

ciare da tutti i liberi professionisti e dai medici delle strutture convenzionate per finire al personale sanitario delle strutture pubbliche al quale il paziente si rivolge in virtù della fiducia che ripone in esso e si ha, perciò, l'impressione di assistere ad un mero esercizio retorico.

Come se ciò non bastasse poi, la possibilità di ricondurre la natura della responsabilità del medico nell'alveo dell'art. 2043 del cod. civ. ha un rilievo essenziale in tema di onere della prova nel processo civile nel quale però, sempre per sfuggire al mero esercizio retorico, la responsabilità si stabilisce comunque attraverso una C.T.U. che diventa strumento di accertamento di fatti non altrimenti accertabili (cd. c.t.u. percipiente), assurgendo a vera e propria a fonte oggettiva di prova utilizzabile al pari di ogni altra prova ritualmente acquisita al processo. Ciò significa, per essere ancora più chiari, che questo dibattito sull'onere della prova (molto più significativamente disinnescato in tema di danno da nascita indesiderata da Cass. 16754/2012) è scarsamente concludente quando si tratta di accertare la colpa lieve del medico e di verificare se questi si è attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica poiché, in questi

casi, sono dirimenti le conclusioni del CTU.

La seconda riflessione, ancor più amara, è che questo dibattito giurisprudenziale rende la misura del complessivo fallimento del nostro sistema legislativo e giudiziario e di come sia assurdo tentare di porvi rimedio attraverso interventi legislativi disorganici.

È ovviamente disarmante, per l'esercente la professione medica che si sforzi di comprendere i sottili distinguo giuridici oggetto di discussione, dover prendere atto che ogni giudice la vede in un modo diverso e che, per ciò che più conta, l'intero dibattito sarà già del tutto superato da altre "norme tamponate" o comunque dalla disgregazione del "sistema sanità" quando, tra non meno di una decina d'anni, andranno all'esame dalla Corte di Cassazione le prime pronunce delle Corti di Appello rese nei giudizi di primo grado di cui stiamo oggi discutendo. Ancor più angosciante constatare che per opinione pressoché unanime del nostro potere giudiziario il legislatore è "atecnico" nel formulare le leggi, e che, pertanto, non si può tenere conto di ciò che dice.

Apprendere che chi scrive le leggi non è un "tecnico" della materia è già di per sé sconcertante, ma è ancor più paradossale che chi do-

vrebbe applicare quelle leggi dica (e scriva), candidamente, che esse si devono ignorare perché "frutto di errore". E un po' come se il potere esecutivo ci dicesse che i giudici non sanno cosa scrivono nelle sentenze e che pertanto, in quanto frutto di errore, esse non si possono mettere in esecuzione.

È anche vero che il giudice Patrizio Gattari, nella sentenza in commento, afferma molto più seriamente che, stando all'art. 12 delle preleggi, il compito dell'interprete non è quello di svuotare di significato la previsione normativa, bensì di attribuire alla norma il senso che può avere in base al suo tenore letterale e all'intenzione del legislatore, ma è altrettanto vero che la Cassazione, che decide in ultima istanza, già la pensa diversamente.

Ed allora non si può non restare smarriti, specie se si considera che l'intenzione del legislatore del 2012 era dichiaratamente quella di porre un limite alla responsabilità dei medici e provare a scongiurare la deriva della medicina difensiva per rifondare, su nuovi presupposti, l'"alleanza terapeutica" tra medico e paziente.

A tal proposito, il 27 novembre 2011, in occasione dell'audizione dei rappresentanti dell'Aogoi dinanzi la Commissione Parlamentare di inchiesta sugli errori in cam-

po sanitario e sulle cause dei disavanzi sanitari regionali il Presidente Aogoi Vito Trojano affermava testualmente che, a dispetto delle aspettative di tanti, quella legge (l'allora Decreto Balduzzi) "non era destinata ad incidere significativamente sulla attuale disfunzione del sistema sanità e sul contenimento della spesa sanitaria" e che essa "lasciava inoltre pericolosamente esposti alle dilaganti pretese risarcitorie degli assistiti soprattutto i ginecologi italiani". A distanza di tre anni bisogna prendere atto della bontà e della lungimiranza di quegli argomenti.

È ineludibile e urgente un intervento legislativo organico che valga a sistemare ed inquadrare la colpa medica definendo, in primis, i limiti di indennizzo (presupposto indefettibile per poter dare corso concretamente all'assicurazione obbligatoria in campo sanitario). Nessun limite di indennizzo equivarrà, di qui a breve, a nessun indennizzo, poiché non vi saranno più coperture assicurative, né vi saranno strutture o medici in grado di rispondere patrimonialmente dei danni arrecati. Andrà poi riscritto anche l'art. 2236 cod. civ. avendo riguardo proprio alle professioni sanitarie poiché, come dovrebbe ormai essere chiaro a tutti, la risoluzione di problemi tecnici di speciale dif-

ficoltà non si pone solo al chirurgo nell'atto dell'intervento e non è, quindi, solo una questione di "perizia" o "imperizia".

La speciale difficoltà si pone in ogni aspetto della scienza medica, a cominciare dalla diagnosi ed è proprio muovendo da questa considerazione che il legislatore del 2012 voleva mandare assolto l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica da ogni ipotesi di inadempimento (contrattuale) per colpa lieve, salvo il danno ingiusto di cui all'art. 2043, secondo ciò che in base al codice civile già oggi si addice ad ogni prestatore d'opera professionale che sia chiamato ad affrontare problemi tecnici di speciale difficoltà. Se, infatti, esistono linee guida e pratiche accreditate, ciò starà pure a significare che la materia non è semplice neppure per l'operatore professionale e che la diligenza specifica, che in base al secondo comma dell'art. 1176 cod. civ. rappresenta il parametro di riferimento per la valutazione dell'operato del medico, non può essere rimessa alla valutazione di ciascun CtU e di ogni singolo giudice, ma deve essere normativamente definita in termini puntuali. **Y**



## Il Tribunale di Milano inverte la rotta: la responsabilità del medico è extracontrattuale

**Daniela Palmieri**  
Avvocato, Foro di Milano

**L**a sentenza dei giudici milanesi riguarda il caso di un paziente che ha intentato una causa al Policlinico di Milano e a un suo medico dipendente per una paralisi delle corde vocali subita a seguito di un intervento.

**La peculiarità di tale pronuncia** sta nell'interpretazione data dell'art. 3 della legge Balduzzi del 2012: sulla base di tale norma la sentenza ha qualificato la responsabilità del medico ospedaliero come "extracontrattuale da fatto illecito" e non più contrattuale come da oramai più di 15 anni era considerata. L'art. 3 della legge prevede al comma 1 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. **In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile**".

Il dibattito, nell'ambito della responsabilità civile, si è incentrato principalmente sul secondo inciso della norma. Infatti il tenore letterale della norma conduce a ritenere che la responsabilità del



**Il reale cambiamento riguarda il medico inserito in una struttura sanitaria che, in caso di colpa lieve, per la quale non risponde penalmente essendosi attenuto alle linee guida, risponde civilmente nei confronti del danneggiato ai sensi dell'art. 2043 c.c.**

medico per condotte che non costituiscono adempimento di un contratto d'opera, stipulato direttamente dal medico e non dalla struttura, venga ricondotta alla responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c. e che dunque possa insorgere solo in presenza di tutti i fattori che costituiscono l'illecito aquilano.

Di fatto tale cambiamento porta ad un alleggerimento della responsabilità civile del medico ospedaliero, che viene nettamente distinta da quella della struttura sanitaria, pubblica o privata, sulla quale la riforma Balduzzi non ha alcun effetto.

**Di fatto dalla sentenza emerge**

**una suddivisione della responsabilità civile in ambito sanitario così suddivisa:**

**1. Responsabilità della struttura sanitaria**

La responsabilità della struttura sanitaria, sia essa pubblica o privata per l'inadempimento o per l'inesatto adempimento viene regolata dall'art. 1218 c.c., cosiddetta responsabilità contrattuale, sia che si avvalga di propri dipendenti sia che si avvalga di collaboratori esterni. Le conseguenze sul piano pratico sono che a fronte del lamen-

tato inadempimento da parte dell'utente è onere del debitore convenuto (struttura sanitaria) provare l'esatto adempimento della prestazione.

**2. La responsabilità del medico**

Ferma la responsabilità distinta ed autonoma della struttura sanitaria qualora il danneggiato voglia chiamare in causa anche il medico si deve distinguere l'ipotesi in cui il paziente ha concluso un contratto con il professionista da quella in cui tale specifico ed ulteriore contratto non vi sia. Nel primo caso non v'è dubbio che il medico si

a legato al paziente da rapporto contrattuale da ricondursi a responsabilità da inadempimento ex art. 1218 c.c., mentre nel caso in cui il paziente/danneggiato agisce in giudizio nei confronti del medico con cui è venuto in "contatto" presso la struttura sanitaria, senza alcun contratto specifico, la responsabilità risarcitoria an-

drà affermata solo in presenza degli elementi costitutivi dell'illecito ex art. 2043 c.c. che l'attore (danneggiato) ha l'onere di dimostrare.

Oltre che dal punto di vista dell'onere della prova, si deve ricordare che la differenza di inquadramento della responsabilità comporta anche un diverso termine di prescrizione: decennale quello per responsabilità contrattuale, quinquennale nel caso di responsabilità extracontrattuale.

**In conclusione l'applicazione dell'art. 3** comma 1 della Legge Balduzzi non incide né sulla responsabilità civile della struttura sanitaria, né su quella del medico che ha concluso con il paziente un contratto di opera professionale: in tali casi infatti sia la responsabilità della struttura sia la responsabilità del medico continuano ad essere disciplinate dall'art. 1218 c.c. come è avvenuto fino ad oggi.

Il reale cambiamento riguarda il medico inserito in una struttura sanitaria che, in caso di colpa lieve, per la quale non risponde penalmente essendosi attenuto alle linee guida, risponde civilmente nei confronti del danneggiato ai sensi dell'art. 2043 c.c. **Y**