



FOCUS SULLA NUOVA RESPONSABILITA' CIVILE E PENALE DEL MEDICO.

a cura dell'avv. Antonio Torre

Premessa giuridica ante riforma.

La responsabilità medica è una “*pandemia giuridica*” caratterizzata dall’insopportabile resistenza di taluni “*focolai*” che di tanto in tanto tendono a riacutizzarsi coinvolgendo trasversalmente *dottrina* e *giurisprudenza*.

L’immagine che più si avvicina al tema è purtroppo quella truce di un carcinoma solo apparentemente sconfitto e che si ripresenta più forte di prima¹.

Come ogni altra professione intellettuale, da cui discende una *obbligazione di mezzi*, anche il medico risponde in via *contrattuale* per inadempimento delle obbligazioni cui è tenuto.

Tuttavia esistono diverse circostanze che permettono di differenziare la responsabilità civile del professionista medico rispetto ad ogni altro.

Infatti, diversamente dagli altri liberi professionisti, per i quali la responsabilità da fatto illecito costituisce solo un’ipotesi, sono invece ben individuabili le situazioni in cui il medico venga ad essere chiamato a rispondere a titolo di responsabilità *extracontrattuale*, oltre che a titolo di responsabilità *ex contractu*².

Ad esempio, quel medico che opera non correttamente il paziente non solo è venuto meno all’obbligo (contrattuale) assunto di guarirlo, ma può avergli provocato danni ulteriori e più gravi che quello da *mero* inadempimento.

Di conseguenza, accanto ed oltre alla responsabilità *ex contractu*, il medico può, più di ogni altro professionista intellettuale, venire chiamato a rispondere anche a titolo di responsabilità *extracontrattuale* ex art. 2043 c.c., con relativo possibile concorso di azioni³.

Pertanto, le ipotesi di concorso di responsabilità possono essere *varie* ed *articolate*, ma vi è anche una **pluralità di soggetti** contro cui farle valere e cioè **il medico e la struttura ospedaliera**.

A tal proposito si fa rilevare che, tra medico dipendente ospedaliero e paziente sussiste un rapporto contrattuale *antecedente* al ricovero nella struttura, oltre alla responsabilità contrattuale del nosocomio, tanto da configurare una duplice

¹AA. VV., *L’educazione continua in medicina. Una guida per medici, operatori e dirigenti della sanità*, Il pensiero scientifico, Roma, 2003.

²APPENDINO E. – CALDARARO M. – FIORDALISI D. – GATTO S. – NIZZA V., *Responsabilità civile e penale e cartella clinica nell’attività medico chirurgica*, Giappichelli, Torino, 2006.

³Cass. 1994/8090.

responsabilità del medico: *contrattuale*, in virtù di detto rapporto fiduciario, ed *extracontrattuale* per aver causato un danno ingiusto⁴.

L'ente ospedaliero risponde a **titolo contrattuale** per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della **prestazione medica** da parte del proprio dipendente. Tale responsabilità trova fondamento nell'art. 1228 c.c., secondo cui il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi risponde dei fatti dolosi e colposi di questi⁵.

Non si configura invece alcuna **responsabilità medica** sotto il profilo causale qualora l'evento mortale derivi da una malattia totalmente asintomatica tale da rendere l'esistenza di un tale grave quadro infiammatorio⁶.

Precedente quadro normativo: la responsabilità civile del medico nel decreto Balduzzi.

Con il Decreto legge 13 settembre 2012, n. 158 e con la successiva legge di conversione di cui alla L. 8 novembre 2012, n. 189 recante <<*Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute*>>, il legislatore è intervenuto con alcune disposizioni concernenti la responsabilità medica.

In particolare con l'art. 3 del citato D.L. vengono poste le nuove regole per la sussistenza della R.C. del medico e più in generale dell'esercente le professioni sanitarie.

Difatti detta norma, rubricata <<*Responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie*>>, al comma 1 stabilisce che 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**⁷.

In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.. Infatti, il giudice, nella **determinazione del risarcimento del danno**, deve tenere debitamente conto della condotta di cui al primo periodo della citata norma.

Il tribunale di Milano, sez. I civ., con sentenza del 17 luglio 2014, ha letteralmente rivoluzionato il sistema della responsabilità civile da "*malpractice medica*" in applicazione della c.d. legge Balduzzi.

Detta sentenza qualifica la responsabilità del medico ospedaliero come <<*extracontrattuale da fatto illecito*>> e non <<*contrattuale*>> in base alla teoria del <<**contatto sociale**>> e per l'ospedale in base all'idea di **contratto obbligatorio atipico di assistenza sanitaria**⁸>>.

La predetta sentenza interviene anche in tema di riparto dell'onere probatorio, per cui non sarà più il medico a dover provare la propria correttezza, ma il paziente a dover provare la colpa del medico, e in tema di prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento dei danni, posta in 5 anni invece di 10⁹.

Importante ai fini del risarcimento del danno è il comma 3 del Decreto legge 13 settembre 2012, n. 158 e successiva legge di conversione di cui alla L. 8 novembre 2012, n. 189, secondo cui il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del decreto

⁴Cass. 1998/2750.

⁵Cass. 2004/10297.

⁶Cass. 2014/750.

⁷SANDRO MERZ, *Manuale pratico e formulario dell'assicurazione della responsabilità civile*, Cedam, 2015.

⁸SANDRO MERZ, *Manuale pratico e formulario dell'assicurazione della responsabilità civile*, Cedam, 2015.

⁹DE LUCA M, *La nuova responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, Roma, 2012, 24-78.

legislativo 7 settembre 2005, n. 209, eventualmente integrate con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti all'attività inerenti le professioni sanitarie¹⁰.

La responsabilità civile del medico in rapporto con le fattispecie normative di cui agli artt. 1176 e 2236 c.c.

La responsabilità medica è di regola disciplinata dall'art. 1176 c.c., che fa obbligo al professionista di usare, nell'adempimento delle obbligazioni inerenti la sua attività professionale, **la diligenza del buon padre di famiglia**, con la conseguenza che egli risponde anche **per colpa lieve**¹¹. Invece, nella ipotesi in cui la prestazione dedotta in contratto implica la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, il professionista è tenuto al risarcimento del danno unicamente per dolo o colpa grave¹².

Ai sensi dell'art. 1176 c.c. che regola normalmente la responsabilità del professionista, il prestatore d'opera intellettuale, obbligato ad osservare nell'adempimento dell'obbligazione **la diligenza del buon padre di famiglia**¹³, risponde anche per colpa lieve, mentre, soltanto qualora la prestazione implichi la soluzione di problemi di particolare difficoltà, il professionista è tenuto al risarcimento dei danni unicamente per **dolo o colpa grave**, essendo in tale ipotesi prevista dall'art. 2236 c.c., in deroga alle norme generali, l'attenuazione della responsabilità, sicché l'esistenza di tale presupposto deve essere provata dal professionista.¹⁴

Al fine di ritenere sussistente la responsabilità civile del medico, un consolidato orientamento giurisprudenziale statuisce che la responsabilità medica in ordine al danno subito dal paziente **presuppone la violazione dei doveri inerenti allo svolgimento della professione**, tra cui il dovere di diligenza da valutarsi in riferimento alla **natura della specifica attività esercitata**. Tale diligenza non è quella del *buon padre di famiglia* ma quella del **debitore qualificato ai sensi dell'art. 1176 comma 2 c.c. che comporta il rispetto degli accorgimenti e delle regole tecniche obiettivamente connesse all'esercizio della professione e comprende, pertanto, anche la perizia**¹⁵.

La limitazione di responsabilità alle ipotesi di dolo e colpa grave ex art. 2236 comma 2 c.c. ricorre soltanto per i casi implicanti la risoluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà che **trascendono la preparazione media o non ancora sufficientemente studiati dalla stessa scienza medica**¹⁶.

Ne consegue che, in tema di responsabilità del medico, la limitazione di responsabilità alle ipotesi di dolo e colpa grave di cui all'art. 2236 c.c., comma 2, non ricorre con riferimento ai danni causati al paziente per negligenza o imperizia, ma soltanto per i casi implicanti risoluzione di **problemi tecnici di particolare difficoltà**¹⁷ **trascendenti la preparazione media o non ancora sufficientemente studiati dalla scienza medica, incumbendo in tal caso al medico di fornire la relativa prova**¹⁸.

Pertanto, si configura la responsabilità professionale del medico anche per colpa lieve, ai sensi dell'art. 1176 comma 2, c.c., ove, lo stesso, di fronte ad un **caso ordinario**, non abbia osservato, per inadeguatezza od incompletezza della

¹⁰INTRONA F., *Un paradosso: con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici*, in Riv.med. MAZZAMUTO S., *Note in tema di responsabilità civile del medico, in Europa e dir.*, 2013.

¹¹Cass. 1990/8218.

¹²Cass. 1990/8218.

¹³CHINDEMI D., *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria pubblica e privata*, terza edizione, Milano, 2015, 60ss.

¹⁴Cass. 2002/15404.

¹⁵SANDRO MERZ, *Manuale pratico e formulario dell'assicurazione della responsabilità civile*, Cedam, 2015.

¹⁶Cass. 2002/3492; Cass. 1999/4852; Cass. 1995/8845; Cass. 1995/2466.

¹⁷DE MATTEIS R., *Dall'atto medico all'attività sanitaria. Un sottosistema della responsabilità civile*, Cedam, Padova, 1995, 3.

¹⁸Cass. 2005/2042.

preparazione professionale, ovvero per omissione della media diligenza, quelle regole precise che siano acquisite, per comune consenso e consolidata sperimentazione, alla scienza ed alla pratica¹⁹, e quindi, costruiscano il necessario corredo del professionista che si dedichi ad un determinato settore della medicina²⁰.

Di conseguenza, qualora la condotta del medico sia negligente, discostandosi dai comuni canoni della metodologia clinica, questi risponde del fatto anche per colpa lieve²¹.

In definitiva, la responsabilità del medico, valutata secondo le regole comuni ex art. 1176 comma 2 c.c., sussiste anche nell'ipotesi di **colpa lieve**, tenuto conto che la diligenza media richiesta dal medico è quella posta nell'esercizio della propria attività professionale da un professionista di preparazione ed attenzione media²².

Pertanto, alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale emerso, l'inadempimento del professionista alla propria obbligazione non può essere desunto *ipso facto*, dal mancato raggiungimento del risultato utile avuto di mira dal cliente, ma deve essere valutato di volta in volta al caso specifico e alla stregua dei doveri inerenti allo svolgimento dell'attività professionale ed, in particolare, del dovere della diligenza del buon padre di famiglia, fissato dall'art. 1176 comma 2 c.c., parametro della diligenza professionale da commisurarsi alla natura dell'attività esercitata²³.

Va da sé che la responsabilità del medico per i danni causati al paziente postula la violazione dei doveri inerenti allo svolgimento della professione, tra i quali quello della **diligenza**²⁴ (compresa in questa anche la perizia da intendersi come conoscenza ed attuazione delle regole tecniche proprie di una determinata arte o professione), che va a sua volta valutata con riguardo alla natura dell'attività e che, in rapporto alla professione di medico chirurgo, implica scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione professionale²⁵.

La responsabilità del medico per i danni subiti dal paziente presuppone la violazione del dovere di diligenza proprio del **debitore qualificato** ex art. 1176 comma 2 c.c., e si fonda il più delle volte proprio su tale violazione²⁶.

Per vero, la limitazione della responsabilità alle ipotesi di dolo o colpa grava, ex art. 2236 c.c., opera nello specifico campo della responsabilità del sanitario soltanto per i casi implicanti la risoluzione di problematecnicidi particolare difficoltà che trascendono la preparazione media o non sono stati ancora sufficientemente studiati dalla scienza medica²⁷.

Sul criterio di accertamento dello standard di diligenza.

I criteri tradizionali di origine civilistica dell'uomo medio, nonché il cosiddetto *bonus pater familias*, sono certamente inutilizzabili, perché troppo *sfuggenti* ed *indeterminati*, soprattutto in un'epoca come l'attuale nella quale diventa davvero complesso individuare il criterio normotipo di *pater familias*, che forse poteva avere un senso in una società patriarcale²⁸.

¹⁹SANDRO MERZ, *Manuale pratico e formulario dell'assicurazione della responsabilità civile*, Cedam, 2015.

²⁰Cass. 1988/1847.

²¹Trib. Milano, 11.01.2001.

²²Trib. Firenze, 29.01.2001.

²³GALGANO F., *La responsabilità medica. Un sottoinsieme della responsabilità civile*, Padova, 1995, in *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, Massimo Paradiso.

²⁴SANDRO MERZ, *Manuale pratico e formulario dell'assicurazione della responsabilità civile*, Cedam, 2015.

²⁵Cass. Civ., sez. III, sent. N. 583 del 13.01.2005.

²⁶PUCCELLA R., *Trattato breve della responsabilità civile*, Civ., 2013, 77.

²⁷Trib. Salerno, 2014/533.

²⁸ Prof. ADELMO MANNA, *Corso di Diritto Penale*, Parte generale, CEDAM, 2007.

Ne consegue che, il pensiero civilista ha partorito il criterio del **c.d. agente modello**, ovvero sia *dell'homo eiusdemcondicionis et professionis*, parametro certamente utilizzabile, in quanto più *circoscritto* e, soprattutto, in quanto comporta un rinvio alle regole cautelari valide per quella determinata categoria di appartenenza²⁹.

Il predetto criterio è stato fatto proprio persino dalla Corte costituzionale nella celebre sentenza n. 364/88 in tema di *erroriuris*, proprio al fine di verificare l'evitabilità o no dell'errore sul divieto, e ciò non può non valere anche in tema di colpa in relazione al fatto³⁰.

Ora, la problematica in esame impone un *doveroso* interrogativo di fondo: che cosa succede nell'ipotesi in cui l'agente concreto possiede delle conoscenze o delle capacità superiori a quelle dell'agente modello?

Sul punto si registrano quanto meno *due tesi in contrasto tra loro*.

L'una è nel senso che non se ne dovrebbe tener conto, perché dovrebbe valere anche in questo caso lo *standard* di diligenza espresso dall' *homo eiusdem*, e l'altra è invece nel senso che non si vede la ragione per cui non possa esigersi, dall'agente in concreto, una diligenza superiore³¹.

Ad avviso di autorevole dottrina che fa capo al prof. Manna, condivisa anche dallo scrivente, <<appare preferibile questa seconda tesi, in quanto consente di parametrare il giudizio di colpa sino al singolo soggetto, certamente non in bonam partem, ma tenendo conto giustamente delle esigenze di prevenzione dei reati, che risultano meglio soddisfatte, laddove si pretenda uno standard di diligenza superiore a quello dell'agente modello, ma in possesso dell'agente concreto e, quindi esigibile>>.

<<Non vale, tuttavia, il concetto giuridico inverso, cioè, nel caso in cui l'agente in concreto possieda conoscenze e capacità inferiori a quelle dell'agente modello. Non appare infatti accoglibile la tesi di chi sostiene che si debba tener conto di queste ultime, giacché ciò contraddice la funzione della colpa, che è quella di innalzare lo standard di diligenza, e non già di diminuirlo>>³².

Tuttavia, il dovere di diligenza ha dei limiti; il rischio consentito ad esempio, costituisce un limite al dovere di diligenza.

Infatti, un limite al dovere di diligenza lo possiamo riscontrare con riferimento al **c.d. principio di affidamento**, consistente nel fatto che il soggetto attivo si <<affida>> al comportamento del terzo, e quindi, proprio per questo, non può essere ritenuto penalmente responsabile, nemmeno a titolo di colpa³³.

Un caso particolare e controverso in tema di principio di affidamento è poi quello relativo all'attività medico-chirurgica in *equipe*.

Se infatti non si facesse operare il principio di affidamento, ne conseguirebbe che il capo-*equipe* dovrebbe essere ritenuto responsabile, per qualunque evento si fosse verificato, nell'ambito della *equipe* da lui diretta³⁴.

Per il principio di affidamento e per la distinzione tra **doveri comuni** (quello identico gravante su più persone tale da costituire una *doppia garanzia* per il bene tutelato) e **doveri divisi** (nell'ambito di un lavoro comune, il soggetto ha un proprio dovere da svolgere, differente dalle mansioni affidate agli altri), nell'ambito dell'attività medica in *equipe*, ne

²⁹ Prof. ADELMO MANNA, *Corso di Diritto Penale*, Parte generale CEDAM, 2012.

³⁰ Prof. ADELMO MANNA, *Corso di Diritto Penale*, Parte generale CEDAM, 2015.

³¹ Prof. ADELMO MANNA, *Corso di Diritto Penale*, Parte generale, CEDAM, 2007.

³² Prof. ADELMO MANNA, *Corso di Diritto Penale*, Parte Generale, CEDAM, 2007.

³³ Prof. ADELMO MANNA, *Corso di Diritto Penale*, Parte Generale, CEDAM, 2007.

³⁴ ROXIN, *Sul consenso nel diritto penale*, in Moccia (a cura di), *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, Napoli, 1996, 119.

conseguirà che il capo-*equipe* sarà responsabile per la violazione dei doveri comuni, sui cui, quindi, egli deve esercitare un controllo, mentre non potrà essere ritenuto responsabile per la violazione di un dovere *c.d. diviso*, proprio perché, in quanto tale, non oggetto di un dovere di controllo e, quindi, sostanzialmente imprevedibile³⁵.

Ne consegue che, ad esempio, il capo-*equipe* non potrà essere ritenuto responsabile nel caso di una violazione della *lex artis* posta in essere dall'anestesista, proprio perché è espressione della violazione di un dovere *c.d. diviso*, **comportante, quest'ultimo, una propria sfera di competenza e, quindi, di autonomia.**

Discorso diverso, invece, è da farsi laddove la violazione della regola cautelare sia, ad esempio, posta in essere dal personale infermieristico che, proprio perché non dotato di una propria sfera di autonomia, nell'ambito dell'attività medico-chirurgica, è sicuramente oggetto del dovere di sorveglianza del capo-*equipe*³⁶.

Il modello di partenza, cioè quello dei doveri comuni e dei doveri divisi, corrisponde a grandi linee, a quello della delega, o, *rectius*, del trasferimento di funzioni, nel diritto penale d'impresa³⁷.

In questo ambito si distingue **tra delega di funzioni ed incarico di esecuzione.**

Mentre nel primo caso, la delega comporta anche il trasferimento dell'osservanza della norma penale al delegato, per cui non residuerebbero in capo al delegante obblighi di controllo, nel caso, invece, dell'incarico di esecuzione, proprio perché l'incaricato è, in definitiva, soltanto una *longa manus* del dante incarico, permane pur sempre, in capo a quest'ultimo, un obbligo di sorveglianza e di controllo³⁸.

E' da verificare, comunque, se, al pari del fenomeno della delega di funzioni, non residui anche in relazione al capo-*equipe* una responsabilità a titolo di colpa nel caso della violazione della *lex artis* posta in essere, ad es., dall'anestesista³⁹.

La risposta in entrambi i casi, a giudizio della dottrina del Manna è positiva, limitatamente, tuttavia, alla *culpa in eligendo*, nel senso che può legittimamente muoversi un rimprovero al chirurgo capo-*equipe*, laddove abbia scelto negligenzemente un anestesista che si sia rivelato, già *aliunde*, poco esperto.

La responsabilità medica alla luce della riforma Gelli-Bianco L. n. 24 del dì 8.03.2017.

La legge 8 marzo 2017 n. 24 recante “*Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*”, pubblicata in Gazzetta Ufficiale, serie Generale, n. 64 del 17 marzo 2017, ed entrata in vigore giorno 1 aprile 2017, interviene dopo poco più di quattro anni dall'approvazione della legge n. 189/2012 (la *c.d.* legge Balduzzi), tentando di superarne le *criticità* emerse nella concreta applicazione giurisprudenziale, puntualmente sottolineate da attenta dottrina, con l'ambizione di fornire una risposta più esaustiva al contemperamento degli interessi immanenti alla materia: il diritto alla salute, la tutela della dignità professionale e personale dell'esercente la professione sanitaria, il contrasto alla medicina difensiva ed all'incremento della spesa pubblica in materia sanitaria⁴⁰.

³⁵ Prof. ADELMO MANNA, *Corso di Diritto Penale*, Parte Generale, CEDAM, 2007.

³⁶ Prof. ADELMO MANNA, voce *Trattamento medico chirurgico*, in Ed. XLIV, 1992, 1291 e ss.

³⁷ A.FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni, nel diritto penale dell'impresa*, libreriauniversitaria.it, 1985.

³⁸ Prof. ADELMO MANNA, *Corso di Diritto Penale*, Parte Generale, CEDAM, 2007.

³⁹ ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in Studi in onore di Marinucci, II, cit., 1279.

⁴⁰ Avv. GIORGIO FILIPPO ALFONSO, *Legge Gelli-Bianco: un quadro di sintesi della riforma della responsabilità medica. Breve focus sullo statuto organico della responsabilità medica in fieri*, Studio Cataldi, il diritto quotidiano, 2017.

La responsabilità medica rientra in quel tipo di responsabilità che deriva dai danni cagionati ai pazienti da errori od omissioni dei sanitari.

A tal proposito va sin da subito premesso che la medicina, prima ancora di essere una scienza, è considerata una vera e propria arte: non ogni risultato può considerarsi univoco e i “rimedi” alla malattia danno origine a risultati statistici che non forniscono mai lo stessa identica soluzione. Ogni essere umano è unico ed irripetibile così come unica può rivelarsi la risposta a un intervento terapeutico⁴¹.

In medicina come in diritto, 2 + 2 non fa mai lo stesso risultato: il risultato dipende dal singolo caso concreto e dalla variabili che entrano in gioco.

Le tipologie di danno risarcibile in conseguenza di responsabilità medica sono molteplici e ricomprendono quello derivante da **errore diagnostico**, quello derivante da **errore terapeutico**, quello derivante da **omessa vigilanza** e così via⁴².

I casi di responsabilità medica sono quelli connessi alla causazione di un danno **iatrogeno**, (che è in relazione a una terapia o ne deriva come conseguenza) inteso come ogni lesione alla salute psico-fisica determinata dalla colpa del singolo medico, dalla carenza strumentale della struttura sanitaria oppure dalla mancanza di un valido consenso informato⁴³.

A seguito della legge Gelli-Bianco (legge n. 24/2017), i connotati della responsabilità civile del sanitario sono stati definiti in maniera *chiara e differente* a seconda che la responsabilità per un determinato danno debba essere ascritta a coloro che operano presso una struttura sanitaria (a qualsiasi titolo) o alla struttura sanitaria, sia essa privata che pubblica.

Mentre, infatti, i medici rispondono a titolo di **responsabilità extracontrattuale**, e quindi ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, le strutture sanitarie rispondono a titolo di **responsabilità contrattuale**, con tutte le conseguenze che ne derivano i termini di onere probatorio⁴⁴.

Rivoluzionaria pertanto è stata la portata della legge Gelli-Bianco recante “*Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*”, che incide sulla responsabilità degli operatori sanitari, sia da un punto di vista **civilistico** che **penalistico**.

L'articolo 7 della Legge Gelli – Bianco prevede una **bipartizione** della responsabilità civile, *differenziando* la **posizione della struttura sanitaria** da quella dell'**esercente la professione sanitaria**.

In particolare 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 colpose⁴⁵.

⁴¹BENCI L., *Elementi di legislazione sanitaria e di biodiritto*, McGraw Hill, Milano, 2009.

⁴²BERTOLDI G., *Il programma nazionale per la formazione continua degli operatori della sanità-ECM*, in *Diritto sanitario moderno*, Edizioni Luigi Pozzi, Roma, 2002, n.3.

⁴³Avv. ITALO PARTENZA, *La nuova responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria – Monografia su Riforma Gelli – PACINI*, 2017.

⁴⁴ Legge n. 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*”.

⁴⁵ Avv. GIORGIO FILIPPO ALFONSO, *Legge Gelli-Bianco: un quadro di sintesi della riforma della responsabilità medica. Breve focus sullo statuto organico della responsabilità medica in fieri*, Studio Cataldi, il diritto quotidiano, 2017.

La medesima disciplina si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione *intra moenia* ovvero nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina.

In altre parole, la struttura sanitaria risponderà dei fatti illeciti compiuti dagli esercenti la professione sanitaria secondo le regole della **responsabilità contrattuale**, con importanti conseguenze in termini di prescrizione, onere della prova e danno risarcibile: **il termine prescrizione sarà infatti di dieci anni, il danneggiato dovrà semplicemente provare il titolo da cui deriva l'obbligazione (ad es. c.d. contratto di ospedalità) rimanendo in capo alla struttura sanitaria la prova dell'esatto adempimento ovvero dell'inadempimento non imputabile, ed il danno risarcibile è limitato al danno che poteva prevedersi al tempo in cui è sorta l'obbligazione, salvo che in caso di dolo**⁴⁶.

L'esercente la professione sanitaria, invece, sarà chiamato a rispondere del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile (salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente), cioè secondo le norme sulla **responsabilità extracontrattuale**, che prevedono – per quanto qui di interesse – **un termine prescrizione di cinque anni ed un gravoso onere della prova in capo al danneggiato, che dovrà non solo allegare ma provare il fatto illecito, il danno, l'elemento soggettivo ed il nesso eziologico tra condotta ed evento**⁴⁷.

Ai fini della determinazione del danno la legge 24/2017 prevede da un lato che il Giudice tenga conto del grado di (mancata) adesione della condotta dell'esercente la professione sanitaria alle linee guida ed alle buone pratiche, e dall'altro che la determinazione dell'ammontare avvenga sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private.

L'articolo 8 prevede, ai fini del promovimento dell'azione giudiziaria in sede civile, una **duplice condizione di procedibilità**: chi intende esercitare un'azione innanzi al giudice civile relativa a una controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria è tenuto preliminarmente a proporre ricorso ai sensi dell'articolo 696-bis del codice di procedura civile dinanzi al giudice competente – cioè un ricorso per l'espletamento di una consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite – ovvero dovrà dare corso al procedimento di mediazione civile⁴⁸ (ex decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28).

Di non trascurabile momento è poi la disciplina dell'azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa contenuta nell'articolo 9, ai sensi del quale l'azione di rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria può essere esercitata⁴⁹:
a) *solamente nei casi di dolo e colpa grave*; b) *a condizione che l'esercente la professione sanitaria sia stato parte del giudizio o della procedura stragiudiziale di risarcimento del danno*; c) *soltanto successivamente al risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o stragiudiziale, e, a pena di decadenza, entro un anno dall'avvenuto pagamento*.

Pertanto, riepilogando, dal punto di vista **strettamente civilistico**, la novità più decisiva è quella inerente la nuova forma di responsabilità civile del medico. Il professionista, infatti, se accusato di aver provocato un danno, potrà rispondere solo di **responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c.**, senza che possa più profilarsi quella strettamente **contrattuale ex art. 1218 c.c.**.

⁴⁶ Avv. GIORGIO FILIPPO ALFONSO, *Legge Gelli-Bianco: un quadro di sintesi della riforma della responsabilità medica. Breve focus sullo statuto organico della responsabilità medica in fieri*, Studio Cataldi, il diritto quotidiano, 2017.

⁴⁷ Avv. ITALO PARTENZA, *La nuova responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria – Monografia su Riforma Gelli – PACINI*, 2017

⁴⁸ Avv. GIORGIO FILIPPO ALFONSO, *Legge Gelli-Bianco: un quadro di sintesi della riforma della responsabilità medica. Breve focus sullo statuto organico della responsabilità medica in fieri*, Studio Cataldi, il diritto quotidiano, 2017.

⁴⁹ Avv. GIORGIO FILIPPO ALFONSO, *Legge Gelli-Bianco: un quadro di sintesi della riforma della responsabilità medica. Breve focus sullo statuto organico della responsabilità medica in fieri*, Studio Cataldi, il diritto quotidiano, 2017.

Non da poco quindi è la **differenza**: infatti, in caso di responsabilità aquiliana è **invertito l'onere della prova**, addossato al paziente che si ritiene danneggiato, che dovrà dimostrare per primo la colpa del medico in questione.

Particolarmente gravoso l'onere che incombe sul paziente, che deve dare prova dell'evento (la lesione), la causa (colpa del medico), ed il nesso di causalità tra condotta ed evento.

Prima della legge Gelli-Bianco, invece, era il medico che per discolparsi doveva dimostrare che l'inesattezza della prestazione non era conseguita da causa a lui imputabile.

Pazzesco!

Infatti, in passato, il rapporto medico-paziente, era ricondotto nell'alveo della responsabilità contrattuale attraverso la teoria del **c.d. "contatto sociale"** (avallata dalle Sezioni Unite 11 gennaio 2008 n. 577 e 11 novembre 2008 n. 26972): in virtù della stessa, nonostante il professionista si presentasse come lavoratore alle dipendenze della struttura medico-ospedaliera pubblica, poteva essere tenuto *direttamente* al risarcimento del danno in quanto **avesse instaurato con il paziente un rapporto personale, di stretta fiducia. Per questo era chiamato a rispondere a titolo solidale, e contrattuale, con la struttura ospedaliera.** Il sancito superamento della teoria in questione annulla numerose esegesi giurisprudenziali, volte a consolidare la tutela normativa a favore del paziente⁵⁰.

Ora, la responsabilità contrattuale è solo della struttura ospedaliera: il paziente danneggiato potrà ottenere un più sicuro risarcimento, contando direttamente sul soggetto economicamente più solido, sempre che non riesca a dimostrare l'assenza di responsabilità, avendo adottato tutte le cautele necessarie per evitare il danno⁵¹.

La struttura sanitaria che abbia dovuto risarcire il paziente per l'errore medico si potrà rivalere nei confronti del sanitario, esercitando la cosiddetta **azione di rivalsa**, solo a condizione che questi abbia agito con dolo o colpa grave. È bene precisare, però, che di tipo contrattuale resta anche la responsabilità del medico specialista privato.

Ciò ha già destato, tra l'altro, dubbi di legittimità costituzionale, in quanto sembrerebbe in contrasto con l'art. 3 Cost. e con il principio di uguaglianza.

Rientrando nella responsabilità extracontrattuale, tuttavia, il termine per la prescrizione sarà di 5 anni, ed inizierà a decorrere dal momento in cui il paziente sia venuto a conoscenza della riferibilità del danno subito al comportamento colposo del medico, in un rapporto di causa-effetto. Pertanto, il paziente avrà un tempo minore entro il quale far valere il proprio diritto al risarcimento del danno⁵².

La responsabilità medica, peraltro, non limita i suoi risvolti a quelli di carattere civile, ma può comportare conseguenze anche sul **piano penale**.

L'art. 6 della legge 24/2017 introduce nel codice penale il nuovo articolo 590-sexies, rubricato "*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*", a norma del quale "*Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge*

⁵⁰BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, ibidem, 23 febbraio 2017.

⁵¹POLI, *Il ddl Gelli-Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?* ibidem, 20 febbraio 2017.

⁵²CUPELLI, *Alle porte una nuova responsabilità penale degli operatori sanitari. Buoni propositi, facili entusiasmi, prime perplessità*, ibidem, 16 gennaio 2017.

ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico - assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto”.

La norma prevede cioè una causa di esclusione della punibilità per l'esercente la professione sanitaria che sia incorso nella commissione dei delitti di omicidio colposo ovvero lesioni personali colpose qualora⁵³: a) *l'evento si sia verificato a causa di imperizia, rimanendo escluse le ipotesi di negligenza e imprudenza, ed a prescindere da qualsiasi gradazione della colpa*; b) *siano state rispettate le raccomandazioni contenute nelle linee guida o – in mancanza – le buone pratiche clinico assistenziali (la c.d. ars medica), che assumono, dunque, un rilievo suppletivo*; c) *le linee guida o le buone pratiche risultino adeguate al caso di specie in ragione delle peculiarità che lo stesso presenta.*

Necessario corollario della rilevanza assunta dalle linee guida è la predisposizione di una loro disciplina quanto più *specificata e puntuale*, che la Legge demanda ad un decreto ministeriale, i cui contenuti saranno aggiornati – quantomeno nelle intenzioni del Legislatore - con cadenza biennale.

Pertanto, dal punto di vista strettamente penalistico viene introdotto nel codice penale l'art. 590-sexies (responsabilità colposa per morte o per lesioni personali in ambito sanitario), il quale prevede una particolare responsabilità penale dei medici per omicidio colposo o lesioni cagionati nell'esercizio della professione sanitaria, responsabilità che è tuttavia esclusa per imperizia nel caso in cui il sanitario dimostri di essersi attenuto, nell'esecuzione della sua opera professionale, alle linee guida o alle buone prassi clinico-assistenziali⁵⁴.

L'imperizia a causa della quale un paziente subisca un danno è punibile solo se frutto di colpa grave. In particolare, il medico è sollevato da responsabilità penale se dimostrerà di aver rispettato le linee guida o le buone pratiche assistenziali.

In particolare, l'articolo 6 della legge Gelli, riguardante la “*responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*” elenca espressamente i fattori che escludono la colpa grave. Nel dettaglio: “*È esclusa la colpa grave quando, salve le rilevanti specificità del caso concreto, sono rispettate le buone pratiche clinico-assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge*”.

Sul versante penalistico, quindi, il medico potrà essere accusato solo di omicidio colposo o lesioni personali: al di fuori di queste due casistiche, sarà sollevato da qualsiasi responsabilità penale qualora dimostri di aver rispettato le linee guida pubblicate dall'Istituto Superiore di Sanità⁵⁵.

In conclusione, l'approvazione definitiva della legge sulla responsabilità del personale sanitario, Gelli-Bianco, è a sommo parere dello scrivente una vittoria di civiltà, giuridica prima ancora che medica. Tale legge come ogni legge tra l'altro, non è certamente immune da critiche, ma ha il pregio di aver saputo ascoltare le ragioni dei chirurghi e di tutti i professionisti del mondo sanitario.

E' una legge, attesa da anni, che mette finalmente ordine in un settore che, a causa di non pochi personaggi senza scrupoli e di non poche associazioni sorte e insorte contro l'errore e la colpa medica, nate per lucrare sulla pelle dei pazienti, sfruttando l'onda della loro emotività, ha rischiato di essere sopraffatta dalle conseguenze nefaste della *medicina difensiva*.

⁵³ Avv. GIORGIO FILIPPO ALFONSO, *Legge Gelli-Bianco: un quadro di sintesi della riforma della responsabilità medica. Breve focus sullo statuto organico della responsabilità medica in fieri*, Studio Cataldi, il diritto quotidiano, 2017.

⁵⁴PIRAS, *Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo art. 590 sexies c.p.*, in www.penalecontemporaneo.it, 1 marzo 2017.

⁵⁵BASILE, *Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi (aspettando la riforma della riforma)*, *ibidem*, 23 febbraio 2017.

Una vittoria *in primis* per i cittadini, che ora potranno rivolgersi a medici più sereni nel loro lavoro, senza la spada di Damocle del contenzioso medico-legale sulla loro testa.

Un passo avanti per tutto il sistema sanitario nazionale, che non perderà più ogni anno oltre dieci miliardi di euro per effetto delle cause di risarcimento. Effetto importante sarà l'aumento della qualità e dell'efficacia delle prestazioni sanitarie negli ospedali italiani, a tutto vantaggio dei pazienti.