

Ginevra Ammassari

Introduzione. La responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria

SOMMARIO: 1. *Rationes* e disciplina della riforma: il doppio regime di responsabilità – 2. Il precedente assetto della responsabilità sanitaria: dal 'contatto sociale' alla l. 189/2012.

1. Rationes e disciplina della riforma: il doppio regime di responsabilità

Il 1° aprile 2017 è entrata in vigore la l. 24/2017 recante «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie», che recepisce molte delle risalenti istanze di riforma avanzate in tema di responsabilità sanitaria.

Il sottile e complicato gioco di equilibri tra i differenti (e delicatissimi) interessi coinvolti dalla riforma si traducono in una trama fin troppo articolata che ha determinato una notevole dilatazione dell'oggetto originario del relativo progetto di legge¹; l'evoluzione subita dal testo normativo emerge vuoi dal titolo, vuoi dalle note introduttive dello stesso che, all'art. 1, sancisce la strumentalità dell'attività sanitaria al diritto alla salute costituzionalmente garantito, in quanto orientata alla sicurezza delle cure.

L'esordio citato, di stretta evocazione programmatica, si traduce nell'istituzione, al successivo art. 3, dell'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità, le quali, insieme alle linee guida disciplinate all'art. 5 ed elaborate dagli enti, dalle istituzioni e dalle associazioni scientifiche accreditate presso il Ministero della salute, costituiscono lo strumento privilegiato attraverso il quale attuare non solo la gestione (c.d. *risk management*), ma soprattutto la prevenzione del rischio sanitario.

Tale disciplina appare coerente con gli ulteriori obiettivi perseguiti dalla riforma, tra i quali figurano, ancorché non esplicitamente, la riduzione dei

¹ Per i lavori parlamentari della legge in rassegna, cfr. Camera dei Deputati, XVII Legislatura – p.d.l. n. 259, 262, 1312, 1324, 1581, 1769, 1902, 2155; Senato, XVII Legislatura – d.d.l. n. 2224.

costi, sempre più elevati, derivanti dall'applicazione della medicina difensiva, nonché la rinnovata attuazione della c.d. alleanza terapeutica tra medico e paziente.

Questa prospettiva permea altresì le successive disposizioni relative ai profili di responsabilità che – fatta eccezione per la responsabilità penale dell'esercente le professioni sanitarie disciplinata dall'art. 6 – costituiscono l'oggetto della presente indagine.

L'art. 7 della riforma disciplina, rispettivamente al comma 1° e al comma 3°, la responsabilità della struttura ospedaliera e dell'esercente la professione sanitaria, distinguendone la relativa natura: infatti, mentre la prima continua ad essere ricondotta alle disposizioni degli artt. 1218 e 1228 c.c., la responsabilità del singolo operatore è trasferita – per così dire, d'ufficio – *sub* art. 2043 c.c.

Sul punto, prima di procedere all'analisi del dettato normativo, si impone una premessa: la codificazione del titolo di responsabilità, espressamente qualificato in via preventiva dallo stesso legislatore, se da un lato sconta la necessità di dirimere le dispute e attenuare le distorsioni applicative derivanti dall'elaborazione del precedente assetto interpretativo – che, elevatosi a consistenza di diritto vivente, viene parzialmente sconfessato dalla riforma – dall'altro, stona tangibilmente poiché sconfinava nel campo tradizionalmente riservato agli interpreti; incursione, questa, peraltro rafforzata dall'ultimo comma dell'art. 7, il quale, assumendo la funzione di norma di chiusura, dispone la tombale imperatività delle norme ivi dettate ai sensi del codice civile.

Tanto premesso, la riforma disciplina due forme di responsabilità che, autonome nel titolo, sembrerebbero distinguersi sotto l'ulteriore profilo del relativo criterio di imputazione: se per la struttura sanitaria trova conferma il precedente assetto improntato al principio di precauzione, la responsabilità del singolo operatore viene declinata sotto il profilo della colpa professionale.

Procedendo con ordine, la norma, al comma 1°, dispone che gli enti ospedalieri rispondono, in proprio, *ex* art. 1218 c.c., dell'adempimento delle obbligazioni riconducibili al contratto di ospitalità, da tempo tipizzato e ricondotto dalla giurisprudenza all'autonomia che gli è propria².

Infatti, la struttura ospedaliera, disponendo delle risorse economiche e strutturali idonee a gestire, in via sistematica, i rischi connaturati all'esercizio

² V. Cass. 28 novembre 2007, n. 24742, in «Rep. Foro it.» 2009, voce *Professioni intellettuali*, n. 85; S.U., 1 luglio 2002, n. 9556, «Foro it.», 2002, I, coll. 3060, con nota di A. PALMIERI e «Nuova giur. civ. comm.», 2003, p. 689, con nota di L. FAVILLI. In dottrina v., sul punto, M. GORGONI, *La responsabilità della struttura sanitaria*, in «Danno e resp.», 2016, p. 807.

dell'attività sanitaria, è tenuta ad adottare, nell'adempimento di una propria ed esclusiva obbligazione, modelli organizzativi e prassi preventive strumentali alla sicurezza delle cure e alla protezione del paziente che, dunque, costituiscono l'oggetto di una prestazione composita, contrattualmente dovuta.

Tale impostazione – che, in ossequio al combinato disposto degli artt. 1218 e 2697 c.c., grava gli enti della dimostrazione dell'adozione della dovuta diligenza nell'adempimento dell'obbligazione citata, ovvero dell'imprevedibilità dell'evento avverso – informa l'intera struttura dell'art. 7, là dove, quest'ultimo, sempre al comma 1°, dispone che l'ente ospedaliero risponde altresì, ai sensi dell'art. 1228 c.c., dei danni cagionati dalle condotte, dolose o colpose, poste in essere dai professionisti della cui opera si avvalga nell'adempimento della propria obbligazione³; e ciò anche qualora questi siano stati scelti dal paziente, non siano dipendenti della struttura o, a norma del comma 2° e in parziale deroga all'impronta codicistica che disciplina la responsabilità per fatto degli ausiliari⁴, in ipotesi di prestazioni eseguite in regime di libera professione *intra moenia*⁵.

Al contrario, ai sensi del comma 3° della norma in esame, la responsabilità degli esercenti la professione sanitaria viene espressamente ricondotta, salvo il caso in cui questi agiscano nell'adempimento di una propria obbligazione contrattuale direttamente assunta con il paziente⁶, nell'alveo dell'illecito aquiliano *ex art. 2043 c.c.*

³ Trova dunque conferma, nella l. 24/2017, la teoria del rischio di impresa, cui P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961, *passim*, riconduce non solo l'art. 2049 c.c. ma anche il disposto dell'art. 1228 c.c.; così anche R. DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico. L'art. 3 del d.l. n. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica*, «Contr. e impr.», 2014, p. 123.

⁴ Tale impostazione si rileva già in Cass. 14 giugno 2007, n. 13953, in «Foro it.», 2008, I, coll. 1990; 14 luglio 2004, n. 13066 in «Danno e resp.», 2005, p. 537 con nota di A. AGNINO. In dottrina, sul punto, si segnala G. MAISIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, *id.*, 2017, p. 752, il quale si interroga sulla possibilità che nel contratto di ospedalità trovino ingresso clausole derogatorie all'applicabilità dell'art. 1228 c.c.

⁵ Per un'attenta disamina della casistica *ante* riforma si segnala G. CERDONIO CHIAROMONTE, *La responsabilità per fatto degli ausiliari e incarico contrattuale diretto al medico: il dubbio ruolo della casa di cura privata*, in «Riv. dir. civ.», 2017, p. 123.

⁶ Sul punto, si segnala A. BARBARISI, *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in «Contr.», 2017, p. 217, la quale, nel rapportare le precedenti elaborazioni giurisprudenziali con l'attuale formulazione normativa, ne evidenzia la possibile deriva interpretativa, concludendo nel senso che sarebbe stato preferibile ricondurre la responsabilità contrattuale, dettata in via residuale per l'operatore sanitario, alla specifica stipulazione di un contratto d'opera professionale; inoltre L. LAMBO, *La responsabilità del medico dipendente e il gioco dell'oca (obblighi di protezione c. alterum non laedere)*, in «Foro it.», 2017, V, coll. 242, ravvisa un'ingiustificata disparità di trattamento nelle due ipotesi, in quanto tale idonea a suscitare dubbi di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 3 Cost.

Quest'ultima rappresenta una delle disposizioni dotate di maggior portata innovativa, giacché, nell'escludere la natura contrattuale della responsabilità del professionista sanitario – precedentemente sancita in via pretoria⁷ – inibisce l'applicabilità della teoria del contatto sociale al suo naturale ambito di elezione.

Inoltre, la norma dispone che il giudice, ai sensi dell'art. 590 *sexies* c.p., deve tenere conto della condotta dell'operatore sanitario che nel compimento della propria opera professionale si sia attenuto alle già citate buone pratiche e linee guida di cui all'art. 5.

Tale disposizione, nell'introdurre una gradazione dell'entità del risarcimento posto a carico del solo esercente la professione sanitaria in ipotesi di colpa lieve, sembrerebbe innestare l'applicabilità di criteri di imputazione causale del danno in sede di relativa liquidazione⁸: infatti, ai fini della riduzione del risarcimento derivante dall'osservanza delle regole di *soft law*, rileva la condotta del danneggiante e non (solo) il pregiudizio subito dal danneggiato⁹.

Infine, a completare la disciplina dell'attuale assetto di responsabilità, figura il 4° comma dell'art. 7 che, improntato a contenere la generosità dei risarcimenti, dispone la diretta applicabilità degli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private e dei criteri tabellari di determinazione del danno ivi disciplinate, sinora adottati esclusivamente nel settore della responsabilità civile automobilistica¹⁰.

Dall'impianto descritto emerge l'intento di razionalizzazione della riforma, la quale, attraverso la definitiva contrattualizzazione della responsabilità della struttura sanitaria, si propone di indirizzare il contenzioso relativo alla *medical malpractice* nei confronti di quest'ultima¹¹, così limitando, al contempo, la responsabilità del singolo operatore sanitario.

⁷ V. *infra*, p. 17.

⁸ Per una trattazione sistematica della questione si a S. CALVIGIONI, *in questo volume*, p. 203 e ss.

⁹ G. TRAVAGLINO, *Vaghi appunti sulla riforma della responsabilità sanitaria*, giustiziacivile.com, Danno e resp., 3 marzo 2017, <<http://giustiziacivile.com/danno-e-responsabilita/editoriali/vaghi-appunti-sulla-riforma-della-responsabilita-sanitaria>>, al riguardo conia l'inedita espressione: 'danni de-punitivi'; l'A. si interroga altresì se, viceversa, una condotta gravemente colposa possa condurre, a prescindere dall'oggettiva valutazione del danno, allo speculare aumento del risarcimento.

¹⁰ Al riguardo, M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, in «Danno e resp.», 2017, p. 84, parla di una regola di equità codificata. Sul tema si rinvia nuovamente a S. CALVIGIONI, *in questo volume*, p. 203 e ss.

¹¹ Che – secondo una definizione ormai nota – assurge a *deep pocket* da cui poter agevolmente attingere al fine di ristorare il pregiudizio subito dal paziente.

Tale impostazione trova conferma nell'art. 10, l. 24/2017, il quale impone alle strutture di dotarsi della dovuta copertura assicurativa; obbligo che, seppur non del tutto inedito, tradisce un intento ulteriore, costituito dalla messa in sicurezza del sistema demandata al rilancio del mercato assicurativo di settore¹².

Quest'ultimo rilievo consente di ampliare l'oggetto della presente indagine che, se estesa all'analisi degli ulteriori istituti disciplinati dalla riforma, offre l'opportunità per interrogarsi sulla congruità dei mezzi ivi predisposti rispetto ai molteplici scopi perseguiti dal legislatore, chiamato a presidiare istanze di tutela diverse e spesso confliggenti.

Infatti, il citato obbligo di assicurazione introdotto dall'art. 10 e imposto tanto alla struttura sanitaria che al singolo operatore, oltre a garantire le aspirazioni risarcitorie del soggetto danneggiato, assume una funzione complementare rispetto a due novità introdotte dal testo normativo in rassegna: l'azione di rivalsa (o di responsabilità amministrativa) e l'azione diretta nei confronti dell'impresa assicuratrice, rispettivamente disciplinate dall'art. 9 e dall'art. 12; ad entrambi gli istituti sono dedicati due capitoli *ad hoc* del presente lavoro – cui, pertanto, si rinvia¹³ – dovendosi limitare l'analisi condotta in questa sede alle interazioni che questi presentano con i profili di responsabilità.

Se le implicazioni tra questi ultimi e l'azione diretta emergono *ictu oculi*, là dove, banalmente, viene ampliata la platea dei soggetti nei cui confronti far valere, con i dovuti limiti, le pretese risarcitorie del paziente danneggiato, la relazione sussistente con l'azione di rivalsa esige un più approfondito esame delle disposizioni dettate dalla l. 24/2017 in tema di assicurazione obbligatoria.

Infatti, dove l'art. 9 condiziona l'esercizio del diritto di regresso azionabile dalla struttura o, in via di surroga, dall'impresa assicuratrice alle ipotesi di dolo e colpa grave degli esercenti la professione sanitaria, il 2° comma dell'art. 10, in via del tutto speculare, impone a questi ultimi la stipula, con oneri a proprio carico, di una polizza di assicurazione per colpa grave, contestualmente destinata a garantirli vuoi dall'esposizione risarcitoria che residua dall'attuale sistema delineato dall'art. 7, vuoi dal rischio di rivalsa, comunque modulato, ai sensi del comma 5 dell'art. 9, in base al diverso

¹² Il tema sarà approfondito nei capitoli che seguono, sicché, in questa sede, ci si limita a segnalare: A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Le novità (ancora mascherate e neppure tanto inedite) dell'assicurazione della responsabilità sanitaria*, in «Foro it.», 2017, V, coll. 197; M. HAZAN, *op. ult. cit.*, p. 75; ID., *L'azione diretta nell'assicurazione obbligatoria della rc sanitaria (e il regime delle eccezioni)*, «Danno e resp.», 2017, p. 317.

¹³ Cfr. G. PARISI, G. RICCI e F. COSSIGNANI, *in questo volume*, pp. 25 e ss., 59 e ss., e 69 e ss.

grado della colpa del professionista¹⁴; inoltre, il 1° comma dell'art. 10, in ossequio ai risultati già raggiunti in sede di contrattazione collettiva, dispone che le strutture sanitarie siano tenute a garantire gli operatori ivi strutturati con una polizza assicurativa ulteriore e limitata alle ipotesi di colpa lieve, a copertura dalle pretese risarcitorie azionate direttamente nei confronti di questi ultimi. Residua l'ipotesi di dolo che, fermi i limiti disposti dall'art. 1900 c.c., è assicurabile esclusivamente dalla struttura a copertura delle condotte dolose dei propri dipendenti (ma non solo)¹⁵.

Ne deriva un impianto complesso che, a seconda della diversa strategia processuale attuata dal paziente danneggiato, rischia di minare l'opera di 'deresponsabilizzazione' del medico (*rectius*, dell'esercente la professione sanitaria) articolata dalla riforma, così legittimandosi la posizione di chi¹⁶ sostiene che, a tal fine, sarebbe stato preferibile sottrarre gli ausiliari dai rischi connessi *in nuce* al mantenimento della responsabilità diretta.

Infatti, al netto delle novità introdotte dalla l. 24/2017, permane una consistente esposizione risarcitoria dell'operatore sanitario che, ai sensi del comma 3° dell'art. 7, risponde direttamente – seppur *ex art.* 2043 c.c. – con l'unica eccezione costituita dalla *culpa levis*; qualora, invece, il paziente danneggiato, attratto dal regime processuale agevolato derivante dalla natura contrattuale della responsabilità della struttura, agisca esclusivamente nei confronti di quest'ultima ai sensi dell'art. 1228 c.c., il professionista, fermi i limiti imposti dal comma 5° dell'art. 9, risponderà comunque in proprio, anche se in via di rivalsa, in ipotesi di dolo e colpa grave.

Inoltre, il quadro descritto è suscettibile di complicarsi ulteriormente là dove, a fronte del doppio binario introdotto, il paziente decida di citare in giudizio, a diverso titolo, tanto l'operatore sanitario responsabile in via aquiliana, che la struttura, la quale potrebbe essere chiamata a rispondere ai sensi dell'art. 1218 c.c., ma anche *ex art.* 1228 c.c. per le condotte dolose o colpose dei professionisti ivi operanti.

Difatti, il sistema articolato dalla riforma non esclude l'ipotesi di un

¹⁴ M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, cit., p. 82, rileva una confusione del profilo attinente alla criteriologia liquidativa con quello della concorsualità nella causazione dell'illecito.

¹⁵ Infatti – si ribadisce – l'ente ospedaliero è chiamato a rispondere, ai sensi dell'art. 1228 c.c., dei danni cagionati dalle condotte, dolose o colpose, poste in essere da tutti i professionisti ivi operanti, ancorché non siano dipendenti della struttura e in ipotesi di prestazioni eseguite in regime di libera professione *intra moenia*.

¹⁶ R. PARDOLESI - R. SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)*, in «Foro it.», 2017, V, coll. 161; R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in «Danno e resp.», 2017, p. 261.

concorso¹⁷ tra le due forme di responsabilità che, stante il diverso atteggiarsi dei relativi oneri probatori, potrebbe condurre ad esiti opposti¹⁸ o, al contrario e in ragione dell'unicità dell'evento dannoso, a una condanna solidale dei soggetti coinvolti a norma dell'art. 2055 c.c., derivandone l'eventualità di una rivalsa ulteriore azionata dalla struttura, comunque condizionata alla sussistenza della colpa grave del professionista¹⁹.

Inoltre, dal combinato disposto della disposizione disciplinante la responsabilità della struttura per fatto degli ausiliari e la clausola che fa salva la natura contrattuale della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria che agisca in adempimento di un'obbligazione direttamente assunta con il paziente, sembrerebbe emergere una sovrapposizione ulteriore: infatti, il comma 1° dell'art. 7 dispone l'applicabilità dell'art. 1228 c.c. anche nel caso in cui il professionista sia stato scelto dal paziente; ipotesi, questa, intuitivamente riconducibile proprio (ma non soltanto) alla sussistenza di un vincolo contrattuale tra quest'ultimo e il professionista medesimo.

Ne consegue una duplicità di soluzioni: vi è infatti chi²⁰, in luogo dell'art. 1228 c.c., propone l'applicabilità dell'art. 1307 c.c., disciplinante l'adempimento di prestazioni indivisibili ad opera di una pluralità di obbligati in via solidale.

In conclusione, il rischio, più o meno variabile, cui l'operatore rimane innegabilmente esposto sembrerebbe mitigarsi, come anticipato, esclusivamente sotto il profilo della riduzione del termine prescrizione e dell'onere probatorio che, attualmente, in ragione della natura aquiliana della responsabilità sancita dall'art. 7, sembrerebbe gravare sul danneggiato; agevolazione, questa, che, avuto riguardo alle prassi applicative, rivela un'utilità assai ridotta²¹ – se non in ipotesi limite, costituite dalle c.d. cause

¹⁷ Sul punto v. G.E. NAPOLI, *La responsabilità sanitaria nel sistema civilistico. punti fermi e nuove linee di riforma*, in «Resp. civ. e prev.», 2017, p. 65, il quale rileva che, a livello sistematico, la responsabilità dell'ente ex art. 1228 c.c. mal si concilia con quella diretta del medico, entrambe ascrivibili ai medesimi fatti; A. DI MAIO, *Il cumulo tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in www.personaedanno.it, <https://www.personaedanno.it/attachments/allegati_articoli/AA_012360_resource1_orig.pdf>Incontri C.S.M> (Atti del convegno 'Incontri C.S.M.', Università degli Studi di Roma Tre, Roma, 13 novembre 2007).

¹⁸ Sul punto, seppur con riguardo all'impianto introdotto dalla precedente l. Balduzzi, v. R. DE MATTEIS, *op. ult. cit.*, p. 123, il quale riconduce la possibile dissociazione tra gli esiti dei due giudizi di responsabilità alla diversa rilevanza assunta dalla condotta del professionista sul piano della causalità giuridica e materiale.

¹⁹ Così R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, cit, p. 264.

²⁰ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *op. ult. cit.*, p. 502.

²¹ In tal senso, cfr., nuovamente, R. PARDOLESI, *op. ult. cit.*, p. 265.

ignote – giacché l'esito del processo, nel contenzioso relativo alla *medical malpractice*, è tradizionalmente rimesso all'accertamento medico-legale espletato in sede di consulenza tecnica d'ufficio cui oggi, a norma dell'art. 8 l. 24/2017, si sostituisce o si aggiunge (ma non sempre) l'accertamento tecnico preventivo²².

Ad aggravare la posizione del professionista contribuisce, inoltre, il consolidato orientamento applicato dalla giurisprudenza di legittimità in tema di responsabilità medica che, dunque, occorre analizzare nel suo *iter* evolutivo al fine di individuare i possibili esiti interpretativi cui si espone l'attuale sistema delineato dalla l. 24/2017.

2. *Il precedente assetto della responsabilità sanitaria: dal 'contatto sociale' alla l. 189/2012*

La responsabilità sanitaria costituisce l'oggetto privilegiato di un intenso dibattito che, confluito, da ultimo, in due recenti interventi normativi, risulta profondamente condizionato dall'assetto interpretativo elaborato dalla giurisprudenza di legittimità, da tempo improntato a garantire maggiore effettività alla tutela del paziente.

Infatti, la disciplina dell'istituto risente innegabilmente dell'evoluzione subita e dalla nozione di salute, e dal relativo diritto costituzionalmente garantito che, a partire dagli ultimi venti anni del secolo scorso, si attesta nella sua duplice accezione di diritto di libertà e di diritto sociale, declinato in termini di sicurezza delle cure²³.

A tale impostazione corrisponde, sul versante delle tutele, l'elaborazione di un assetto di responsabilità peculiare²⁴ che, attraverso l'applicazione del criterio di diligenza dettato in tema di responsabilità contrattuale dal 2° comma dell'art. 1176 c.c.²⁵, conduce al parziale superamento dei privilegi di

²² Su cui v. *infra*, M. ADORNO, in *questo volume*, p. 105 e ss.

²³ Sul punto, v. Corte cost. 26 luglio 1979, n. 88, in www.giurcost.org, <<http://www.giurcost.org/decisioni/1979/0088s-79.html>>, la quale riconosce la salute quale interesse collettivo, nonché, Corte cost. 22 ottobre 1990, n. 471, in «Foro it.», 1991, I, coll. 14, che sancisce il legame intercorrente tra la libertà personale all'autodeterminazione dell'individuo e il diritto alla salute. In dottrina, cfr. M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in «Dir. soc.», 1980, p. 774; ID., *Salute*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, *passim*.

²⁴ R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, CEDAM, Padova, 1995, p. 392, parla di un autonomo sottosistema di responsabilità civile.

²⁵ Cui consegue altresì l'applicazione dell'esonero disposto dall'art. 2236 c.c. in ipotesi

status precedentemente riconosciuti al medico, comunque responsabile ai soli sensi dell'art. 2043 c.c.; al contempo, la giurisprudenza riconosce l'autonomia del vincolo contrattuale²⁶ gravante sulla struttura sanitaria, derivandone il concorso tra la responsabilità aquiliana del professionista e quella dell'ente che, come anticipato, viene ricondotta al paradigma della responsabilità di impresa, in quanto tale improntata al principio di prevenzione.

Tuttavia, nell'equiparare la posizione del paziente a quella di un danneggiato qualunque, tale sistema di responsabilità duplice e concorrente²⁷ reca una contraddizione che, avvertita dalla giurisprudenza, induce quest'ultima a capovolgere la prospettiva sinora adottata nei confronti del professionista: la Suprema Corte, quasi venti anni orsono, elaborò la nota teoria²⁸ che, articolata sul disposto dell'art. 1173 c.c., annoverava tra le fonti delle obbligazioni ivi disciplinate finanche il contatto sociale; l'applicazione di tale categoria dogmatica, posta al confine tra contratto e fatto illecito, consentiva la dissociazione tra la fonte del rapporto e l'obbligazione (senza prestazione) che ne scaturisce, la quale, intercorrendo tra soggetti determinati, è sottoposta alla disciplina riservata ai vincoli di natura contrattuale e non già all'illecito aquiliano, ascrivibile alla violazione del generico dovere di *neminem laedere*.

Pertanto, attraverso la valorizzazione degli aspetti relazionali connaturati all'esercizio dell'attività sanitaria²⁹, la giurisprudenza di legittimità ha sancito la natura contrattuale³⁰ della responsabilità del medico, alla cui base

di colpa lieve. Sul punto, cfr. Cass. 7 ottobre 1998, n. 9911, in «Foro it.», 1998, I, coll. 3520; 15 gennaio 1997, n. 364, *id.*, 1997, I, coll. 771, con nota di A. PALMIERI; 1 marzo 1988, n. 2144, *id.*, 1988, I, coll. 2296, con nota di A. PRINCIGALLI; S.U., 6 maggio 1971, n. 1282, *id.*, 1971, I, coll. 1476.

²⁶ Cfr. Cass. 26 marzo 1990, n. 2428, in «Giur. it.», 1991, I, p. 600, con nota di D. CARUSI.

²⁷ Che, peraltro, ricorda quello articolato dalla l. 24/2017, o viceversa.

²⁸ Cfr. Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in «Foro it.», 1999, I, coll. 3332, con note di A. LANOTTE e F. DI CIOMMO; «Danno e resp.», 1999, pp. 294 e 777 con note di V. CARBONE e R. DE MATTEIS; «Contr.», 1999, p. 999, con nota di E. GUERINONI, nonché in «Corr. giur.», 1999, p. 441 con nota di A. DI MAJO. In dottrina, tra i fautori della teoria del contatto sociale, v. C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto, Scritti in onore di L. Mengoni*, Giuffrè, I, Milano, 1995, p. 147, il quale fa propria l'impostazione di origine tedesca; per un'analisi comparatistica dell'evoluzione subita nell'applicazione dell'istituto C.W. CANARIS, *Il "contatto sociale" nell'ordinamento giuridico tedesco*, in «Riv. dir. civ.», 2017, p. 4.

²⁹ Sul punto, cfr. nuovamente C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo, Scritti per A. Di Majo*, Jovene, Napoli, 2012, p. 89.

³⁰ G. TRAVAGLINO, *La responsabilità contrattuale tra tradizione e innovazione*, in «Resp. civ. e prev.», 2016, p. 75, presenta tale impostazione in termini di mutazione genetica senza precedenti.

figurano, rispettivamente, l'affidamento riposto nella professionalità di quest'ultimo e gli obblighi di protezione del paziente³¹, cui il professionista è direttamente tenuto, alla stessa stregua della struttura sanitaria³².

Il sistema, così strutturatosi, troverà definitiva conferma nell'impostazione successivamente adottata dalla giurisprudenza che, impegnata nella tipizzazione del contratto di ospitalità con effetti protettivi verso terzi³³, pone direttamente a carico dell'ente obblighi volti a garantire, tra gli altri, l'adeguatezza dell'assistenza sanitaria fornita attraverso l'opera professionale del medico.

In questa prospettiva, la struttura sanitaria è chiamata a rispondere non soltanto a norma dell'art. 1218 c.c., ma anche dei danni cagionati dai professionisti della cui collaborazione si avvalga nell'adempimento della propria obbligazione, così attuandosi lo schema delineato dall'art. 1228 c.c. che, analizzato nel precedente paragrafo, determina l'applicazione di criteri di responsabilità (semi)oggettiva³⁴.

L'opera di ricognizione affidata alla giurisprudenza è proseguita nel corso degli anni duemila con il definitivo superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato³⁵ che, insieme al consolidamento dell'applicabilità degli artt. 2236 e 1176, 2° comma, c.c., ha determinato altresì, in ossequio al principio di prossimità della prova³⁶ affermato nel

³¹ Integranti, nelle elaborazioni giurisprudenziali successive, l'oggetto di obblighi secondari che accedono strumentalmente al primario obbligo di cura a carico del professionista, cfr. Cass. 2 ottobre 2001, n. 12198, in «Rep. Foro it.» 2002, voce *Responsabilità civile*, n. 204, nonché recentemente, 13 luglio 2010, n. 16394, *id.*, 2010, voce *Professioni intellettuali*, n. 171.

³² Un'ulteriore rivisitazione dell'impostazione descritta si registra in Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, in «Resp. civ. e prev.», 2007, p. 1824, con nota di M. GORGONI, «Resp. civ.», 2007, pp. 967 e 980, con note di M. FACCIOLE e R. PARTISANI e «Danno e resp.», 2007, p. 1028 con nota di V. SCALISI, secondo la quale l'oggetto della prestazione riconducibile al contatto sociale coincide con quella cui il professionista è tenuto in ragione del contratto d'opera professionale concluso con la struttura sanitaria.

³³ V. Cass. 26 gennaio 2006, n. 1698, in «Danno e resp.», 2006, p. 953 con puntuali annotazioni di R. BREGA, la quale dà conto del carattere composito della prestazione cui è tenuta la struttura sanitaria.

³⁴ Cfr. Cass. 22 settembre 2015, n. 18610, in «Rep. Foro it.» 2015, voce *Contratto in genere*, n. 304; 8 ottobre 2008, n. 24791, *id.*, 2009, voce *Sanità pubblica*, n. 464; 13 aprile 2007, n. 8826, *cit.*; 26 gennaio 2006, n. 1698, in *id.*, 2006, voce *Contratti atipici*, n. 360; 9 novembre 2006, n. 23918, in «Foro it.», 2007, I, coll. 71, con note di A. LANOTTE e A. PALMIERI.

³⁵ Ritenuta priva di riscontro normativo alcuno, così Cass., S.U., 28 luglio 2005, n. 15781, in «Eur. dir. priv.», 2006, p. 781, con nota di A. NICOLUSSI.

³⁶ Il tema costituisce l'oggetto dell'ultima sezione del presente volume, sicché, allo stato della riflessione, è sufficiente rilevare che l'applicazione di tale principio di matrice processuale ribadito da Cass. 7 aprile 2006, n. 141, in «Foro it.», 2006, I, coll. 1161, con note di D. DALFINO

2001 dalle sezioni unite della Corte di cassazione³⁷, l'inversione del relativo onere; quest'ultimo, a fronte dell'allegazione dell'inadempimento qualificato ad opera del paziente, viene posto a carico del professionista³⁸, il quale è tenuto a fornire la prova liberatoria della propria responsabilità.

Tale impostazione, strenuamente criticata da parte della dottrina³⁹ tanto sotto il profilo sistematico che in ragione delle distorsioni cui conduce in sede applicativa⁴⁰, ha resistito indefessa finanche all'intervento normativo del 2012, là dove, a fronte di una formulazione quantomeno ambigua⁴¹, il richiamo dell'art. 2043 c.c. disposto testualmente dall'art. 3⁴², l. 189/2012 rappresenta, nell'interpretazione successivamente offerta dalla giurisprudenza di legittimità⁴³, un generico rinvio alle norme sulla responsabilità civile,

e A. PROTO PISANI, integrando il disposto dell'art. 2697 c.c. conformemente a Costituzione, prescinde dalla sola distinzione riconducibile al titolo di responsabilità.

³⁷ Cass., S.U., 30 ottobre 2001 n. 13533, in «Foro it.», 2002, I, coll. 769, con nota di P. LAGHEZZA; «Cott. giur.», 2001, p. 1565, con nota di V. MARICONDA; «Nuova giur. civ. comm.», 2002, p. 356, con nota di B. MEOLI; «Contr.», 2002, p. 118, con nota di U. CARNEVALI.

³⁸ V. Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 577, in «Foro it.», 2008, I, coll. 455, con nota di A. PALMIERI, «Danno e resp.», 2008, pp. 788, 871 e 1002, con note di G. VINCIGUERRA, A. NICOLUSSI e M. GAZZARA, «Resp. civ.», 2008, p. 397, con nota di R. CALVO, «Nuova giur. civ. comm.», 2008, p. 616, con nota di R. DE MATTEIS, «Giur. it.», 2008, p. 2197 ss., con nota di M.G. CURSI. Sul tema si rinvia nuovamente alla terza sezione del presente volume.

³⁹ Tra i tanti contributi, si segnalano, pur senza pretesa di esaustività: G. ALPA - G. VISINTINI - R. DE MATTEIS, *Dibattito a più voci intorno alla colpa medica, con specifico riferimento alla responsabilità del medico psichiatra*, in «Contr. e impr.» 2015, pp. 529, 531 e 564; F.D. BUSNELLI, *La "dottrina delle Corti" e il risarcimento del danno alla persona*, in «Danno e resp.», 2014, p. 461; A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts (la resistibile ascesa del "contatto sociale")*, in «Riv. dir. civ.», 2013, I, p. 77; E. NAVARRETTA, *L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico*, in «Resp. civ.», 2011, p. 1456; V. ZENO-ZENCOVICH, *Un commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in «Riv. dir. civ.», 2008, p. 297.

⁴⁰ V. G. AMMASSARI, in questo volume, p. 185.

⁴¹ «capace di confondere il titolo di responsabilità con l'elemento soggettivo dell'illecito», così G. TRAVAGLINO, *Vaghi appunti sulla riforma della responsabilità sanitaria*, cit.

⁴² La norma, dopo aver circoscritto alle sole ipotesi di dolo e colpa grave la penale responsabilità del professionista, dispone: «resta comunque fermo l'obbligo risarcitorio di cui all'art. 2043 del codice civile».

⁴³ V. Cass. 17 aprile 2014, n. 8940, in «Foro it.», 2014, I, coll. 1413, con note di G. COSTANTINO e G. SCARSELLI; 19 febbraio 2013, n. 4030, in «Danno e resp.», 2013, p. 367 con nota di V. CARBONE; 26 febbraio 2013, n. 4792, in «Rep. Foro it.» 2013, voce *Professioni intellettuali*, n. 177. Pronunce difformi si registrano soprattutto nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Milano 17 luglio 2014, in «Nuova giur. civ. comm.», 2015, p. 96; Trib. Enna 18 maggio 2013, in «Danno e resp.», 2014, p. 74, con nota di D. ZORZIT; Trib. Torino 26 febbraio 2013 e Trib. Varese 26 novembre 2012, *id.*, 2013, p. 373 con

in quanto tale inidoneo a sconfessare il regime affermato in precedenza⁴⁴.

In conclusione, a fronte della solidità dell'assetto descritto che, improntato alla massima tutela del paziente, si impone da circa vent'anni, a questo punto della riflessione emerge quantomeno l'interrogativo che questa si propone di suscitare: l'espressa codificazione del titolo di responsabilità del professionista disposta dalla l. 24/2017 rappresenta davvero una svolta nella disciplina della materia?

Sul punto, i primi commentatori della riforma si mostrano quantomeno scettici⁴⁵ e, nel valorizzare la nozione di buona fede oggettiva⁴⁶ posta a fondamento di quegli stessi obblighi di protezione⁴⁷ declinati dalla giurisprudenza con riferimento all'obbligazione *ex lege*, sostengono la diretta applicabilità in sede aquiliana dell'art. 1175 c.c. che, dunque, costituisce

nota di V. CARBONE. Sul punto si segnalano altresì Trib. Cremona 1° ottobre 2013, *id.*, 2014, p. 633, con nota di L. MATTINA e «Resp. civ. e prev.», 2014, p. 1321, con nota di A. GALLETTI; Trib. Milano 2 dicembre 2014, *id.*, 2015, p. 1700, con nota di M. GORGONI, i quali valorizzano l'applicabilità del criterio di diligenza *ex art.* 1176, 2° comma, c.c., a prescindere dal titolo di responsabilità.

⁴⁴ In dottrina, favorevoli a tale interpretazione, v. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 159; M. GORGONI, *Colpa lieve per osservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del danno*, in «Resp. civ. e prev.», 2015, p. 180; R. PUCCELLA, *Un improvvido legislatore fa più danno dei medici*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2015, p. 37; L. MATTINA, *“Legge Balduzzi”: diventa extracontrattuale la responsabilità del medico?*, in «Danno e resp.», 2015, p. 66; R. BREDI, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in «Contr. e impr.», 2014, p. 786; B. GRAZZINI, *Responsabilità dell'esercente le professioni sanitarie e rischio clinico nel c.d. “Decreto Balduzzi”*, in «Corr. giur.», 2013, p. 1239; R. PARTISANI, *La nuova responsabilità sanitaria, dopo il decreto Balduzzi*, in «Resp. civ. e prev.», 2013, p. 357. Contrari, invece, G. PONZANELLI, *Dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in «Danno e resp.», 2016, p. 816; M. PALADINI, *Linee guida, buone pratiche e quotidiane del danno nella c.d. legge Balduzzi*, in «Danno e resp.», 2015, p. 881; F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, «contatto sociale» e doveri di protezione «autonomi»*, in «Eur. e dir. priv.», 2014, p. 154; GATTARI, *Profili civilistici della legge Balduzzi: il «senso» del richiamo all'art. 2043 c.c.*, in «Resp. civ. e prev.», 2014, p. 1039; D. ZORZIT, *La responsabilità del medico alla luce del decreto Balduzzi: un viaggio tra nuovi e vecchi scenari*, in «Danno e resp.», 2014, p. 74. Si segnala, inoltre, R. DE MATTEIS, *op. ult. cit.*, p. 127 la quale, pur riconoscendo il mutamento del titolo di responsabilità del professionista a seguito della l. 189/2012, rileva la necessità di coordinare i risultati raggiunti in via interpretativa dalla giurisprudenza con la disciplina codicistica relativa all'illecito aquiliano, inapplicabile *tout court* in sede di responsabilità medica.

⁴⁵ Cfr. G.E. NAPOLI, *op. ult. cit.*, p. 70; G. ANZANI, *Il riparto dell'onere probatorio nelle due specie di responsabilità civile*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2017, p. 228; A. BARBARISI, *op. ult. cit.*, p. 219.

⁴⁶ Sul tema cfr. F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2015, *passim*.

⁴⁷ L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, CEDAM, Padova, 2007, *passim*.

la fonte normativa attraverso cui attrarre in ambito contrattuale la tutela di chi è terzo rispetto alla prestazione oggetto del contratto⁴⁸.

Tuttavia, la ricerca di una risposta al quesito proposto non può prescindere dall'analisi relativa alla ripartizione dell'*onus probandi* concernente la colpa e il nesso eziologico che, integrando gli elementi maggiormente controversi, sotto il profilo applicativo e processuale, della disciplina della responsabilità sanitaria, costituisce l'oggetto delle pagine che seguono.

Abstract

Il contributo ricostruisce sul piano diacronico e sistematico il sistema della responsabilità c.d. sanitaria e pone attenzione all'evoluzione della qualificazione del rapporto tra esercente la professione sanitaria, struttura sanitaria e utente del servizio, attraverso un'analisi della giurisprudenza e delle norme di legge succedutesi negli ultimi trenta anni.

Nota biografica dell'autrice

Ginevra Ammassari è dottoranda di ricerca in Discipline giuridiche, *curriculum* Discipline privatistiche e Diritto privato per l'Europa – Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi "Roma Tre".

È autrice di note e commenti a provvedimenti giudiziari pubblicati su riviste scientifiche italiane.

⁴⁸ In tal senso cfr. L. LAMBO, *La responsabilità del medico dipendente e il gioco dell'oca* (obblighi di protezione c. *alterum non laedere*), cit., il quale, nel riconoscere piena autonomia strutturale agli obblighi di protezione del paziente, distingue la fonte di questi ultimi e quella dell'obbligo alla prestazione principale del contratto concluso tra la struttura sanitaria e il professionista.

