'interno della responsabilità contrattuale, basata sul rapporto contrattuale tra paziente da un lato e medico e/o struttura sanitaria dall'altro.

Anche nel sistema giuridico tedesco, il processo ha un onere probatorio più favorevole per il paziente, ponendo l'accento sul medico che deve dimostrare di aver adempiuto diligentemente alla prestazione richiesta o di avere provato che il danno al paziente è stato causato da una causa esterna.

La normativa è caratterizzata dalla varietà di contratti con oggetto il trattamento medico:

- Contratto tra paziente e medico- libero professionista.
- Contratto tra paziente e una clinica.
- Contratto tra paziente e al tempo stesso medico –libero professionista e clinica in quanto il medico– libero professionista utilizza le strutture poste a disposizione dalla clinica.

Il contratto di trattamento medico è stato introdotto dalla legge *Patientenrechtengesetz* con relativo articolo novellato § 630a del BGB⁹³, di cui si propone a seguito una sommaria traduzione:

- (1) Il contratto di trattamento obbliga la persona che promette il trattamento medico di un paziente (trattamento) a fornire il trattamento promesso, l'altra

⁹¹ Si pronuncia in tal senso, GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica*, Madrid, 2005.

⁹² Legge 25 febbraio 2013, «*Patientenrechtengesetz*» (legge sul miglioramento dei diritti del paziente).

⁹³ Il codice civile tedesco.



parte (paziente) a concedere la remunerazione concordata, a meno che un terzo non sia obbligato a pagare.

- (2) Il trattamento deve essere effettuato secondo gli standard professionali generalmente accettati esistenti al momento del trattamento, se non diversamente concordato.

Si ritiene che questo tipo di rapporto contrattuale debba essere incluso nella fattispecie di contratto di servizio⁹⁴ sulla base che il debitore effettua il trattamento «secondo gli standard professionali generalmente accettati esistenti al momento del trattamento, se non diversamente concordato» e non come obbligazione di risultato. Per quanto riguarda l'onere probatorio è bene richiamare l'articolo § 630h che recita:

- (1) Si sospetta un errore del medico curante se si è realizzato un rischio generale di trattamento che era completamente controllabile per il medico e che ha portato a lesioni alla vita, al corpo o alla salute del paziente.
- (2) Il trattamento deve dimostrare di aver ottenuto il consenso ai sensi del § 630d e di aver chiarito in conformità con i requisiti del § 630e. Se l'educazione non soddisfa i requisiti del § 630e, il trattamento può invocare che il paziente avrebbe acconsentito alla misura anche in caso di adeguata educazione.
- (3) Se il medico non ha registrato una misura essenziale richiesta dal punto di vista medico e il suo risultato in violazione del § 630f paragrafo 1 o paragrafo 2 o se non ha conservato la cartella del paziente in violazione del § 630f paragrafo 3, si presume che non abbia preso questa misura.
- (4) Se un medico non era in grado di trattare il trattamento da lui fornito, si presume che la mancanza di capacità sia stata la causa del verificarsi di lesioni alla vita, al corpo o alla salute.
- (5) Se si verifica un grave errore di trattamento ed è in linea di principio suscettibile di causare lesioni alla vita, al corpo o alla salute della specie effettivamente verificatasi, si presume che l'errore di trattamento sia stato la causa di tale lesione. Ciò vale anche se il trattamento ha omesso di raccogliere o garantire in tempo utile un risultato richiesto, nella misura in cui i risultati avrebbero fornito con sufficiente probabilità un risultato che avrebbe dato luogo a ulteriori misure, e se l'omissione di tali misure sarebbe stata gravemente errata.

Riassumendo, la regolazione dell'onere probatorio prevede:

- Una presunzione di errore «quando il danno consegue all'avverarsi un rischio di trattamento dominabile»⁹⁵.
- Una presunzione di responsabilità se il medico non era esente da colpa grave.

A causa dell'aumento progressivo delle cause di errore medico, in Germania, come in molti altri contesti, si sta chiedendo l'introduzione di meccanismi di

⁹⁴ Nella traduzione del rispettivo codice tedesco *Dienstvertrag*, si veda a tal proposito l'articolo § 611 del BGB.

⁹⁵ Responsabilità Medica, n. 2, 2019, Pacini Editore.



«risarcimento» per i danni derivanti dalle prestazioni sanitarie, al fine di alleviare il peso della responsabilità civile che attualmente grava sui medici.

6. CONCLUSIONI

La peculiare situazione analizzata nel seguente articolo merita alcune considerazioni conclusive. A ben vedere, l'analisi della responsabilità medica nel contesto italiano fornisce un'ottima base per riflettere sulle possibili lacune e i possibili miglioramenti anche tenendo conto degli altri sistemi europei in ottica di comparazione. In primo luogo, la Francia sembra adottare un approccio più strutturato con una chiara e netta distinzione tra responsabilità civile e amministrativa: il *discrimen* è rappresentato dall'esistenza o meno di un contratto tra il paziente e il medico. Nel caso in cui il medico sia un libero professionista o lavori all'interno di una struttura privata, la competenza rimarrà del tribunale civile (*Cour de Cassation*) qualora il paziente volesse adire all'autorità giudiziaria poiché il rapporto tra i due soggetti si fonda su un contratto. Ciò non accade con riferimento all'esercente la professione sanitaria che sia un dipendente pubblico poiché in tal caso ne risponderà la struttura pubblica su ricorso del paziente all'autorità amministrativa. Inoltre, il modello francese prevede un sistema di assicurazione obbligatoria gestito dallo Stato con funzione di indennitaria, mediante la creazione dell'Oniam. Di fatto, l'introduzione di tale modello (c.d. no fault) nello Stato italiano presupporrebbe l'obbligo da parte degli esercenti la professione sanitaria e le strutture pubbliche/privata di dotarsi di una copertura assicurativa a tutela dei propri pazienti. In tale prospettiva, la figura del medico occuperebbe uno spazio marginale nell'area della tutela risarcitoria ma solleverebbe alcune problematiche per l'alternatività del metodo indennitario e l'applicazione dell'art. 7 della legge Gelli-Bianco che garantisce piena tutela al paziente. D'altro canto, in Spagna, la situazione appare più complessa a causa della mancanza di una normativa specifica, con un'incertezza sui termini di prescrizione e sul tipo di responsabilità applicabile. A ben vedere, le principali differenze con il sistema italiano riguardano i diversi termini di prescrizioni della responsabilità civile. Ad esempio, il termine di prescrizione della responsabilità civile contrattuale è di quindici anni, mentre per quella extracontrattuale tale termine è di un anno. In Italia i regimi dei termini di prescrizione sono differenti prevedendo dieci anni per il diritto al risarcimento dei danni *ex art.* 1218, mentre un periodo di cinque anni per il diritto al risarcimento dei danni *ex art.* 2043. Come effetto collegato diventa così difficile per il paziente, nel sistema spagnolo, adire le vie legali per ottenere il risarcimento dei danni in caso di responsabilità extracontrattuale; pertanto, la tendenza comune è quella di allargare l'area delle presunzioni in capo all'esercente la professione sanitaria come nel caso degli interventi di facile esecuzione o comunque interventi da cui ne derivano conseguenze sproporzionate. La Germania, con la sua riforma legislativa del 2013, sembra orientata verso una maggiore protezione del paziente, con un onere probatorio più favorevole e la considerazione di meccanismi di indennizzo dei danni. L'osservazione delle tendenze comuni evidenzia un movimento verso una maggiore tutela del paziente attraverso l'introduzione di sistemi



di «indennizzo» (si veda per esempio il modello c.d. no-fault) e una semplificazione delle procedure legali. Questo suggerisce che potrebbe esserci spazio per una riforma simile anche nel contesto italiano, magari orientata verso un sistema no-fault che assicuri un rapido e adeguato risarcimento per i danni subiti dai pazienti, riducendo al contempo il peso della responsabilità civile sui medici. È chiaro che gli anni della pandemia covid-19 hanno accentuato le sfide legate a questa tematica, la cui complessità sembra in continua evoluzione e capace di suscitare numerosi spunti e riflessioni da parte di giuristi e medici legali. La Legge Gelli-Bianco ha portato con sé più dubbi che innovazioni: indubbiamente se si guarda alle norme inerenti la tutela dell'esercente la professione sanitaria, la Legge Balduzzi sembra offrire una maggiore protezione al medico nei casi di negligenza ed imprudenza qualora la colpa imputabile sia lieve; d'altro canto la Legge Gelli-Bianco potrebbe dare maggiore respiro in tema di responsabilità in caso di imperizia, soprattutto se l'errore si verifica durante una fase operativa e se esiste una linea guida che può essere seguita. Tuttavia, rimane il dilemma su come valutare l'errore in assenza di raccomandazioni adeguate o se le raccomandazioni stesse sono state «mal scelte». In questi casi, anche un medico leggermente colpevole potrebbe essere ritenuto responsabile, come prima o forse anche più di prima. I progressi nel campo della disciplina lasciano quindi spazio a futuri cambiamenti, a ulteriori approfondimenti e a una visione positiva verso una possibile riforma che miri alla ricerca un equilibrio tra la tutela del paziente e la giusta considerazione delle responsabilità professionali dei medici.

