

Pier Francesco Zari

**LA L. N. 24 DEL 2017 E IL
FORMANTE GIURISPRUDENZIALE:
UN POSSIBILE *REQUIEM* DI UN
APPROCCIO POST-MODERNO
ALLA RESPONSABILITÀ SANITARIA**

Estratto



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

Responsabilità civile - Danno alla salute - Danno non patrimoniale - Responsabilità della struttura sanitaria - Natura contrattuale - Contatto sociale - Onere probatorio - Ripartizione.

(art. 1218 c.c., art. 2043 c.c., art. 2059 c.c. - 2236 c.c.).

TRIBUNALE DI GENOVA, 18 settembre 2017.

Il danno alla salute cagionato dalla struttura ospedaliera integra ha natura non patrimoniale ed è risarcibile secondo l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. La responsabilità della struttura sanitaria nei confronti del paziente, fondata sul contatto sociale, ha natura contrattuale. I regimi della ripartizione dell'onere della prova sono quelli delle obbligazioni sorgenti da contratto atipico di «spedalità».

Sentenza

Omissis

Tanto premesso, la domanda risarcitoria formulata dalla sig.ra F. appare fondata e merita, quindi, accoglimento nei termini infra specificati.

Giova, anzitutto, rilevare che, in base al consolidato orientamento giurisprudenziale, cui questo giudice ritiene di aderire, «la responsabilità della struttura ospedaliera, fondata sul «contatto sociale», ha natura contrattuale. Ne consegue che, in virtù del contratto, la struttura deve fornire al paziente una prestazione assai articolata, definita genericamente di «assistenza sanitaria», che ingloba al suo interno, oltre alla prestazione principale medica, anche una serie di obblighi

c.d. di protezione ed accessori. Così ricondotta la responsabilità della struttura ad un autonomo contratto (di spedalità), la sua responsabilità per inadempimento si muove sulle linee tracciate dall'art. 1218 c.c., e, per quanto concerne le prestazioni mediche che essa svolge per il tramite dei medici propri ausiliari l'individuazione del fondamento di responsabilità dell'ente nell'inadempimento di obblighi propri della struttura consente quindi di abbandonare il richiamo, alquanto artificioso, alla disciplina del contratto d'opera professionale e di fondare semmai la responsabilità dell'ente per fatto dei dipendenti sulla base dell'art. 1228 c.c. » (Cass. n. 3/2/2012 n. 1620, e, in senso conforme, Cass. n. 1698/2006 e Tribunale di Milano 3/12/2014 n. 14401).

Sotto il profilo probatorio, la stessa S.C. ha avuto modo di precisare che «nel giudizio di risarcimento del danno conseguente ad attività medico chirurgica, l'attore danneggiato ha l'onere di provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza (o l'aggravamento) della patologia e di allegare l'inadempimento qualificato del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno

lamentato, restando, invece, a carico del medico e/o della struttura sanitaria la dimostrazione che tale inadempimento non si sia verificato, ovvero che esso non sia stato causa del danno» (Cass. 30/09/2014 n. 20547 e, nello stesso senso, Cass. 12/12/2013 n. 27855).

Orbene, per quanto attiene al caso concreto (in cui non risulta in contestazione tra le parti che i tre interventi chirurgici sopra descritti siano stati eseguiti allorché la sig.ra F. si trovava ricoverata presso l'ospedale S. M.), a fronte della prova fornita dall'odierna attrice della sua patologia e dell'allegazione dell'evento al quale la medesima va ricondotta, deve escludersi che l'ente ospedaliero convenuto sia riuscito a fornire la prova liberatoria richiesta dall'art. 1218 c.c..

Al riguardo, occorre infatti evidenziare che il CTU, a seguito di approfonditi accertamenti e con argomentazioni congruamente motivate, come tali perciò condivisibili, dopo avere rilevato che «l'incompletezza della documentazione clinica» non ha permesso di accertare «con sufficiente grado di probabilità» che l'infezione in esame fosse già insorta dopo il primo intervento del 18/04/2011, ha precisato che «certamente, invece, in esito all'intervento di sostituzione dei mezzi di sintesi del 08/01/2013 si è venuta a determinare una grave infezione causalmente riconducibile all'atto chirurgico stesso e che ha richiesto un nuovo intervento chirurgico ed un lungo periodo di ricovero per terapia medica» (cfr. pagine 40 e 41 della relazione dell'8/2/2016).

Lo stesso consulente, del resto, ha ribadito quanto segue a pagina 50: «evidente in questo caso ed indiscutibile il nesso causale fra intervento di osteosintesi del 08/01/2013 e l'insorgenza dell'infezione. Dal momento che i due ceppi batterici isolati dalla

ferita chirurgica appartengono entrambi a specie note per la loro capacità di causare infezioni purulente in siti chirurgici, ed in special modo in soggetti diabetici, si deve ritenere molto probabile che l'infezione manifestatasi in forma acuta nel settembre 2013 sia derivata da una non corretta gestione clinica di una complicanza settica della ferita manifestatasi precocemente già a distanza di un mese e mezzo dall'intervento»; ne deriva l'infondatezza di quanto sostenuto dal convenuto a proposito della necessità di identificare il momento in cui può essere avvenuto il contagio, nonché della necessità dell'accertamento che non sia stato fatto tutto il possibile per evitarne l'insorgenza (v. pagine 18-19 della comparsa conclusionale).

Ad ulteriore conferma di quanto sopra esposto, la dott.ssa P., in risposta al quesito concernente la quantificazione dei postumi invalidanti, ha inoltre precisato che le «complicanze verificatesi e causalmente riconducibili a comportamento professionale dei sanitari dell'AOU S. M. non aderente alle linee guida ed alle norme di prudente condotta» hanno determinato il danno differenziale meglio specificato a pag. 54 dell'elaborato.

D'altra parte, con riguardo al secondo intervento, è stata prospettata dal consulente l'inosservanza delle predette linee guida sotto il profilo della durata della terapia antibiotica, del monitoraggio dei parametri ematici nonché dell'esecuzione di esami diagnostici specifici (pag. 47).

Per le pregresse considerazioni, deve pertanto ritenersi che l'inadempimento del personale medico sia stato eziologicamente rilevante ai fini dell'insorgenza dell'infezione che qui interessa, senza che ricorrano le condizioni per disporre la rinnovazione o, comunque, un supplemento di CTU.

Privo di pregio, ai fini dell'esclusione del-

la responsabilità, appare invece il richiamo del convenuto alle condizioni generali di salute della signora F. (obesità, diabete, ecc.), atteso che sotto tale profilo la dott.ssa P. ha rilevato che l'infezione non può essere considerata riconducibile alle numerose «comorbidità» dell'attrice «ma casomai da loro favorita» e che «un adeguato approccio terapeutico avrebbe potuto molto probabilmente evitare la sepsi con formazione di raccolta ascessuale del settembre 2013; allo stesso modo, risulta ininfluenza il trauma subito dalla sig.ra F. due giorni prima del 5/7/2011, stante la lieve entità dello stesso» (v. in proposito pag. 52 della relazione).

Del pari, deve escludersi che la patologia sia stata causata dall'intervento di by pass gastrico, dato che, anche sotto tale profilo, il CTU ha riferito che «i microorganismi isolati nel settembre 2013 dalla ferita chirurgica sono pienamente compatibili con il quadro ascessuale poi presentatosi e non possono aver avuto origine da un intervento di bypass gastrico» (pag. 53).

Per quanto riguarda poi le osservazioni critiche formulate dal CTP dott. V., le stesse non appaiono condivisibili alla luce delle dettagliate e motivate risposte (da intendersi in questa sede integralmente richiamate) fornite dalla menzionata dott.ssa P. Passando poi alla disamina del quantum, il fatto illecito, oltre a configurarsi come reato, viola il diritto costituzionale alla salute e quindi, ai fini risarcitori, comporta il ristoro del danno non patrimoniale unitariamente considerato, nei termini di seguito illustrati, secondo la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. datane dalla giurisprudenza (Cass. 17144/2006, Cass. 14302/2006 e Cass. 26972/2008).

Orbene, dall'espletata CTU è emerso che in conseguenza del sinistro stradale del 14/

04/2011 sono comunque derivati alla sig.ra M. F. (di anni 42 all'epoca dell'intervento dell'8/1/2013) esiti invalidanti permanenti pari al 9% della totale e che, in seguito alle complicanze ascrivibili alla condotta negligente del personale medico, è derivato un «ulteriore danno biologico iatrogeno nella misura del 9% ... da calcolarsi quindi come danno differenziale dal 9 al 18%» (v. pag. 54 della relazione).

La stessa dott.ssa P. ha inoltre accertato un'invalidità temporanea totale di settantacinque giorni, un'invalidità temporanea parziale di cento giorni al 50%, nonché un'ulteriore invalidità temporanea parziale di trecento giorni al 25% (cfr. pag. 54).

Il danno non patrimoniale subito dall'attrice – nelle sue componenti di pregiudizio che appare opportuno tenere distinte, anche se con valenza meramente descrittiva, al fine di giustificare dal punto di vista motivazionale e rendere così controllabile il quantum riconosciuto ed evitare possibili duplicazioni risarcitorie – viene determinato (applicando le c.d. Tabelle di Milano) sulla base del seguente calcolo:

IP		€ 39.123,00
	(18% € 57.410,00 – 9% € 18.287,00)	
ITT	(75 giorni x € 130,00)	€ 9.750,00
ITP	(100 giorni x € 130,00 al 50%)	€ 6.500,00
ITP	(300 giorni x € 130,00 al 25%)	€ 9.750,00
Sommario		€ 65.123,00

Va osservato, con riguardo all'invalidità temporanea, che l'applicazione dell'importo giornaliero di € 130,00 anziché di quello minimo pari ad € 96,00 trova giustificazione nella necessità di risarcire il profilo di danno consistente nella sofferenza inevitabilmente derivata all'attrice a) dal fatto di essersi dovuta sottoporre ad un lungo periodo di ricovero, b) dalla preoccupazione di non recuperare il pieno vigore fisico, c) nonché dal do-

vere trascorrere il resto della vita con una non trascurabile invalidità di natura permanente.

Conformemente ai principi generali sui debiti di valore e in applicazione dei criteri stabiliti dalla giurisprudenza (Cass. S.U. n. 1712/1995), la menzionata somma capitale riconosciuta a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale deve essere previamente devalutata fino alla data del sinistro (8 gennaio 2013) e sulla stessa, progressivamente rivalutata anno per anno, vanno calcolati gli interessi al tasso legale fino all'odierna liquidazione; devono, altresì, riconoscersi gli interessi legali corrispettivi dalla data odierna fino all'effettivo pagamento.

Priva di pregio appare poi la richiesta atorea relativa agli asseriti danni patrimoniali, non avendo la stessa trovato adeguato riscontro sotto il profilo probatorio.

Ininfluyente, ai fini della decisione, risulta invece il richiamo di parte convenuta all'art. 1304 c.c., dato che la sig.ra F. ha agito nel presente giudizio per il risarcimento del danno (differenziale, secondo quanto in precedenza esposto) derivante da infezione nosocomiale, e, quindi, in relazione ad un pregiudizio del tutto distinto rispetto a quello che

può avere formato oggetto dell'asserita transazione con la compagnia assicuratrice del veicolo coinvolto nell'incidente del 14/04/2011; in sostanza, alla luce del fatto giuridico posto a fondamento della pretesa risarcitoria avanzata nella presente vertenza, non può ravvisarsi un'ipotesi di obbligazione solidale tra la predetta compagnia e l'ospedale S. M..

Ne consegue che non vi è luogo a provvedere sulla richiesta di esibizione formulata a pag. 26 della comparsa conclusionale.

In virtù del criterio della soccombenza, parte convenuta va condannata al pagamento delle spese di lite (valore compreso tra € 52.000,01 ed € 260.000,00) liquidate ex D.M. 55/2014, nonché di quelle di CTU, stante l'esito di detto accertamento, secondo quanto in precedenza illustrato. Al contrario, non può trovare accoglimento la domanda di parte attrice intesa ad ottenere il rimborso delle spese concernenti il procedimento di mediazione e di quelle di CTP, dato che la sig.ra F. non ha prodotto documentazione contabile idonea a dimostrare di avere in concreto sostenuto gli esborsi in questione, non potendo all'uopo rilevare i semplici «pro forma» del 21/11/2014 e del 17/07/2017.

Omissis

La l. n. 24 del 2017 e il formante giurisprudenziale: un possibile *requiem* di un approccio post-moderno alla responsabilità sanitaria.

SOMMARIO: 1. Il caso; 2. Principi di diritto della sentenza e commento; 2.1. Responsabilità medica da contatto sociale; 2.2. Onere della prova; 3. Commento dei punti di diritto; 4. Il criterio utilizzato dal Tribunale di Genova.

1. *Il caso.*

La signora M. F., dopo essere stata coinvolta in un incidente stradale ed aver subito la

frattura chiusa del piatto tibiale sinistro il 14/04/2011, veniva ricoverata ed operata chirurgicamente il 18/04/2011. Tre giorni dopo, tuttavia, subiva una seconda operazione, venendo inoltre rilevata un'area infetta. L'8 gennaio 2013 la signora veniva sottoposta ad un terzo intervento chirurgico. In data 25 settembre 2013 verrà ricoverata dunque nella stessa struttura ospedaliera con la diagnosi di « stato settico e osteomielite da infezione mezzi di sintesi ossea piatto tibiale sinistro (...) ». Secondo la diagnosi effettuata in seguito alla visita medico-legale presso il dottor V. M., il decorso della lesione fratturativa del 14/04/2011 era stato aggravato da infezione nosocomiale, venendo accertata inoltre la sussistenza di invalidità permanente e danno ulteriore biologico iatrogeno. La struttura ospedaliera negava qualsiasi richiesta di risarcimento danni sostenendo la complessità della situazione clinica della paziente e la non riconducibilità probabilistica della complicanza effettiva alla serie di interventi subiti dalla paziente proprio nella struttura ospedaliera, nonché la spropositatezza, senza alcun fondamento giuridico, della richiesta attorea di risarcimento danni, valutata come eccessiva.

Il tribunale di Genova, aderendo al consolidato orientamento giurisprudenziale che riconduce a natura contrattuale la responsabilità della struttura sanitaria, con tutte le naturali conseguenze a livello di oneri probatori e termini di prescrizione, valuta come insufficiente la prova liberatoria fornita dalla struttura, condannandola al risarcimento dei danni provocati da inadempimento dell'obbligazione complessa sorgente dal contratto atipico di ospedalità, sposando dunque l'enunciato dell'art. 1218 c.c. Si rigetta inoltre la richiesta attorea di risarcimento danni così formulata dalla signora M. F., valutata come eccessiva e ricalcolata dunque in base alla c.d. Tabelle di Milano nonché di danno patrimoniale, data l'insufficienza probatoria rilevata nell'istanza della parte attrice relativamente alla dimostrazione dello stesso.

Pertanto si condanna la struttura ospedaliera al pagamento non solo delle spese legali e della CTU effettuata, ma anche al risarcimento dei danni non patrimoniali subiti dall'attore in virtù delle complicanze intervenute dopo il primo intervento.

2. *Principi di diritto della sentenza e commento.*

Molti sono i principi di diritto ispiratori della pronuncia in esame. Altresì bisogna notare che molti invece non sono i punti di discussione. Nel corso della disamina logica della sentenza del tribunale genovese si scorgono indicatori testuali di rilevanza: i giudici scelgono infatti di trovare nelle righe di altre pronunce, di peso e autorità indiscutibili, per suffragare il proprio ragionamento.

Per ricondurre la responsabilità della struttura ospedaliera a natura contrattuale, si fa riferimento rispettivamente alle sentenze n. 1620 del 2012 Cass., n. 1698 del 2006 Cass. e n. 14401 del 2014 Trib. Milano. Con le prime due si riprende il filone giurisprudenziale che riconduce la categorie assoggettabili al concetto di contatto sociale qualificato alla

radice di responsabilità contrattuale¹⁾. Tale orientamento, per restare alle parole dei giudici, fa chiaro che « il complesso ed atipico rapporto che si instaura tra la casa di cura e il paziente, anche nel caso in cui quest'ultimo scelga al di fuori della struttura sanitaria il medico curante, non si esaurisce nella mera fornitura di prestazioni di natura alberghiera (somministrazione di vitto e alloggio), ma consiste nella messa a disposizione del personale medico ausiliario e di quello paramedico, nonché nell'apprestamento dei medicinali e di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicanze » (Cass. SS. UU. 1 luglio 2002, n. 9556). Per cui « ne consegue che, in virtù del contratto, la struttura deve fornire al paziente una prestazione assai articolata, definita genericamente di assistenza sanitaria, che ingloba al suo interno, oltre alla prestazione principale medica, anche una serie di obblighi di protezione e accessori » e « (...) ricondotta la responsabilità della struttura ad un autonomo contratto (di speditività), la sua responsabilità per inadempimento si muove sulle linee tracciate dall'art. 1218 c.c., e, per quanto concerne le prestazioni mediche che essa svolge per il tramite dei medici propri ausiliari, l'individuazione del fondamento di responsabilità dell'ente nell'inadempimento di obblighi propri della struttura consente quindi abbandonare il richiamo, alquanto artificioso, alla disciplina del contratto d'opera tradizionale e di fondare semmai la responsabilità dell'ente per fatto dei dipendenti sulla base dell'art. 1228 c.c. ». La sentenza n. 14401 del 2014 invece riprende quel sentiero già tracciato nella pronuncia n. 13574 del 2014 del tribunale meneghino, con la quale si contraddiceva l'orientamento formulato nella n. 14320 del 2014, sempre del foro milanese²⁾. In quest'ultima, la corte individuava nella responsabilità extracontrattuale del medico l'ovvia conseguenza di una mancanza, dal punto di vista formale, di un qualsiasi appiglio negoziale per giustificare la tesi contrattualistica, che muoveva invece le mosse dalla rilevanza attribuita in sede esegetica al

1) In questo filone, la pronuncia capostipite è la sentenza n. 589 del 1999 della Cassazione (in *Danno e Resp.*, 1999, p. 299, con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*). Tale pronuncia ha accolto la teoria dei rapporti contrattuali di fatto nel nostro ordinamento e ha stabilito che le regole della responsabilità contrattuale si applicano anche ai rapporti che nascono da contatto sociale; in particolare, tale nozione è stata applicata al rapporto tra il medico del pronto soccorso, dipendente di un ente ospedaliero, e il paziente. Tra il medico e il paziente, ancorché non sia stato stipulato alcun contratto, ricorre comunque un rapporto giuridico particolare che non può essere ricondotto all'articolo 2043 c.c. Quest'ultima norma, infatti, disciplina i casi in cui tra il soggetto danneggiante e danneggiato non esiste alcun rapporto, se non un generico dovere di *neminem laedere*; si tratta in sostanza di un rapporto tra sconosciuti, ove uno dei due ha danneggiato l'altro. In particolare, il medico « non è un *quisque de populo* » tenuto all'obbligo di non danneggiare l'altro, al pari di qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento; al contrario, costui è obbligato in virtù di precise disposizioni di legge, nonché in virtù del contratto stipulato con l'azienda ospedaliera, a tutelare la salute del paziente e ad operare affinché avvenga la guarigione. Deve inoltre considerarsi che l'obbligazione di risarcire il danno in caso di inadempimento contrattuale, prevista e disciplinata dall'articolo 1218 c.c., non nasce solo dall'inadempimento di un contratto in senso stretto, ma anche da fonti non contrattuali: l'articolo 1173 c.c. è esplicito in tal senso, stabilendo che l'obbligazione possa nascere da contratto, da fatto illecito, ma anche da ogni altro atto o fatto idoneo per l'ordinamento a produrre obbligazioni. Il rapporto contrattuale di fatto è, quindi, uno dei quegli altri atti o fatti idonei per l'ordinamento a costituire fonte di un'obbligazione.

2) Si faccia qui riferimento alle sentenze sopraesposte, la n. 13574 del 2014 in *Foro it.*, 2015, I, p. 2225, e la n. 14320 del 2014 in *Resp. civ. e prev.*, 2015, I, p. 346 ss. Per la pronuncia del tribunale milanese n. 14401 del 2014 si faccia riferimento invece a *De Jure*.

contatto sociale, fisicamente non rilevabile come tipo di forma giuridica, ma comunque valevole di considerazione in sede di bilanciamento dei fattori in gioco: *in primis*, l'interesse del curando, di essere curato con diligenza, tecnica ed esperienza, *in secundis*, quello della parte medica (medico e struttura) di adempiere ai propri obblighi e di essere remunerata regolarmente di conseguenza. Questo ragionamento veniva in particolar modo sostenuto dalla storica sentenza n. 589 del 1999 della Cassazione Civile, che adduceva un elemento di esperienza comune (*id quod plerumque accidit*) per sottolineare maggiormente il concetto: il rapporto medico-paziente non può considerarsi un rapporto tra un tecnico ed un *quavis de populo*, estraneo totalmente dalla vicenda la cui prospettiva giuridica è invece apprezzabile *ictu oculi*. Così per molto tempo la giurisprudenza suprema si è fermata su questo assunto, altre autorevoli pronunce sono state emesse: tra queste proprio la n. 1620 del 2012 e n. 1698 del 2006 della Suprema Corte.

Cominciamo ora a entrare nel dettaglio dei punti topici della discussione.

2.1. Responsabilità medica da contatto sociale.

Nella sentenza del giudice ligure i ragionamenti, citati nel capitolo precedente, sono a tutti gli effetti la colonna portante della *ratio decidendi* della sentenza, che condanna la struttura sanitaria per inadempimento dell'obbligazione principale di cura, nonché di quella accessoria di protezione derivante da contatto sociale qualificato. È questa la chiave del caso in questione, nonché di una nutrita serie di casistiche similari che affollano le aule dei tribunali³⁾: la rigida riconduzione ad una tipologia di responsabilità si ancora, dunque, al giudizio interpretativo che il giudice è di volta in volta chiamato ad effettuare sulla natura negoziale o meno del rapporto medico-paziente. Si entrerà ora nel dettaglio della teoria, non solo per analizzare il ragionamento del giudice genovese, ma anche per valutarne le conclusioni.

Innanzitutto, è dovere richiamare la definizione di contatto sociale. Si definisce tale un rapporto che si instaura tra due soggetti in virtù non già di un accordo tra le parti, ma di un obbligo legale, oppure come conseguenza di un altro rapporto contrattuale instauratosi tra soggetti diversi rispetto a quelli del contatto sociale⁴⁾. La responsabilità per

3) La certezza del diritto, sebbene enunciato a livello di principio, ha una sua concreta fattualità quando mostra come il suo polo opposto, l'ambiguità, porti all'ingolfamento del sistema giurisprudenziale e del concetto di ordinamento giuridico. Per prendere dati concreti, secondo l'OSSERVATORIO PERMANENTE AAROI-EMAC sul contenzioso medico legale, dopo tre anni in cui il *trend* dei sinistri aperti da parte degli iscritti all'associazione era in progressivo calo, dall'aprile 2017 tale andamento ha subito un evidente cambio di rotta: i casi sono infatti passati da 384 del 2016 a 603 del 2017, anno di varo della riforma della responsabilità medica (i dati sono disponibili su <https://www.aaroiemac.it/uploads/SalaStampa/RassegnaStampa/2018/180801-PanoramaSanita.pdf>). È evidente che il procedimento logico che il giudice deve seguire ha ripercussioni nella prospettiva inflattivo-processuale. Naturale conseguenza è l'incremento vertiginoso del deposito dei ricorsi e, più in particolare, dello spazio di interpretazione lasciato agli addetti ai lavori.

4) La definizione è ripresa da F. D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il « muro » degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 335, che però fa, a ragione, riferimento alla sorgente della teoria della

inadempimento contrattuale si innerverà, dunque, su questo schema logico parasociale e, data per assunta la sua natura contrattuale, inglobierà nella sfera negoziale anche la parte priva di ruolo nella fonte di sinallagma. Per ben capire la natura di tale responsabilità si dovrà ragionare sugli schemi e sugli strumenti tipici della responsabilità contrattuale e, conseguentemente, del negozio alla base dell'inadempimento in questione. Bisognerà risalire alla categoria dei rapporti contrattuali di fatto: si allude ad una serie di fattispecie in cui si rinviene un rapporto giuridico senza che ci sia stato incontro dei consensi. A questa categoria vengono ascritti tradizionalmente due tipi: i rapporti di massa⁵⁾ e i rapporti giuridici che nascono da un contatto sociale. In tale classe logica rientrano tutti quei rapporti in cui nascono obblighi e doveri reciproci, pur senza che sia stato stipulato un vero e proprio contratto; gli obblighi da contatto sociale nascono invece tra due o più soggetti. Secondo alcune ricostruzioni⁶⁾, vi rientrerebbero i rapporti precontrattuali e quelli di cortesia, ma, sempre secondo la Cassazione nella sentenza n. 589 del 1999, si starebbe anche parlando del rapporto tra medico dipendente di un ente ospedaliero e il paziente, nonché di altre figure, inutili ai fini esplicativi specifici. È evidente la profonda incidenza della riconduzione alla natura negoziale della responsabilità, sia sul regime prescrittivo, che sul versante probatorio. Si tratta di obbligazioni senza obblighi primari di prestazione, che si collocano «a metà tra il contratto e l'illecito»⁷⁾ in ragione della loro non sicura riconducibilità entro l'alveo contrattuale o extracontrattuale di talune ipotesi di responsabilità. Storicamente, si riesce a scorgere una somiglianza con le obbligazione dei quasi-contratti nel diritto romano, invenzione giustiniana al fine di racchiudere tutti gli atti leciti di natura non contrattuale che sono però fonti di obbligazioni⁸⁾. Il loro

responsabilità da contatto sociale, rintracciabile in C. W. CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 793 ss. nonché in C. W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, traduzione italiana a cura di G. DE CRISTOFARO, in *Quaderni della Rivista di diritto civile*, Padova, 2003; AA. VV., *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di G. CIANI, Padova, 2004. Sulla definizione in realtà si era aperta una diatriba dottrinale, anche grazie al lavoro di C. M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione - La responsabilità* (p. 93-94 e p. 11 e ss), che non si è sopito nemmeno oggi, quando si discute ancora di quali categorie far rientrare nel concetto di contatto sociale. Per un quadro più approfondito, si veda S. FALLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, CEDAM, Padova, 2004. Molto interessante a proposito della sentenza n. 589 del 1999 è A. THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*, *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2000, p. 334.

5) In questa opzione si fanno solitamente rientrare i cosiddetti contratti di massa che si concludono con gli apparecchi a gettoni o a monete, i contratti di parcheggio in cui l'utente usufruisce del servizio pagando mediante l'inserimento di monete nel parchimetro. In tali ipotesi la fattispecie si perfeziona senza che ci sia stata una proposta e un'accettazione espressa, ma con la sola utilizzazione del servizio (si veda G. RONGA, *Le varie ipotesi di responsabilità cosiddetta da «contatto sociale»*, in L. VIOLA (a cura di), *La responsabilità civile ed il danno*, Vol. 1, Milano, Halley Editrice, 2007, pag. 90; S. ROSSI, *Contatto sociale (fonte di obbligazione)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civile, Appendice di aggiornamento V, Utet, Torino, 2010, pag. 346 ss).

6) Si veda G. RONGA, già citato alla nota n. 4.

7) La citazione diretta è da C. CASTRONOVO, *L'eclissi del diritto civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2015, p.130.

8) Si faccia riferimento a G. VISINTINI, *Trattato della responsabilità contrattuale (vol. 1)*, *Inadempimento e rimedi*, Wolters Kluwer Italia, 2009, pp. 152-158, che traccia un interessante parabola dei quasi-contratti di origine romana fino alle codificazioni attuali, riprendendo tra l'altro la *Relazione al Re* (n. 556) in cui si legge che «Non si è considerata la duplice figura dei quasi contratti e quella dei quasi delitti, che non hanno mai potuto giustificarsi né dal lato tradizionale essendo ignota al diritto romano classico, né dal lato sostanziale essendo priva di un conte-

elemento di unità è dato dall'assenza di consenso fra le parti della relazione obbligatoria, che impedisce di qualificarli come contratti. Tralasciando le diagnosi storiche, è utile in questo senso richiamare che il contatto sociale poggia sull'affidamento ingenerato in un soggetto in ragione della qualifica tecnica del personaggio di riferimento: in tal caso affidamento qualificato significa confidenza nella specifica professionalità dell'altro. La violazione di tale affidamento è riconosciuta dall'ordinamento italiano come responsabilità contrattuale da contatto sociale. Nel caso specifico del tribunale di Genova, si individua nel medico quel soggetto di particolare affidamento professionale su cui innestare gli obblighi accessori e di protezione connessi al contatto sociale.

La disciplina in esame si caratterizza, come si può ben facilmente arguire, per un'evoluzione pienamente giurisprudenziale⁹⁾. In non pochi casi, per razionalizzare un'evoluzione schizofrenica, la dottrina è intervenuta per porre un argine alle numerose ricostruzioni giurisprudenziali¹⁰⁾. In tale processo di mutamento hanno influito *in primis* le esigenze di tutela del paziente dal punto di vista «equitativo», a fronte di esiti infausti o dannosi delle terapie mediche¹¹⁾. Si possono individuare, dunque, diverse fasi della suddetta evoluzione giurisprudenziale, tutte ancorate all'oscillazione che si è registrata sul problema della qualificazione giuridica del rapporto tra medico e paziente, mai venendo posta in discussione la natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria, sia pubblica sia privata. In un primo momento, la situazione giuridica che si creava tra medico dipendente e paziente venne analizzata dal punto di vista meramente formale, riconoscendosi l'assenza di un rapporto giuridico assimilabile ad un contratto e, conseguentemente, come extracontrattuale la natura della responsabilità del medico. Si ammise perciò il concorso di responsabilità, contrattuale a carico dell'ospedale, aquiliana a carico del medico¹²⁾. In un secondo momento ci si è tuttavia resi conto della eccessiva

nuto determinato ». Per un ulteriore approfondimento si veda anche L. SFRECOLA, *Guida al Codice civile 2007*, Milano, Editrice UNI Service, 2007.

9) Si veda a tal proposito G. CASSANO, *La giurisprudenza della responsabilità del medico. Raccolta selezionata delle sentenze in tema di nesso di causalità, prova e quantificazione dei danni patrimoniali, biologici, genetici, esistenziali*, CEDAM, Padova, 2007, pp. 11-13.

10) Si veda l'articolata analisi proposta da I. PARTENZA, *La nuova responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria. Commento aggiornato alla riforma Gelli*, Pacini editore, Milano, 2017, pp. 18-22.

11) Per un approfondimento più accurato delle istanze di protezione del paziente si veda Z. ZENCOVICH, *La sorte del paziente*, Padova, 1994, p. 2 ss., che offre un quadro efficace delle schiette «preoccupazioni equitative» di tutela del paziente, non più disposto a subire inerme interventi terapeutici errati. Come si può anche notare da F. INTRONA, *Consenso informato e rifiuto ragionato: l'informazione deve essere dettagliata o sommaria?*, nota a C. Cass., Civ. Sez. 3. 24/9/1997, n. 9374, in questa *Rivista*, 1998, I, p. 825, si è anzi registrata una metamorfosi paradossale: l'originaria ammirazione per gli straordinari progressi della medicina si è trasformata in insopprimibile desiderio di rivalsa per le ipotesi di fallimento delle cure (a dire la verità, si tratta di una metamorfosi comune a tutti i paesi occidentali).

12) *Ex multis*, C. Cass., 24 marzo 1979, n. 1716, in *Giust. Civ.*, 1979, p. 1440. Sul cumulo della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, e sulla assimilazione o unificazione dei criteri di valutazione della colpa, oltre che degli interessi protetti, si veda anche C. Cass., 6 ottobre 1997, n. 9705, in *Resp. Civ. prev.*, 1998, p. 667, con nota di G. CITARELLA, *Obblighi di informazione e responsabilità del chirurgo plastico*. Si veda anche R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, CEDAM, 1995, p. 40 ss., che ravvisa nel cumulo affermato dalla giurisprudenza solo uno schermo formale per l'introduzione di un regime autonomo di responsabilità. Si tende comunque, anche in questo campo, a svalutare il rilievo della distinzione: A. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, Jovene, 1983, p. 14, conforme a un ripensamento generale della classica contrapposi-

severità della soluzione e della sua incongruenza complessiva: il contratto di opera professionale, nel quale si inquadra comunemente il rapporto, prevede infatti all'art. 2236 c.c. che, se la prestazione «implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà», la responsabilità è limitata ai soli casi di dolo o colpa grave, in deroga alla regola generale dettata in materia di diligenza *ex art.* 1176 c.c. Detta deroga, pertanto, avrebbe potuto esonerare da responsabilità la struttura sanitaria, ma non il medico, per il quale viceversa era stata voluta dal legislatore e dalla stessa giurisprudenza¹³⁾. La fase seguente è stata l'applicazione, prima analogica e poi diretta, dell'art. 2236 c.c., sia all'operato dell'ente ospedaliero sia all'attività del medico, per l'assorbente carattere professionale dell'attività svolta¹⁴⁾. Il naturale passaggio successivo non poteva che essere l'affermazione della natura schiettamente contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria e del medico che presta la propria attività all'interno di essa, sia egli dipendente o libero professionista¹⁵⁾. La prima deriva dal contratto di ricovero e cura, qualificato come contratto atipico o, senz'altro, come contratto d'opera professionale. La responsabilità del medico dipendente, anch'essa qualificata come contrattuale pur in mancanza di un vincolo negoziale diretto col paziente, è variamente argomentata e costituisce attualmente la questione più spinosa della materia. Il ragionamento operato dalla fondamentale pronuncia Cass. n. 589 del 1999 costituisce una pietra miliare dell'evoluzione della disciplina della responsabilità del medico, fornendo degli argomenti che costituiranno punti notevoli di contrasto sia in dottrina sia in giurisprudenza¹⁶⁾ e risultando altresì da tesi sviluppate in sede dottrinale¹⁷⁾. Il ragionamento degli Ermellini, come già in parte anticipato, si sviluppò proprio sulla base del fatto che il paziente si interfaccia con il medico non come se fosse un *quisque de populo*, bensì in virtù di una relazione nella quale « il paziente, quanto meno in punto di fatto, si affida alle cure del medico ed il medico

zione: F. D. BUSNELLI, *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Danno e resp.*, 1977, I, p. 748 ss.; F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione*, Giuffrè, Milano, 1993, *passim*.

13) Per un rimando più esauriente all'elaborazione giurisprudenziale della regola oggi tradotta nell'art. 2236 c.c. si veda M. ZANA, *La responsabilità del medico*, in *Riv. Crit. Proc. Civ.*, 1987, I, p. 159 ss., spec. p. 162.

14) *Ex multis*, si vedano C. Cass., 11 maggio 1988, n. 2144, in *Foro It.*, 1988, I, p. 2296, seguita poi dalla giurisprudenza successiva: fra le altre, C. Cass., 7 ottobre 1998, n. 9911, in *Foro It.*, 1998, I, p. 3520. Ma già C. Cass., 6 maggio 1971, n. 1282, in *Foro It.*, 1971, I, p. 1476, aveva affermato il carattere generale della limitazione di responsabilità dettata dall'art. 2236 c.c., sì che essa poteva trovare applicazione sia nella responsabilità contrattuale, sia in quella aquiliana.

15) *Ex multis*, tra le prime vi fu C. Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Danno e Resp.*, 1999, p. 299, con nota di V. CARBONE, *op. cit.*, e tribunale di Milano, 24 giugno 1999, in *Corr. Giur.*, 2000, p. 374, che non rinuncia tuttavia riaffermare la possibilità del cumulo di responsabilità.

16) Riprendendo il testo della sentenza e ripercorrendone il ragionamento, principalmente vi sono quattro argomenti: 1) distinzione tra obbligazioni di mezzo e di risultato; 2) richiamo alla categoria di obblighi di protezione; 3) la costruzione di un obbligo senza prestazione; 4) la figura del contratto di protezione verso il terzo. Nella presente trattazione, si approfondiranno le prime tre categorie, utili per spiegare anche il processo evolutivo intercorso in questi decenni nella responsabilità medica, tralasciando la quarta, che invece si riferisce più al lato risarcitorio, concernendo terzi esterni al rapporto obbligatorio.

17) In particolare si veda C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contatto e torto*, in AA.VV., *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Giuffrè, Milano, 1995, che costituisce il principale esponente della corrente dottrinale che propende al riconoscimento del contatto sociale.

accetta di prestargliele ». Da ciò derivava secondo la Suprema Corte che il medico non era obbligato semplicemente ad un *non facere*, cioè a non peggiorare la situazione, bensì ad un *facere* ispirato a quella perizia che avrebbe potuto caratterizzare la sua professione e che il paziente aveva diritto di attendersi, in ragione del suo affidamento alla di lui persona¹⁸). Nasceva una nuova ipotesi di responsabilità contrattuale, fondata sul vincolo che sorge tra medico e paziente, prescindendo completamente dalla stipula di un contratto e basandosi invece solo sull'affidamento ingeneratosi dalle competenze professionali di un soggetto appartenente alla c.d. «professione protetta», per la quale è prevista cioè abilitazione statale e che avesse ad oggetto beni costituzionalmente garantiti (in tal caso il diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*)¹⁹). La teoria del contatto sociale dunque fu presa in considerazione dalla giurisprudenza anche per il mondo medico e contribuì decisamente alla contrattualizzazione del rapporto medico-paziente, nonostante fosse discusso se essa integrasse una «obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto», come statuito dalla Suprema Corte nel 1999. Negli anni successivi, con il contributo della pronuncia Cass. n. 9085/2006²⁰), che ribadiva l'orientamento già consolidato del 1999, configurando la natura della responsabilità sia del medico sia della struttura come contrattuale, responsabilità sanitaria divenne altresì sinonimo di responsabilità della struttura²¹). Tralasciando inoltre i vari progetti di riforma precedenti al decreto Balduzzi, che non hanno avuto successo nel riformulare sistematicamente la disciplina della responsabilità medica²²), il penultimo passaggio cui si deve accennare è costituito dal decreto Balduzzi, convertito in legge con L. 189 del 2012, in special modo dall'art. 3, rubricato come «Responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie»²³). Una delle

18) «Invero a questo tipo di operatore professionale la coscienza sociale, prima ancora che l'ordinamento giuridico, non si limita a chiedere un *non facere* e cioè il puro rispetto della sfera giuridica di colui che gli si rivolge fidando nella sua professionalità, ma giustappunto quel *facere* nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento», C. Cass., 22 gennaio 1999, n. 589 in *Il Foro it.*, 1999, I, p. 3332.

19) Si fa qui riferimento al contatto sociale, sul quale molto si è scritto (e per cui si rimanda per una più puntuale disamina a F. GELLI, M. HAZAN, D. ZORZIT, *La nuova responsabilità sanitaria e assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli, Milano, 2012, p. 94 ss.)* e che ha infatti finito per espandersi anche in altri settori, tutti caratterizzati dal rapporto particolare e dall'affidamento creatosi fra cliente e professionista o erogatore della prestazione (per le altre ipotesi di responsabilità da contatto sociale, si veda S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, CEDAM, Padova, 2004, pp. 61 ss.).

20) Si veda in *Ragiusan*, 2007, 279-280, p. 338.

21) *Ex multis* si può far riferimento a C. Cass., 14 luglio 2004, n. 13066 in *Danno e resp.*, 2005, p. 537 con nota di E. AGNINO, *Responsabilità della struttura ospedaliera, si rafforza la tutela per i malati*; in *Resp. Civ. e prev.*, 2005, p. 1385; C. Cass., 28 maggio 2004, n. 10297 in *Il Foro it.*, 128, 9, pp. 2479/2480-2487/2488; C. Cass., 26 gennaio 2006, n. 1698 in Osservatorio sulla Giurisprudenza Civile, 2006, 6, p. 1223 ss.; C. Cass., 13 aprile 2007, n. 8826 in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1824 ss., con nota di M. GORGONI, *Le conseguenze di un intervento chirurgico rivelatosi inutile*.

22) Si veda a tal proposito G. COMANDÈ, *Dalla responsabilità sanitaria al no-blame regionale tra conciliazione e risarcimento*, in *Danno e resp.*, 2010, p. 977 ss., in cui si dà approfondito resoconto e commento dei progetti di riforma susseguenti alla sentenza della C. Cass., Pen. 8254 del 2010, tra cui quello del Centro Studi Federico Stella sulla Giustizia penale e la Politica criminale.

23) In tale disposizione fu inserito al 1° comma un periodo di difficile esegesi, che riportiamo per comodità: «L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile.» Fermo restando che tale articolo fu il risultato di un crescente strepito mediatico intorno all'istituto della responsabilità medica dopo una sentenza della Cassazione

più discusse novità di tale disciplina legislativa, dopo l'incerta interpretazione dell'applicabilità dell'art. 2043 c.c. al medico dipendente²⁴⁾, riguardava sicuramente il ruolo delle c.d. linee guida, nonché la natura degli obblighi professionali del medico nei confronti del paziente alla luce delle stesse. Il medico finisce per ricoprire un ruolo di garanzia della posizione del paziente e deve perseguire il fine di cura del malato con scienza e coscienza, esercitando un'attività che si caratterizza primariamente per la libertà di cura e l'attenzione al caso clinico concreto: le linee guida, dunque, svolgono un ruolo direttivo nei confronti di tale attività, orientando il medico al perseguimento di *best practices* che dovrebbero costituire un percorso terapeutico indicativo, ma non servono a giustificare preventivamente l'operato del professionista tramite una loro applicazione meccanica²⁵⁾. Per questo motivo l'osservanza o l'inosservanza delle linee guida non determina di per sé, ma allo stesso modo non esclude, la colpa del sanitario: è al giudice che è rimessa la valutazione e l'individuazione di una relazione causale efficiente tra osservanza/inosservanza delle linee guida e verificarsi dell'evento dannoso. In ultima analisi, l'art. 3, qualora fosse stato visto come strumento di superamento della c.d. responsabilità da contatto sociale, che da circa quindici anni comportava la responsabilità contrattuale del medico, il tentativo sarebbe stato piuttosto maldestro, in quanto totalmente asistemico e traumatico rispetto ad una consolidata interpretazione giurisprudenziale²⁶⁾. La stessa

~~~~~  
 Penale del 2010 (si fa riferimento qui alla C. Cass., Penale 23 novembre 2010, n. 8254, in *Resp. Civ. e prev.* 2011, 5, p. 1162, in *Foro It.* 2011, 7-8, II, p. 416), che riconobbe la responsabilità penale del medico che dimise, nel presunto rispetto delle linee guida, un paziente con trascorsi e terapie cardiovascolari poi deceduto di lì a poco, il collegamento inconsapevole tra percezione sociale e l'art. 3 in esame appare come l'unica possibile spiegazione del perché in ambito di responsabilità professionale il legislatore abbia inteso preoccuparsi della responsabilità penale del medico piuttosto che di quella civile, che incide drammaticamente sui costi della sanità pubblica.

24) Si vedano da ultimo le perplessità poste da I. PARTENZA, *La nuova responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria. Commento aggiornato alla riforma Gelli*, Pacini Editore, Milano, 2017, pp. 47 ss., in cui si evidenzia come il rapporto contrattuale esistente tra medico dipendente e struttura sanitaria in realtà si possa facilmente ricondurre alla fattispecie dell'art. 1228 c.c. per responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari. Stessa critica viene mossa da N. POSTERARO, *La responsabilità del medico nelle prime applicazioni della legge Gelli-Bianco*, Dike Giuridica Editrice, Milano, 2019, pp. 124 ss.

25) Su questo punto c'è convergenza di opinioni, stando a M. DE LUCA, *La nuova responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, Dike Giuridica Editrice, Milano, 2012, pp. 58-67, nonché F. CECCONI, G. CIPRIANI, *La responsabilità civile medica dopo la legge Balduzzi*, Giappichelli Editore, Torino, 2012, pp. 88-95. Favorevole a questa tesi anche L. D'ELIA, *La responsabilità professionale del medico. L'evoluzione giurisprudenziale dopo la legge Balduzzi*, Sipis editore, 2016, pp. 42-51, che riporta anche i vari filoni giurisprudenziali sviluppatisi dal dettato positivo dell'art. 3 della Legge Balduzzi.

26) Tale oscura formulazione si riverberò tuttavia sul versante giurisprudenziale, chiamato ad applicare caso per caso la fattispecie astratta di cui all'art. 3: il tribunale di Varese si pronunciò tra i primi al riguardo, subito ribaltando la prospettiva contrattuale del rapporto medico-paziente (così Trib. Varese Sez. I, 26 novembre 2012, n. 1406, in *Guida al diritto*, gennaio 2013: «così facendo, il Legislatore sembra (consapevolmente e non per dimenticanza) suggerire l'adesione al modello di responsabilità civile medica come disegnato anteriormente al 1999, in cui, come noto, in assenza di contratto, il paziente poteva richiedere il danno iatrogeno esercitando l'azione aquiliana»). In senso favorevole alla responsabilità extracontrattuale del medico dipendente si veda anche Trib. Torino, sez. IV civ., 26 febbraio 2013, in *Danno e resp.*, 2013, 4, pp. 373-375 con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*. Contro tale lettura dell'art. 3 si pose il tribunale di Rovereto, secondo il quale andava negata qualsiasi efficacia innovativa in merito alla responsabilità civile del medico poiché il richiamo all'art. 2043 contenuto nello stesso articolo della legge sarebbe stato da riferire soltanto per il caso di esercizio dell'azione civile in sede penale, mentre la responsabilità civile del medico avrebbe comunque dovuto essere

Suprema Corte interveniva con una pronuncia dirimente di nomofilachia nel 2014, riguardo all'applicazione dell'art. 3 della legge di conversione del decreto Balduzzi<sup>27</sup>). La più completa disamina del quadro normativo viene in realtà dalla I sezione del Tribunale di Milano nel luglio del 2014, che riesce a spiegare compiutamente come la scelta del legislatore non sia stata casuale, ma coerente con un disegno legislativo di sistema, che intendeva ricondurre ad extracontrattuale la responsabilità del medico<sup>28</sup>). Il ragionamento del Tribunale di Milano si conclude con l'affermazione che « così interpretato, l'art. 3 comma 1 della legge Balduzzi porta dunque inevitabilmente a dover rivedere l'orientamento giurisprudenziale pressoché unanime dal 1999 che riconduce in ogni caso la responsabilità del medico all'art. 1218 c.c., anche in mancanza di un contratto concluso dal professionista con il paziente ». Inoltre, in considerazione sia del diverso regime giuridico (art. 1218 c.c.) applicabile alla responsabilità della struttura presso cui il medico opera, sia della prevedibile maggiore solvibilità della stessa, il danneggiato sarà ragionevolmente portato a rivolgere in primo luogo la pretesa risarcitoria nei confronti della struttura sanitaria. Ricondurre in tali casi la responsabilità del medico nell'alveo della

ricondotta al disposto dell'art. 1218 c.c. (si veda Tribunale di Rovereto 29 dicembre 2013, in *Diritto Penale cont.*, 2014, I, p. 162, con nota di C. M. MASIERI, *Sui riflessi civilistici dell'art. 3 D.L. Balduzzi in tema di colpa medica*).

27) Così C. Cass., 17 aprile 2014, n. 8940 in *Resp. civ. e prev.*, 2014, IV, p. 803 ss.: « L'articolo 3, comma 1, della legge n. 189 del 2012, là dove omette di precisare in che termini si riferisca all'esercizio della professione sanitaria e concerne nel suo primo inciso la responsabilità penale, comporta che la norma dell'inciso successivo, quando dice che resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 c.c., poiché *in lege aquilia et levissima culpa venit*, vuole significare che il legislatore si è preoccupato soltanto di escludere l'irrelevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità extracontrattuale, ma non ha inteso prendere alcuna posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità di quella natura ». Si affermava dunque la non-necessarietà applicativa della norma del 2012, ristabilendo così l'uniformazione contrattuale *ante-Balduzzi*: tale ragionamento, tuttavia, non considerava che il Parlamento, in quanto organo rappresentante del popolo italiano, non poteva semplicemente essere ignorato, né tantomeno scavalcato da chi, come compito precipuo, ha quello di applicarne le leggi, che, fino a prova contraria, hanno valenza generale e vincolante.

28) Così Trib. Milano 17 luglio 2014, n. 14320, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, I, p. 346 ss., con nota di M. GORGONI, *Colpa lieve per osservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del danno*, peraltro non confermata da parte della Corte d'appello. Per una completa disamina della sentenza, anche nei suoi punti fondamentali, si faccia riferimento a P. GATTARI, *Profili civilistici della legge Balduzzi: il «senso» del richiamo all'art. 2043 c.c., Responsabilità Civile e Previdenza*, 2014, 3, p. 1040B. Tali ragioni possono essere sintetizzate nel tentativo di contenere la spesa pubblica, annosamente in passivo sul versante della sanità pubblica, e di debellare il fenomeno della medicina difensiva, ponendo limitazioni all'accertamento della responsabilità del medico dipendente o convenzionato con la struttura. Così infatti il tribunale meneghino nella pronuncia sopracitata: « Su tale contesto normativo e giurisprudenziale è intervenuta alla fine del 2012 la «legge Balduzzi» (L. 8 novembre 2012 n. 189) che ha convertito con modificazioni il D.L. 13 settembre 2012 n. 158 – la quale ha espressamente inteso contenere la spesa pubblica e arginare il fenomeno della «medicina difensiva», sia attraverso una restrizione delle ipotesi di responsabilità medica (spesso alla base delle scelte diagnostiche e terapeutiche «difensive» che hanno un'evidente ricaduta negativa sulle finanze pubbliche) sia attraverso una limitazione dell'entità del danno biologico risarcibile al danneggiato in caso di responsabilità dell'esercente una professione sanitaria». Il ragionamento del Tribunale di Milano si conclude con l'affermazione che « così interpretato, l'art. 3 comma 1 della legge Balduzzi porta dunque inevitabilmente a dover rivedere l'orientamento giurisprudenziale pressoché unanime dal 1999 che riconduce in ogni caso la responsabilità del medico all'art. 1218 c.c., anche in mancanza di un contratto concluso dal professionista con il paziente. » Peraltro, si è segnalato che il superamento della teoria del «contatto sociale» (e della relativa disciplina giuridica che ne consegue in termini di responsabilità risarcitoria) in relazione al medico inserito in una struttura sanitaria e che non ha concluso nessun contratto con il paziente, non sembra comportare un'apprezzabile compressione delle possibilità per il danneggiato di ottenere il risarcimento dei danni derivati dalla lesione di un diritto fondamentale della persona (qual è quello alla salute). Si veda a tal proposito I. PARTENZA, *op. cit.*, pp. 38-40.



responsabilità da fatto illecito *ex art.* 2043 c.c. dovrebbe altresì favorire la cd. alleanza terapeutica fra medico e paziente, senza che (più o meno inconsciamente) venga inquinata da un sottinteso e strisciante « obbligo di risultato al quale il medico non è normativamente tenuto (...) ». Non passavano tuttavia che pochi mesi che lo stesso tribunale, stavolta nella sua sezione V, aveva modo di discostarsi totalmente da tale orientamento ritornando invece su un'interpretazione reintroduttiva della responsabilità contrattuale del medico<sup>29)</sup>, sulla base dell'assunto già enucleato di una tutela più marcata del paziente stesso.

È questo *l'humus* sul quale viene ad installarsi l'impianto normativo della L. 24/2017, al cui art. 1 si evidenzia in via programmatica il tema della sicurezza nelle cure e come esso sia legato al *risk management*, inteso come prevenzione e gestione del rischio. È proprio in questa prospettiva che deve essere letto l'art. 7 della legge<sup>30)</sup>, fondamentale in tema di responsabilità civile del medico: la soluzione legislativa è infatti quella individuata nella sentenza del tribunale di Milano, interpretativa del famoso art. 3 della legge Balduzzi, nella quale ci si rifaceva alla macrodivisione fra responsabilità contrattuale della struttura ospedaliera, riconducibile agli artt. 1218 e 1228 c.c., e responsabilità extracontrattuale del medico, altresì riconducibile all'art. 2043 c.c., con ciò che ne consegue in termini di onere probatorio e termine di prescrizione<sup>31)</sup>. Il punto fermo della responsabilità sanitaria, che dal 1978 non era mai stato messo in discussione, continua ad essere la natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria, sia pubblica che privata<sup>32)</sup>, mentre si decide di tornare all'approccio precedente alla sentenza Cass. 589/1999 per quanto riguarda la responsabilità del medico dipendente, ora definita a chiare lettere come extracontrattuale *ex art.* 71. 24/2017. Rimane invece contrattuale, e parrebbe a dir poco strano che non lo fosse, la responsabilità del medico libero professionista, con cui solitamente, tranne in rari casi, intercorre sempre un rapporto negoziale alla base del trattamento terapeutico offerto al paziente.

29) Così Trib. Milano 8 novembre 2014, n. 13574, in *Foro it.*, 2015, I, p. 2225 ss.

30) Si riporta qui il comma 1 dell'art. 7, l. 24/2017 per comodità: « 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 ».

31) Si fa qui riferimento alla tesi sostenuta da F. D'ALESSANDRO, L. NOCCO, *Le forme di responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie dopo la legge Gelli-Bianco*, *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2017, 4, p. 1475. Per ulteriore approfondimento si consiglia la lettura di F. VALENTINI, *Il nuovo assetto della responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco*, *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2017, 4, p. 1395. Per un'analisi ancora più approfondita della scelta legislativa e del raffronto con la giurisprudenza, si veda anche G. PONZANELLI, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno e responsabilità*, 2016, 8-9/2016, Ipsa, p. 816 ss. Molto interessante l'analisi di L. VIOLA, *La nuova responsabilità sanitaria (L. 8.3.2017, n. 24, Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie)*, in *G.U. 17.3.2017, n. 64*, Centro Studi Diritto Avanzato Edizioni, Milano, 2017.

32) *Ex multis*, ci si rifà ad un orientamento descritto dalla C. Cass., SS. UU. 1 luglio 2002, n. 9556, in *Giur. It.*, 2003, p. 1359, nonché dalla C. Cass., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Nuova giur. civ.*, 2008, I, p. 612 ss., in cui si ricorda che il rapporto che lega la struttura sanitaria al paziente ha fonte in un contratto atipico di ospitalità o di assistenza sanitaria.

La chiave di volta del caso infatti è proprio la qualificazione contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria in base alla teoria del contatto sociale e bisognerà analizzarne ora i corollari applicativi. Una volta che il disposto normativo è così chiaro da non lasciare adito ad interpretazioni in tema di natura di responsabilità, come si desume dall'art. 7 della legge Gelli-Bianco, e, dunque, risolto l'annoso problema della qualificazione del rapporto medico-paziente<sup>33</sup>), l'analisi può proseguire sul regime dell'onere probatorio, altro punto cardine della materia giuridico-sanitaria.

## 2.2. Onere della prova.

La natura della responsabilità influisce chiaramente sul riparto probatorio tra parte attrice e parte convenuta. Il tribunale genovese antepone logicamente l'individuazione del tipo di responsabilità, per poi enunciare conseguentemente un principio di diritto lapalissiano in tema di regime probatorio. Come si legge, ribadendo le parole della pronuncia della Suprema Corte n. 20547 del 2014, « sotto il profilo probatorio, la stessa S.C. ha avuto modo di precisare che 'nel giudizio di risarcimento del danno conseguente ad attività medico-chirurgica, l'attore danneggiato ha l'onere di provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza (o l'aggravamento) della patologia e di allegare l'inadempimento qualificato del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, restando, invece, a carico del medico e/o della struttura sanitaria la dimostrazione che tale inadempimento non si sia verificato, ovvero che esso non sia stato causa del danno' »<sup>34</sup>). Fermo restando che nel caso specifico la struttura sanitaria non è riuscita a fornire la prova liberatoria prevista dall'art. 1218 c.c., le regole in materia di responsabilità contrattuale rispondono al brocardo *in claris non fit interpretatio*. Pertanto, sulla falsariga della dirimente Cass. n. 13533 del 2001, in tema di ripartizione dell'onere probatorio, il creditore che agisce per il risarcimento del danno deve dare la prova negoziale o legale del suo diritto, limitandosi ad allegare la circostanza di inadempimento o di inesattezza di inadempimento della controparte, la quale a propria volta dovrà fornire la prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento<sup>35</sup>) (o dall'esattezza

33) Si veda R. F. IANNONE, *La responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco – Legge 24/2017*, Edizioni Ad Maiora, Roma, p. 32 ss.

34) Per il testo completo si faccia riferimento a C. Cass., n. 20547 del 30 settembre 2014, *Corr. Giur.*, 2015, IV, 348 ss.

35) A tal proposito la Suprema Corte aveva comunque già in precedenza ribadito in più occasioni (C. Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, in *Danno e resp.*, 2005, p. 26 ss.; C. Cass., 21 giugno 2004, n. 11488, *ivi*, p. 33; C. Cass., 11 novembre 2005, n. 22894 visibile su *Foro it. Rep.* 2005, *Professioni intellettuali*, n. 215.; C. Cass., 5 maggio 2006, n. 12362, in *Il Foro It.*, 4, p. 1789 ss.) che sul paziente che agisce in giudizio sul presupposto di inadempimento della prestazione sanitaria, gravava la prova del contratto con la struttura, dell'aggravamento della situazione patologica o dell'insorgenza di nuove patologie, nonché infine la dimostrazione del nesso di causa tra l'azione o l'omissione della struttura/medico debitore e l'evento dannoso. Per la n. 13533 del 2001, si faccia riferimento a *Foro It.*, 2002, I, p. 770 ss., nota di P. LAGHEZZA, *Inadempimento ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*; a *Corriere Giuridico*, 2001, p. 1565 ss.; con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; in *Contratti*, 2002, 113; con nota di U. CARNEVALI, *Ina-*



dello stesso). È questa infatti la linea che viene tenuta anche in Cass. n. 577 del 2008, punto di arrivo di tale periodo storico, che, nello stabilire il regime di oneri probatori incombenti sulle parti processuali in ambito sanitario, ha rimandato all'obbligo di cui all'art. 1218 c.c., dovendosi trattare tuttavia di inadempimento qualificato, ossia « astrattamente efficiente alla produzione del danno »<sup>36</sup>; la prova della non-riferibilità causale della condotta sanitaria al danno lamentato incombe sul debitore secondo il principio della vicinanza della prova, mentre al creditore è sufficiente allegare l'inadempimento anche astrattamente idoneo ad aver provocato il danno. Fin qui il principio di diritto sembra condivisibile: se però consideriamo che l'obbligazione dedotta in giudizio attiene a un obbligo di cura, la valutazione sull'inadeguatezza dell'inadempimento non attiene alla prova della impossibilità o meno alla sua realizzazione ed all'imputabilità alla struttura (o al medico se libero professionista), se tale impossibilità era ad essa (o a lui) imputabile, bensì alla determinazione se l'inadempimento vi sia stato o meno. La prova di un inadempimento, parziale o totale che sia, in genere non risiede nel mancato raggiungimento di un risultato<sup>37</sup>, ma deve essere rinvenuta nella carente diligenza prestata dal sanitario o dalla struttura *ex art. 1176 c.c.*, spettando alla struttura (o al libero professionista) tale prova. Ove essa sia però fornita, la conseguenza è il venir meno della natura debitoria cui l'art. 1218 c.c. fa riferimento, mentre, qualora essa manchi, si riattiva il meccanismo codicistico con la conseguente necessità di dover provare l'impossibilità a sé non imputabile<sup>38</sup>. Ragionevolezza impone che l'attore sia comunque tenuto alla prova dell'esistenza del contratto e all'allegazione dell'inadempimento la cui esistenza spetterà al debitore negare; spetterà invece alla struttura dimostrare l'adeguatezza delle prestazioni fornite conformemente all'art. 1218 c.c., con conseguente prova liberatoria. Tale interpretazione non risulta pacifica, posto che non sono mancate letture del principio enunciato nella sentenza Cass., n. 577 del 2008 volte a valorizzare l'applicazione dell'art. 1218 c.c., con conseguente onere probatorio della struttura avente ad oggetto non soltanto la diligenza nell'adempimento, ma anche l'impossibilità ad adempiere a sé non imputabile: teoria questa che non sembra condivisibile a causa dell'eccessivo legame con un'interpretazione estremamente rigorosa della responsabilità debitoria, che risulta estranea ai suoi normali ambiti applicativi, sebbene la stessa Suprema Corte le abbia comunque fornito legittimazione grazie ad un'equivoca formulazione del principio di diritto in

*dempimento e onere della prova.* Come affermato anche da C. Cass., 12 settembre 2013, n. 20904, in *Danno e resp.*, 2014, p. 33 ss., «dal punto di vista del danneggiato la prova del nesso causale quale fatto costitutivo della domanda intesa a far valere la responsabilità per l'inadempimento del rapporto curativo si sostanzia nella dimostrazione che l'esecuzione del rapporto curativo, che si sarà articolata con comportamenti positivi ed eventualmente omissivi, si è inserita nella serie causale che ha condotto all'evento di preteso danno, che è rappresentato o dalla persistenza della patologia per cui si era richiesta la prestazione o dal suo aggravamento fino anche ad un esito finale come quello mortale o dall'insorgenza di una nuova patologia che non era quella con cui il rapporto era iniziato».

36) Si fa qui riferimento a C. Cass., SS.UU., 11 gennaio 2008 n. 577, in *Resp. civ. prev.*, p. 849 ss.

37) Così C. Cass., 9 novembre 2006, n. 23918, in *Il Foro it.*, 130, 1, 2007, pp. 71-82.

38) In questo senso trib. Milano 22 aprile 2008, in *Danno e resp.*, 2008, 12, p. 1274 ss., con nota di R. BREDA, *Contenuto del rapporto obbligatorio e onere della prova nella responsabilità medica.*

materia<sup>39)</sup>. In altri termini, parrebbe più appropriato valutare in maniera più rigorosa la responsabilità della struttura sanitaria per inadempimenti legati a inadeguatezze organizzative, facendo riferimento a quell'impossibilità a sé non imputabile *ex art. 1218 c.c.* che più giustamente porrebbe a carico della struttura stessa fatti ed eventi legati alla sua organizzazione e comunque incidenti sull'esito negativo, o non migliorativo, anche in presenza di comportamenti diligenti sotto il profilo clinico. A tal proposito, è intervenuta la sentenza della Cassazione Civile n. 18392 del 26 luglio 2017<sup>40)</sup>, fondamentale per aver fatto chiarezza sui criteri di ripartizione dell'*onus probandi* in ambito di responsabilità sanitaria. La Suprema Corte evidenzia come emerga « un duplice ciclo causale, l'uno relativo all'evento dannoso, a monte, l'altro relativo all'impossibilità di adempiere, a valle ». Il primo nesso causale « deve essere provato dal creditore/danneggiato », mentre il secondo, « relativo alla possibilità di adempiere, deve essere provato dal debitore danneggiante ». Gli Ermellini sottolineano come il primo ciclo causale sia il presupposto per il secondo, che concerne la prova dell'impossibilità dell'adempimento per il creditore: è « solo una volta che il danneggiato abbia dimostrato che l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) è causalmente riconducibile alla condotta dei sanitari » che « sorge per la struttura sanitaria l'onere di provare che l'inadempimento, fonte del pregiudizio lamentato dall'attore, è stato determinato da causa non imputabile ». Difatti, « l'onere per la struttura sanitaria di provare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile sorge solo ove il danneggiato abbia provato il nesso di causalità fra la patologia e la condotta dei sanitari ». Per quanto attiene al caso concreto, il tribunale genovese ha modo di constatare che « a fronte della prova fornita dall'odierna attrice della sua patologia e dell'allegazione dell'evento al quale la medesima va ricondotta, deve escludersi che l'ente ospedaliero convenuto sia riuscito a fornire la prova liberatoria richiesta dall'art. 1218 c.c. » La Corte sembrerebbe ignorare il duplice livello di causalità propugnato nella sopracitata sentenza, pur non dovendo affatto trascurarlo<sup>41)</sup>. L'insufficienza della prova addotta dalla struttura è desumibile non solo dalla « incompletezza della documentazione clinica »<sup>42)</sup>, ma anche

39) Sul punto infatti l'utilizzo del termine «ovvero» da parte della Suprema Corte ha in qualche modo legittimato entrambe le interpretazioni, allorché afferma che «competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è etiologicamente rilevante»: se si intende ovvero come oppure si accetta la tesi che il debitore è liberato se prova il corretto adempimento oppure dovrà dimostrare l'impossibilità a sé non imputabile, se invece si intende ovvero come cioè allora altro non si fa che spiegare in cosa consista la prova liberatoria, cioè l'impossibilità a sé non imputabile (G. ANZANI, *Il riparto dell'onere probatorio nelle due specie di responsabilità civile*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2017, 1, p. 228).

40) Si veda in *Danno e resp.*, 2017, p. 696 ss., con nota di D. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*; *ivi*, 2018, p. 345 ss., con nota di G. D'AMICO, *Il rischio della causa «ignota» nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*.

41) Si tratta infatti di una sentenza del luglio 2017, mentre il caso del Tribunale di Genova risale a settembre dello stesso anno.

42) Sic nella sentenza del Tribunale di Genova, che, citando il CTU, valuta come «molto grave» che la struttura sanitaria non abbia «redatto o conservato riguardo le condizioni del paziente in questione materiale informativo idoneo a spiegare le cause dell'infezione (...)». In realtà, questo elemento non costituisce un' «aggravante» della

dal fatto che risulta « evidente in questo caso ed indiscutibile il nesso causale fra intervento di osteosintesi del 08/01/2013 e l'insorgenza dell'infezione, (...) e le complicanze verificatesi e causalmente riconducibili a comportamento professionale dei sanitari AOU S. M. non aderente alle linee guida ed alle norme di prudente condotta ». Per quanto riguarda invece la prova relativa al nesso di causalità, invece, la corte di Genova sembra aver tenuto conto dell'orientamento prevalente della giurisprudenza in materia di responsabilità medica, applicando il principio di diritto ben sintetizzato dalla sentenza n. 20547 del 2014 della Cassazione, in cui si spiega che il creditore deve allegare « l'inadempimento qualificato del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato », oltre all'esistenza del contratto, rimanendo appunto « al medico e/o alla struttura sanitaria la dimostrazione che tale inadempimento non si sia verificato, ovvero che esso non sia stato causa del danno ». Ciò premesso, parrebbe che il sistema della responsabilità sanitaria preveda che spetti al debitore la prova del corretto adempimento o dell'inesistenza del nesso causale materiale fra l'inadempimento e l'evento, sulla base del criterio semplicisticamente sintetizzabile con il ben noto brocardo *probabilior quam non (preponderance of the evidence)*<sup>43)</sup>, che riduce *in nuce* il tema della responsabilità stocastica o probabilistica. Conseguenza di tale principio è che sul creditore/danneggiato grava il peso della causa ignota relativamente all'evento dannoso, ovvero di quell'evento del quale non sia stato possibile individuare l'origine causale, ma a carico del debitore/danneggiante resterà il peso probatorio relativo alla possibilità di adempiere. Sul fatto che gravi sul debitore la prova del nesso causale relativamente all'*eventus damni*, vi era incertezza fino al caso Scoditti, Cass. n. 18392 del 2017<sup>44)</sup>. Infatti, se al creditore si è voluto concedere il *favor* di allegare un inadempimento che solo astrattamente possa collegarsi etiologicamente all'evento addebitato, realizzando una sostanziale innovazione anche rispetto ad ipotesi di presunta responsabilità nelle quali il creditore deve provare il nesso causale, ciò è avvenuto perché la Suprema Corte, seppur negandolo, ha di fatto voluto legare al risultato l'obbligazione contrattuale della struttura<sup>45)</sup>, sebbene la categoria delle

condotta della struttura sanitaria, dato che comunque quest'ultima non è stata in grado di superare la prova liberatoria richiesta dall'art. 1218 c.c.

43) Così C. Cass., 16.10.2007 n. 21619 in *Il Corriere Giuridico*, 2008, I, p. 35 ss., con nota di M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due «dimensioni di analisi»*, e C. Cass., Sez. Unite 11.1.2008, n. 581, in *Foro it.*, 2008, I, p. 451 ss., che danno lo spunto per lo sviluppo della teorica della «logica probabilistica maggioritaria», coincidente con il 50% + 1.

44) In passato, infatti, ricordava opportunamente la Suprema Corte nel 2005 che « (...) il tema non è quello della redistribuzione tra le parti del contratto della prova dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento. Ma è l'altro – diverso dal primo – della prova del nesso causale tra la patologia e l'azione o l'omissione imputabile all'ente ospedaliero » e « questo principio non soffre deroga in materia di responsabilità medica, restando a carico del paziente la prova dell'esistenza del contratto e dell'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'azione o dell'omissione » (così C. Cass., civ., 11 novembre 2005, n. 22894, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, p. 1068 ss.).

45) Così anche R. PUCCELLA, *Inadempimento «qualificato», prova del nesso di causa e favor creditoris.*, *Resp. Civ. prev.*, 2014, 4, 79, pp. 1087-1096.

obbligazioni ancorate al mezzo, o viceversa al risultato, sia stata da tempo superata<sup>46</sup>). Inoltre, proprio riguardo al criterio probabilistico, nella pronuncia n. 18392 del 2017, si fa espressamente riferimento al fatto che « in presenza di una incontestabile marcata emorragia addominale (*ndr, eventus damni* del caso) in sede di intervento, non si poteva gravare il danneggiato delle incertezze probatorie in ordine al nesso causale ». Si sovverte dunque quel principio di diritto che esternalizzava sul creditore danneggiato la causa ignota, anteponendo l'elemento del nesso causale, già rilevato, a quello della probabilità dell'evento dannoso.

Nel caso deciso dal tribunale di Genova, tale principio di diritto viene applicato sul convenuto istituto ospedaliero, costretto a fornire la prova liberatoria della propria condotta teoricamente inadempiente. Dati per assunti a carico della struttura sia la prova del nesso causale dell'evento dannoso (fornito dal CTU) e dell'esistenza di un contatto sociale, resta infatti a quest'ultima di provare il fatto estintivo del diritto, e dunque la causa di impossibilità di adempimento *ex art. 1218 c.c.* Quello che però manca alla sentenza è il riconoscimento del doppio piano causale di cui prima si parlava, giacché la Corte decide automaticamente di innestare il profilo probatorio su un substrato di responsabilità contrattuale. Si individua, cioè, nel contatto sociale il punto centrale di soluzione del caso, ancorando a questo elemento tutte le ovvie conseguenze giuridiche, in termini di regime probatorio e prescrittivo.

### 3. *Commento dei punti di diritto.*

In primo luogo, conviene nuovamente ricordare che il tribunale di Genova, aderendo al consolidato orientamento giurisprudenziale in materia, ha ricondotto al filone contrattuale la natura della responsabilità della struttura ospedaliera chiamata in causa dalla parte attrice danneggiata. È proprio in virtù del contratto che viene ad instaurarsi tra paziente e struttura che quest'ultima è tenuta a fornire al paziente una prestazione assai articolata, definita genericamente «di assistenza sanitaria», che ingloba al suo interno non solo la prestazione terapeutica principale, enunciata anche all'art. 2 della legge n. 132 del 1968 (cd. legge Mariotti), ma anche tutta una serie di prestazioni collaterali ed accessorie. Il contratto che sta alla base di tale serie di obbligazioni è definito di *spedalità*, o cura, e può perfezionarsi sia *per facta concludentia* sia per mera accettazione da parte del paziente. Come affermato dalla Suprema Corte, « il rapporto tra paziente e casa di cura privata ha fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte della obbligazione al pagamento del corrispettivo (che bene può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal servizio sanitario nazionale

46) Si veda a tal proposito, tra i tanti, L. VIOLA, *La Nuova Responsabilità Sanitaria*, Milano, *Diritto Avanzato*, 2017, p. 45 ss., nonché A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. La responsabilità del medico., Danno e Responsabilità*, VIII-IX, 2008, p. 871 ss.

o da altro ente), insorgono a carico della casa di cura accanto a quelli *lato sensu* alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni o emergenze. La responsabilità della casa di cura nei confronti del paziente, quindi, ha natura contrattuale (...) »<sup>47)</sup>. Il tribunale di Genova fa inoltre esplicito richiamo alla teoria del contatto sociale, anche al fine di definire la natura della responsabilità della struttura sanitaria, seguendo il ragionamento della pronuncia Cass. n. 1620 del 2012. Vi è tuttavia un'imprecisione per quanto riguarda la riconducibilità alla struttura sanitaria della responsabilità contrattuale basata sul contatto sociale, dato che tale teoria fornisce invece il substrato logico per la contrattualizzazione del rapporto medico dipendente-paziente. La natura contrattuale della responsabilità della struttura non dovrebbe mai essere messa in discussione, dato che, come detto, essa ritrova sempre la base negoziale di riferimento nel contratto (anche tacitamente stipulato) di ospedalità. Il contatto sociale (nella versione italiana), mutuato dall'ambiente giuridico dottrinale tedesco<sup>48)</sup>, poi rielaborato in dottrina italiana in obbligazione senza prestazione (anche se sarebbe più corretto parlare di prestazione senza obbligazione per quanto riguarda il rapporto medico-paziente)<sup>49)</sup>, costituiva un espediente efficace per porre tra le fonti negoziali anche l'affidamento che un soggetto ripone in un altro a seguito di un contratto stipulato tra loro. L'affidamento deriva da un qualsiasi contatto sociale qualificato in base al quale una parte, a seguito di iniziative di un'altra, è indotta a ritenere sussistenti doveri e pretese di comportamento, conseguendone che un'obbligazione possa sorgere in forza del contatto sociale fra medico e paziente, anche se tra questi non è stato stipulato nessun contratto<sup>50)</sup>. Tale impostazione fa chiaramente leva sull'elenco aperto di fonti di obbligazioni contenuto all'art. 1173 c.c., affermando che il contatto sociale rientra fra quegli «atti o fatti idonei» a produrle in conformità con l'ordinamento giuridico. La peculiarità

47) *Ex multis*, si veda C. Cass., civ. sez. III, 22 marzo 2007, n. 6945, *Il Sole 24 ore*, 2007, 9, p. 69 ss.

48) Si veda C. W. CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 793 ss. nonché in C. W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, traduzione italiana a cura di G. DE CRISTOFARO, in *Quaderni della Rivista di diritto civile*, Padova, 2003; AA. VV., *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di G. CIAN, Padova, 2004. In riferimento alla dottrina tedesca sul tema, si veda D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Cont. Imp.*, 2004, p. 797 ss.; G. CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 8 ss.; A. DI MAJO, *Obbligazione, XIII-Diritto tedesco*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2003, XXI, p. 2; C. W. CANARIS, *Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten*, in *Festschrift für Karl Larenz*, München, 1983, 27 ss., trad. it. in *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 1983, III-IV, p. 297 ss.; G. HAUPT, *Über Faktische Vertragsverhältnisse*, 1943, p. 2; R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jherings Jahrbucher*, 4, 1861, tradotto in italiano da F. PROCCHI, *Della culpa in contraendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Napoli, Jovene, 2005.

49) Si veda C. CASTRONOVO, *Tra contratto e torto. L'obbligazione senza prestazione*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 443 ss.

50) Si veda infatti C. Cass., civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589. In dottrina, si veda A. THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*, *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2000, p. 334; C. CASTRONOVO, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Europa e diritto privato*, 2003, p. 157.

sta tuttavia nella dissociazione tra la fonte dell'obbligazione e l'obbligazione stessa, in quanto quella sorta tra medico e paziente è sottoposta alle regole contrattuali, anche se il fatto generatore non è un contratto. Non sarebbe la struttura ospedaliera ad essere obbligata per contatto sociale qualificato, bensì il medico dipendente a risultare, non essendo un *quisque de populo*<sup>51)</sup> e nemmeno un qualsiasi passante<sup>52)</sup>, passibile di condanna al risarcimento dei danni in via contrattuale.

Medico che, tuttavia, non viene nemmeno citato nel caso in questione all'interno del processo che invece coinvolge la struttura sanitaria: il motivo sembra essere riconducibile all'insensibilità del legislatore verso le istanze giurisprudenziali di tutela del paziente sul doppio binario contrattuale del medico e della struttura sanitaria. È chiaro che la giurisprudenza, sin dalla sentenza n. 589 del 1999, intendeva alleggerire l'onere probatorio a carico del paziente, consentendogli di adire in via contrattuale sia il medico colpevole che la struttura sanitaria inadempiente. È però dal 2012, con l'infelice formulazione dell'art. 3, comma 1, della legge n. 189 del 2012, che il legislatore, come spiega bene anche il tribunale meneghino con la sentenza n. 14320 del 2014, tenta di spostare il peso probatorio addosso alla struttura sanitaria, rimasta l'unica a poter essere adita in via contrattuale. È noto che, per quanto riguarda il termine di prescrizione, ma soprattutto l'onere probatorio, l'azione contrattuale è manifestamente la preferibile per il danneggiato/creditore: il legislatore, con la legge n. 24 del 2017, introduce a chiare lettere la responsabilità extracontrattuale del medico dipendente, lasciando inalterata la natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria. È evidente che si vuole perseguire una ben precisa linea di redistribuzione dei costi sociali derivanti dal *malpractice* medica. La struttura sanitaria infatti, non potendo godere dell'alleggerimento dell'onere probatorio tipico della responsabilità extracontrattuale rispetto a quella contrattuale e ritenuta dal legislatore *cheapest cost avoider*, si troverà ben più spesso ad essere citata in giudizio, proprio come nel caso in esame, senza essere affiancata in sede difensiva dal medico dipendente. Curioso è notare come si ripresenti qui il problema del cumulo di responsabilità, già presentatosi precedentemente alla pronuncia 589 del 1999 e ammesso dalla Suprema Corte in più casi<sup>53)</sup>. È chiaro che si riproporrebbe un problema di costituzionalità *ex art. 3 Cost.* secondo il principio di ragionevolezza: ci si potrebbe infatti trovare, all'interno di uno stesso giudizio, di fronte ad una struttura ospedaliera, magari incolpevole nella prospettiva dell'obbligazione terapeutica, condannata al risarcimento dei danni in via contrattuale, e ad un medico invece colpevole, di cui però non

51) Così infatti C. Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, cit.: «Anzitutto proprio colui (il medico) che si presenta al paziente come apprestatore di cure all'uopo designato dalla struttura sanitaria, viene considerato come l'autore di un qualsiasi fatto illecito (un *quisque*). L'esito sembra cozzare contro l'esigenza che la forma giuridica sia il più possibile aderente alla realtà materiale.»

52) Si veda S. PARDOLESI, *Nuova Responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)*, in *Foro it.*, 2017, V, p. 161, nonché R. CALVO, *La decontrattualizzazione della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuove leggi civ. comment.*, 2017, pp. 453 e 463 ss.

53) Si veda a tal proposito la nota n. 12.

si riesce a dimostrare la reità per via dei proibitivi oneri probatori. Molto spesso, infatti, il paziente medio è in grado di dimostrare con grande difficoltà il nesso di causalità materiale tra danno subito e comportamento del medico<sup>54</sup>). Come si può giustificare la scelta di non gravare il medico dipendente, bensì il paziente, in base al dettato legislativo dell'art. 7 della legge n. 24 del 2017, dell'onere probatorio del nesso di causalità materiale in interventi ad alto tasso di difficoltà e conoscenza tecnica, come possono essere interventi chirurgici particolarmente complessi? Si tratta di una domanda che trova risposta solamente nelle linee di politica del diritto che traspaiono dalla legge Balduzzi, così come spiegata dalla pronuncia n. 14320 del 2014 del tribunale meneghino, nonché dalla stessa L. n. 24 del 2017. Nel caso in questione, il tribunale di Genova non sembra tener conto del dettato legislativo, che infatti non viene mai citato nella pronuncia. La Corte genovese si à ancora invece alle pronunce della Suprema Corte relative alla responsabilità della struttura sanitaria e del medico, travisandone completamente il ragionamento. Conclusivamente si giunge allo stesso risultato, la condanna della struttura sanitaria, ma non si può ignorare che l'intero schema logico della sentenza è viziato dalle problematiche di cui si è parlato finora.

#### 4. *Il criterio utilizzato dal Tribunale di Genova.*

Il tribunale di Genova applica principi di diritto invalsi da decenni di evoluzione giurisprudenziale, fornendo sì un ragionamento del tutto foriero di perplessità, ma raggiungendo il risultato auspicato dal disegno legislativo alla base della L. n. 24 del 2017. Riguardo a quest'ultimo atto normativo, si ha la sensazione di un *trespass* legislativo<sup>55</sup>), nel momento in cui ci si accorge che il nomopoietà può decidere di qualificare autoritativamente una fattispecie di illecito, compito necessariamente spettante alla giurisprudenza. Fermo poi restando che il medico verrebbe chiamato in via extracontrattuale a rispondere di un eventuale danno a pazienti, e fermo restando che il medico nel caso concreto in questione non è nemmeno stato chiamato in giudizio, si nota come la creazione di un sistema a doppio binario non porti, fino ad ora, a risultati di giustizia sostanziale, bensì ad una concatenazione di cause ed effetti di poca rintracciabilità logica (si veda il caso del contatto sociale utilizzato dalla corte genovese) e di contraddizione normativa evidente. Si ponga il caso, come già detto, del principio della vicinanza della

54) Qui si propone infatti un altro problema, che concerne il principio della vicinanza della prova (secondo cui «l'onere della prova di circostanze ricadenti nella sfera d'azione di una sola delle parti in causa dev'essere assolto da quella medesima parte, rischiando altrimenti di rimanere irragionevolmente menomato il diritto costituzionale di azione o di difesa in giudizio dell'altra»: così C. Cass., Civ., SS. UU., sent. 6 maggio 2015, n. 9100, in *Danno e Resp.*, 2016, I, p. 246 ss.), che investe molteplici profili proposti dalla l. 24/2017. La sentenza però cardine è sempre la già citata n. 18392 del 2017 della Cassazione, che chiarifica definitivamente il riparto probatorio in ambito di responsabilità sanitaria.

55) Così si esprime G. PONZANELLI in *Medical malpractice: la legge Bianco Gelli. Una premessa*, in *Danno e resp.*, 2017, 3, pp. 268-270, spec. 268.



prova, secondo cui graverebbe sul medico dipendente l'onere probatorio maggiore, ed in particolare il nesso di causalità, mentre è sulla struttura che inevitabilmente, in tale quadro dispositivo, si fanno ricadere i pesi processuali maggiori, in virtù della più semplice azionabilità della lesione del diritto alla salute del paziente.

Se il quadro normativo dunque non consente di guardare con tranquillità al futuro della responsabilità civile del medico e della struttura, nemmeno la giurisprudenza sembra ormai più avere un orizzonte esegetico chiaro e definito, come dimostra appunto il tribunale di Genova nella sua pronuncia del 15 settembre 2017. In una situazione in cui infatti il legislatore sceglie di archiviare decenni di orientamenti giurisprudenziali in materia di contatto sociale, la giurisprudenza non può far altro che riprendere le categorie giuridiche già esistenti e riempirle nuovamente di contenuti derivati dai casi concreti via via esaminati. È in tale contesto che si possono rintracciare tentativi, perfino logicamente errati come nella presente sentenza, di superare le difficoltà di coordinamento tra il formante giurisprudenziale, che propugna per lo più la riconducibilità alla natura contrattuale della responsabilità del medico, e quello legislativo, che riconduce chiaramente lo stesso caso all'art. 2043 c.c. Risulta evidente che sia i giudici che il legislatore abbiano come fine ultimo la tutela del diritto fondamentale alla salute, ma che allo stesso tempo i modi di tutela siano completamente differenti: i primi esprimono una propensione maggiore a contrattualizzare il rapporto medico-paziente, anche per facilitare la rilevabilità del nesso di causalità materiale; il secondo, invece, manifesta il preciso intento di addossare la responsabilità dei costi derivanti dal danno alla salute sulla struttura ospedaliera, fruendo degli strumenti processuali tipici delle due categorie naturali della responsabilità.

L'oggetto di una ancor più aspra critica deve però riguardare l'aver deciso di ancorare la soluzione di casi giurisprudenziali così sensibili, come sono quelli derivanti da *malpractice* medica, a quella che è a tutti gli effetti una clausola generale di filtro, che a sua volta rimanda a concetti e categorie di origine sociale. È questo infatti il profilo ontologico del contatto sociale: ogniquale volta si presupponga dato, in base ad indici di esperienza e tipicità sociale, il caso è già indirizzato verso una qualificazione sinallgmatica, con il relativo regime contrattuale alla base di onere probatorio e prescrizione. Questo meccanismo, oltre ad essere stato mutuato dagli operatori giuridici tedeschi (e quindi trapiantato in un ordinamento completamente diverso da quello italiano), si presta ad una duttilità pericolosa, non vedendosi un limite ben individuato al campo applicativo concreto. In Germania si aveva una situazione giuridica, in ambito di responsabilità civile, che richiedeva la forgiatura di un filtro che aprisse le valvole della risarcibilità dei danni subiti, altrimenti non ricompresi nelle fattispecie chiuse del sistema civilistico tedesco: gli appigli testuali chiusi (diritti di primaria importanza, norma imperativa posta a tutela dei privati e lesione di beni giuridici) non bastavano a comprendere tutta la casistica che la fattualità quotidiana proponeva ed è per tale motivo che si scelse di schiudere il quadro



normativo con clausole che richiamassero la concretezza sociale dei fatti<sup>56</sup>). In un sistema come quello italiano, improntato fin dal 1942 su un'atipicità delle fattispecie di responsabilità civile, il legislatore ha affidato ai giudici, e quindi all'intero sistema giurisprudenziale, l'arduo compito di assorbire tale urto. Se si decide infatti di ancorare alla rilevazione di doveri di solidarietà *ex art. 2 Cost.* la presenza di un contatto sociale qualificato, si statuisce allo stesso modo che la fonte dell'obbligazione sia la coscienza sociale, concetto troppo liquido per poter essere definito con precisione<sup>57</sup>). Davvero si volevano affidare le sorti di un contenzioso medico-legale in cospicuo aumento al modo con cui il singolo giudice poi va ad interpretare il caso? La risposta, grazie alla legge n. 24 del 2017, può finalmente essere negativa, ristabilendo quelle esigenze di certezza del diritto indispensabili in qualsiasi ordinamento giuridico e superando l'approccio post-modernista di gran parte della giurisprudenza. Concludendo e citando Paolo Grossi, « il postmoderno valorizza l'effettività con la disponibilità ad ampliare i confini della giuridicità, fino a ricomprendere tutti quei fatti che, muniti di forza ulteriore, son capaci di incidere sulla realtà circostante »: si sono ampliati, come si è visto, i confini della giuridicità, ma, in ragione di un diritto ed una coscienza prettamente ordinamentali, il legislatore ha posto argine alla furia interpretativa e riportato ordine dove prima vi era tumulto.

PIER FRANCESCO ZARI

56) Per un'analisi approfondita della responsabilità civile tedesca in ambito medico si veda D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Cont. Imp.*, 2004, p. 797 ss. Fonte valida per il mondo germanico in tema di responsabilità civile è, invece, C. W. CANARIS, *Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten*, in *Festschrift für Karl Larenz*, München, 1983, p. 27 ss., trad. it. in *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 1983, III-IV, p. 297 ss. Si prenda, inoltre, a riferimento A. GAMBARDI, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, Utet, 2002, p. 45 ss., e per un'analisi più approfondita, volta anche ad esplorare le ragioni di alcune scelte nel sistema germanico di responsabilità aquiliana, F. DE SIMONE, *Profili introduttivi di diritto civile comparato*, Napoli, Jovene, 1995, *passim*.

57) Si vedano a tal proposito P. RESCIGNO, *Fondamenti e problemi della responsabilità medica*, in *La responsabilità medica*, Milano, 1982, p. 75, nonché E. VINCENTI, *La responsabilità da contatto sociale nella giurisprudenza di legittimità, Responsabilità Civile e Previdenza*, 2016, 6, p. 2065B, che danno un accurato affresco delle ragioni per cui la giurisprudenza ha deciso di importare la categoria del contatto sociale e di utilizzarla come chiave di soluzione di casi «nella terra di nessuno», tra illecito e contratto.