

RESPONSABILITÀ CIVILE E PREVIDENZA

rivista mensile di dottrina,
giurisprudenza e legislazione

diretta da
Giovanni Iudica - Ugo Carnevali

| estratto

PROFILI CIVILISTICI DELLA LEGGE BALDUZZI: IL «SENSO» DEL RICHIAMO ALL'ART. 2043 C.C.

di Patrizio Gattari



GIUFFRÈ EDITORE

120 PROFILI CIVILISTICI DELLA LEGGE BALDUZZI: IL «SENSO» DEL RICHIAMO ALL'ART. 2043 C.C.

di **Patrizio Gattari** – *Magistrato ordinario, Sezione Prima Civile del Tribunale di Milano*

La legge 8 novembre 2012 n. 189 (c.d. legge Balduzzi), ispirata dall'esigenza di contenere la spesa sanitaria e limitare la responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie anche per contrastare il dilagante fenomeno della medicina difensiva, ha introdotto nuove disposizioni normative incidenti sul tema della responsabilità sanitaria. Nella riscrittura di questo statuto, legato al tema della «malpractice medica», il Legislatore richiama «l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile». Una precisa indicazione metodologica, una norma penale o una semplice svista? Pur a fronte di quanto sinora affermato dalla Corte di cassazione anche nella recente pronuncia n. 8940 del 17 aprile 2014, la soluzione sembra univoca: al di fuori dei casi in cui il paziente sia legato al professionista da un rapporto contrattuale, la responsabilità risarcitoria del medico (al pari di quella degli altri esercenti professioni sanitarie) va ricondotta nell'alveo della responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c.

What changes in the issue of "medical malpractice" after law 189/2012? Has the legislative reform changed the Medical Liability System? Through some innovative articles, law is trying to reduce the practice of defensive medicine.

Sommario 1. L'art. 3, comma 1, della c.d. legge Balduzzi. — 2. La giurisprudenza successiva fino alla recente Cass. civ. n. 8940 del 17 aprile 2014. — 2.1. Un primo indirizzo. — 2.2. Un secondo indirizzo. — 3. Il senso e la portata del richiamo all'art. 2043 c.c. nell'art. 3, comma 1, della Balduzzi. — 4. Conclusioni.

1. L'ART. 3, COMMA 1, DELLA C.D. LEGGE BALDUZZI

Il comma 1 dell'art. 3 della legge n. 189/2012 che ha convertito il c.d. «decreto Balduzzi» (d.l. n. 158/2012) ⁽¹⁾ stravolge la disposizione corrispondente contenuta nel decreto legge — laddove non vi era nessun riferimento né all'esclusione della responsabilità penale per colpa lieve se il medico si è attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate, né all'obbligo risarcitorio ex art. 2043 c.c., né al fatto che il giudice nel determinare il danno subito dalla persona offesa (danneggiato) «tiene debitamente conto» della condotta illecita del medico che si è attenuto a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica ⁽²⁾ — e nel riferirsi in modo inequivoco all'ipotesi in cui il medico è esonerato da responsabilità penale per colpa lieve, si premura di precisare che «in tali casi resta comun-

⁽¹⁾ Legge 8 novembre 2012, n. 189: Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, recante disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute in G.U. n. 263 del 10 novembre 2012 - Suppl. Ordinario n. 201.

⁽²⁾ In modo esauriente sull'argomento, v. *ex multis*, BONA, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie*, Milano, 2009; CUOMO-ROSSETTI, *La responsabilità civile e penale del chirurgo nella giurisprudenza di legittimità*, Relazione a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione, 2012, n. 157.

que fermo l'obbligo di cui all'art. 2043»⁽³⁾. Il richiamo esplicito alla disciplina della responsabilità risarcitoria da fatto illecito (art. 2043)⁽⁴⁾ è stato visto da molti come una sorta di «atecnico»⁽⁵⁾ rinvio alla responsabilità risarcitoria dell'esercente la professione sanitaria, mentre altri hanno inteso da subito vedere nella previsione in esame una indicazione legislativa (di portata indirettamente/implicitamente interpretativa) volta a chiarire che, in assenza di un contratto concluso con il paziente, la responsabilità del medico non andrebbe ricondotta nell'alveo della responsabilità da inadempimento/inesatto adempimento (comunemente detta «contrattuale»)⁽⁶⁾ — come invece pressoché unanimemente ritenuto dalla giurisprudenza di merito e di legittimità sin dal 1999 (a partire da Cass. civ. n. 589/1999) ed a maggior ragione dopo la pronuncia delle Sezioni Unite n. 577 dell'11 gennaio 2008⁽⁷⁾ — bensì in quello della responsabilità da fatto illecito (comunemente detta «extra-contrattuale»).

2. LA GIURISPRUDENZA SUCCESSIVA FINO ALLA RECENTE CASS. CIV. N. 8940 DEL 17 APRILE 2014

2.1. Un primo indirizzo

La legge n. 189/2012 non muterebbe i criteri di imputazione della responsabilità civile al medico.

1) Cass. civ., 19 febbraio 2013, n. 4030 (Sez. III, Rel. Petti)⁽⁸⁾.

Secondo la Cassazione «la premessa che indica una particolare evoluzione del diritto

⁽³⁾ L'art. 3, comma 1, prevede: «l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo».

⁽⁴⁾ Che costituisce tutt'oggi il «nocciolo centrale del problema»: CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi in Danno resp.*, 2013, 378.

⁽⁵⁾ L'interpretazione è stata da subito oggetto di accesi contrasti v. MARTINI, «Legge Balduzzi: come cambia (e se cambia) la responsabilità sanitaria», in MARTINI-GENOVESE (a cura di), *La valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa. Opinioni a confronto alla luce della Legge 8 novembre 2012 n. 189*, Maggioli Editore, 2012, 11 ss.: «la sfortunata formulazione normativa si presta ad una duplice valutazione ed a due orientamenti del tutto in disaccordo fra loro. Il primo, quello della ininfluenza rispetto alla disciplina civilistica, denota una maggiore aderenza al dettato normativo letterale, ma disattende in toto la ratio ispiratrice della norma come ribadita nei lavori parlamentari. Il secondo, che ci pare più coerente all'ispirazione dell'intero provvedimento normativo (quello della riconduzione al sistema della colpa aquiliana per il solo medico operatore), porta con sé incongruenze logiche e linguistiche nell'impianto della norma, ma realizza l'intento di dare protezione giudiziale al medico nell'attuale sistema disciplinare». In dottrina, per la tesi del rinvio «atecnico» all'art. 2043 c.c. e, dunque, l'infondatezza della tesi che sostiene il mutamento del titolo della responsabilità: v. BONA, *La R.C. medica dopo il decreto-legge n. 158/2012: indicazioni per la corretta interpretazione e per la (dis)applicazione delle nuove disposizioni*, in MARTINI-GENOVESE (a cura di), *La valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa*, cit., 27 ss.

⁽⁶⁾ V. IANNI, *Effetti verso i terzi*, in BUFFONE-DE GIOVANNI-NATALI (a cura di), *Il Contratto* (t. I), 2013, 914: «Dovendosi, pertanto, presumere il legislatore come "consapevole" — ed escludendosi, pertanto, l'ipotesi della svista normativa, pure ipotizzata dai primi commentatori — sembra delinearsi una scelta legislativa contrastante con il diritto vivente, in quanto favorevole alla ascrivibilità della responsabilità medica nel paradigma della responsabilità aquiliana».

⁽⁷⁾ In *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 616.

⁽⁸⁾ In *Danno resp.*, 2013, 367.

penale vivente, per agevolare l'utile esercizio dell'arte medica, senza il pericolo di pretestuose azioni penali, rende tuttavia evidente che la materia della responsabilità civile segue le sue regole consolidate, e non solo per la responsabilità aquiliana del medico, ma anche per la c.d. responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria, da contatto sociale. Punto fermo, ai fini della nomofilachia, gli arresti delle sentenze delle Sezioni Unite nel novembre 2008, e tra queste la n. 26972 (...) che attiene ai c.d. contratti di protezione conclusi nel settore sanitario (...).

2) Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013 ⁽⁹⁾; Trib. Cremona, 19 settembre 2013.

Il richiamo all'art. 2043 contenuto nella legge Balduzzi è limitato all'individuazione di un obbligo senza alcuna indicazione dei criteri da applicare nell'individuazione della responsabilità risarcitoria del medico e quindi non vi sarebbero ragioni per ritenere che la novella incida sulla costruzione della responsabilità medica («diritto vivente») e che imponga un «*revirement*» giurisprudenziale nel senso di un ritorno ad un'impostazione aquiliana, con le consequenziali ricadute in punto di riparto degli oneri probatori e di durata del termine di prescrizione.

3) Trib. Rovereto, 29 dicembre 2013 ⁽¹⁰⁾.

Facendo proprie le argomentazioni esposte in una nota di commento alle prime decisioni giurisprudenziali successive alla «Balduzzi», il Trib. di Rovereto — oltre ad evidenziare che ovviamente il legislatore del 2012 non è intervenuto sulle fonti delle obbligazioni previste nell'art. 1173 c.c. («le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito e da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico») — sostiene che nessuna portata innovatrice deriva dal decreto Balduzzi in merito alla responsabilità civile del medico (il richiamo all'art. 2043 c.c. contenuto nell'art. 3 andrebbe riferito solo al giudice penale per il caso di esercizio dell'azione civile in sede penale) che va comunque ricondotta al disposto dell'art. 1218 c.c. in caso di inadempimento e/o inesatto adempimento dell'obbligazione «legale» gravante anche sul medico e che troverebbe fonte nella legge istitutiva del S.S.N. (l. n. 833/1978).

4) Cass. civ., ord. 17 aprile 2014, n. 8940 (Sez. VI, Rel. Frasca) ⁽¹¹⁾

«L'articolo 3, comma 1, della legge n. 189/2012, là dove omette di precisare in che termini si riferisca all' esercente la professione sanitaria e concerne nel suo primo inciso la responsabilità penale, comporta che la norma dell'inciso successivo, quando dice che resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 c.c., poiché *in lege aquilia et levissima culpa venit*, vuole solo significare che il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l'irrelevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità extracontrattuale, ma non ha inteso prendere alcuna posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità di quella natura. La norma, dunque, non induce il superamento dell'orientamento tradizionale sulla responsabilità da contatto e sulle sue implicazioni (da ultimo riaffermate da Cass. n. 4792/2013)».

Pertanto nulla sarebbe mutato e continuerebbe a farsi applicazione del «diritto vivente» rappresentato dalla teoria del contatto sociale fatta propria dalla giurisprudenza da circa quindici anni.

⁽⁹⁾ In *Danno resp.*, 2013, 368.

⁽¹⁰⁾ In *Danno resp.*, 2013, 378, con nota di CARBONE.

⁽¹¹⁾ In questa *Rivista, retro*, 803.

2.1. Un secondo indirizzo

In assenza di un contratto con il paziente la responsabilità del medico andrebbe ora ricondotta a quella da fatto illecito, con ciò che ne consegue sia in ordine al diverso riparto dell'onere probatorio sia al diverso termine di prescrizione.

1) Trib. Torino, 26 febbraio 2013 ⁽¹²⁾.

Il legislatore ha dettato una norma che smentisce l'elaborazione giurisprudenziale laddove afferma che nei casi di irrilevanza penale della condotta del medico egli comunque è responsabile *ex art. 2043 c.c.* Il fatto che anche in tali casi «resta comunque fermo» l'obbligo *ex art. 2043* significherebbe che per il legislatore tale obbligo viene dato per scontato anche nei casi penalmente rilevanti. Secondo la pronuncia del giudice piemontese, l'art. 2043 sarebbe la norma a cui ricondurre la responsabilità del medico pubblico dipendente e della struttura pubblica nella quale opera, non essendo ipotizzabile un diverso regime di responsabilità del medico e della struttura. L'art. 3, l. n. 189/2012, cambia il «diritto vivente» operando una scelta di campo del tutto chiara e congruente con la finalità di contenimento degli oneri risarcitori della sanità pubblica e «getta alle ortiche» la utilizzabilità in concreto della teorica del contatto sociale.

2) Trib. Varese, 29 novembre 2012, n. 1406 ⁽¹³⁾.

La struttura della disposizione legislativa (art. 3, comma 1, l. n. 189/2012) sembra abbastanza logica: in sede civile, anche in caso di colpa lieve, è ammessa l'azione *ex art. 2043*. Così facendo il legislatore sembra (consapevolmente e non per dimenticanza) suggerire l'adesione al modello di responsabilità civile medica come disegnato anteriormente al 1999, in cui in assenza di contratto il paziente poteva richiedere il danno iatrogeno esercitando l'azione aquiliana. L'adesione ad un modulo siffatto contribuirebbe a realizzare la finalità di contrastare il fenomeno della medicina difensiva perché il medico vede alleggerito il suo onere probatorio, gravando sul paziente/danneggiato anche l'onere (non richiesto dall'art. 1218 c.c.) di provare l'elemento soggettivo di imputazione della responsabilità. Inoltre optare per la responsabilità aquiliana avrebbe anche l'ulteriore effetto di ridurre a cinque anni e non più a dieci il termine di prescrizione. Il giudice si pone anche il problema della compatibilità costituzionale della scelta fatta dal legislatore del 2012 e ritiene che la risposta sia scontata sulla base della considerazione che fino al 1999 non si era dubitato della legittimità costituzionale dell'indirizzo giurisprudenziale che faceva costante riferimento all'art. 2043 per l'imputazione della responsabilità medica al di fuori dei casi in cui fosse stato concluso un contratto dal professionista con il paziente.

3. IL SENSO E LA PORTATA DEL RICHIAMO ALL'ART. 2043 C.C. NELL'ART. 3, COMMA 1, DELLA BALDUZZI

Le suddette contrapposte letture dell'art. 3, comma 1, della legge Balduzzi ⁽¹⁴⁾, sembrano da un lato eccedere entrambe (rispettivamente in difetto ed in eccesso) — attribuendo alla previsione in esame una portata minore o maggiore di quella che in ogni caso sembra possa avere — e dall'altro non delimitano il campo in cui la norma può eventualmente operare.

⁽¹²⁾ In *Danno resp.*, 2013, 373.

⁽¹³⁾ In *Danno resp.*, 2013, 375.

⁽¹⁴⁾ Di concreta contrapposizione si tratta. Non a caso, si è parlato di «equilibrio precario»: v. BUFFONE, *L'equilibrio precario della responsabilità medica sotto il pendolo di Foucault introdotto dalla Legge 189/2012*, in MARTINI-GENOVESE (a cura di), *La valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa*, cit.

Prima di prendere posizione sulla possibile portata innovatrice della previsione normativa in esame (art. 3, comma 1) con riferimento alla responsabilità del medico (di cui ci si occupa), sembra necessario premettere che essa non riguarda tutti i molteplici casi che possono costituire oggetto di cause risarcitorie e che vanno a comporre il variegato « sistema » della responsabilità per danni in ambito sanitario.

In primo luogo, la norma in esame (che si riferisce espressamente non ai soli medici ma a tutti gli esercenti una professione sanitaria) non riguarda in alcun modo la responsabilità della struttura sanitaria (sia essa pubblica, convenzionata o privata) ⁽¹⁵⁾.

Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale — avallato anche dalle Sezioni Unite (sent. 1° luglio 2002, n. 9556; sent. 11 gennaio 2008, n. 577) — la responsabilità risarcitoria della struttura sanitaria va sempre ricondotta alla responsabilità da inadempimento ex art. 1218 c.c. e scaturisce da un contratto atipico (di « spedalità » o di « assistenza sanitaria ») concluso con la mera accettazione del paziente presso la struttura, tenuta ad adempiere sia prestazioni (principali) di carattere sanitario sia prestazioni (secondarie e accessorie) di altro tipo, attraverso il personale medico ed ausiliario legato alla struttura da un rapporto di lavoro subordinato o da un distinto contratto.

Invero, per le strutture sanitarie inserite nel S.S.N. (pubbliche o private convenzionate) l'obbligo di prestare l'assistenza sanitaria potrebbe essere individuato nella stessa legge n. 833/1978 (istitutiva del servizio sanitario pubblico a tutela del diritto alla salute garantito dall'art. 32 Cost.); in caso di inadempimento e/o di inesatto adempimento di prestazioni dovute dalla struttura del S.S.N. la sua responsabilità (diretta e autonoma) per i danni che ne sono derivati andrebbe comunque ricondotta alla disciplina dell'art. 1218 c.c., al pari di ogni responsabilità che scaturisce dall'inadempimento di obbligazioni derivanti da « altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento » (art. 1173 c.c.). Diversamente, per le strutture sanitarie private (non convenzionate) non inserite nel S.S.N., l'analoga responsabilità risarcitoria ex art. 1218 c.c. discende, come detto, dalla conclusione — quanto meno per fatti concludenti rappresentati dall'accettazione del malato — di un contratto atipico (di « spedalità » o di « assistenza sanitaria ») con il paziente.

In ogni caso, la struttura sanitaria convenuta dal danneggiato è responsabile ai sensi dell'art. 1218 c.c. per il risarcimento dei danni derivati dall'inadempimento (o dall'inesatto adempimento) di una delle prestazioni a cui è direttamente obbligata.

Ne deriva che ogniqualvolta il danneggiato agisca in giudizio nei confronti della sola struttura sanitaria (non anche dell'esercente la professione sanitaria, in particolare del medico) non assume alcun rilievo la previsione del comma 1 dell'art. 3 della legge Balduzzi, che si riferisce esclusivamente all'esercente la professione sanitaria. Come noto, secondo i comuni criteri di riparto dell'onere della prova in materia contrattuale affermati dalla

⁽¹⁵⁾ IANNI, *La responsabilità della struttura sanitaria come responsabilità contrattuale: in particolare, la responsabilità per danni cagionati in occasione del parto e il c.d. "danno da nascita indesiderata"*. La c.d. *Riforma Balduzzi*, relazione al Convegno del 14 dicembre 2012, organizzato dalla Camera civile di Lamezia Terme in www.ilcaso.it, 11, secondo la quale « la norma fa riferimento alla posizione del medico e sembra inestensibile a quella della struttura sanitaria, con la quale, tra l'altro, il paziente stipula un vero e proprio contratto, con conseguente impossibilità di ipotizzare l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 2043 c.c. »; ed in giurisprudenza, Trib. Varese, 29 novembre 2012, n. 1406, *cit.* In dottrina, così anche: QUERCI, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, fra riforma Balduzzi e novità giurisprudenziali*, in www.juscivile.it, 2013, 12, 908.

Cassazione (Sez. Un. civ., 30 ottobre 2001, n. 13533 ⁽¹⁶⁾), il paziente/danneggiato che agisce nei confronti della struttura sanitaria è tenuto a provare l'esistenza del contratto (o del « contatto sociale »), a dedurre l'inadempimento di una delle prestazioni (sanitarie o di altro tipo) dovute dalla struttura e il nesso causale fra tale inadempimento e il danno alla salute che ne è derivato, mentre è onere della struttura (per liberarsi dalla responsabilità risarcitoria) provare di aver adempiuto esattamente le prestazioni dovute e che il danno lamentato dal paziente è conseguenza di un evento imprevisto ed imprevedibile.

Quindi nessuna portata innovativa pare avere la legge Balduzzi nella controversia risarcitoria fra danneggiato e struttura sanitaria (pubblica o privata) ⁽¹⁷⁾.

Come pure va sgombrato il campo dall'equivoco che l'art. 3, comma 1, della legge Balduzzi, disciplini ogni ipotesi di responsabilità del medico (e di ogni altro esercente la professione sanitaria), come sembra affermare il Tribunale di Torino nella sentenza del 26 febbraio 2013 sopra richiamata.

Ferma la responsabilità (distinta ed autonoma) ex art. 1218 c.c. della struttura sanitaria, qualora il danneggiato intenda agire in giudizio (anche o soltanto) contro il medico, occorre infatti necessariamente distinguere l'ipotesi in cui il paziente ha concluso un contratto con il sanitario da quella in cui tali parti non hanno concluso nessun contratto.

Non pare dubitabile che il danneggiato potrà utilmente continuare ad invocare la responsabilità da inadempimento ex art. 1218 c.c. del medico qualora provi che le parti hanno concluso un contratto d'opera professionale, senza che assuma alcun rilievo il fatto che la prestazione medico-chirurgica sia stata eventualmente resa (in regime ambulatoriale o di ricovero) presso una struttura sanitaria (pubblica o privata). In tal caso il medico è legato al paziente da un rapporto contrattuale (diverso sia dal rapporto che lega il sanitario alla struttura nella quale opera, sia dal rapporto che intercorre fra il paziente e la struttura) e pertanto la sua responsabilità risarcitoria ben potrà (e dovrà) essere ricondotta alla responsabilità da inadempimento ex art. 1218 c.c. Nessun riflesso quindi può avere in tal caso sulla responsabilità risarcitoria del medico la previsione contenuta nel comma 1 dell'art. 3 della legge Balduzzi, in particolare il richiamo all'art. 2043 c.c. Va in tal senso condivisa l'affermazione della recente Cass. n. 8940/2014 secondo cui è escluso che la legge Balduzzi abbia inteso esprimere un'opzione a favore della qualificazione della responsabilità medica « necessariamente » come responsabilità extracontrattuale.

Il problema di individuare se e in quali termini il richiamo all'« *obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile* » contenuto nell'art. 3, comma 1, della legge Balduzzi, possa avere portata innovativa ed indurre l'interprete a rivedere il « diritto vivente » — rappresentato dalla costante giurisprudenza sul « contatto sociale » in materia di responsabilità del medico — si pone quindi soltanto in relazione alle controversie in cui il danneggiato agisce *solo* contro il medico (o *anche* contro il medico) responsabile del danno senza allegare l'esistenza di un contratto d'opera fra il paziente e il professionista convenuto.

⁽¹⁶⁾ In *Corr. giur.*, 2001, 1565.

⁽¹⁷⁾ L'affermazione della responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, secondo CARBONE « può rendere superflua la stessa innovazione legislativa, almeno nel caso in cui il medico abbia operato in seno ad una struttura sanitaria, potendo il paziente danneggiato limitarsi ad evocare in giudizio, sulla base della regola ricavabile dall'art. 1228 c.c., la sola struttura, in vista della rivalsa di quest'ultima, in caso di condanna, nei confronti del medico » (CARBONE, *op. cit.*, 386).

Il tenore letterale del comma 1 dell'art. 3 in esame e le finalità perseguite — di contenimento della spesa pubblica ⁽¹⁸⁾ e di porre rimedio al c.d. fenomeno della medicina difensiva anche attraverso una limitazione della responsabilità dei medici — non sembrano legittimare semplicisticamente un'interpretazione della norma nel senso che il richiamo all'art. 2043 c.c. sia «atecnico» o frutto di una «svista» del legislatore del 2012.

Ove pure non si voglia attribuire valenza interpretativa al richiamo all'obbligo di cui all'art. 2043 c.c. — come invece sostenuto dal Tribunale di Varese, secondo cui attraverso tale previsione il legislatore ha inteso implicitamente superare il consolidato orientamento giurisprudenziale che riconduce la responsabilità del medico all'art. 1218 c.c. in base alla nota teoria del «contatto sociale» — l'interprete non è autorizzato a ritenere che il legislatore del 2012 abbia ignorato il senso del richiamo alla norma cardine della responsabilità da fatto illecito, nel momento in cui si è premurato di precisare che, anche qualora l'esercente una professione sanitaria «non risponde penalmente per colpa lieve» del delitto di lesioni colpose o di omicidio colposo (essendosi attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate), «in tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile».

Anche nel caso in cui la condotta del medico non integra un reato — perché il sanitario ha agito con colpa lieve (imperizia) nell'essersi attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate — il legislatore fa dunque salvo («in tali casi resta comunque fermo») l'obbligo di risarcire il danno, con un esplicito richiamo alla norma che prevede la responsabilità da fatto illecito (art. 2043 c.c.).

Come detto, inizialmente il comma 1 dell'art. 3 del d.l. n. 158/2012 («fermo restando il disposto dell'articolo 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'art. 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale») non conteneva nessuna previsione destinata ad incidere sulla responsabilità penale dell'esercente una professione sanitaria e nessun richiamo alla responsabilità da fatto illecito, ma si limitava a prevedere che, ferma la limitazione della responsabilità alle ipotesi di dolo o colpa grave qualora la prestazione avesse implicato la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà (ex art. 2236 c.c.), nell'accertamento dell'adempimento dell'obbligo di diligenza professionale ex art. 1176, comma 2, c.c., il giudice doveva tener conto in particolare dell'osservanza nel caso concreto da parte del sanitario delle linee guida e delle buone pratiche accreditate.

In sede di conversione del decreto il legislatore ha radicalmente mutato il comma 1 dell'art. 3, prevedendo che «non risponde penalmente per colpa lieve» l'esercente la professione sanitaria che si sia attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate, inserendo il richiamo all'obbligazione risarcitoria ex art. 2043 c.c. (che grava comunque sul soggetto esente da responsabilità penale) ed imponendo al giudice di tener conto «anche nella determinazione del risarcimento del danno» dell'avvenuto rispetto delle linee guida da parte del sanitario/responsabile.

Prescindendo in questa sede dal rispetto o meno dell'art. 77 Cost. in sede di conversione del decreto Balduzzi, nel tentativo di individuare la portata del richiamo all'art. 2043 c.c.

⁽¹⁸⁾ Obiettivo che, secondo taluni, rischia di spostare il baricentro del sistema sanitario dalla necessità di «offrire ai cittadini un servizio efficiente» a quella di «risparmiare i costi della sanità» (CARBONE, *op. cit.*, 386).

contenuta nel testo normativo in vigore occorre muovere dal significato letterale della norma e dalla intenzione del legislatore (art. 12 delle preleggi).

È doveroso partire dall'interpretazione della Cassazione.

Mentre nella sentenza n. 4030/2013 la Corte si occupa di sfuggita (in un *obiter*) della legge Balduzzi senza fornire indicazioni interpretative del secondo inciso dell'art. 3, comma 1, l. n. 189/2012, esse si rinviengono invece nella recente ordinanza della VI Sez. civ. n. 8940 del 17 aprile 2014, che va quindi esaminata attentamente.

Nella parte di motivazione in cui si occupa della questione in oggetto (la massima sopra trascritta riprende fedelmente un periodo della relazione *ex art. 380-bis* c.p.c. trasfuso nella decisione), la Corte afferma che la norma in esame (art. 3, comma 1, l. n. 189/2012) « (...) poiché omette di precisare in che termini si riferisca all'esercente la professione sanitaria e concerne nel suo primo inciso solo la responsabilità penale, comporta che la norma dell'inciso successivo, quando dice che resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c., dev'essere interpretata, conforme al principio per cui *in lege aquilia et levissima culpa venit*, nel senso che il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l'irrelevanza della colpa lieve anche in ambito di responsabilità extracontrattuale civilistica. Deve, viceversa, escludersi che con detto inciso il legislatore abbia inteso esprimere un'opzione a favore di una qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità extracontrattuale ». (...) « Deve, pertanto, ribadirsi che alla norma nessun rilievo può attribuirsi che induca il superamento dell'orientamento tradizionale sulla responsabilità medica come responsabilità da contatto sociale e sulle sue implicazioni (da ultimo riaffermate da Cass. n. 4792/2013) ».

La Suprema Corte ravvisa l'intenzione del legislatore soltanto nella preoccupazione di escludere, con il secondo inciso dell'art. 3, comma 1, e il richiamo all'obbligo di cui all'art. 2043, che la colpa lieve dell'esercente la professione sanitaria che va esente da responsabilità penale (per essersi attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate) conduca ad escludere anche la responsabilità aquiliana *ex art. 2043* c.c. — in rispetto del principio *in lege aquilia et levissima culpa venit* — e, dopo aver escluso che attraverso tale previsione la legge Balduzzi abbia inteso esprimere un'opzione a favore di una qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità extracontrattuale, conclude che « alla norma nessun rilievo può attribuirsi che induca al superamento dell'orientamento tradizionale sulla responsabilità medica da "contatto" ».

L'interpretazione complessiva del secondo inciso dell'art. 3, comma 1, fornita dalla Cassazione si inserisce quindi nel solco delle letture che sostanzialmente tendono a vanificare (verrebbe da dire quasi ad abrogare) la disposizione in esame e non sembra condizionale (se non, come detto, per la parte in cui afferma che da tale norma non può farsi discendere che la responsabilità medica sia « necessariamente » extracontrattuale).

Anche secondo la Cassazione del 2014 in sostanza la previsione normativa in questione conterrebbe infatti un evidente errore e risulterebbe priva di qualsiasi rilievo. Se la responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria per i danni arrecati a terzi nello svolgimento della sua attività è comunque pur sempre una responsabilità da « contatto »/inadempimento (anche in assenza di un contratto fra il sanitario ed il paziente) — secondo l'orientamento « tradizionale » in tema di responsabilità medica che la Corte si affretta a ribadire — risulta errato oltre che superfluo il richiamo all'obbligo risarcitorio di cui all'art. 2043 c.c. (che non verrebbe in rilievo neppure « in tali casi ») e del tutto ingiustificata

la (ravvisata) preoccupazione del legislatore di escludere l'irrilevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità aquiliana/extracontrattuale dell'esercente la professione sanitaria. Il richiamo all'art. 2043 c.c. sarebbe contenuto nell'art. 3 della legge Balduzzi (che esplicitamente si occupa, con varie previsioni, anche della responsabilità civile degli esercenti le professioni sanitarie) per ribadire inutilmente un principio ovvio in tema di responsabilità aquiliana/extracontrattuale, all'interno della disciplina sulla responsabilità medica alla quale dovrebbe tuttavia continuare ad applicarsi sempre il diverso regime di responsabilità dell'art. 1218 c.c.; inoltre, stando all'interpretazione della norma in esame operata da Cass. n. 8940/2014 ed alle conclusioni che la Corte ne trae, risulterebbe irragionevole la stessa preoccupazione del legislatore del 2012 di non far ritenere esclusa la responsabilità risarcitoria extracontrattuale dell'esercente la professione sanitaria nei casi in cui (ai sensi del primo periodo della medesima norma) « non risponde penalmente per colpa lieve », dal momento che anche in tali casi la responsabilità andrebbe affermata a titolo contrattuale ex art. 1218 c.c.

L'intenzione del legislatore del 2012 — che ha espressamente voluto limitare la responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie per contrastare la c.d. medicina difensiva che ha forti riflessi negativi anche sulle finanze pubbliche — non sembra possa essere limitata alla preoccupazione indicata dalla recente Cassazione e che, come detto, si rivelerebbe peraltro ingiustificata qualora la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria dovesse continuare ad essere ricondotta in ogni caso nell'alveo della responsabilità da contatto/inadempimento. Ove l'intenzione del legislatore fosse stata soltanto quella indicata dalla Corte e se la previsione normativa in esame fosse da interpretare nel senso che non avrebbe inteso scalfire in nessun modo il consolidato indirizzo giurisprudenziale in materia di responsabilità medica, è ragionevole ritenere che nell'art. 3, comma 1, sarebbe semmai rimasto immutato il richiamo alle diverse norme del codice civile (art. 1176, comma 2, e art. 2236) contenuto nel decreto legge. Qualora il legislatore avesse inteso condividere l'orientamento sulla responsabilità del medico come responsabilità da contatto sociale (con tutte le sue implicazioni) e fosse stato mosso unicamente dalla preoccupazione ravvisata dalla Cassazione, non vi sarebbe stata nessuna ragione per modificare la norma in sede di conversione inserendo il richiamo all'art. 2043 c.c.

È pur vero che nella previsione normativa in esame non può rinvenirsi un'opzione a favore di una qualificazione della responsabilità medica « necessariamente come responsabilità extracontrattuale » (per richiamare le parole della Cassazione), ma compito dell'interprete non è quello di svuotare di significato l'art. 3, comma 1, bensì di attribuire alla norma il senso che può avere in base al suo tenore letterale e all'intenzione del legislatore (art. 12 delle preleggi).

Nell'art. 3, comma 1, della legge Balduzzi, il Parlamento Italiano, in sede di conversione del decreto e per perseguire le suddette finalità, sembra aver voluto limitare la responsabilità degli esercenti una professione sanitaria ed alleggerire la loro posizione processuale anche attraverso il richiamo all'art. 2043 c.c. — escludendo la responsabilità penale nei casi di colpa lieve riconducibili al primo periodo, ma facendo salva anche in tali casi la responsabilità civile (da inadempimento nei casi in cui preesiste un contratto concluso dal medico con il paziente e da fatto illecito negli altri casi, come si dirà meglio in seguito) — mentre nel comma 3 del medesimo articolo ha poi introdotto un criterio limitativo dell'entità del danno biologico risarcibile in tali casi al danneggiato (mediante il richiamo agli artt. 138 e 139 cod. ass.).

Ora, a meno di non ritenere (come sembra fare in parte il Tribunale di Rovereto) che l'intero articolo 3, comma 1, sia una legge penale o comunque una legge che fa eccezione a regole generali (per cui ai sensi dell'art. 14 delle preleggi troverebbe applicazione nei soli casi ivi previsti), sulla base dei suddetti criteri ermeneutici previsti dall'art. 12 delle preleggi pare arduo sostenere che il legislatore sia incorso in una «svista» e abbia inteso limitarsi a far salvo l'obbligo di risarcire il danno mediante un «atecnico» richiamo dell'art. 2043 c.c. e non abbia invece voluto fornire una indicazione sul criterio di imputazione della responsabilità risarcitoria all'esercente una professione sanitaria, anche qualora vada esente da responsabilità penale.

Non sembra che il comma 1 dell'art. 3 della Balduzzi (risultante a seguito della conversione del decreto legge) possa essere ritenuto legge penale⁽¹⁹⁾ o eccezionale. Infatti, l'art. 3 oltre ad introdurre indubbie restrizioni alla responsabilità penale (prevedendo una parziale *abolitio criminis* degli artt. 589 e 590 come affermato da Cass. pen., 29 gennaio 2013, n. 16237, o comunque introducendo un'esimente) disciplina vari aspetti della «*Responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie*» — come emerge dalla stessa rubrica dell'articolo — compresa la responsabilità risarcitoria, di cui si occupa espressamente non solo nel comma 1 con il richiamo all'obbligo di cui all'art. 2043 di cui si discute e con la previsione di tener conto, nella determinazione del risarcimento del danno, del fatto che il responsabile si è attenuto alle linee guida, ma anche nel comma 3 (che introduce il criterio legale di liquidazione del danno biologico mediante il rinvio alle tabelle degli artt. 138 e 139 del d.lgs. n. 209/2005)⁽²⁰⁾ e, in qualche modo, nel comma 5 (aggiornamento periodico ed inserimento di specialisti nell'albo dei CTU).

Sia il richiamo letterale alla norma cardine che prevede nell'ordinamento il «risarcimento per fatto illecito» (art. 2043 c.c.) e «l'obbligo» in essa previsto (in capo a colui che per dolo o colpa ha commesso il fatto generatore di un danno ingiusto), sia l'inequivoca volontà della legge Balduzzi di restringere e di limitare la responsabilità (anche) risarcitoria derivante dall'esercizio delle professioni sanitarie per contenere la spesa sanitaria e porre rimedio al c.d. fenomeno della medicina «difensiva» — resa manifesta, oltre che dalla previsione in esame, anche dal comma 3 del medesimo art. 3, laddove, come detto, vengono richiamati gli artt. 138 e 139 per la liquidazione del danno biologico conseguente all'esercizio di tali professioni — inducono ad interpretare la norma in esame nel senso che il richiamo alla responsabilità da fatto illecito nell'art. 3, comma 1, impone di rivedere in taluni casi il criterio di imputazione della responsabilità risarcitoria del medico (dipendente

⁽¹⁹⁾ Al riguardo, si ricorda che la Consulta ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, sollevata da Trib. Milano, ord. 21 marzo 2013 (in questa *Rivista*, 2013, 1256) v. Corte cost., ord. 6 dicembre 2013, n. 295). La Corte delle Leggi ha evidenziato che, nelle prime pronunce emesse in argomento, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto — in accordo con la dottrina maggioritaria — «che la limitazione di responsabilità prevista dalla norma censurata venga in rilievo solo in rapporto all'addebito di imperizia, giacché le linee guida in materia sanitaria contengono esclusivamente regole di perizia: non, dunque, quando all'esercente la professione sanitaria sia ascrivibile, sul piano della colpa, un comportamento negligente o imprudente». In giurisprudenza: Cass. civ., 11 marzo 2013, n. 11493 (Pres. Marzano, Rel. Piaccialli); Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 268 (Pres. Brusco, Rel. Blaiotta).

⁽²⁰⁾ *ВІСНІ, Legge n. 189/2012: applicabilità delle tabelle ex art. 139, d.lgs. n. 209/2005, ai procedimenti pendenti relativi alla responsabilità professionale sanitaria*, relazione tratta dall'intervento svolto al Convegno «*Sull'azione giudiziaria nella responsabilità professionale sanitaria*» tenutosi presso l'Università degli Studi di Milano il 14 ottobre 2013, in questa *Rivista*, 2014, 328, ss.

o collaboratore di una struttura sanitaria), per i danni provocati in assenza di un contratto concluso dal professionista con il paziente.

In altri termini, a fronte della previsione normativa in esame (art. 3, comma 1, l. n. 189/2012) o si ritiene che essa sia una « legge penale » o « eccezionale » destinata a disciplinare solo i casi ivi previsti ai sensi dell'art. 14 delle preleggi (esonero dalla responsabilità penale del medico in colpa lieve che si è attenuto alle linee guida e responsabilità risarcitoria ex art. 2043 c.c. dello stesso solo in caso di proscioglimento/assoluzione in sede penale) — ponendosi tuttavia in tal caso forti dubbi di legittimità costituzionale, per l'ingiustificata ed irragionevole disparità di trattamento e diversità di disciplina che verrebbero a crearsi a seconda che una determinata condotta illecita del medico venga preventivamente vagliata dal giudice penale o no — oppure sembra corretto interpretare la norma nel senso che, al di fuori dei casi in cui il paziente sia legato al professionista da un rapporto contrattuale, la responsabilità risarcitoria del medico (al pari di quella degli altri esercenti professioni sanitarie) va ricondotta nell'alveo della responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c., con tutto ciò che ne consegue in tema di riparto dell'onere della prova, di termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno, ecc.

Così interpretata la norma della legge Balduzzi, la ricostruzione del sistema della responsabilità in ambito sanitario porta inevitabilmente a rivedere l'orientamento giurisprudenziale pressoché unanime dal 1999 e che riconduce in ogni caso la responsabilità del medico all'art. 1218 c.c., anche in mancanza di un contratto concluso dal professionista con il paziente ⁽²¹⁾. D'altra parte, la teoria del « contatto sociale » applicata al medico non era risultata immune da critiche, che avevano evidenziato come essa costituisse una « forzatura » e finisse per comportare di fatto l'applicazione a tale figura professionale di un aggravato regime giuridico della responsabilità, venendo il medico « ospedaliero » ad essere tenuto ex art. 1218 c.c. a risarcire i danni anche in mancanza di un contratto con il paziente e, in sostanza, solamente per il rapporto che lo lega alla struttura nella quale opera.

Pertanto, il superamento da parte del legislatore della teoria del « contatto sociale » ⁽²²⁾ (e della relativa disciplina giuridica che ne consegue in termini di responsabilità risarcitoria) in relazione al medico inserito in una struttura sanitaria e che non ha concluso nessun contratto con il paziente, non sembra comportare un'apprezzabile compressione delle possibilità per il danneggiato di ottenere il risarcimento dei danni derivati dalla lesione di un diritto fondamentale della persona (qual è quello alla salute): in considerazione sia del diverso regime giuridico (art. 1218 c.c.) applicabile alla responsabilità della struttura presso cui il medico opera, sia della prevedibile maggiore solvibilità della stessa, il danneggiato sarà infatti ragionevolmente portato a rivolgere in primo luogo la pretesa risarcitoria nei confronti della struttura sanitaria.

Ricondurre in tali casi la responsabilità del medico nell'alveo della responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c. dovrebbe altresì favorire la c.d. alleanza terapeutica fra medico e paziente, senza che (più o meno inconsciamente) venga inquinata da un sottinteso e strisciante « obbligo di risultato » al quale il medico non è normativamente tenuto (ma che, di fatto, la responsabilità ex art. 1218 c.c. da « contatto sociale » finisce a volte per attribuirgli, ponendo a suo carico l'obbligazione di risarcire il danno qualora non sia in grado di provare

⁽²¹⁾ *Ex multis*, Cass. civ., 24 maggio 2006, n. 1236.

⁽²²⁾ Su cui v. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, I, 148, ss.

di avere ben adempiuto e che il danno derivi da una causa a lui non imputabile) e che è spesso alla base di scelte terapeutiche «difensive», pregiudizievoli per la collettività e talvolta anche per le stesse possibilità di guarigione del malato.

Inoltre, pur autorevolmente sostenuta, la teoria del «contatto sociale» applicabile al medico non legato al paziente da alcun rapporto contrattuale non sembra discendere come doveroso precipitato dalla legge istitutiva del S.S.N. e indurre necessariamente a ravvisare in capo al singolo medico — che si trova ad eseguire la sua prestazione in virtù del rapporto organico che lo lega alla struttura sanitaria nella quale è inserito — un'obbligazione «legale» ex art. 1173 c.c.

Dalla legge n. 833/1978 istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale (che ha dato attuazione all'art. 32 della Costituzione) sembra derivare un obbligo per le strutture sanitarie (pubbliche o private convenzionate) di erogare le prestazioni terapeutiche e assistenziali ai soggetti che si trovino nelle condizioni di aver diritto di usufruire del servizio pubblico. Che tali prestazioni vengano poi necessariamente rese attraverso il personale dipendente o comunque stabilmente inserito (a vario titolo) nella struttura del S.S.N. non sembra tuttavia implicare (come inevitabile corollario) di dover ravvisare in capo a ciascun operatore sanitario una distinta ed autonoma obbligazione avente fonte legale e di dover necessariamente ritenere responsabile ex art. 1218 c.c. l'esercente la professione sanitaria per i danni che derivano dal suo inadempimento. Tant'è che, come noto, per circa vent'anni dopo l'istituzione del S.S.N. la Corte di cassazione (sino alla sentenza n. 589/1999⁽²³⁾) ha continuato a qualificare extracontrattuale la responsabilità del medico ospedaliero per i danni arrecati ai pazienti (vd. Cass. civ., 13 marzo 1998, n. 2750⁽²⁴⁾; e Cass. civ., 24 marzo 1979, n. 1716).

Infine, il superamento (che sembra) voluto dalla legge Balduzzi della teoria del «contatto sociale» riferita all'esercente la professione sanitaria avrebbe l'effetto di riportare la responsabilità risarcitoria del medico dipendente (pubblico o privato) nella analoga posizione degli altri dipendenti e/o ausiliari di cui la Pubblica Amministrazione o imprese private si avvalgono nell'erogazione di servizi pubblici o nell'adempimento di prestazioni a cui sono tenuti per legge o sulla base di contratti conclusi. La responsabilità del medico nelle ipotesi suddette sulle quali incide l'art. 3, comma 1, della legge Balduzzi, verrebbe in altri termini equiparata a quella degli altri dipendenti pubblici o privati che si rendono responsabili di fatti illeciti in danno di terzi — nell'erogazione di servizi pubblici o nell'agire come ausiliari del debitore — e che sono direttamente responsabili nei confronti del danneggiato a norma dell'art. 2043 c.c., mentre il contraente/debitore resta responsabile per inadempimento ex artt. 1218-1228 c.c. nei confronti del creditore/danneggiato.

4. CONCLUSIONI

Riepilogando:

- l'art. 3, comma 1, della legge Balduzzi, non incide né sul regime di responsabilità civile della struttura sanitaria (pubblica o privata) né su quello del medico che ha concluso con il paziente un contratto d'opera professionale (anche se nell'ambito della c.d. attività libero-

⁽²³⁾ La responsabilità del medico dipendente ospedaliero deve qualificarsi contrattuale, al pari di quella dell'ente gestore del servizio sanitario, non già per l'esistenza di un pregresso rapporto obbligatorio insorto tra le parti, bensì in virtù di un rapporto contrattuale di fatto originato dal "contatto" sociale (Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3332).

⁽²⁴⁾ Cass. civ., 13 marzo 1998, n. 2750, in questa *Rivista*, 1999, 272.

professionale svolta dal medico dipendente pubblico): in tali casi sia la responsabilità della struttura sanitaria (contratto atipico di ospedalità o di assistenza sanitaria) sia la responsabilità del medico (contratto d'opera professionale) derivano da inadempimento e sono disciplinate dall'art. 1218 c.c., ed è indifferente che il creditore/danneggiato agisca per ottenere il risarcimento del danno nei confronti della sola struttura, del solo medico o di entrambi;

- il richiamo all'obbligo di cui all'art. 2043 c.c. per l'esercente la professione sanitaria che non risponde penalmente (per essersi attenuto alle linee guida), ma la cui condotta evidenzia una colpa lieve, non ha nessun riflesso sulla responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, che ha concluso un contratto atipico con il paziente o è comunque tenuta *ex lege* ad adempiere determinate prestazioni (perché inserita nel S.S.N.) ed è chiamata a rispondere *ex art. 1218 c.c.* dell'inadempimento riferibile direttamente alla struttura anche quando derivi dall'operato dei suoi dipendenti e/o degli ausiliari di cui si è avvalsa (art. 1228 c.c.);

- se non si ritiene l'art. 3, comma 1, della Balduzzi, una «legge penale» o «eccezionale» (interpretazione non condivisibile e che porrebbe forti dubbi di legittimità costituzionale della norma), il tenore letterale della norma e l'intenzione del legislatore — diversamente da quanto sinora affermato dalla Cassazione (in particolare nella pronuncia n. 8940/2014) — sembrano condurre a ritenere che la responsabilità del medico (e quella degli altri esercenti professioni sanitarie) per condotte che non costituiscono inadempimento di un contratto d'opera (diverso dal contratto concluso con la struttura) venga ricondotta dal legislatore del 2012 alla responsabilità da fatto illecito *ex art. 2043 c.c.* e che, dunque, l'obbligazione risarcitoria del medico possa scaturire solo in presenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano (che il danneggiato ha l'onere di provare);

- in ogni caso, come detto, la restrizione della responsabilità (anche) civile del medico «ospedaliero» che deriva dalla legge Balduzzi non ha alcuna incidenza sulla distinta responsabilità della struttura sanitaria pubblica o privata (sia essa parte del S.S.N. o una impresa privata non convenzionata), che è comunque di tipo «contrattuale» *ex art. 1218 c.c.* (sia che si ritenga che l'obbligo di adempiere le prestazioni per la struttura sanitaria derivi dalla legge istitutiva del S.S.N. sia che si preferisca far derivare tale obbligo dalla conclusione del contratto atipico di «ospedalità» o «assistenza sanitaria» con la sola accettazione del paziente presso la struttura);

- se dunque il paziente/danneggiato agisce in giudizio nei confronti del solo medico con il quale è venuto in «contatto» presso una struttura sanitaria, senza allegare la conclusione di un contratto con il convenuto, la responsabilità risarcitoria del medico andrebbe affermata soltanto in presenza degli elementi costitutivi dell'illecito *ex art. 2043 c.c.* che l'attore ha l'onere di provare;

- se nel caso suddetto oltre al medico viene convenuta dall'attore anche la struttura sanitaria presso la quale l'autore materiale del fatto illecito ha operato, la disciplina delle responsabilità andrà distinta (quella *ex art. 2043 c.c.* per il medico e quella *ex art. 1218 c.c.* per la struttura), con conseguente diverso atteggiarsi dell'onere probatorio e diverso termine di prescrizione del diritto al risarcimento; tuttavia, essendo unico il «fatto dannoso» (seppur distinti i criteri di imputazione della responsabilità), qualora risultino provati i fatti costitutivi della responsabilità di entrambi i convenuti essi saranno tenuti in solido al risarcimento del danno, a norma dell'art. 2055 c.c. (cfr., fra le altre, Cass. civ., 16 dicembre 2005, n. 27713).

