

## La responsabilità medica e gli angusti profili civilistici

**Autore:** Ivano Ciurlia

**In:** Diritto civile e commerciale

### La natura giuridica della responsabilità medica, contrattuale o extracontrattuale?

Elemento imprescindibile nella trattazione dell'annosa tematica della responsabilità medica è l'esatta individuazione della natura giuridica di tale responsabilità.

Nel filone civilistico si distingue in genere tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, esse differiscono soprattutto sul tema della prescrizione e dell'onere probatorio oltre, ovviamente, per quanto concerne la fonte da cui è sorta l'obbligazione.

La responsabilità contrattuale trova la sua fonte giuridica nel contratto ed è collocata nell'art. 1218 c.c. laddove viene asserito che «il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione da causa a lui non imputabile».

La responsabilità extracontrattuale invece, prevista dall'art. 2043 c.c., affonda le proprie radici nella commissione di un illecito e viene statuito a livello codicistico che «qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

Per quanto concerne la responsabilità del sanitario esercente la professione medica, la questione è stata sin dagli albori confusionaria a causa del lacunoso impianto normativo che ha portato spesso la giurisprudenza di merito e di legittimità a pronunciare orientamenti contrastanti nel tentativo estremo di colmare i vuoti normativi non individuati dal legislatore.

Un primordiale orientamento giurisprudenziale effettuò una lungimirante summa divisio tra responsabilità della struttura medica e responsabilità del medico che in essa si adoperava. La responsabilità della struttura medica veniva connotata sempre come responsabilità contrattuale in forza dell'obbligazione sorta tra la struttura ed il paziente che stipulavano pattiziamente un contratto, detto anche "contratto di ospedalità". Il medico, scelto dalla struttura per effettuare la prestazione sanitaria al paziente, essendo del tutto estraneo alla venuta in essere del contratto non poteva essere ricondotto ad una responsabilità contrattuale ma solamente, ex art. 2043 c.c., ad una responsabilità aquiliana. Ciò ovviamente dove non

fosse intervenuta ab origine una pattuizione individuale tra paziente e sanitario, in questo caso la responsabilità medica veniva ricondotta gioco forza alla responsabilità contrattuale, allineandosi a quella della struttura medica.

La distinzione tra queste due tipologie di responsabilità appena delineate, contrattuale ed extracontrattuale, è di fondamentale importanza per alcuni specifici aspetti di estrema rilevanza processuale.

Innanzitutto, vige un periodo di prescrizione differente, decennale per la responsabilità contrattuale e quinquennale per quella aquiliana ex art. 2043 c.c. Ma anche l'onere probatorio è alquanto differente nei due casi. Per quanto concerne la responsabilità contrattuale l'onere della prova ricade sul soggetto inadempiente l'obbligazione, dovendo dimostrare, con maggior aggravio, che l'inadempimento non è dipeso da causa a lui imputabile, mentre il soggetto danneggiato dall'altrui inadempimento dovrà esclusivamente allegare il titolo da cui discende l'obbligazione inadempita o adempiuta malamente. Relativamente alla responsabilità extracontrattuale, invece, l'onere della prova è maggiormente sbilanciato a sfavore del soggetto danneggiato essendo gravato della dimostrazione probatoria dell'esistenza dell'illecito, dell'evento dannoso, del nesso eziologico che lega l'illecito all'evento lesivo, e per concludere dell'elemento soggettivo.

Come è agevole constatare, il legislatore codificando la responsabilità contrattuale ha predisposto una disciplina di maggior favore nei confronti della parte danneggiata (paziente) dall'altrui inadempimento, potendo dimostrare con maggiore facilità il danno patito ed avendo un lasso di tempo più ampio per agire in giudizio.

Tale assetto giurisprudenziale, che prevedeva la responsabilità contrattuale nei confronti della struttura medica e la responsabilità aquiliana nei confronti del medico, fu radicalmente stravolto dalla storica sentenza della **Suprema Corte a Sezioni Unite n. 589/99** che ha predisposto per ambedue le figure, struttura sanitaria e medico esercente, la responsabilità contrattuale. Fu escogitato, al fine di ricondurre nell'alveo della responsabilità contrattuale quella del sanitario esercente la professione medica, il cosiddetto istituto del "**contatto sociale**" ossia latu sensu una sorta di contratto atipico non scritto che viene in essere dal contatto tra il medico ed il paziente e dall'affidamento che quest'ultimo ripone nel medico e nella cura terapeutica predisposta. Tale espediente non può ovviamente creare una nuova tipologia di contratto nel nostro sistema di diritto, il contatto sociale non può essere inteso come un vero e proprio contratto, ma come un'astuta escamotage giuridica sorta al solo fine di ricondurre ed applicare alla responsabilità del medico le regole statuite ex art. 1218 c.c. Dunque, al paziente spetterà allegare in giudizio il mero inadempimento dell'obbligazione generata da contatto sociale mentre il medico, a suo discarico, dovrà provare il corretto adempimento della prestazione sanitaria oppure l'inadempimento come mero effetto di una causa ad esso non imputabile ed ascrivibile.

Siffatto orientamento rimase costante per la giurisprudenza di merito e di legittimità sino all'avvento del **Decreto-Legge Balduzzi (D.L. n. 158/12)** convertito, con modificazioni, in Legge l'8 Novembre 2012

**(Legge n. 189/12)**, che nel nuovo art. 3, così come modificato, predisponesse espressamente 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».

Tale richiamo all'art. 2043 c.c., e quindi ad una natura aquiliana della responsabilità del sanitario, non fu tale da scalfire l'orientamento giurisprudenziale già formatosi, proprio perché ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità un mero rinvio atecnico che nulla ha a che vedere con la vera accezione di responsabilità extracontrattuale. La giurisprudenza, difatti, ha inteso tale citazione all'art. 2043 c.c. come un richiamo alla più generica responsabilità civile, ergo, la figura del sanitario esercente la professione medica dovrà continuare, secondo tale orientamento, ad essere assoggettata alla responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. al pari della responsabilità della struttura medica.

Il tentativo, poco deciso, del legislatore di predisporre una responsabilità avente natura extracontrattuale nei confronti del medico è dipeso dal provare ad arginare una fenomenologia denominata nella prassi come "medicina difensiva" che portava il sanitario a non esporsi incautamente in interventi medici con un medio-alto tasso di rischio o terapie innovative al fine di non essere gravato da una posizione, circa l'onere della prova e prescrizione, più ardua e tipica della responsabilità contrattuale.

È solo nel 2017, con la **Legge n. 24**, comunemente denominata **Gelli-Bianco**, che il legislatore si è adoperato attivamente nel superare la fenomenologia della medicina difensiva che da sempre ha gravato sui conti del sistema sanitario nazionale attraverso la prescrizione, da parte del personale medico, di terapie conservative e raramente risolutive al fine di evitare l'insorgenza di inutili contenziosi con i pazienti.

L'elemento di svolta è allocato nel dettame dell'art. 7 della Legge Gelli-Bianco, dove vi è prescritto, al terzo comma, che «l'esercente la professione sanitaria risponde del proprio operato ai sensi dell'art. 2043 c.c., salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente». Dunque, laddove non vi sia un'obbligazione sorta da contratto tra paziente e medico, quest'ultimo risponderà sempre per responsabilità extracontrattuale.

Per quanto concerne la struttura sanitaria, il primo comma dell'innanzi citata legge Gelli-Bianco, predispose che «la struttura sanitaria o sociosanitaria 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 e colpose».

Tale disposizione ha avuto il ruolo di sancire, con forza di legge, una netta separazione tra responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e responsabilità aquiliana del medico, diradando ogni parvenza di dubbio sulla natura giuridica della responsabilità medica ed uniformando le interpretazioni giurisprudenziali sul tema. Naturale conseguenza di siffatto nuovo assetto giuridico sarà il

convogliamento di una concentrazione maggiore di contenziosi in capo alle strutture mediche, dato il minor rigore dell'onere probatorio in capo al paziente danneggiato ed un lasso di tempo più lungo per la prescrizione (dieci anni) rispetto a quanto previsto per la responsabilità extracontrattuale (cinque anni), lasciando al medico maggiori margini di operatività nell'esercizio delle proprie mansioni senza dover ricorrere all'espedito della medicina difensiva, essendo maggiormente tutelato.

## **Volume consigliato**

# **La condizione di procedibilità: ATP o procedimento di mediazione**

La legge Gelli-Bianco all'art. 8 ha introdotto altresì una specifica condizione di procedibilità in capo al soggetto che intenda instaurare un contenzioso innanzi al giudice, ossia dovrà esperire, preliminarmente all'instaurazione del giudizio di merito, o un accertamento tecnico preventivo ex art. 696 bis c.p.c., denominato anche ATP, oppure un tentativo di mediazione. La scelta tra l'ATP o la mediazione spetta al paziente, che dovrà valutare quale tra i due procedimenti soddisfi maggiormente le proprie esigenze, e bisogna essenzialmente rimarcare l'uso statisticamente maggiore del procedimento di ATP, anche se più lungo rispetto alla mediazione, per la possibilità di utilizzo, anche in caso di infruttuoso accordo tra le parti, dell'elaborato conclusivo redatto dal consulente d'ufficio nominato dal giudice su istanza di parte.

L'ATP ha dunque lo scopo, tramite la nomina del CTU, di tentare la conciliazione tra le parti a seguito della redazione della perizia del consulente: Tale perizia tecnica andrà ad appurare l'esistenza dell'anno e del quantum del danno subito, e sulla base di ciò tentare un accordo bonario. In caso di esito positivo verrà redatto apposito processo verbale che concluderà il procedimento.

Nel caso in cui la condizione di procedibilità non venga rispettata e dunque venga introdotto il giudizio di merito innanzi al giudice senza aver esperito l'ATP o la mediazione, la domanda dovrà essere dichiarata improcedibile, su istanza del convenuto, o rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza.

Tutte le parti hanno l'obbligo di partecipare al procedimento di ATP, dunque saranno onerati a presenziare sia il paziente, la struttura medica, il sanitario e la società di assicurazione. Quest'ultima ha l'obbligo di formulare l'offerta di risarcimento del danno ovvero comunicare i motivi per cui ritiene di non formularla. In caso di sentenza a favore del danneggiato, quando l'impresa di assicurazione non ha formulato l'offerta di risarcimento nel procedimento di ATP, il giudice trasmette copia della sentenza all'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS) per gli adempimenti di propria competenza.

Chi non partecipa alla consulenza tecnica preventiva è condannato alle spese di consulenza e di lite,

indipendentemente dall'esito del giudizio, e a pagare a chi vi ha partecipato una pena pecuniaria determinata in via equitativa.

Il procedimento di accertamento tecnico preventivo ha una durata massima ben delineata, può durare al massimo sei mesi, computati dal deposito del ricorso che ha dato avvio a detto accertamento tecnico.

Ove la conciliazione non riesca o il procedimento non si concluda entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso, la domanda diviene procedibile e gli effetti della domanda sono salvi se, entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio, è depositato presso il giudice, che ha trattato il procedimento, il ricorso ex art. 702 bis c.p.c.

## **L'azione di rivalsa e la responsabilità amministrativa**

Nei confronti del medico, secondo quanto statuito dalla legge Gelli-Bianco, può essere azionata l'azione di rivalsa da parte della struttura medica e dalla impresa assicuratrice nel caso ove quest'ultime abbiano dovuto risarcire il danno al paziente danneggiato.

L'azione di rivalsa soggiace però a specifici limiti.

Primo tra essi è che la struttura medica o l'impresa assicurativa possano rivalersi sul medico solo in caso di dolo o colpa grave e non invece in caso di colpa lieve.

In secondo luogo, la struttura non può esercitare l'azione nel caso in cui l'evento lesivo si sia verificato a causa di disfunzioni o carenze direttamente imputabili alla struttura stessa.

Se il medico non ha partecipato alla procedura stragiudiziale o al giudizio di risarcimento, l'azione di rivalsa nei suoi confronti può essere instaurata, a pena di decadenza, entro un anno dall'avvenuto pagamento.

Oltre all'azione di rivalsa il medico potrebbe essere soggetto altresì, in caso di dolo o colpa grave, alla responsabilità amministrativa laddove il pubblico ministero dia impulso alla Corte dei Conti a procedere in tal senso, quest'ultima dovrà però intervenire, anche valutando l'incidenza nel caso concreto delle situazioni di particolare difficoltà organizzativa in cui il sanitario ha dovuto operare.

Sia nel caso di rivalsa che di responsabilità amministrativa, l'importo dovuto dal medico, in caso di colpa grave non sarà mai maggiore del triplo del reddito professionale conseguito nell'anno di inizio della condotta lesiva o nell'anno immediatamente precedente o successivo.

Dall'accoglimento della domanda del paziente danneggiato potranno riverberarsi ulteriori conseguenze

sul medico, questa volta di carattere professionale, ovverosia nei tre anni successivi al passaggio in giudicato dalla pronuncia risarcitoria, il sanitario non potrà essere preposto a incarichi professionali superiori a quello in essere e la decisione potrà incidere negativamente anche in caso di sua partecipazione a concorsi pubblici per incarichi superiori.

## **L`art. 10: “obbligo” di assicurazione**

Secondo il canone letterale dell`art. 10 della legge Gelli le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private devono essere provviste di copertura assicurativa o di altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera, anche per danni cagionati dal personale a qualunque titolo operante presso le strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche e private.

A più di tre anni dall`emanazione della disposizione appena citata, possiamo osare nel dire, senza indugio, che non vi sia un vero e proprio obbligo per le strutture sanitarie di contrarre una polizza assicurativa per la responsabilità medica. Ciò può essere asserito, trovando un agile via di fuga dall`obbligo assicurativo, col semplice richiamo alla dicitura, «altre analoghe misure», compresa nella stesura della norma.

Le strutture sanitarie ben potrebbero avvalersi delle cosiddette “autoassicurazioni”, come la creazione di fondi appositamente accantonati dalla struttura medica per far fronte a possibili risarcimenti in tema di responsabilità medica.

L`obbligo di assicurazione, dunque, riveste un ruolo meramente formale e stilistico allo stato attuale, non essendo altresì mai stati emanati i decreti attuativi necessari per fissare ulteriori e rilevanti elementi, quali i massimali assicurativi, necessari e propedeutici ad una possibile previsione di obbligatorietà nella stipula di una copertura assicurativa.

## **L`azione diretta del paziente danneggiato**

Parimenti inattuato, per via della mancanza dell`emanazione dei decreti attuativi, è l`art. 12. Tale articolo della legge Gelli-Bianco aveva il compito di stabilire l`azione diretta del danneggiato nei confronti della compagnia assicurativa della struttura sanitaria o del medico.

Possiamo a questo punto, in via del tutto preliminare, esaminare quanto previsto dal legislatore, attendendo i decreti attuativi che il Governo dovrebbe emanare per rendere attuabile tale disciplina.

Innanzitutto, il diritto del paziente di agire direttamente nei confronti della compagnia del responsabile è subordinato ai limiti massimi previsti all`interno del contratto stipulato dal soggetto danneggiante con la compagnia assicuratrice.

I soggetti passivi dell'azione diretta saranno, a seconda dei casi, o l'impresa di assicurazione che presta la copertura assicurativa alle strutture sanitarie o l'impresa di assicurazione che presta la copertura assicurativa all'esercente la professione sanitaria.

Il legislatore ha in ogni caso stabilito che nel giudizio promosso contro l'impresa di assicurazione della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata e nel giudizio promosso contro l'impresa di assicurazione dell'esercente la professione sanitaria sono litisconsorti necessari, rispettivamente, la stessa struttura o lo stesso esercente la professione sanitaria.

All'impresa d'assicurazione è garantito il diritto di rivalersi sul soggetto danneggiante, suo assicurato, entro i limiti minimi predisposti dal decreto del Ministero dello sviluppo economico, tali limiti non saranno derogabili per contratto.

L'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'impresa di assicurazione è soggetta al termine di prescrizione pari a quello dell'azione verso la struttura sanitaria pubblica o privata o l'esercente la professione sanitaria.

### **Volume consigliato**

<https://www.diritto.it/la-responsabilita-medica-e-gli-angusti-profili-civilistici/>