

Milano, 29 gennaio 2015

## I MODELLI EUROPEI DI RESPONSABILITA' SANITARIA

### Cenni sulla giurisprudenza di legittimità in materia di responsabilità sanitaria

**Enzo Vincenti**

*(Consigliere di Cassazione, Sezione Terza civile)*

Mi è stato affidato il compito di delineare il cd. “modello nazionale” della responsabilità sanitaria e ciò alla luce della giurisprudenza di legittimità, il cui decisivo contributo per l’inverarsi di detto “modello” non può essere in alcun modo disconosciuto.

Credo sia sufficiente rammentare quanto affermato dalla nota sentenza n. 589/1999 della Terza Sezione civile per fornire la dimensione di questo apporto, sinora – o quanto meno sino all’avvento della cd. legge “Balduzzi” – incontrastato.

L'obbligazione del medico dipendente dal servizio sanitario (ma anche da struttura privata) per responsabilità professionale nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul “contatto sociale”, ha natura contrattuale. Ne consegue che relativamente a tale responsabilità i regimi della ripartizione dell'onere della prova, del grado della colpa e della prescrizione sono quelli tipici delle obbligazioni da contratto d'opera intellettuale professionale.

Del pari, contrattuale è la responsabilità della struttura sanitaria (pubblica o privata), in forza del cd. contratto di ospitalità, per cui l'inadempimento potrà correlarsi ad obbligazioni direttamente a carico della struttura (ex art. 1218 cod. civ.) ovvero a quello della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale ausiliario ai sensi dell'art. 1228 cod. civ., a prescindere dalla natura del rapporto che lega il secondo alla prima (per Cass. n. 13953/2007, anche nel caso di sanitario "di fiducia" dello stesso paziente).

Dato il "modello", quello della responsabilità contrattuale sia per la struttura sanitaria, che per il medico, e posto che la materia è assai ampia (e non a caso si parla piuttosto di "responsabilità sanitarie"), mi è parso opportuno concentrare l'attenzione su taluni aspetti specifici, esemplificativi di come il "modello" stesso si atteggi nel formante giurisprudenziale. Non accennerò, dunque, a tutte le problematiche che si agitano in materia, ma soltanto a quelle, tra le tante, sulle quali gli orientamenti non si presentano sempre così univoci e, anzi, a volte, seppur in modo non molto appariscente, si scoprono essere "diritto vivente in movimento".

Il primo aspetto è quello del nesso causale, il secondo del rapporto tra lesione del consenso informato e lesione della salute, il terzo del riparto e contenuto dell'onere della prova in tema di interruzione della gravidanza (tutti accomunati dal filo conduttore della problematica probatoria); infine, il quarto aspetto – sul quale mi soffermerò maggiormente - attiene all'impatto della cd. legge "Balduzzi".

Partiamo, dunque, dal nesso causale e dal profilo, relativamente incontrovertito nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, che attiene alla distinzione tra causalità materiale - volta alla prova del nesso eziologico tra condotta ed

evento (meglio inteso come lesione concreta dell'interesse tutelato dall'ordinamento: nella specie, la salute) - e causalità giuridica diretta a provare il rapporto sussistente tra quest'ultima ed i danni consequenziali: la prima da provare in base alle regole dettate dagli artt. 40 e 41 cod. pen., la seconda in base all'art. 1223 cod. civ. (in tal senso e lucidamente già la nota Cass. n. 11609/2005).

Semmai, il tema più problematico è quello del concorso tra cause umane (condotta del sanitario) e cause naturali (in esse da ricomprendersi lo stato patologico pregresso del paziente) nella produzione dello stesso evento, che aveva generato un contrasto tra Cass. n. 975/2009 e la giurisprudenza precedente, alla quale ultima si era poi rapportata nuovamente Cass. n. 15991/2011, che ha trovato ulteriore continuità (da ultimo Cass. n. 24204/2014, seppure non in materia di responsabilità medica, ma dove veniva in rilievo la malattia dell'Alzheimer, come patologia pregressa su cui avevano inciso, aggravandone gli effetti, le lesioni provocate a seguito di sinistro stradale) nel senso della irrilevanza della concorrente (e non già assorbente) causa naturale sul piano della causalità materiale e della sua rilevanza su quello della causalità giuridica.

Quanto alla causalità materiale, una volta acquisita la divaricazione tra l'accertamento richiesto in sede civile - con l'applicazione della cd. regola di funzione o probatoria del "più probabile che non" o "della preponderanza dell'evidenza" (per tutte Cass., sez. un., n. 576/2008) - e quello in ambito penalistico, ancorato alla regola dell'"oltre il ragionevole dubbio" (come messo in evidenza della notissima sentenza "Franzese" del 2002: Cass., sez. un. pen., n. 30328/2002), la regola trova applicazione piena, sia in relazione alla causalità

commissiva, che a quella omissiva. Si tratta, come è noto, di un accertamento da effettuare *ex ante*, in astratto (e cioè disancorato da profili soggettivistici), in base a regole statistiche e/o scientifiche, che però non vanno applicate in modo “quantitativo” (la certezza legata al solo 50% +1 ), ma “ponderato”, nel contesto di elementi di conferma dell’attendibilità dell’ipotesi, che vanno desunti dal caso concreto oggetto di cognizione. Dunque, piuttosto un criterio di probabilità logica.

In questo quadro, mi pare di particolare interesse l’affermazione di Cass. 22225/2014 resa in un caso in cui il paziente, sottoposto ad intervento di bypass aortocoronarico, lamentava esiti di cattiva deambulazione per lesione del nervo sciatico a seguito dello stesso intervento chirurgico. Il c.t.u. aveva affermato la correttezza sia dell’intervento chirurgico, che del trattamento post operatorio, escludendo che la lesione del nervo sciatico potesse essere derivata dalla safenectomia, ipotizzando altre cause possibili della patologia non accertate e da qui affermando che “non poteva escludere in radice una responsabilità della struttura”. Il ricorrente, che chiedeva il risarcimento del danno alla struttura sanitaria, ne faceva derivare, quindi, che il consulente non aveva escluso il nesso di causalità tra la lesione e l’attività medica e, dunque, l’incertezza sulla riferibilità causale.

La risposta della Corte – la quale, anzitutto, prende atto del carattere percipiente della consulenza tecnica in materia di responsabilità medica - evidenzia che là dove la c.t.u. esprimeva incertezze sull’esistenza della responsabilità della struttura aveva somministrato al giudice un ragionamento del tipo “meno probabile (che non)”, mentre, là dove la medesima consulenza aveva, per altro verso, chiaramente escluso il nesso causale tra la condotta dei

medici e l'evento di danno, aveva fornito allo stesso giudice un ragionamento in termini "del più probabile (che non)". Per cui era corretta la decisione del giudice di merito che, applicando tale ultimo criterio, aveva escluso la responsabilità della struttura poiché non era affatto "più probabile" che l'evento di danno fosse attribuibile all'ipotetico responsabile, per la presenza di fattori che, sempre in termini di probabilità, ad esso potessero ricondurlo e per l'assenza di fattori riconducibili ad altra causa.

Mi pare che il principio non contraddica, ma completi secondo una prospettiva speculare, quello enunciato da Cass. n. 3847/2011, e che possiamo definire come principio di "non ridondanza sul danneggiato" della regola del "più probabile che non"; nel senso che non può giungersi a negare la responsabilità dei sanitari e della struttura ipotizzando una causa, secondo detta regola, idonea ad escludere il nesso causale tra condotta ed evento e che tuttavia non sia stata accertata per difetto di chi un tale accertamento avrebbe dovuto compiere.

Il caso era quello dell'asfissia cerebrale del neonato in presenza di un ritardo nell'esecuzione del parto; si era ipotizzata dalla difesa dei medici la probabile origine fisiologica dell'asfissia stessa, ma seppure l'ipotesi rivestiva un alto grado di probabilità statistica, la sua verifica dipendeva da un esame cardiocografico che i medici avrebbero dovuto compiere nell'imminenza del parto, ma a ciò non avevano provveduto.

Peraltro, il principio conferma quanto si accennava circa il rilievo cd. ponderato che deve ascriversi alla verifica del nesso causale in base alla regola del "più probabile che non" e cioè la necessità che il tutto (e dunque anche gli *standard* probabilistici) siano governati dalla concretezza della contingente vicenda, si

pongano con essa in intimo legame. E nella vicenda concreta la condotta intempestiva dei medici aveva rappresentato un alto grado di probabilità logica di essere la causa dell'evento lesivo.

E' evidente che il principio della regola probatoria di funzione si innesta, quindi, nel quadro delineato da altro principio, sempre afferente all'ambito del rapporto causale, ma proprio della responsabilità medica in quanto responsabilità contrattuale (vedremo poi il problema della "Balduzzi") che è quello dell'oggetto della prova che deve essere fornita e da chi debba esserlo.

Si tratta del noto principio secondo cui "l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) ed allegare l'insorgenza (o l'aggravamento) della patologia e l'inadempimento qualificato del debitore, quale inadempimento astrattamente idoneo a provocare (quale causa o concausa efficiente) il danno lamentato, rimanendo poi a carico del debitore dimostrare, o che tale inadempimento non vi è stato, ovvero che, pur esistendo, esso non è stato causa del danno ovvero non è stato eziologicamente rilevante" (per tutte, Cass., sez. un., n. 577/2008 cit.; ma più di recente anche: Cass. n. 15993/2011; Cass. n. 20904/2013; Cass. n. 27855/2013; Cass., n. 20547/2014).

Possiamo considerarlo un principio sufficientemente consolidato, nonostante si rinvenzano talune pronunce, anche successive a Cass. n. 10743/2009 (ad es. Cass. n. 12886/2011), che insistono nel porre a carico del paziente l'onere di provare il nesso di causalità materiale tra condotta ed evento lesivo; non dunque solo l'allegazione dell'inadempimento quale astrattamente idoneo a determinare la lesione della salute, bensì proprio il nesso eziologico tra i due termini.

Su tale profilo, di importanza assai rilevante, si esprime con sufficiente chiarezza Cass. n. 20904/2013, operando a monte l'individuazione dell'oggetto della prova nella prestazione curativa e, dunque, postulando la necessità che il giudice del merito soffermi la propria l'attenzione anzitutto sulla portata del "rapporto obbligatorio curativo" e su quale sia la sua estensione effettiva in termini di funzionalità rispetto al problema di salute presentato dal paziente. Ciò premesso, la prestazione del medico comporta l'affidamento della persona del paziente alla "cura" e dunque implica una ingerenza sulla persona stessa del paziente. In ciò si sostanzia il "rapporto curativo", che si svolgerà tramite comportamenti positivi od omissivi del sanitario, e dal quale si avrà un esito: la guarigione ovvero la persistenza o l'aggravamento (anche sino alla morte) della patologia per cui era stata richiesta la prestazione, o addirittura l'insorgenza di una patologia diversa. Ecco, dunque, che, sul piano della causalità materiale, il paziente dovrà provare l'esistenza anzitutto del rapporto curativo (cioè il contratto o il cd. "contatto") e, poi, degli eventi di danno anzidetti, siccome verificatisi a seguito dello svolgimento del rapporto curativo (in ciò sostanziandosi l'inadempimento qualificato). A sua volta, la struttura (o il medico), sempre sul piano della causalità materiale, dovrà dimostrare che, in ragione della situazione del paziente nel momento in cui si è affidato alla prestazione del medico, nessun rapporto curativo avrebbe comunque potuto impedire l'evento (con ciò dimostrando l'assenza di inadempimento della prestazione curativa); oppure dimostrare che nella serie causale materiale si sono inseriti fatti idonei ad elidere ogni rilievo eziologico dello svolgimento del rapporto curativo e che, quindi, assumono essi stessi un rilievo determinante esclusivo.

Concluderei sul punto con una osservazione che investe il “metodo”. Sono comprensibili, credo, talune notazioni critiche che parte della dottrina muove ad una giurisprudenza di legittimità a volte incline a modulare l’accertamento del nesso causale secondo esigenze di cd. *policy*. Tuttavia, mi permetto di suggerire anche una diversa prospettiva, che pur sempre privilegia referenti di sistema. La funzione nomofilattica della Corte non prescinde mai da un giudizio ancorato al fatto – seppur non è essa stessa a ricostruirlo, ma soltanto ad assumerlo come accertato dal giudice del merito – giacché valuta il rispetto della legge “nel caso concreto”; a sua volta, la legge che regola il caso concreto è poi interpretata *secundum constitutionem* (e attualmente anche alla luce delle fonti sovranazionali: diritto eurounitario e la CEDU) e orientata, quindi, ai suoi valori fondanti, primo fra tutti, quello della tutela della persona in tutti i suoi aspetti ed esplicazioni. Ed è questa sinergia che si pone alla base di quella cd. *policy*, senza tuttavia che sia consentito spingersi sino al punto di rottura del significativo normativo che sta alla base dell’attività esegetica. Ciò che, del resto, come rilevato dalle stesse Sezioni Unite civile n. 576/2008, non pare possa addebitarsi alla giurisprudenza che, in materia di responsabilità contrattuale, in assenza della necessità di dover identificare il responsabile del danno (giacché questo è il contraente inadempiente) «si è limitata a dettare una serie di soluzioni pratiche, caso per caso, senza dover optare per una precisa scelta di campo, tesa a coniugare il “risarcimento del danno”, cui è dedicato l’art. 1223 c.c., con il rapporto di causalità».

Veniamo ora, e brevemente, al tema del consenso informato, ma soltanto sotto lo specifico profilo dell’incidenza dello stesso sul risarcimento del danno alla



salute del paziente che abbia patito conseguenze pregiudizievoli da un atto terapeutico comunque eseguito secondo le regole dell'arte.

In effetti, sino al principio enunciato da Cass. n. 2847/2010 (recentemente ribadito da Cass. n. 11950/2013), che ha scisso i piani dell'indagine tra consenso e danno alla salute, la giurisprudenza era incline (Cass. n. 9374/1997; Cass. n. 5444/2006) a ravvisare un'intima connessione tra mancata informazione del paziente e conseguenze negative da esso patite a seguito dell'intervento medico, in ragione della illiceità stessa del difetto di consenso informato.

La sentenza del 2010, come detto, separa i due ambiti e colloca il risarcimento del danno patito dal paziente per mero difetto di consenso su quello della violazione del distinto diritto all'autodeterminazione (*vulnus* che deve comunque superare la soglia di cd. tollerabilità; ciò che, peraltro, si impone non solo in riferimento al danno non patrimoniale per lesione di diritti inviolabili previsti in Costituzione, ma anche per il danno non patrimoniale risarcibile nei "casi previsti dalla legge", come nell'ipotesi della tutela della *privacy*: Cass. n. 16133/1014), mentre valuta la lesione della salute come possibile conseguenza di un processo determinativo *a contrario* dello stesso paziente, ossia dovendo quest'ultimo dimostrare, anche tramite presunzioni, che ove correttamente informato non avrebbe prestato il consenso all'intervento. Con ciò, quindi, elidendo ogni influenza causale dell'inadempimento dell'obbligo di informazione sulla lesione della salute.

La ricostruzione ed i relativi esiti sono da apprezzare positivamente, ma taluni profili problematici di confine, che sembravano risolti, riprendono vigore, almeno in parte, nell'ambito del tema riguardante il risarcimento del danno da

cd. “nascita indesiderata”, che ricorre allorquando, a causa del mancato rilievo da parte del sanitario dell'esistenza di malformazioni congenite del feto e/o della mancata comunicazione di tale specifica situazione (a prescindere però dalla lesione *ex se* del diritto all'autodeterminazione della donna stessa), la gestante perda la possibilità di abortire.

Il problema attiene, anzitutto, al riparto degli oneri di prova, ma non tanto sotto il profilo della correlazione causale tra inadempimento dei sanitari e mancato ricorso all'aborto, quanto sotto il profilo della sussistenza delle condizioni comunque necessarie per procedere all'interruzione della gravidanza dopo il novantesimo giorno di gestazione, posto che l'art. 6, lett. b) della l. n. 194/78 subordina tale possibilità all'accertamento di “processi patologici tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna”.

In campo si sono formati due orientamenti, che si divaricano non sull'individuazione del soggetto al quale spetta la prova della condizione posta dalla legge – ossia la donna -, ma sul tipo e, più specificamente, sul contenuto della prova richiesta alla madre. Un orientamento – più risalente e al quale fanno capo Cass. n. 6735/2002, Cass. n. 14488/2004, Cass. n. 13/2010 e Cass. n. 22837/2010 – ritiene che sia sufficiente l'allegazione, da parte della donna, che ella si sarebbe avvalsa della facoltà di abortire ove informata sulle malformazioni del feto, giacché una siffatta tale consequenzialità corrisponderebbe ad un criterio di “regolarità causale”. Peraltro, Cass. n. 22837/2010 ha precisato che la necessità della prova sorge solo in caso di contestazione della controparte. Altro orientamento, che muove da Cass. n.

16754/2012 – ed al quale si sono allineati, seppur con qualche diversa sfumatura, Cass. n. 7269/2013, Cass. n. 27528/2013 e Cass. n. 12264/2014 – ritiene che non si possa far ricorso a “generalizzazioni di tipo statistico” e che, quindi, non si può riconoscere un automatismo tra “richiesta di diagnosi = interruzione di gravidanza” in caso di diagnosi di malformazioni. Sicché, la allegazione e la prova, in particolar modo sul danno alla salute a carico della madre, devono gravare su quest’ultima, seppur, in punto di assolvimento del relativo onere, è del tutto legittimo il ricorso alle presunzioni.

A tal riguardo, Cass. n. 27528/2013 puntualizza, altresì, che il principio di non contestazione non può operare in funzione di un ribaltamento della regola sul riparto dell’*onus probandi*, ma deve funzionare all’interno di questa e secondo i criteri ad essi consoni: non solo quello di specificità, ma anche quello di vicinanza della prova (ossia, lo stesso criterio al quale si richiamava la citata Cass. n. 3847/2010 sul consenso informato), inteso nel senso che “il fatto non contestato deve conformarsi come fatto quantomeno comune alle parti e non già avulso dalla sfera di dominio cognitivo del soggetto al quale spetti di contestare i fatti allegati da chi è onerato della prova”.

Il contrasto sarà risolto dalle Sezioni Unite su sollecitazione della Terza Sezione in una causa nella quale veniva in rilievo anche la questione – che non possiamo qui affrontare – della legittimazione del nato a pretendere il risarcimento del danno consistente nell'essere nato “non sano”. Anche sul punto la risoluzione del contrasto è stata rimessa alle Sezioni Unite.

Veniamo da ultimo alla legge “Balduzzi” ed al suo impatto sulla giurisdizione civile.

Per inciso, quella penale mi sembra che ne abbia già in parte metabolizzato gli effetti, predisponendo un apparato ermeneutico-concettuale comunque in grado di affrontare con una certa chiarezza i nodi problematici. Mi riferisco, in particolare, alla sentenza della Quarta Sezione penale della Cassazione, n. 16237/2013, poi seguita da altre, in tema di linee guida (ma non solo), che tornerà utile più avanti.

Quanto al settore della responsabilità civile, credo che una soluzione del tutto soddisfacente sia ancora da approntare. Non può, in effetti, affermarsi che essa sia giunta in modo definitivo dalle due sentenze della Terza Sezione civile che, per ora, si sono pronunciate in materia. La prima, Cass. n. 4030/2013, perché tratta la questione in un fugace *obiter*. La seconda, Cass. n. 8940/2014, in quanto, seppure enunci un principio di diritto, lo fa, comunque, nell'ambito Sezione Sesta civile (cioè la sezione "filtro") ed ai sensi dell'art. 360-*bis*, n. 1, cod. proc. civ. (che sancisce l'inammissibilità del ricorso per conformità del provvedimento impugnato alla giurisprudenza di legittimità), valutando la legge sopravvenuta soltanto come criterio ermeneutico di fattispecie pregressa alla sua entrata in vigore (dunque, non applicandola direttamente), così da mantenere – coerentemente con la sede ed i limiti della pronuncia - una discrezione interpretativa che non consente di riconoscere come dipanati *funditus* tutti i profili problematici.

Detto ciò, dalle due citate sentenze si ricavano talune indicazioni che mi sento, allo stato, di condividere, sebbene mi rendo conto che necessitino ulteriori approfondimenti, soprattutto per fugare i molti dubbi e i contrasti che caratterizzano il panorama della giurisprudenza di merito, la quale in molti casi ha fornito risposte assai articolate ed apprezzabili (come in talune sentenze del

Tribunale di Milano, ma non solo, che sono inserite nel materiale del presente incontro).

Come vedremo, la “Balduzzi” non soltanto pone di per sé questioni da risolvere, ma ne innesca ulteriori, che ancora sopiscono nelle maglie di un diritto ancora “non vivente”.

Andiamo per gradi. Con la precisazione, dovuta, che si tratta soltanto di mie personali e non strutturate riflessioni (che hanno beneficiato di altrettante riflessioni e spunti altrui), le quali, ovviamente, non impegnano affatto (né potrebbero) la funzione che svolgo.

Dalle due pronunce della Cassazione citate emerge, comunque, in modo chiaro la soluzione per una riaffermazione del “diritto vivente” contemporaneo alla legge del 2012: dunque, quella del medico, inserito in struttura pubblica o privata, rimane una responsabilità contrattuale da “contatto”, come è stata delineata dalla sentenza n. 589/1999 in poi.

Devo premettere che i dubbi di costituzionalità soltanto evocati da Cass. n. 4030/2013 in riferimento all’art. 77, secondo comma, Cost., perché la legge di conversione ha introdotto ciò che non era presente nel decreto-legge (ossia: una previsione di carattere penale e la limitazione delle azioni risarcitorie esperibili), non mi convincono proprio alla luce della giurisprudenza costituzionale sul rapporto tra decreto-legge e legge di conversione. Giurisprudenza (sentenze n. 171 del 2007, n. 128 del 2008, n. 122 del 2012) che esclude la possibilità di inserire nella legge di conversione emendamenti del tutto estranei all'oggetto e alle finalità del testo originario. Tale “evidente estraneità” è stata, infatti, ravvisata: 1) nelle norme sull’esproprio del Teatro Petruzzelli di Bari inserite in un d.l. contenente “Disposizioni urgenti in materia

tributaria e finanziaria”; 2) nelle norme sulle cause di incandidabilità e di incompatibilità per la carica di sindaco, strettamente attinenti alla materia elettorale, inserite in disposizioni in materia di disciplina dei bilanci e risanamento finanziario degli enti locali; 3) infine, nelle norme sui rapporti finanziari tra Stato e Regioni in materia di protezione civile inserite nel decreto “milleproroghe”.

Mi sembra, dunque, che nel nostro caso – posto che per la stessa Corte costituzionale rimane intatto il potere del parlamento in sede di conversione di modificare la disciplina contenuta nel decreto-legge – siamo ben lungi da una evidente estraneità di oggetto e finalità, là dove poi nello stesso preambolo del d.l. n. 158 si afferma che esso è volto, tra l’altro, ad adottare “misure finalizzate alla professione e responsabilità dei medici”.

L’impostazione di Cass. n. 8940/2014 mi pare che meriti, invece, approfondimenti nella stessa linea che traccia.

In sostanza, in essa si afferma che il riferimento all’art. 2043 cod. civ. – dopo che la stessa legge esclude la responsabilità penale dell’esercente la professione sanitaria per il fatto reato commesso con colpa lieve, per essersi egli attenuto alle linee guida ed alle buone pratiche dell’arte medica - è soltanto per ribadire che, nel contesto della responsabilità aquiliana, si continua a rispondere anche per colpa lieve, ove, se del caso, venga in rilievo una responsabilità di siffatta natura. Il legislatore, dunque, non si sarebbe posto un problema di qualificare la natura stessa della responsabilità medica.

Su questo approdo ritorneremo, dopo aver esaminato da subito le posizioni di quella giurisprudenza di merito favorevole, invece, a valorizzare la novità

legislativa in termini di effettivo mutamento della natura della responsabilità medica da contrattuale ad extracontrattuale.

I passaggi fondamentali di questo orientamento possono essere così sintetizzati: 1) il legislatore ha voluto operare un siffatto cambiamento ed era consapevole, in sede parlamentare, di introdurre una disciplina diversa da quella del d.l. e volta propria ad affermare la responsabilità ex art. 2043 cod. civ.; 2) si tratterebbe, invero, di un “riaffermare” un tipo di responsabilità già a suo tempo accreditata dal diritto vivente e, in tal senso, la norma sarebbe interpretativa, perché sceglie tra due opzioni ermeneutiche possibili, anzi entrambe già seguite dalla giurisprudenza; 3) non si porrebbe un problema di legittimità costituzionale della disposizione retroattiva sotto il suo profilo “sostanziale”, perché nessuno dubitava in precedenza che la responsabilità aquiliana del medico contrastasse con l’art. 32 Cost.; 4) in ogni caso rimane intatta – almeno per la giurisprudenza di merito prevalente – la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria.

Posto che su quest’ultimo aspetto (e cioè sulla persistente responsabilità contrattuale della struttura) si può convenire senza particolari dubbi, il primo passaggio non mi pare del tutto convincente: i criteri ermeneutici del diritto oggettivo non si affidano tanto al profilo volontaristico, posto che la volontà del legislatore (in cui possiamo ricondurre anche il profilo della sua consapevolezza rispetto a quanto pone in essere) è obiettivizzata nella norma positiva. Dunque, più che alla consapevolezza, credo che occorra guardare alla “coerenza” intrinseca ed estrinseca della disposizione collocata in un determinato assetto ordinamentale, anch’esso di *jus positum*. Ed allora il legislatore forse è stato, nel nostro caso, consapevole, ma, sicuramente, non troppo coerente. La

disposizione, che sul versante civilistico appare scritta in modo affrettato, non seleziona tra esercenti la professione sanitaria, per cui dobbiamo ritenere che essa si applichi a tutti: medici (e limitiamoci a tale categoria) inseriti nelle strutture pubbliche e private, nonché medici liberi professionisti. E del resto che sia così è evidente, perché *l'incipit* della norma si interessa della responsabilità penale di qualunque esercente la professione sanitaria. Ma se così è, allora anche il medico libero professionista che abbia effettivamente concluso un contratto con il paziente dovrebbe rispondere ex art. 2043 cod. civ.; il che, francamente, pare eccessivo.

Mi sembrano più impegnative, invece, le obiezioni che attengono alla natura interpretativa della disposizione ed alla sua compatibilità costituzionale.

Tuttavia, esse muovono forse da un equivoco e cioè che vi sia una disposizione significativa da interpretare e che su tale disposizione venga a saldarsi il significato interpretativo. A me pare – ma, ripeto, si tratta solo di riflessioni all'impronta - che il comma 1 dell'art. 3 della legge n. 189 del 2012 non interpreti alcuna norma precedente, ma, piuttosto, operi, semmai, in funzione della qualificazione giuridica di una situazione o di un rapporto. In sostanza, il comma 1 afferma che, ove la condotta del medico provochi un danno alla salute del paziente anche per colpa lieve, egli è tenuto a risarcire il danno ai sensi dell'art. 2043 cod. civ.; la norma, dunque, assume i fatti ed ascrive ad essi un determinato effetto. Se così è, allora il problema è diverso ed è quello, particolarmente delicato, di fino a dove può spingersi il legislatore nel fornire una qualificazione dei fatti in luogo del giudice; ovvero, dove è il punto di rottura della riserva di giurisdizione. Non credo che sia sufficiente per mantenere intatta tale riserva costituzionalmente garantita la sola astrattezza



della qualificazione e cioè il suo riferirsi ad una classe indeterminata di fatti (il che, ovviamente, evita l'ingerenza concreta nei singoli processi), perché la giurisprudenza costituzionale, seppure in una materia particolare (assistita da garanzie costituzionali puntuali e diversificate, come quella del lavoro) ci suggerisce che la qualificazione normativa di un fatto non può, in sostanza, svuotare lo stesso fatto del suo *imprinting* fenomenologico, ove con ciò si venga a cozzare con valori costituzionali che quella determinata fenomenologia presuppongano. Con le sentenze n. 121 del 1993 e n. 115 del 1994 la Corte costituzionale ha ritenuto che il legislatore non potesse qualificare come autonomo un rapporto le cui caratteristiche, in concreto accertate dal giudice, fossero quello di lavoro subordinato, così da sottrarre al rapporto stesso le garanzie costituzionali sue proprie. Nel nostro caso, è vero tuttavia che anche con la responsabilità ex art. 2043 cod. civ. non verrebbe affatto elusa la tutela della salute imposta dall'art. 32 Cost.; aperta rimane, però, la discussione su come un certo atteggiarsi di tale tutela possa dimidiarne il pieno esplicarsi; discussione, questa, non certo agevole da affrontare in questa sede.

In ogni caso, se accediamo alla tesi della norma qualificatoria di una situazione e/o rapporto, mi pare che la disposizione debba comunque intendersi come innovativa e, quindi, incidere sui fatti che danno luogo a quella situazione e/o rapporto venuti in essere successivamente alla sua entrata in vigore. Invero, la qualificazione legislativa – che, come detto, deve distinguersi dalla norma interpretativa - opera dal momento in cui diventa diritto applicabile, venendo ad incidere su un assetto normativo che già consentiva una diversa qualificazione; altrimenti verrebbe ad espropriare la qualificazione di quei fatti già operata dal giudice.

Possiamo ora tornare all'interpretazione suggerita da Cass. n. 8940/2014. Se allarghiamo lo spettro esegetico da essa suggerito, emerge in effetti il comma 1 dell'art. 3 della legge n. 189 del 2012 gravita intorno alla responsabilità penale del medico, la quale attiene, essenzialmente, ai reati di lesioni colpose o di omicidio colposo. La già citata sentenza della Cassazione penale n. 16237/2013 ha ritenuto che la norma abbia dato luogo non già ad una esimente, bensì ad una *abolitio criminis* parziale degli artt. 589 e 590 cod. pen., avendo ristretto l'area del penalmente rilevante individuata da questi ultimi ed avendo ritagliato implicitamente due sottofattispecie, una che conserva natura penale e l'altra divenuta penalmente irrilevante. E' evidente, pertanto, che in ambito penalistico la nuova norma, più favorevole al reo, non possa che trovare immediata applicazione.

Il legislatore, allora, si preoccupa di riaffermare che in ambito civilistico, sotto il profilo dell'imputazione soggettiva dei reati anzidetti, nulla è cambiato: la colpa lieve rimane valido criterio di imputazione e fa scattare l'obbligazione risarcitoria, che viene correlata all'art. 2043 cod. civ. e cioè alla disposizione che non si dubita venga in campo per prima a fronte dell'illecito già costituente reato. Tuttavia, può ben ipotizzarsi che ove i fatti allegati dall'attore lo consentano ed essi siano piuttosto calibrati non già sull'ipotesi di reato, ma sull'inadempimento del "rapporto obbligatorio curativo", al giudice non sia affatto inibito di fornire una qualificazione coerente con tali fatti. Che, poi, tale qualificazione sia determinata dal ritenere più o meno cogente effettivamente la dottrina del "contatto sociale" può anche essere oggetto di discussione, sebbene non possa disconoscersi che la stessa teorica è ancorata a dati di fatto

suscettibili di apprezzamento, che attengono proprio all'atteggiarsi in concreto del più volte richiamato "rapporto curativo".

In tal senso, dunque, può leggersi l'affermazione di Cass. n. 8940/2014 sull'indifferenza del legislatore del 2012 per una precisa qualificazione della natura della responsabilità sanitaria.

E' una prospettiva, questa, che viene adiuvata – seppure non imposta - dalla non cristallina fattura dell'art. 3 della legge n. 189, che, come accennato, presenta più di una aporia. Una norma, dunque, confezionata in modo tale da consentire il ricorso a quel criterio ermeneutico (fatto proprio da qualche sentenza di merito e plaudito da autorevole dottrina) secondo cui è più corretto interpretare le norme coerentemente ai principi regolatori della materia, piuttosto che in modo difforme, là dove tali principi sono anche, e forse soprattutto, quelli esaltati dal "diritto vivente".

Mi pare, tuttavia, che in questa specifica ottica non si presti ad essere molto valorizzata l'obiezione secondo cui il riferimento stesso alla colpa lieve, così come congegnato, non sarebbe perspicuo, giacché il medico che si è attenuto alle linee guida e alle buone pratiche non sarebbe suscettibile di alcun rimprovero. Diversamente, ancora la Cassazione penale citata (n. 1627/2013) ha colto con particolare chiarezza quale sia la relazione tra linee guida e condotta anche lievemente colposa, delineando ipotesi di *culpa levis* non solo in assenza di esse, ma anche di scostamento (o mancato scostamento) dalle medesime suggerito dalle evenienze del caso concreto.

Invece, è il riferimento al grado della colpa nella commisurazione del risarcimento che non sembra particolarmente felice, non solo perché verrebbe a introdurre una ipotesi di "*punitive damages*" nel campo della responsabilità

civile, derogando al suo attuale assetto ordinamentale che si atteggia, intorno al fulcro rappresentato dal principio di integralità del risarcimento del danno alla persona, come riparatorio e non sanzionatorio, ma soprattutto perché l'intervento del legislatore è operato tramite una previsione normativa che, lungi dal configurare una "fattispecie speciale" (la quale, in ipotesi, potrebbe essere oggetto della *interpositio legislatoris*: un mero accenno in tal senso proviene da Cass. n. 21255/2013 e sul punto si è espressa anche una parte autorevole della dottrina), si innesta, invece, in un sistema compiuto e diversamente orientato, del quale la responsabilità medica continua ad essere del tutto partecipe per il resto. Il che viene, altresì, a porre problemi di (dis)parità di trattamento con situazioni analoghe, oltre a quelli di coerenza sistematica.

Nondimeno, profili di incoerenza interna allo stesso art. 3 li fa emergere il comma 3, là dove assume a parametro di riferimento, per il risarcimento del danno biologico, le tabelle di cui agli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni del 2005, le quali non prevedono (e non consentirebbero) riduzioni equitative, ma soltanto aumenti (ed aumenti circoscritti), così da sterilizzare un possibile rilievo, a fini liquidatori, del rimprovero ascrivibile al medico.

Vengo a conclusioni con un interrogativo, al quale può darsi unicamente un abbozzo di risposta immediata, giacché evoca soltanto una prospettiva *de jure condendo*, tutta da verificare.

Se vi fosse (e fosse anche praticabile) una chiara e netta opzione legislativa (ben diversa da quella offerta dal legislatore del 2012) per un certo tipo di responsabilità del medico operante in struttura pubblica o privata, che si presti

ad essere interpretata come responsabilità aquiliana, quale sarebbe la risposta in ambito giudiziario?

Forse taluni si affiderebbero all'incidente di costituzionalità, ma non saprei dire con quali speranze di successo.

Oppure, attraverso un versante che parrebbe più percorribile, altri potrebbero porre mano ad un aggiustamento della teorica complessiva che esibisce attualmente la giurisprudenza consolidata, calibrando anzitutto la portata della responsabilità della struttura sanitaria e a tal fine ben delineando la fonte effettiva della sua obbligazione verso il paziente (il contratto o finanche la legge, soprattutto se struttura pubblica). Far così operare gli strumenti delle obbligazioni contrattuali nella loro più coerente declinazione, là dove la responsabilità del creditore per fatto degli ausiliari (art. 1228 cod. civ.) vede il rapporto obbligatorio circoscritto al debitore (struttura) ed al creditore (paziente), ma non al terzo (il medico), a meno che lo stesso medico non operi solo come tale e cioè come ausiliario e ciò in forza di un particolare atteggiarsi del "rapporto curativo" che si viene ad instaurare con il paziente (in ciò, peraltro, le puntualizzazioni che provengono da Cass. n. 7909/2014 e dalle esperienze degli ordinamenti diversi dal nostro possono in qualche modo confortare). Il tutto circondato, in ogni caso, da particolare attenzione alla posizione del danneggiato, non solo sul piano sostanziale, ma anche su quello processuale (così, ad esempio, da far operare coerentemente il principio di vicinanza della prova e il regime delle presunzioni; o, per altro verso, ponderando eventuali ipotesi di pregiudizialità/dipendenza tra cause e titoli di responsabilità diverse). Insomma - e qui concludo veramente -, la forza dell'attuale "diritto vivente" sulla responsabilità sanitaria è stata quella di

innovare in funzione della migliore e più ampia tutela del diritto fondamentale alla salute e non credo che, nella stessa ottica e direzione e con la stessa forza, non possa ancora una volta operare, ove chiamata a farlo, una giurisprudenza altrettanto capace di affermarsi come “diritto vivente”.