

LA RESPONSABILITÀ MEDICA E IL DANNO NON PATRIMONIALE FRA LEGGE E GIUDICE. UN INVITO AL DIALOGO.

Di Giuseppe Vettori

| 351

SOMMARIO: 1. *La necessità di un dialogo.* - 2. *Le sentenze delle Sezioni Unite del 2008 sul danno non patrimoniale e l'evoluzione delle fonti normative.* - 3. *La tecnica rimediale e il superamento della fattispecie.* - 4. *La responsabilità medica fra giudici e legge.* - 5. *La legge Balduzzi e la responsabilità del medico dipendente: fine del "contatto sociale"?* - 6. *Le proposte di riforma della responsabilità sanitaria e del danno non patrimoniale.*

1. La necessità di un dialogo

Il danno non patrimoniale e la responsabilità medica sono state al centro dell'attenzione generale negli ultimi decenni e la loro disciplina è frutto preciso di un confronto fra leggi e giudici che non si può descrivere passivamente. Occorre una riflessione attenta su ciò che è accaduto e su ciò che può e deve essere fatto, qui e adesso, dal legislatore, dalla scienza medica e dalla giurisprudenza teorica e pratica nel suo complesso. Per un motivo preciso.

L'enorme contenzioso ha posto in luce un problema sociale e giuridico che travalica i problemi specifici e ha inciso su categorie fondamentali del diritto dei privati. Dalla distinzione fra le due aree di responsabilità, agli elementi essenziali dell'illecito contrattuale e aquiliano, sino alla nozione e al contenuto del danno.

Indico alcuni aspetti senza accennare nemmeno ad approfondimenti, troppo noti, ma cercando solo di fissare qualche linea di riflessione che aspira ad un dialogo il più ampio e aperto, con i medici, i giudici, il legislatore e gli studiosi del tema che scuseranno questa mia intromissione su di un argo-

mento che non ho affrontato mai in modo organico. Cominciamo dal danno non patrimoniale.

2. Le sentenze della Sezioni Unite del 2008 e l'evoluzione delle fonti normative.

Dopo la svolta della Corte di cassazione del 2003 la natura e la misura del danno non patrimoniale sono tornate all'attenzione del pensiero giuridico per una pluralità di motivi.

La sentenza delle Sezioni unite del 2008 è stata un punto di arrivo nella delimitazione del danno alla persona, ma molte cose sono mutate da allora.

La risposta della dottrina alle diverse visioni delle sezioni interne alla Corte aveva percepito le esigenze del tempo, fissando un equilibrio fra le istanze della persona e i costi sociali del risarcimento. I perni di questo equilibrio erano sostanzialmente tre.

La continuità con la rilettura costituzionale del sistema del danno non patrimoniale dopo la svolta. Il principio di integrale risarcimento del danno applicato con limiti precisi. L'idea di una categoria unitaria senza necessità di nuovi tipi di danno (morale o esistenziale) che potevano avere, al più, un



carattere descrittivo. Da qui il rifiuto del risarcimento per semplici “disagi, fastidi, ansie” e l’abbandono di nuovi “immaginari” diritti come “la qualità della vita, lo stato di benessere, la serenità, la felicità” che erano state evocate dalla giurisprudenza di merito negli anni precedenti.

Ebbene che cosa è mutato da allora? Sicuramente molto nei criteri formali di valutazione delle manifestazioni della personalità. Basta qualche cenno.

I Decreti presidenziali del 2009, all’art. 5 hanno reso manifesta la volontà del legislatore di dare autonomia al danno morale che deve essere determinato, caso per caso, fino al massimo di due terzi del valore del danno biologico. Nel diritto vivente di legittimità, in tema di danno parentale, si è affermata l’idea di un danno da determinare in concreto, tenendo conto in particolare dell’incidenza del fatto sulle qualità di vita del danneggiato.

Nel 2010 (il 15 marzo al n. 38) si è approvata una legge fortemente innovativa (una delle prime in Europa) che garantisce l’accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore per una finalità che è descritta benissimo nell’art. 1. Il trattamento del dolore (cronico, terminale e non solo) è essenziale per la tutela della Dignità del malato e della qualità della sua vita sino al termine. La sofferenza assume così pieno valore giuridico costituzionale ancorata com’è a valori supremi. A questa situazione la legge assicura una protezione piena: dal livello di informazione tramite campagne di comunicazione sulla rilevanza di tale terapia, alla creazione di apposite reti e strutture chiamate a rendere effettiva la cura. La conseguenza è chiara. Il dolore, a certe condizioni, assume una precisa rilevanza giuridica e attiva un processo di protezione e di tutela.

La legge 23 febbraio 2009 n. 11 aggiunge un articolo, il 612bis, al codice penale, (gli atti persecutori) con cui si colpisce la condotta reiterata di chi, con minacce e molestie, può determinare “un perdurante stato di ansia o di paura” o un “timore per la incolumità propria o di un prossimo congiunto” ovvero tale “da costringere ad alterare le proprie abitudini di vita”¹.

Se isoliamo dal contesto della fattispecie penale gli interessi che si proteggono si comprende bene ciò che è cambiato. L’ansia, la paura, il timore ma soprattutto le alterazioni delle abitudini di vita assumono una rilevanza giuridica. La loro lesione determina, a certe condizioni, una reazione penale e fa sorgere l’obbligo di risarcire un danno (morale o

esistenziale) che è alla ricerca di una riparazione efficiente².

Se alziamo gli occhi verso le fonti di natura comunitaria il quadro si amplia. Dal Trattato di Lisbona alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo (artt. 8 e 12) si trae il valore universale della persona e il diritto al pieno rispetto della vita privata e familiare. Nella nostra Costituzione e nella Carta di Nizza-Strasburgo, si ribadisce l’esigenza primaria di un pieno rispetto della Dignità.

Da tutto ciò nelle ultime sentenze di legittimità si traggono conseguenze chiare.

Un autonomo diritto al risarcimento di tutto il danno morale (la sofferenza interiore soggettiva) e dinamico relazionale (esistenziale) che consiste nel peggioramento delle condizioni di vita quotidiana (Cass. n. 20972 del 2012). Una liquidazione che seppur equitativa deve essere circostanziata sino a superare le stesse Tabelle del Tribunale di Milano se il fatto è particolarmente grave. Una quantificazione del danno che tenga conto di tutte le vicende concrete, eviti calcoli automatici e incontrollabili nonché importi eguali per tutti gli aventi diritto perché, ad esempio parenti della vittima³.

Si sollecita insomma un’ermeneutica di tipo induttivo “che dopo aver identificato la situazione soggettiva protetta a livello costituzionale (rapporto parentale o familiare, onore, reputazione, libertà religiosa, autodeterminazione ed oltre) consenta al giudice del merito una rigorosa analisi e valutazione dell’aspetto interiore del danno (il danno morale) e l’alterazione delle abitudini e della qualità della vita”⁴.

Questo il punto di arrivo che suscita in alcuni perplessità.

3. La tecnica rimediale e il superamento della fattispecie.

Per taluni autori la vicenda del danno alla persona è un esempio di come il sistema della responsabilità civile sia uscito oramai fuori da ogni ragionevole controllo⁵, per un motivo evidente.

Le risposte alle nuove emergenze “alle quali i giudici hanno dovuto dare risposta” hanno avuto

² Questa consapevolezza è chiara nelle ultime sentenze della Corte di Cassazione v. Cass., 17 aprile 2013, n. 9231; Cass.(ord.)26 giugno 2013, n. 16041; Cass., sez.un., 3 giugno, n. 13902; Cass., 3 ottobre 2013, n. 22585, Cass., 23 gennaio 2014, n. 1361, ancora inedita.

³ Così le sentenze indicate nella note precedente ma anche Cass., 23 gennaio 2014, n. 1361, cit.

⁴ Così Cass., 3 ottobre 2013, n. 22585, cit.

⁵ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Utet, Torino, 2011

¹ La legge è citata nella motivazione di Cass., 3 ottobre 2013, n. 22585 (rel. Giacomo Travaglino)





come costante l'abbandono del principio tradizionale secondo cui l'effetto giuridico (l'obbligo risarcitorio) deve trovare la sua corrispondenza in una fattispecie che ne riproduca gli elementi di fatto"⁶.

Abbandonato questo metodo se ne è seguito un altro: "è lo stesso effetto che si vuole raggiungere a orientare la fattispecie". Basta qualche esempio.

Nel danno alla salute le regole dell'art. 2043 è stata oltrepassata dall'art. 32 della Costituzione. Nella perdita del rapporto parentale i criteri fondativi del risarcimento sono i diritti della famiglia e lo stesso può dirsi per il danno morale e esistenziale. In tutti questi casi si aggira la fattispecie prevista nel codice e la si espande sino a coprire nuovi bisogni e interessi. Con la conseguenza inevitabile di dare centralità al giudice e alla funzione di interpretazione applicazione di un sistema articolato di fonti del danno non patrimoniale. Il quale non trova più un suo presupposto nella norma di struttura ma solo nei diritti della persona individuati e ricostruiti nel loro contenuto dal Giudice⁷.

La stessa liquidazione del danno, stante le difficoltà di "una sicura commisurazione" va alla ricerca di "un'equità risarcitoria" e di un principio di pari trattamento che richiama regole come quelle indicate dal Tribunale di Milano, create da Giudici, che divengono, addirittura, parametri per il giudizio di legittimità delle pronunzie di merito. Ancora il Giudice è protagonista e lo è ancor più quando "personalizza il danno" perché "l'elasticità e flessibilità" della liquidazione necessaria e del tutto opportuna, può comportare l'abbandono di una risposta risarcitoria in favore di una diversa misura riparatoria⁸.

Ciò che accade insomma è chiaro ed è stato indicato in modo limpido. Il rimedio risarcitorio oltrepassa la fattispecie, elude una tipologia e "presenta quel tanto di imprevedibilità e di incertezza che è propria dei rimedi", ma è evidente come tutto ciò "non sia gradito dal sistema assicurativo che vuole prevedibilità e certezze"⁹.

La verità è che il danno alla persona risente del carattere del nuovo sistema delle fonti, frantumate e potenziate da nuovi fatti produttivi e da nuovi sog-

getti, in ogni settore di attività. Sicché l'ordine si regge in virtù di un arco che poggia su due colonne distanti e complementari, la legge e la giurisdizione, la stabilità è assicurata da una reciproca forza propulsiva e da una comunicazione e interazione di spinte dinamiche. Non è possibile chiedersi chi sia il perno centrale o a chi spetti l'ultima parola né si può richiamare un ordine scandito in norme di struttura certe e definite perché il passato non torna e la storia ci dice che tale confronto è stata sempre un'operazione delicatissima¹⁰.

Si può solo ricordare che qui il circolo ermeneutico si amplia. Il Giudice trova in un "testo" da ricostruire una difficoltà sempre maggiore ma la parte danneggiata e il suo difensore, partecipano alla funzione applicativa delle regole in modo peculiare. Sarà diverso il loro ruolo a seconda della natura contrattuale o aquiliana della responsabilità e del conseguente onere probatorio ma graverà su di essi un obbligo di allegare e provare, anche con presunzioni, le circostanze e i fatti che hanno compromesso il valore della persona, le sue sofferenze, l'alterazione delle abitudini, sì da consentire al giudice di valutare il danno in ogni suo aspetto e di risarcirlo mediante tecniche ispirate alla chance e alla valutazione del concorso.

Ciò significa che il danno alla persona vive nel processo e che il ruolo delle parti è profondamente mutato rispetto al passato. Occorre come è stato detto benissimo "fuggire dalle parole (spesso) vane (o lacunose) del legislatore e contrastare (a volte) le parole prepotenti del giudice"¹¹ con una rinnovata alleanza fra legge e giurisdizione che attribuisce responsabilità nuove a tutti gli attori e operatori chiamati ad attuare un sistema costituzionale delle fonti profondamente mutato.

La responsabilità medica è lo specchio del tempo.

4. La responsabilità medica fra giudici e legge.

Su di essa si sono consolidate svolte forti e innovative che hanno inciso nel profondo sulla stessa struttura e disciplina della responsabilità civile.

È radicata la costruzione di una responsabilità contrattuale o da contatto sociale per il medico dipendente e per la struttura sanitaria. La figura conosciuta in Germania e codificata nel BGB compare

⁶ Così A. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, p. 49 ss.

⁷ v. ancora A. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, op. cit., p.19 ss. Id., *Una New Age per le tutele contrattuali?*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli, 2012, p. 1 ss.

⁸ Queste considerazioni sono di A. DI MAJO e sono contenute in uno schema di discussione (inedito) consegnato ai partecipanti ad un Seminario svolto a Firenze il 13 novembre 2012 durante il corso di dottorato in Diritto privato europeo.

⁹ A. DI MAJO, op. cit.

¹⁰ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 41 ss., 85 ss.

¹¹ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 103 ss.

nella giurisprudenza italiana nel 1999¹² in base ai seguenti presupposti¹³. Il medico non è un *quisque de populo* cui grava un semplice dovere di *neminem laedere* ma la sua prestazione si caratterizza per i seguenti tratti: la professione medica è regolamentata e protetta; il destinatario non è la collettività ma il singolo e specifico paziente; la sua attività ha sempre il medesimo contenuto e deve essere svolta secondo i canoni della diligenza indicati dall'articolo 1176, II co., c.c., a prescindere che alla base vi sia un contratto o meno.

Con l'espressione contatto si richiama una duplice connotazione del fatto: (a) con riferimento alla fonte, è un fatto idoneo a produrre l'obbligazione ex art. 1173 c.c.; (b) con riferimento al rapporto, si atteggia ed è disciplinato secondo lo schema dell'obbligazione da contratto.

Si ha contatto quando le parti entrano tra loro in una relazione a cui si collegano obblighi di comportamento di varia natura¹⁴. È noto come la Corte di Cassazione specifica l'onere probatorio¹⁵. Il paziente danneggiato deve limitarsi a provare il contratto con la struttura sanitaria o il contatto con il medico, l'aggravamento delle patologie o l'insorgere di un problema sanitario, deve invece allegare un inadempimento che sia qualificato, cioè, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato.

Starà poi al debitore dimostrare che l'inadempimento non c'è stato o che, pur esistendo, esso non è stato rilevante sotto il profilo causale. L'ultima giurisprudenza ha anche precisato su chi gravi la prova

¹² Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3332, con nota di F. FRACCHIA; in *Corr. giur.*, 1999, p. 441 con nota di A. DI MAJO; in *Danno e resp.*, 1999, p. 294, con nota di V. CARBONE; in *NGCC*, 2000, p. 334, con nota di A. THIENE.

¹³ In dottrina cfr. C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, p. 147.

¹⁴ Altre ipotesi di contatto sociale indicate dalla giurisprudenza di legittimità si hanno nei confronti dell'insegnante per danni che il minore cagiona a se stesso (Cass., sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, c. 1287, con nota di F. DI CIOMMO; sul punto v. anche Cass., 18 novembre 2005, n. 24456, in *Foro it. on-line*); della banca che paghi l'assegno a soggetto non legittimato (Cass., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1710, con nota di A. DI MAJO); del mediatore per violazione del dovere di correttezza e buona fede (Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 2281, con nota di A. SESTI; in *Corr. giur.*, 2010, p. 206, con nota di R.P. PUCE); da ultimo, dell'ex datore di lavoro verso il dipendente per erronee informazioni contributive (Cass., 21 luglio 2011, n. 15992, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2636).

¹⁵ Cass., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, c. 453.

di tale nesso: spetterà al sanitario dimostrare che non esiste una causalità materiale fra fatto (positivo o omissivo) e l'evento, sarà a carico del danneggiato la prova del nesso di causalità giuridica fra l'evento e il danno in concreto esistente (1223 e ss., c.c.). Ciò al di là della distinzione fra obbligazioni di mezzi e di risultato.

La responsabilità della struttura e del sanitario erano disciplinate dopo la svolta del 1999 in base alla stessa natura contrattuale, derivante per la prima dall'accettazione del paziente e per il secondo in virtù del contatto sociale. Entrambi i rapporti erano assimilati, per analogia, al contratto di opera intellettuale con il conseguente riduttivo appiattimento della responsabilità della struttura su quella del medico.

Un indirizzo più recente ha qualificato il rapporto paziente-struttura come "un autonomo e atipico contratto di ospedalità"¹⁶ al quale si applicano le regole ordinarie sull'inadempimento con conseguenze importanti. La responsabilità dell'ospedale (1218) prescinde da una condotta negligente del medico (e dall'applicazione dell'art. 2236 c.c.) ed ha la propria fonte nell'obbligo direttamente riferibile all'ente. Sicché l'obbligazione derivante da tale contratto complesso riguarda, oltre all'alloggio, le prestazioni ospedaliere di carattere medico, paramedico e assistenziale la cui violazione può comportare la responsabilità dell'ente per fatto del dipendente sulla base dell'art. 1228 c.c.

Il consenso informato del paziente è oramai disciplinato da norme¹⁷ e principi forti¹⁸.

Senza il consenso, l'intervento del medico è (salvo lo stato di necessità o l'obbligo di legge) illecito, anche quando sia nell'interesse del paziente. Si ha la facoltà di scegliere fra le diverse possibilità di trattamento medico, e si può rifiutare la terapia o interromperla in ogni fase, anche terminale¹⁹. Ciò in presenza di un diritto della persona che trova il suo fondamento negli articoli 2, 13, e 32 Cost.

¹⁶ Sebbene la sentenza faccia riferimento al contatto sociale nel rapporto tra paziente e struttura ospedaliera, al contratto di ospedalità fa riferimento Cass., 3 febbraio 2012, n. 1620, in *Foro it. on-line*. In termini più corretti, cfr. Cass., 8 ottobre 2008, n. 24791, in *Foro it. on-line* nonché Cass., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

¹⁷ Cass., 27 novembre 2012, n. 20984, in *Foro it. on-line*

¹⁸ Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, I, c. 1328.

¹⁹ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Foro it.*, 2008, I, c. 125.



5. La legge Balduzzi e la responsabilità civile: fine del “contatto sociale”?

Il testo varato dal Consiglio dei Ministri aveva seguito una linea precisa. Si muoveva dall'art. 2236 c.c., per disporre che nell'accertamento della colpa lieve, il Giudice ex art. 1176 c.c. tiene conto delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale²⁰.

La legge di conversione ha mutato tutto: l' esercente la professione sanitaria...che si attiene a linee guida e buone pratiche...non risponde penalmente per colpa lieve, ma “ in tali casi resta comunque l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c. e il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto delle condotte di cui al primo periodo”²¹.

Si incide così sulla responsabilità penale e si fa salva la responsabilità civile richiamando l'art. 2043 c.c. e non l'art. 1218 c.c.. Da qui i problemi interpretativi. Si può leggere la norma come una scelta contrastante con l'elaborazione giurisprudenziale recente o si può interpretare in modo diverso il suo contenuto.

Occorre iniziare dai criteri interpretativi indicati nell'art. 12 delle preleggi al codice per trarre dal testo il “senso fatto valere dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalle intenzioni del legislatore”. Le domande sono due. Che cosa emerge dal significato delle parole in connessione tra loro. Quale è l'intenzione del legislatore e come si esprime nelle norme.

Dico subito che l'intenzione si manifesta in due modi. Si valorizzano le linee guida e le buone pratiche commerciali accreditate dalla comunità scientifica. Si struttura in modo nuovo la responsabilità professionale dell' esercente la professione sanitaria. Vediamo come.

²⁰ Si riporta il testo originario dell'art. 3 del D.L. 13 settembre 2012, n. 158: “fermo restando il disposto dell'art. 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell' esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'articolo 1176 c.c. 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”.

²¹ Si riporta il testo vigente dell'art. 3 del D.L. 13 settembre 2012, n. 158, coordinato con le modifiche introdotte dalla L. Conv., 8 novembre 2012, n. 189, “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.”

a) La diffusione delle linee guida è iniziata negli anni '70, ha subito un'accelerazione negli anni '90 con l'avvento della *evidence based medicine* ed è “paragonata per importanza per il numero di vite salvate alla diffusione di antibiotici e vaccini”²². Tali strumenti sono definiti (dall'*Institute of Medicine*) come “asserti (*statements*) sviluppati in modo sistematico allo scopo di aiutare le decisioni del medico e del paziente riguardo alle cure sanitarie più adatte nelle specifiche circostanze cliniche”²³. I protocolli, meno diffusi, sono più specifici e prevedono “rigidi schemi di comportamento diagnostico e terapeutico, tipici di un programma di ricerca clinica sperimentale elaborato per assicurarne la riproducibilità e quindi l'attendibilità scientifica”²⁴.

Nella prassi, “le linee guida vengono utilizzate nel peculiare meccanismo di interazione che si stabilisce fra giudice ed esperto, attraverso la mediazione del medico legale”²⁵. La valutazione del sanitario tramite questi parametri è consolidata (più in penale che in civile)²⁶⁻²⁷. Il problema più acuto sono le fonti e la competenza ad emanarle. Dopo alcune incertezze e ritardi si è strutturato un modello organico con l'introduzione del *Sistema nazionale linee guida* (SNLG), una banca dati istituita presso l'Istituto Superiore di Sanità (www.snlg-iss.it) ma dal sito emerge un'architettura complessa²⁸.

²² Cfr. A. DI LANDRO, *Linee guida e colpa professionale*, in *Foro it.*, 2011, II, c. 424.

²³ Così riportato da A. DI LANDRO, *Linee guida e colpa professionale*, cit.

²⁴ Così riportato da A. DI LANDRO, *Linee guida e colpa professionale*, cit.

²⁵ A. DI LANDRO, *Linee guida e colpa professionale*, cit.

²⁶ Tra le più recenti cfr. Cass. pen., 11 luglio 2012, n. 35922, in *Foro it. on-line*, la quale fa una rassegna delle sentenze penali più significative in materia di linee guida. Sul punto v. anche Cass. pen., 22 novembre 2011, n. 4391, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2069; Cass., 23 novembre 2010, n. 8254, in *Foro it.*, 2011, II, c. 416; Cass. pen., 14 novembre 2007, n. 10795, in *Foro it.*, 2008, II, c. 279

²⁷ Cass. pen., 30 gennaio 2013, ancora inedita, esclude la rilevanza penale al comportamento del sanitario che operi nel rispetto dell'area segnata da linee guida o da virtuose pratiche mediche, purchè esse siano accreditate dalla comunità scientifica. La pronuncia, in base alla considerazione che il Decreto Balduzzi è legge penale più favorevole rispetto alla precedente e che quindi può trovare applicazione anche ai processi pendenti, rinvia gli atti alla Corte d'Appello affinché il Giudice valuti se le linee guida siano state rispettate.

²⁸ “Linee guida nazionali, con “raccomandazioni di comportamento clinico basato sugli studi scientifici più aggiornati”. Linee guida regionali, con linee guida ed altri strumenti di governo clinico elaborati dai Servizi sanitari regionali in conformità con una metodologia definita. Altri dati evidence based, con un repertorio di linee guida (non snlg) provenienti da enti o istituzioni italiani o da



Alcune risposte sono fornite dalla giurisprudenza penale.²⁹ “A nessuno è consentito anteporre la logica economica alla tutela della salute” sicché³⁰ il comportamento non è penalmente rilevante quando l’azione si è svolta nel rispetto “dell’area segnata da linee guida o da virtuose pratiche mediche, purchè esse siano accreditate dalla comunità scientifica”. E’ chiara la *ratio* di fondo.

Si segue un modello incentrato nell’affidamento ad un sapere o ad un sapiente “presuntivamente neutrale; ci si affida ad un quadro scientifico di riferimento attraverso linee guida e protocolli accreditati dalla comunità scientifica, conoscibili con facilità”. Tutto ciò incide nella responsabilità penale in modo chiaro.

b) Assai meno chiara è l’incidenza della Legge Balduzzi sulla responsabilità civile. L’alternativa espressa nei primi commenti è fra un ritorno ad un regime aquiliano e altre diverse interpretazioni³¹. Certo è che il legislatore ha avuto un chiaro intento.

Ripensare la funzione del risarcimento del danno con l’emergere di un problema non più individuale (fra medico e paziente) ma sociale. Ricercare un equilibrio nuovo fra valori da bilanciare: dignità e salute, efficienza del sistema sanitario, contenimento dei costi. Ma tutto ciò si è operato con pericolosa ambiguità nell’uso degli articoli 2043 e 1218 del codice civile.

Una interpretazione razionale e sistematica porta a ritenere che si è operato sull’effetto e non sulla natura della responsabilità: esclusa la responsabilità penale si è detto che in questi casi “resta comunque

altre organizzazioni. Anche dati comparative, con uno strumento che semplifica le ricerche nelle linee guida internazionali per un primo giudizio sull’affidabilità in termini di valutazioni comparative. Esperienze di implementazione, una piattaforma per la condivisione e implementazione a livello locale delle raccomandazioni contenute nelle linee guida”. I problemi sono evidenti: vi è una sovrapposizione tra indicazioni orientate all’ottimale rapporto rischi-benefici e indicazioni orientate nel senso costi-efficacia con possibili ambiguità nella fissazione delle regole. Esiste un potenziale conflitto tra raccomandazioni orientate a livello scientifico nazionale e regole di carattere locale

²⁹ Cass., 23 novembre 2010, n. 8254, cit.

³⁰ Cass., 30 gennaio 2013, ancora inedita.

³¹ Anche la giurisprudenza è oscillante. Secondo un primo orientamento, dovrebbe essere applicabile il regime aquiliano (cfr. T. Varese, 26 novembre 2012; T. Torino, 26 febbraio 2013); secondo un altro orientamento, invece, la responsabilità medica trova ancora la sua disciplina nelle regole contrattuali (T. Arezzo, 14 febbraio 2013; T. Caltanissetta, 1 luglio 2013). Quest’ultima tesi è stata confermata anche in un *obiter dictum* della Suprema Corte, Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030, in *DeJure*.

fermo l’obbligo di cui all’art. 2043 c.c.”, inteso come sistema della responsabilità civile. Se la norma si compone di una fattispecie e di un effetto la legge sembra richiamare l’effetto, l’obbligo di risarcire tanto che su di esso si incide in modo molto pesante.

Basta uno sguardo al contenuto della legge.

Il giudice nella determinazione del danno deve tener conto delle linee guida e delle buone pratiche.

Si rinvia agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni e la modifica di questa ultima norma (con la L. 24 febbraio 2012, n. 27) esclude il risarcimento del danno per le lesioni di lieve entità che non siano suscettibili di accertamento clinico strumentale obiettivo. Si prevedono disposizioni in tema di assicurazioni e di CTU.

E’ evidente quale sia la funzione di un tale risarcimento.

Ogni epoca è caratterizzata da una finalità prevalente. Negli anni ’70 si era sollecitato un ampliamento dell’area del danno risarcibile con finalità distributive: compito primario dell’interprete era la ricerca del criterio migliore per trasferire il peso del danno dal danneggiato ad altri soggetti, mentre il sistema si orientava per il superamento del ruolo della colpa e l’emersione di forme di responsabilità oggettiva. Il problema della responsabilità civile divenne dunque un problema di *policy* e non di *principle*. Si trattava di allocare nel modo migliore un costo³².

Negli anni successivi si è progressivamente appannato il criterio distributivo e compensativo per una ragione chiara. Compensare vuol dire rimuovere in termini pecuniari un danno provocato. La logica è di scambio.

Il danno non patrimoniale rompe questo schema e il problema diviene la ricerca di un limite e di un contenimento attraverso la rilettura degli articoli 2059 e 1223³³. La responsabilità medica è lo specchio del tempo che oscilla fra la centralità della persona e la ricerca di un equilibrato e sostenibile criterio risarcitorio

Osservo solo che sin dalla prima sentenza della Cassazione la giurisprudenza italiana si è preoccupata di precisare la fonte che consente di trascorrere da una forma di mero contatto di fatto ad una figura dotata di rilevanza giuridica. Ed è bene ricordare che a tal fine non è affatto necessario che esista una norma espressa ma la rilevanza può trarsi della os-

³² G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile: analisi economico-giuridica*, Milano, 1975.

³³ A. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, cit. p. 103 ss.



servazione attenta del sistema³⁴. Analisi che si fonda sin dal primo precedente³⁵ dando rilievo ad un principio da cui si trae, assieme ad altri dati, la giuridicità del rapporto.

Da qui la necessità di esaminare che cosa sta accadendo in tale versante³⁶.

I contributi contenuti in questa sezione si propongono di seguire un dialogo apertissimo.

³⁴ v. P. RESCIGNO, voce "obbligazioni", in *Enc. Dir.*, vol. XXIX, 1979, p. 193 ove si riconosce la possibilità che la fonte dell'obbligo sia in un principio.

³⁵ Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, cit. "La più recente ed autorevole dottrina ha rilevato che l'art. 1173 c.c., stabilendo che le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito o da altro atto o fatto idoneo a produrlo in conformità dell'ordinamento giuridico, consente di inserire tra le fonti principi, soprattutto di rango costituzionale (tra cui con specifico riguardo alla fattispecie, può annoverarsi il diritto alla salute) che trascendono singole proposizioni legislative"

³⁶ G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, in *Questa rivista*, p. 209 e ss.