

Responsabilità medica alla luce della Riforma

Autore: Cavaliere Armando

In: Approfondimenti

La Legge Gelli-Bianco

È stata pubblicata in G.U. il 17 marzo 2017. Segue la dibattuta c.d. L. Balduzzi n. 189/2012 (di conversione del D.L. n. 158/2012) al fine di adeguare i profili di responsabilità civile e penale degli operatori del settore medico e sanitario.

Vige dall'1 aprile 2017 con la conseguenza che trova applicazione per tutto il contenzioso introdotto da questa data. La precisazione è importante, oltre che per il **principio della irretroattività e successione della legge nel tempo** in campo civilistico[1] anche per quello del favor rei in ambito penale[2] alla luce dell'art. 25, comma 2, cost. a mente del quale "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso": al riguardo assume rilevanza importante la recente sentenza della Corte di Cassazione n. 16140/2017 la quale contribuisce a indicarci che il problema si poneva già prima dell'entrata in vigore della Legge n. 24/2017. Questa sentenza è stata infatti depositata il 30 marzo 2017 e riporta che "assume rilievo nell'ambito del giudizio di rinvio, posto che la Corte di Appello, chiamata a riconsiderare il tema della responsabilità dell'imputato, dovrà verificare l'ambito applicativo della sopravvenuta normativa sostanziale di riferimento, disciplinante la responsabilità colposa per morte o lesioni personali provocate da parte del sanitario. E lo scrutinio dovrà specificamente riguardare l'individuazione della legge ritenuta più favorevole, tra quelle succedutesi nel tempo, da applicare al caso di giudizio, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2, comma 4, c.p., secondo gli alternativi criteri della irretroattività della modificazione sfavorevole ovvero della retroattività della nuova disciplina più favorevole".

La **novella** ha, tra le altre, la **finalità** di eliminare o limitare il più possibile il fenomeno della c.d. medicina difensiva, quindi la pratica con la quale il medico difende se stesso contro eventuali azioni di responsabilità medico legali seguenti alle cure mediche prestate.

In assenza di stime affidabili sui costi della medicina difensiva negativa, si valuta che solo quella c.d. positiva (considerando già solo il surplus di spesa sanitaria non legata a finalità terapeutiche ma alla riduzione del rischio di contenzioso) valga annualmente 10 miliardi di Euro, pari allo 0,75% del Prodotto Interno Lordo. In particolare, la medicina difensiva incide sulla spesa sanitaria in misura pari al 10,5% del totale[3].

La Legge incide anche da un punto di vista amministrativo: si noti l'art. 2 secondo cui "Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano possono affidare all'ufficio del Difensore civico la funzione di garante per il diritto alla salute e disciplinarne la struttura organizzativa e il supporto tecnico. Il Difensore civico, nella sua funzione di garante per il diritto alla salute, può essere adito gratuitamente da ciascun soggetto destinatario di prestazioni sanitarie, direttamente o mediante un proprio delegato, per la segnalazione di disfunzioni del sistema dell'assistenza sanitaria e sociosanitaria". Il Difensore, dopo aver acquisito le segnalazioni, ne verifica la fondatezza ed eventualmente interviene per **tutelare il diritto lesso**: possiede dunque poteri di impulso e di indagine. Tuttavia, esso non può determinare le modalità di intervento sulle segnalazioni ricevute, ma sono le regioni stesse a doverle definire. La ratio della norma, quindi, si limita a riconoscere alle regioni la mera facoltà di attribuire all'ufficio del Difensore civico queste nuove funzioni, riservando in tal modo ad esse la possibilità di stabilire la costituzione o meno dell'ufficio del Difensore civico. Sembra tuttavia di parlare di diritto utopistico: chi è il Difensore civico in Calabria? Quando è intervenuto? Obiettivo lodevole, ma poco efficace[4].

Più importante è il Centro per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente considerando le finalità, perché raccoglie dalle strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private i dati regionali sui rischi ed eventi avversi e sul contenzioso e li trasmette annualmente, mediante procedura telematica unificata a livello nazionale, all'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità.

L'art. 3 della legge 8 marzo 2017, n. 24, prevede poi che entro 3 mesi dalla sua entrata in vigore, venga istituito con decreto del Ministro della Salute, presso l'Agenzia nazionale per i servizi sanitari (Agenas) questo Osservatorio nazionale delle **buone pratiche sulla sicurezza nella sanità**, il cui scopo è quello di raccogliere ed elaborare le informazioni relative ai rischi ed agli eventi avversi dai Centri regionali per il rischio sanitario avvalendosi del SIMES (Sistema informativo per il monitoraggio degli errori in sanità, istituito con decreto del Ministro del Lavoro dell'11 dicembre 2009). Nello specifico, l'Osservatorio non solo deve acquisire le cause, l'entità e la frequenza degli eventi avversi, stabilire l'onere finanziario del contenzioso che ne discende, ma anche predisporre linee di indirizzo e misure idonee alla prevenzione del rischio sanitario. Inoltre, deve predisporre il **monitoraggio delle buone pratiche**, anche per la formazione e l'aggiornamento del personale esercente la professione sanitaria. Si precisa poi che tali misure devono individuarsi con il supporto delle società scientifiche e delle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie. È infine previsto che il Ministro della Salute trasmetta ogni anno alle Camere una relazione sull'attività di cui sopra svolta dall'Osservatorio. La raccolta di questi dati statistici sarà certamente utile a monitorare gli errori in sanità al fine di disporre e adeguare le linee di indirizzo in collaborazione con le società scientifiche.

In tema di **Privacy** assume rilevanza l'art. 4 perché prevede che "La direzione sanitaria della struttura pubblica o privata, entro sette giorni dalla presentazione della richiesta da parte degli interessati aventi diritto, in conformità alla disciplina sull'accesso ai documenti amministrativi e a quanto previsto dal codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, fornisce la documentazione sanitaria disponibile relativa al paziente". Non si trascuri comunque il principio riconosciuto anche dalla giurisprudenza civile secondo cui non rientra nell'ordinaria diligenza

richiedere all'ospedale la cartella clinica dopo oltre tre lustri dalla palesata infezione epatica: gli Ermellini hanno ritenuto prescritto il diritto al risarcimento dei danni per la parte che, seppur consapevole della possibilità di mettere in relazione la malattia con le trasfusioni effettuate, si era attivata troppo tardi per richiedere le cartelle cliniche alla struttura sanitaria[5]. Soprattutto importante **da un punto di vista sociale** è previsto poi che "Le strutture sanitarie pubbliche e private rendono disponibili, mediante pubblicazione nel proprio sito internet, i dati relativi a tutti i risarcimenti erogati nell'ultimo quinquennio". È chiaro che questo articolo sia diretto anche a tutelare le compagnie assicurative che in questo modo non riceveranno più statistiche false o incomplete e potranno valersi finalmente di dati trasparenti ed utili alla partecipazione ad eventuali gare assicurative[6]. Da sottolineare infine che il comma in questione cita unicamente i risarcimenti erogati negli ultimi cinque anni e non anche "le denunce di danni o i contenziosi in essere".

Linee guida e buone pratiche

Prima di entrare nel merito della responsabilità medica, risulta necessario fare chiarezza sulla differenza tra:

1. le linee guida;
2. i protocolli;
3. le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.

Ciò perché spesso è causa di confusioni ed **incertezze interpretative**, giacché tutti questi concetti possono essere definiti quali regole comportamentali che influiscono sulla condotta del sanitario. Il protocollo è uno schema rigido di comportamento clinico predefinito ed il suo valore obbligatorio viene definito mediante decreto normativo. Il medico, pertanto, può discostarsi dal protocollo previa informazione ed accettazione da parte del paziente ed altresì giustificando il suo operato tramite parere motivato. La mancata adesione al protocollo senza motivazione comporta la responsabilità professionale del medico per imperizia, di cui lo stesso si assume la piena responsabilità in caso di contenzioso. Per quanto attiene alle buone pratiche clinico-assistenziali, queste possono essere definite come ogni attività, procedura o comportamento riguardante percorsi assistenziali, basata su **standard di qualità e sicurezza**. Questi standard hanno origine da evidenze, da letteratura e da organizzazioni sanitarie. Una buona pratica necessita di indicatori specifici da monitorare nel tempo e può variare a seconda del settore a cui si fa riferimento (ospedale, infermeria o studio medico) come anche in base alle singole aree (terapia intensiva, impiego di farmaci, prevenzione delle infezioni). Invece, le linee guida vengono definite raccomandazioni destinate ad ottimizzare la cura dei pazienti che vengono informati da una revisione sistematica delle evidenze e da una valutazione dei benefici e rischi di opzioni alternative di cure.

La legge Gelli riafferma il ruolo delle **linee guida** come termine di confronto per stabilire la responsabilità medica, il quale, com'è noto, era già stato inserito con la legge n. 189 del 2012 (Legge Balduzzi).

Venendo più da vicino poi alla responsabilità medica, l'art. 5 prevede che "Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali": ciò è importante, come facilmente comprensibile, per valutare quindi la futura ed eventuale imperizia del medico tanto in sede penale quanto civile. Si noti comunque che il legislatore attribuisce alle linee guida un maggior rilievo, anche in linea con la dettagliata disciplina con cui vengono novellate, rispetto alle buone pratiche clinico-assistenziali, che, come chiarito prima, consistono unicamente in procedure riguardanti percorsi assistenziali, basati su standard di qualità e sicurezza.

La legge Gelli-Bianco, inoltre, contribuisce a **colmare un sostanziale vuoto normativo**: vengono specificati i soggetti che devono elaborare le raccomandazioni previste dalle linee guida, chiarendo che tale compito non è affidato unicamente alle società scientifiche, come invece stabiliva la legge Balduzzi, ma anche gli enti ed istituzioni pubbliche e private, associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie. Sul punto la legge Gelli opera un'ulteriore chiarificazione che, come sopra evidenziato, era un'esigenza molto sentita: impone infatti che tali soggetti debbano essere iscritti in un apposito elenco, il quale deve essere istituito e regolamentato con decreto (da emanare entro 90 giorni dalla pubblicazione della citata legge) dal Ministro della Salute e da aggiornare con cadenza biennale. Si noti che il legislatore del 2017 contempla altresì questo importante profilo della revisione biennale, il quale nella precedente normativa era del tutto assente e fonte di recriminazioni. Inoltre, viene imposto un rigoroso controllo sulle società e associazioni che contribuiranno alla elaborazione delle linee guida. Si prevede, infatti, che il Ministro della Salute sia l'organo deputato a regolamentare l'iscrizione delle società e delle associazioni tecnico-scientifiche di cui sopra negli appositi albi ed a stabilire con decreto (lo stesso con il quale è stato emanato l'elenco) i requisiti minimi di rappresentatività delle medesime sul territorio nazionale, la loro costituzione mediante atto pubblico, le varie garanzie da inserire nello statuto, le procedure di iscrizione negli albi, le verifiche sul mantenimento dei requisiti nonché modalità di sospensione e modificazione.

Non ci si può esimere dal rilevare che le novità sopra elencate siano di fondamentale importanza al fine di riconoscere le società scientifiche munite del titolo per iscriversi nell'apposito elenco e ciò sempre in ossequio al **principio di trasparenza**, cui sembra essere informata tale legge. Da segnalare è quanto riconosciuto anche dalla S.C.: "Le linee guida per le pratiche terapeutiche costituiscono un sapere scientifico e tecnologico codificato, che funge da guida per orientare facilmente le decisioni terapeutiche,

per uniformare le valutazioni e minimizzare le decisioni soggettive del medico curante“[7]. Importantissima pare poi, per poter registrare con fermezza la prevalenza del valore persona sui dati economici, la sentenza secondo cui “Le linee guida richiamate dall’art. 3 della Legge Balduzzi, per avere rilevanza nell’accertamento delle responsabilità del medico, devono: indicare i requisiti standard diagnostico e terapeutici conformi alle regole dettate dalla migliore scienza medica a garanzia della salute del paziente e non devono essere ispirate ad esclusive logiche di economicità della gestione, sotto il contenimento delle spese, in contrasto con le esigenze di cura del paziente”[8]. Non si dimentichi di sottolineare comunque che, per come riconosciuto successivamente all’entrata in vigore della Legge da parte dello stesso relatore Gelli, si sono verificate delle difficoltà legate alla regolamentazione per il Sistema nazionale delle linee guida dovute al richiamo, inserito nel provvedimento legislativo durante il suo passaggio al Senato, al comitato tecnico scientifico previsto da una norma del decreto Sirchia del 2004 il quale, però, non è stato mai costituito.

È stata dunque prevista una modifica attraverso il **DDL Lorenzin** sulla riforma degli Ordini professionali e le sperimentazioni cliniche approvato il 25 ottobre 2017 alla Camera (art. 11) al fine di eliminare il riferimento a tale comitato e così consentire la tempestiva emanazione, da parte del Ministero della Salute, del decreto che disciplina il predetto Sistema superando tutte le lungaggini altrimenti inevitabili. Quindi si è proposto di sopprimere all’art. 5, comma 3, le parole “con la procedura di cui all’articolo 1, comma 28, secondo periodo, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, e successive modificazioni”.

L’attribuzione di un siffatto potere di controllo, sommata alla prescritta iscrizione dei soggetti emananti in un apposito albo, ed all’obbligo generalizzato di attenersi alle linee guida (pure rese sovraordinate alle buone pratiche) ha suscitato le critiche da parte della dottrina[9]: si è infatti rilevato che, seppur orientata a soddisfare le istanze di certezza manifestate dai medici nel vigore della legge Balduzzi, la disciplina rischia di condurre all’affermazione di una “**medicina di Stato**”, suscettibile di limitare il progresso scientifico a scapito degli stessi pazienti (si pensi ad esempio al caso in cui un determinato sanitario sia personalmente a conoscenza di una tecnica medica innovativa non ancora recepita dalle linee guida, che il medesimo sarà portato ad osservare ancorché contemplino una terapia meno efficace). Tale posizione non è comunque condivisa da chi scrive, perché è previsto “salve **le specificità del caso concreto**”: deve essere così ritenuta implicitamente intesa anche la tendenza a favorire (o quantomeno non voler limitare) la ricerca scientifica e la conoscenza in campo medico. Inoltre la tassatività delle linee guida istituzionali I.S.N. comporterebbe, essa sì, un pregiudizio al diritto alla salute e alla libera scelta della trattamento terapeutico di cui agli articoli 32 e 33 della Costituzione[10].

La novità più importante che si introduce si ha appunto in sede penale perché in ambito civile si sono per lo più recepiti gli orientamenti giurisprudenziali affermati in materia di responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. ed extracontrattuale ex art. 2043 c.c. e gli effetti della distinzione: si pensi in tema di onere della prova in quanto rispetto alla **responsabilità aquiliana** di cui all’art. 2043 c.c., nella quale è il soggetto danneggiato a dover provare tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito, incluso il dolo o la colpa dell’autore del danno “ingiusto”, nella responsabilità contrattuale, in ragione di una “ingiustizia” del danno in re ipsa, causato dall’inadempimento (da parte del debitore di una prestazione alla quale si era

precedentemente vincolato) sanzionato a prescindere dalla verifica della sussistenza dell'elemento psicologico del dolo o della colpa, si assiste ad una inversione dell'onere probatorio.

Nella **responsabilità contrattuale**, infatti, trova applicazione il principio della presunzione della colpa, spettando all'attore/creditore solo l'onere della prova dell'inadempimento e dell'entità del danno, mentre, di converso, al debitore spetterà, per sottrarsi all'obbligo risarcitorio, dimostrare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per cause a lui non imputabili. Si noti poi che per l'art. 1223 c.c. il risarcimento del danno dovuto all'inadempimento o al ritardo deve comprendere sia la perdita subita dal creditore (danno emergente) che il mancato guadagno (lucro cessante), in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta (nesso di causalità tra l'inadempimento e il danno).

Diversamente poi dalla responsabilità extracontrattuale in cui ad essere risarcibili sono tutti i danni, prevedibili o non prevedibili, nella responsabilità contrattuale, ove l'inadempimento o il ritardo non abbiano natura dolosa, il risarcimento è limitato al solo danno prevedibile al tempo in cui è sorta l'obbligazione[11]. Infine in tema di prescrizione dove, il risarcimento del danno da illecito extracontrattuale è soggetto alla prescrizione breve di cui all'art. 2947 c.c., mentre all'illecito contrattuale si applica l'art. 2946 c.c. che prevede il termine ordinario di decorrenza decennale, salvo i tempi più brevi previsti per specifiche tipologie di contratti. Si comprende che la differenza non è di poco conto.

La materia della responsabilità medica, tuttavia, soprattutto per il non molto lontano dibattito sulla base contrattuale o aquiliana della **responsabilità della struttura sanitaria e del medico dipendente**, nonché relativo ai criteri di imputazione della stessa e sulla distribuzione dell'onere della prova tra le parti nei giudizi di medical malpractice, si contraddistingue per essere caratterizzato da regole peculiari, tanto che autorevole dottrina ha definito la responsabilità sanitaria "un sottosistema della responsabilità civile"[12].

Dicevamo della novità penale: essa è rappresentata dalla introduzione dell'art. 590 sexies c.p. il quale prevede espressamente che "Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 - rispettivamente omicidio colposo e lesioni personali colpose - sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto".

Risponde quindi penalmente colui (operatore sanitario) che in modo involontario cagiona la lesione o la morte del soggetto sottoposto a trattamento sanitario. Come si nota subito, tale articolo non opera distinzioni generali di colpa (colpa grave/colpa lieve), come previste invece dalla L. Balduzzi e dal DDL approvato alla Camera il 28 gennaio 2016 (il quale esonerava l'esercente la professione sanitaria solo in caso di colpa grave quando, nell'esercizio della sua attività ed a causa di imperizia, cagionava la morte o la lesione personale della persona assistita). La Legge Gelli-Bianco pone quindi fine a tutti i dibattiti

inerenti alla colpa lieve lasciando sottintendere che il medico, anche in caso di colpa grave, può risultare non punibile.

La ratio del legislatore quindi è anche quella di agevolare il lavoro del giudice svincolandolo dal non sempre agevole compito di graduare la colpa nelle ipotesi delittuose commesse dagli esercenti le professioni sanitarie. Non basta dunque, perché il comportamento del sanitario sia scriminato, essersi attenuti asetticamente alle linee guida o raccomandazioni previste per quell'intervento chirurgico per andare esenti alla responsabilità, ma deve esserci una valutazione da parte del medico in ordine al fatto se effettivamente quelle linee guida siano adeguate al caso di specie[13].

Si fa riferimento quindi solo all'**imperizia** (errore tecnico da parte del sanitario che ha agito al di fuori di quello che è il livello minimo di esperienza e di cultura medica: in pratica, mancanza di preparazione). Certo inutile qui sottolineare la importanza probatoria della perizia piuttosto che della consulenza tecnica e delle linee guida, considerabili come una sorta di istruzioni d'uso in documenti medici ufficiali. Occorre sottolineare che si continua comunque ad essere responsabili per negligenza (trascuratezza, mancanza di sollecitudine ovvero di un comportamento passivo che si traduce in una omissione di determinate precauzioni, ad es. il medico che dimentica una garza o un ferro chirurgico nell'addome del paziente o non controlla la data di scadenza del farmaco usato) ed imprudenza (insufficiente ponderazione di ciò che l'individuo è in grado di fare, violazione di una regola di condotta, codificata o lasciata al giudizio del singolo, con obbligo di non realizzare una azione o di adottare, nell'eseguirla, precise cautele) ma non per imperizia nei limiti appena detti[14].

Dall'inizio si utilizzava coscientemente, e non a caso quindi, il termine "imperizia".

La legge più favorevole al reo

Ma, alla luce di quanto appena detto e tornando alla individuazione della legge più favorevole al reo, la Legge Gelli-Bianco è veramente quella più favorevole all'imputato? Molti affermano che questa abbia peggiorato la posizione dell'operatore sanitario[15] perché questo, prima, in vigenza della Legge Balduzzi, rispondeva penalmente solo per colpa grave (tutti i comportamenti fuori da questo caso escludevano la responsabilità penale ex art. 3): non si faceva una distinzione tra imperizia, negligenza e imprudenza, ma si faceva il semplice distinguo tra colpa grave (e si aveva quindi responsabilità) e colpa lieve (nessuna responsabilità penale).

Si faceva già comunque riferimento a linee guida anche per determinare la **graduazione della colpa**. Si segnala qui e per questi fini, la notizia di decisione penale della Sez. IV della Corte di Cassazione n. 3 del 20 aprile 2017 la quale recita espressamente "La legge n. 24 del 2017 ha introdotto, all'art. 5, un nuovo statuto disciplinare delle prestazioni sanitarie, governato dalle raccomandazioni espresse dalle linee guida accreditate e, in mancanza, dalle buone pratiche clinico-assistenziali. Ai sensi dell'art. 590-sexies c.p.

introdotto dall'art. 6 della medesima legge, tale nuovo quadro disciplinare è rilevante anche ai fini della valutazione della perizia del professionista con riguardo alle fattispecie di cui agli artt. 589 e 590 c.p.; e, per la sua novità, trova applicazione solo ai fatti commessi successivamente all'entrata in vigore della novella. Per i fatti anteriori può trovare ancora applicazione, ai sensi dell'art. 2 c.p., la disposizione di cui all'abrogato art. 3, comma 1, della legge n. 189 del 2012, che aveva escluso la rilevanza penale delle condotte lesive connotate da colpa lieve, nei contesti regolati da linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica”.

Riepilogando, oggi, con l'introduzione nel codice penale del un **nuovo articolo 590 sexies**, la punibilità è esclusa, senza alcun riferimento testuale al fatto che si versi in colpa grave o lieve, qualora, nell'esercizio della professione sanitaria:

1. a) l'evento si sia verificato a causa di imperizia;
2. b) siano state rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida, come definite e pubblicate ai sensi di legge, ovvero, in mancanza, le buone pratiche clinico-assistenziali (le quali, dunque, rispetto tanto alla legge Balduzzi, quanto alla versione approvata alla Camera, assumono una posizione suppletiva nei confronti delle linee guida);
3. c) le raccomandazioni contenute nelle linee guida predette risultino adeguate alle specificità del caso concreto.

È già possibile quindi delineare concettualmente i **confini applicativi** del nuovo art. 590 sexies. In particolare: i) non sono punibili condotte imperite del medico nelle quali sia stata correttamente diagnosticata la patologia, altrettanto correttamente siano state selezionate linee guida (accreditate) riferibili alla terapia per quella patologia e il caso concreto non presenti peculiarità tali da costituire un'eccezione alla regola data; ii) si è riconosciuta la responsabilità se le linee guida non erano adeguate al caso, potendo residuare, in questi termini, uno spazio di possibile rimprovero per imperizia, da commisurare all'errata valutazione delle specifiche condizioni cliniche del paziente, che avrebbero dovuto portare il medico a ritenere inadeguate le linee guida e dunque a non applicarle; iii) si è esclusa l'applicabilità della norma (e il medico sarà dunque punibile sulla base dei tradizionali canoni di accertamento della colpa, non potendo beneficiare della nuova area di non punibilità legata al rispetto delle linee guida) qualora l'evento sia riconducibile a una condotta connotata da negligenza o imprudenza. Ferma restando la incertezza dei confini tra queste forme della colpa generica[16].

Si badi quindi comunque che il medico risponderà penalmente anche per imperizia laddove applichi le linee guida e queste non erano rispondenti al caso concreto.

A questo punto sembra trovare però una prima conferma la sensazione che il legislatore abbia non solo

schiuso nuovi e non meno rilevanti problemi rispetto alla precedente disciplina, ma anche - e soprattutto - fallito lo scopo di garantire **più certezze di irresponsabilità**, arretrando rispetto alle più recenti acquisizioni della giurisprudenza di legittimità maturate con riguardo alla Legge Balduzzi, in termini di garanzia della classe medica e conseguentemente di effettiva e piena attuazione del diritto alla salute e di contrasto alla medicina difensiva (data la disciplina peggiorativa introdotta per questi).

Alla luce di quanto anche appena detto è utilissimo sottolineare poi, e per cercare di definitivamente comprendere in merito, un'altra **recentissima decisione** della Corte di piazza Cavour che, proprio in riferimento alla nuova disposizione di cui all'art. 590 sexies c.p., si è soffermata ad analizzarne l'effettiva portata, chiarendo preliminarmente che l'eventuale non punibilità del fatto è applicabile per i fatti commessi prima dell'entrata in vigore della Legge Gelli-Bianco anche ai procedimenti pendenti in terzo grado. Si legge infatti che "L'eventuale non punibilità del fatto, avendo natura sostanziale, è applicabile, invero, per i fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge 24/2017, anche ai procedimenti pendenti davanti alla Corte di cassazione e la relativa questione, in applicazione degli artt. 2, comma quarto, cod. pen. e 129 cod. proc. pen., è deducibile e rilevabile d'ufficio ex art. 609, comma secondo, cod. proc. pen. anche nel caso di ricorso inammissibile. Occorre allora cercare di comprendere quale sia la portata della riforma e quali ne siano gli effetti [...] Sono noti i dubbi interpretativi suscitati dalla nuova norma.

Ciò che è chiaro, in quanto espressamente previsto all'art. 590-sexies, comma 2, è che è stata abrogata la disciplina penale relativa alla depenalizzazione della colpa lieve della legge Balduzzi, essendo stato abrogato l'intero comma 1 dell'art. 3. Non si pone più pertanto un problema di grado della colpa, salvo casi concreti in cui la legge Balduzzi possa configurarsi come disposizione più favorevole per i reati consumatisi sotto la sua vigenza coinvolgenti profili di negligenza ed imprudenza qualificati da colpa lieve (per ultrattività del regime Balduzzi più favorevole sul punto).

Colpa lieve e colpa grave

Altrettanto chiaro è che il legislatore ha ritenuto di limitare l'innovazione alle sole situazioni astrattamente riconducibili alla imperizia, cioè al profilo di colpa che si fonda sulla violazione delle *leges artis*, che ha ritenuto non punibili neanche nell'ipotesi di **colpa grave**. In questo senso può ritenersi ulteriore elemento di certezza il superamento in senso restrittivo del dibattito apertosi in sede di legittimità sull'applicabilità della legge 189/2012 non solo nelle ipotesi di imperizia ma anche nei casi di negligenza ed imprudenza (quando le linee guida contengano regole prescrittive di particolare attenzione e cura nello svolgimento di attività considerate pericolose, investendo più la sfera dell'accuratezza, che quella dell'adeguatezza professionale della prestazione; v., in termini, Sez. 4, n. 23283 del 11/05/2016, De Negri, Rv. 266903; n. 45527 del 01/07/2015, Cerracchio, Rv. 264897; n. 47289 del 09/10/2014, Stefanetti, Rv. 260739). Sono note altresì le critiche sollevate già all'indomani della riforma, che attengono alla rilevanza delle linee guida, così come delineate dal legislatore, ed alla difficoltà di delimitare in concreto

la nozione di imperizia da quelle confinanti e, talora, in parte sovrapponibili di negligenza ed imprudenza. Occorre, inoltre, tener conto della obiezione di fondo secondo la quale in presenza di "colpa grave", sarebbe oltremodo difficile ipotizzare come sussistenti le condizioni concorrenti previste per l'impunità del sanitario, nel senso che sembrerebbe difficile conciliare il grave discostamento del sanitario dal proprium professionale con il rispetto delle buone pratiche clinico assistenziali, e, soprattutto, decisamente, che possa conciliarsi la colpa grave con un giudizio positivo di adeguatezza delle linee guida al caso concreto.

È obiezione degna di considerazione, ma alla quale si può opporre il concorrente rilievo della lettera e della finalità della legge: sotto il primo profilo, il legislatore, innovando rispetto alla legge Balduzzi, non attribuisce più alcun rilievo al grado della colpa, così che, nella **prospettiva del novum normativo**, alla colpa grave non potrebbe più attribuirsi un differente rilievo rispetto alla colpa lieve, essendo entrambe ricomprese nell'ambito di operatività della causa di non punibilità; sotto l'altro concorrente profilo, giova ribadire che con il novum normativo si è esplicitamente inteso favorire la posizione del medico, riducendo gli spazi per la sua possibile responsabilità penale, ferma restando la responsabilità civile.

La nuova legge, in sostanza, cerca di proseguire in un percorso di attenuazione del giudizio sulla colpa medica, introducendo così una causa di esclusione della punibilità per la sola imperizia la cui operatività è subordinata alla condizione che dall'esercente la professione sanitaria siano state rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge, ovvero, in mancanza di queste, le **buone pratiche clinico assistenziali** e che dette raccomandazioni risultino adeguate alla specificità del caso concreto. Tale risultato è stato perseguito dal legislatore [in tal senso la lettera della norma non ammette equivoci] costruendo una causa di non punibilità, come tale collocata al di fuori dell'area di operatività del principio di colpevolezza: la rinuncia alla pena nei confronti del medico si giustifica nell'ottica di una scelta del legislatore di non mortificare l'iniziativa del professionista con il timore di ingiuste rappresaglie mandandolo esente da punizione per una mera valutazione di opportunità politico criminale, al fine di restituire al medico una serenità operativa così da prevenire il fenomeno della cd. medicina difensiva.

In questa prospettiva l'unica ipotesi di permanente rilevanza penale della imperizia sanitaria può essere individuata nell'assestamento di linee guida che siano inadeguate alla peculiarità del caso concreto; mentre non vi sono dubbi sulla non punibilità del medico che seguendo linee guida adeguate e pertinenti pur tuttavia sia incorso in una "imperita" applicazione di queste [con l'ovvia precisazione che tale imperizia non deve essersi verificata nel momento della scelta della linea guida - giacché non potrebbe dirsi in tal caso di essersi in presenza della linea guida adeguata al caso di specie, bensì nella fase "esecutiva" dell'applicazione].

È una **scelta del legislatore** - che si presume consapevole - di prevedere in relazione alla colpa per imperizia nell'esercizio della professione sanitaria un trattamento diverso e più favorevole rispetto alla colpa per negligenza o per imprudenza. Non è questa la sede allora di occuparsi funditus di tale scelta, nell'ottica del rispetto dell'articolo 3 della Costituzione [potrebbe in vero dubitarsi della coerenza di una

scelta di non punibilità dell'imperizia grave e invece della persistente punibilità di una negligenza "lieve"], per difetto di rilevanza nel caso di specie. Ciò che qui basta ai fini della presente vicenda processuale è la ricostruzione del testo e della finalità della nuova legge e la conseguente applicabilità del novum giacché si discute di colpa per imperizia. Alla luce delle considerazioni svolte deve affermarsi il seguente principio di diritto: «Il secondo comma dell'art. 590-sexies cod. pen. articolo introdotto dalla legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco), prevede una causa di non punibilità dell'esercente la professione sanitaria operante, ricorrendo le condizioni previste dalla disposizione normativa (rispetto delle linee guida o, in mancanza, delle buone pratiche clinico-assistenziali, adeguate alla specificità del caso), nel solo caso di imperizia, indipendentemente dal grado della colpa, essendo compatibile il rispetto delle linee guida e delle buone pratiche con la condotta imperita nell'applicazione delle stesse"[17].

In concreto, con la Legge Gelli-Bianco si è tentato di attenuare il giudizio sulla colpa medica tramite l'inserimento di una causa di esclusione della punibilità per la sola imperizia e facendone dipendere l'operatività al rispetto, da parte dell'esercente la professione sanitaria, delle raccomandazioni di cui alle linee guida e pubblicate in base alla stessa Legge n. 24 o, in difetto di queste, delle buone pratiche clinico-assistenziali, in ogni caso adeguate al caso concreto. Ciò che si vuole è evitare che il sanitario operi nella persistente preoccupazione di ingiuste rivalse, sostenendo il fenomeno della c.d. medicina difensiva, e di assecondare, piuttosto, la indispensabile tranquillità operativa[18].

Responsabilità civile

Per quanto riguarda la responsabilità civile invece le novità si segnalano dall'art. 7 della Legge Gelli-Bianco. Si traccia una netta demarcazione tra la **responsabilità della struttura pubblica o privata** e della persona fisica del personale medico o paramedico che incorre nella responsabilità: mentre viene ad attrarsi nella responsabilità contrattuale la responsabilità della struttura e quindi soggetta alle norme dell'art. 1218 e ss. c.c.; 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. Questa differenza ha delle ripercussioni almeno sotto due profili: onere probatorio (più agevole provare la responsabilità contrattuale) e prescrizione (10 anni contrattuale e 5 anni extracontrattuale).

Ma qual è il **contratto** che lega il paziente con la struttura? Prima si sosteneva il contratto di opera intellettuale[19], ora invece il contratto atipico c.d. di ospitalità[20] ovvero sia quello in forza del quale la struttura sanitaria è tenuta a fornire al paziente una prestazione complessa, di assistenza sanitaria, che va dalla messa a disposizione di spazi veri e propri (il posto letto, la struttura di pronto soccorso), alla garanzia di tempestività d'azione e dunque di personale sufficiente e tecnicamente efficiente, all'utilizzo di macchinari in linea con la tecnologia che un determinato momento storico è in grado di fornire. Questo è quindi composto di una serie di prestazioni sia di natura sanitaria che altre accessorie, non ultime quelle connaturate all'aspetto "alberghiero" (ad es. alloggio nella struttura garantito nel caso di operazione). Tale impostazione è stata poi sempre confermata da giurisprudenza e dottrina[21].

Vale la pena sottolineare che in vigore della vecchia Legge si prevedeva l'ampliamento della responsabilità contrattuale anche in capo ai singoli medici o paramedici e la fonte dell'obbligazione veniva individuata attraverso l'art. 1173 c.c. secondo cui "Le obbligazioni derivano da contratto da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico".

Ovviamente, oggi, alla luce del fatto che la responsabilità della struttura sanitaria sarà di natura contrattuale mentre quella degli esercenti di natura extracontrattuale, e tenuto conto dei **vantaggi relativi all'onere probatorio**, converrà per il paziente sempre rivalersi nei confronti della struttura e con ciò acquista rilevanza l'azione di rivalsa prevista poi dalla nuova legge (anche se ammessa solo in caso di dolo o colpa grave dell'esercente: il punto verrà approfondito dopo in relazione all'art. 8 Legge Gelli-Bianco).

Si comprende bene la valorizzazione in questa riforma del principio sotteso all'**art. 1228 c.c.**, ovvero ci si basa molto sulla responsabilità della struttura che risponde anche delle condotte del suo dipendente.

Già prima della Legge Balduzzi quindi, il rapporto che si instaura(va) tra paziente e casa di cura privata (o ente ospedaliero) ha fonte in un tipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal servizio sanitario nazionale o da altro ente), insorgono a carico della casa di cura (o dell'ente), accanto a quelli di tipo lato sensu alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze.

Ne consegue che **la responsabilità della casa di cura** (o dell'ente) nei confronti del paziente ha natura contrattuale, e può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 c.c., all'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché, ai sensi dell'art. 1228 c.c., all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato comunque sussistendo un **collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale**, non rilevando in contrario al riguardo la circostanza che il sanitario risulti essere anche "di fiducia" dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto[22] - attenzione però, ciò non vale se è legato da rapporto contrattuale col paziente, nel qual caso la responsabilità della struttura è esclusa (si pensi al ginecologo libero professionista autonomo che operi nella struttura con un paziente con cui è legato da contratto). Al fine di poter invocare l'art. 1228 c.c. tuttavia era prima necessario che il medico curante operasse all'interno della struttura (anche a **prescindere da un rapporto di subordinazione**), data la palese esistenza di un collegamento funzionale tra la struttura e la prestazione del medico.

L'inquadramento sistematico è immutato anche dopo la Legge Balduzzi: la responsabilità della casa di cura (o dell'ente) può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 c.c., all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato[23].

Merita poi, in riferimento alla **posizione del sanitario** prima ed in vigore della L. Balduzzi, un accenno quella dottrina e giurisprudenza secondo cui la responsabilità contrattuale nasceva anche da contatto sociale: a partire dal 1999 la giurisprudenza ha accolto la teoria dei rapporti contrattuali di fatto nel nostro ordinamento e ha stabilito che le regole della responsabilità contrattuale si applicano anche ai rapporti che nascono da contatto sociale; in particolare, con la sentenza Cass., Sez. III, n. 589/1999, tale nozione è stata applicata al rapporto tra il medico del pronto soccorso, dipendente di un ente ospedaliero, e il paziente.

Tra il medico e il paziente, infatti, ancorché non sia stato stipulato alcun contratto, ricorre comunque un **rapporto giuridico particolare** che non può essere ricondotto all'articolo 2043 c.c. Quest'ultima norma, infatti, disciplina i casi in cui tra il soggetto danneggiante e danneggiato non esiste alcun rapporto, se non un generico dovere di *neminem laedere*; si tratta in sostanza di un rapporto tra sconosciuti, ove uno dei due ha danneggiato l'altro. Il medico e il paziente invece, ancorché il medico sia un dipendente ospedaliero, non possono essere trattati come due sconosciuti; in particolare il medico "non è un *quisque de populo*" (esattamente in questi termini si esprime la Cassazione al punto 4.2 delle motivazioni) tenuto all'obbligo di non danneggiare l'altro, al pari di qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento; al contrario, costui è obbligato in virtù di precise disposizioni di legge, nonché in virtù del contratto stipulato con l'azienda ospedaliera, a tutelare la salute del paziente e ad operare affinché avvenga la guarigione[24].

Deve inoltre considerarsi che l'**obbligazione di risarcire il danno** in caso di inadempimento contrattuale, prevista e disciplinata dall'art. 1218, non nasce solo dall'inadempimento di un contratto in senso stretto, ma anche da fonti non contrattuali: l'art. 1173 infatti è esplicito in tal senso, stabilendo che l'obbligazione possa nascere da contratto, da fatto illecito, ma anche da ogni altro atto o fatto idoneo per l'ordinamento a produrre obbligazioni. Il rapporto contrattuale di fatto è, quindi, uno dei quegli altri atti o fatti idonei per l'ordinamento a costituire fonte di un'obbligazione. Occorre tenere presente, inoltre, che si risolverebbe in un'ingiustizia sociale trattare diversamente - a livello di disciplina - il rapporto tra il medico e il paziente vincolati da un contratto, e il medico e il paziente tra i quali il contratto non intercorre per essere il primo un dipendente pubblico.

Assoggettare il rapporto privato all'articolo 1218 e quello pubblico all'articolo 2043 significherebbe **trattare in modo diverso realtà praticamente identiche**. Tale sentenza può definirsi rivoluzionaria, perché introduce profonde innovazioni alla teoria generale delle obbligazioni come era delineata in modo classico da manualistica e giurisprudenza a partire dal 1942 e: i) introduce nel nostro ordinamento la figura del **rapporto contrattuale di fatto**, fino al 1999 sconosciuta alla giurisprudenza e ignorata dalla dottrina maggioritaria; ii) rompe il confine tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale facendo passare nell'area contrattuale figure che prima erano ricondotte nell'area dell'art. 2043 c.c. Si trattava, invero, di teoria ormai entrata a far parte del "diritto vivente"[25], e consacrata, a livello giurisprudenziale, anche dopo la prima pronuncia nel 1999, in due sentenze del 2008, entrambe a Sezioni Unite[26].

Con l'entrata in vigore della L. Balduzzi, se nulla cambiava quindi per il riconoscimento della

responsabilità contrattuale in capo alla struttura, qualche problema si poneva per individuare la **natura della responsabilità in capo al medico**. Ricordiamo che l'art. 3, comma 1, L. 189/2012 prevedeva 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 giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo", così, dal dettato normativo si evinceva che la responsabilità civile non veniva esclusa anche ove venisse esclusa la responsabilità penale per colpa lieve, ed inoltre si deduceva che il giudice nel risarcire il danno doveva tenere conto del fatto che il medico si fosse attenuto alle linee guida.

La **Legge Balduzzi**, richiamando la responsabilità aquiliana, poneva un evidente problema poiché, come precedentemente detto, la responsabilità del medico, come quella dell'ente ospedaliero, per l'inadempimento della prestazione veniva ricondotta nell'alveo della responsabilità contrattuale o da contatto sociale. Appare dunque chiaro che il riferimento imposto dalla L. Balduzzi alla responsabilità di cui all'art. 2043 c.c., contenuto nell'art. 3, comma 1, induceva dubbi circa la possibilità di continuare ad applicare in modo generalizzato i criteri di accertamento della responsabilità contrattuale, facendo addirittura ritenere che il legislatore suggerisse l'adesione al modello di responsabilità civile precedente al 1999, in contrasto con quanto ormai divideva dottrina e giurisprudenza.

Si vennero così a formare **due opposti orientamenti** sul punto: secondo il primo, e maggiormente accreditato, la L. Balduzzi non effettuava una scelta sulla natura della responsabilità civile, ma era solo intenzionata a far salvo il risarcimento del danno anche in caso di esimente penale[27]; il secondo mirava invece a far ritenere che la responsabilità del medico venisse ricondotta a quella extracontrattuale, sostenendo che la ratio di tale assunto era quella di alleggerire l'onere probatorio per il medico e di far gravare sul paziente l'onere di dimostrare giudizialmente l'elemento soggettivo di imputazione della responsabilità[28]. In conclusione, l'art. 3 della L. Balduzzi, poneva evidenti problemi interpretativi, per la scarsa precisione e chiarezza del riferimento alla responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c.

Con l'introduzione della nuova **Legge Gelli-Bianco** vediamo che si instaura quindi un c.d. regime bipartito attraverso la previsione di una responsabilità contrattuale per soggetti che hanno il pieno governo del proprio rischio (strutture e liberi professionisti) in base a rapporto autenticamente contrattuale o all'accettazione del paziente in ospedale ed una responsabilità extracontrattuale per chi non ha il pieno governo del rischio (medici dipendenti o convenzionati con SSN o comunque operanti in struttura).

Quindi attenzione spostata su chi governa i fattori, anche remoti, che hanno reso possibile l'incidente, che può trovare un suo antecedente causale in disfunzioni organizzative.

I rapporti tra le due responsabilità

Ma che **rapporti** ci sono tra le due responsabilità? Sono cumulabili le due azioni nell'ambito dello stesso giudizio? Vi sono preclusioni, interferenze e percorsi probatori di ciascuna di esse? E prima ancora, è utile per il danneggiato intraprendere le due azione risarcitorie in ambito civile?

Prima di rispondere a queste domande però dobbiamo prestare attenzione a quanto anche sostenuto da molti secondo i quali con questa riforma nulla è cambiato e che quindi il medico (strutturato) risponderebbe (ancora, come prima) per responsabilità contrattuale alla luce della previsione dell'**art. 7 Legge Gelli-Bianco** secondo cui "L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'art. 2043 c.c., salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente": quest'ultimo inciso comporterebbe (secondo questi) che il giudice possa rilevare che in realtà ci sia stato un contatto sociale; secondo altri (tesi maggioritaria e più da condividere) no, in quanto ci si riferisce a quel caso specifico in cui il medico si riporta alla struttura (si veda il ginecologo dell'esempio che si faceva prima); inoltre, condividendo la prima tesi, ci si schiererebbe contro la finalità della legge (sgravio responsabilità in capo al medico) e si consideri ulteriormente che sarebbe troppo facile dire che c'è un contatto sociale: si veda la sentenza della Corte di Cassazione n. 19670/2016 dalla quale può ricavarsi che, ad esempio, in tema di attività medico-chirurgica, anche il "contatto sociale" meramente fortuito ed informale, intercorso tra medico e paziente, è idoneo a far scattare i presidi della responsabilità contrattuale.

In applicazione di tale principio, la S.C. ha qualificato in termini di "contratto" il rapporto instaurato a seguito del comportamento di un medico di base che, nel corso di un incontro occasionale con un suo assistito in procinto di partire per il Kenia, gli aveva suggerito una profilassi antimalarica, poi rivelatasi inefficace, sebbene Essa abbia, per il resto, confermato la sentenza impugnata della Corte d'Appello di Reggio Calabria, che aveva escluso la responsabilità del sanitario per la morte dell'assistito causata dalla malaria, in considerazione della aderenza della profilassi consigliata ai principi della buona pratica medica.

Dunque, si possono fare valere entrambe le responsabilità contrattuale ed extracontrattuale? Sì, ma per ciò che concerne la responsabilità contrattuale della struttura, il regime è immutato: il paziente ha il solo l'onere di dedurre qualificate inadempienze, in tesi idonee a porsi come **causa o concausa del danno**; il debitore convenuto di dimostrare o che nessun rimprovero possa essergli mosso, o che un suo inesatto adempimento non ha avuto alcuna incidenza causale[29]. Ma la prova del nesso causale è comunque necessaria in entrambe le tipologie[30] tenendo conto che in ambito contrattuale può essere presuntivo: è sufficiente che le cure "si inseriscano nella serie causale"[31].

A tale riguardo è utile, se non altro per la estrema attualità, evidenziare la recente sentenza degli Ermellini n. 24073 del 13 ottobre 2017 tramite la quale si ribadisce "**il principio di diritto** secondo cui in

tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo invece a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato, ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante (cfr. Corte cass. Sez. U, Sentenza n. 577 del 11/01/2008; id. Sez. 3, Sentenza n. 27855 del 12/12/2013)".

Salvo posizioni minoritarie[32], la scelta delle **Sezioni Unite** operata con la sentenza n. 577/2008 appena richiamata, ha ricevuto ampia critica da parte della dottrina, che ha sia sottolineato come la presunzione in punto di nesso causale non permetta di distinguere il piano della colpa da quello effettivamente eziologico[33], sia ha ritenuto tale soluzione non conforme al principio di vicinanza della prova[34], poiché capace di rappresentare una responsabilità a carattere oggettivo per il singolo professionista e per la struttura sanitaria[35].

Appare molto appropriato poi qui riportare una massima, per fare un confronto con quanto riportato sempre recentemente dalla Cassazione e quanto oggi invece si andrà ad applicare: in caso di prestazione professionale medico-chirurgica di "routine", spetta al professionista superare la presunzione che le complicanze siano state determinate dalla sua responsabilità, dimostrando che siano state, invece, prodotte da un evento impreveduto ed imprevedibile secondo la diligenza qualificata in base alle conoscenze tecnico-scientifiche del momento[36]: perché questa massima non potrebbe più applicarsi oggi nei confronti dei medici (per le strutture sì)? Perché c'era il contatto sociale (e di conseguenza il medico, rispondendo per responsabilità contrattuale, si scontrava con una responsabilità presunta).

La responsabilità extracontrattuale del sanitario

Andiamo ora a vedere la responsabilità del sanitario ex art. 2043 c.c. (**art. 7, comma 3**); a chi ed in quali casi "risponde":

- nei confronti della struttura e dell'impresa assicuratrice di questa, a titolo di rivalsa, solo per dolo e colpa grave (e si tenga conto che è stato inserito il limite del triplo dello stipendio conseguito nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo ex 9, comma 6);
- in via amministrativa, per danno erariale, solo per dolo o colpa grave e se c'è "deminutio patrimoniale" (con lo stesso limite quantitativo di cui al punto precedente e, ai fini della quantificazione del danno, si tiene inoltre conto delle situazioni di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa, della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica, in cui il sanitario ha operato ex 9, comma 5);

- e nei confronti del paziente/danneggiato? In quali casi?

Fino ad ora abbiamo visto il punto di vista del paziente. Ci rendiamo conto che vi è un diverso **rischio di esposizione risarcitoria del medico**: se il paziente agisce solo contro la struttura e la sua assicurazione rileva esclusivamente la colpa grave e limiti risarcitori in sede di rivalsa; se il paziente agisce anche contro il medico questo risponde anche per colpa lieve e assenza di limiti risarcitori (si veda l'art. 7 comma 3 in combinato disposto all'art. 2043 c.c.), però c'è l'obbligo assicurativo di cui al primo comma dell'art. 10 per la struttura in relazione alla responsabilità ex art. 2043 del medico dipendente: quest'ultimo punto non è semplice da individuare per via del fatto che la legge (come troppo spesso ormai avviene) è scritta male: all'ultimo periodo troviamo infatti che "Le strutture di cui al primo periodo - sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private - stipulano, altresì, polizze assicurative o adottano altre analoghe misure per la copertura della responsabilità civile verso terzi degli esercenti le professioni sanitarie anche ai sensi e per gli effetti delle disposizioni di cui al comma 3 dell'articolo 7 - responsabilità ex art. 2043 del sanitario -, fermo restando quanto previsto dall'articolo 9 - azione di rivalsa -".

Dunque **la posizione delle strutture** si presenta oggi pesante, quella del medico si è alleggerita e non poco (perché risponde per dolo o colpa grave verso la struttura e l'assicurazione con il limite quantitativo; in via amministrativa stessa cosa ed oltre come detto al secondo punto di cui sopra; verso il paziente senza limiti, ma è comunque assicurato dalla struttura): rischio impresa; deve assicurare i suoi dipendenti per "fatti loro" e deve assicurare se stessa (art. 10, comma 1); e può rivalersi ma solo per colpa grave o dolo e fino al triplo [...]. Ciò vale anche se si tiene poi conto che, in virtù del terzo comma dell'art. 10, il sanitario ha l'obbligo di stipulare un'adeguata polizza assicurativa per la responsabilità civile per colpa grave, con oneri a proprio carico, per garantire efficacia sia all'azione di rivalsa che all'azione di responsabilità amministrativa di cui all'art. 9, sia all'azione di rivalsa da parte dell'impresa assicurativa prevista dall'art. 12. Hanno obbligo di assicurazione, per via del secondo comma dell'art. 10, anche i professionisti sanitari che svolgono la loro attività al di fuori delle strutture sanitarie per l'adempimento della propria obbligazione assunta con il paziente ai sensi dell'art. 7, comma 3, L. Gelli: ma è il caso di precisare che questo obbligo di assicurazione per i liberi professionisti sanitari non è ancora operante in quanto non è stato ancora emanato il regolamento governativo riguardante procedure e requisiti minimi dei contratti assicurativi in oggetto previsto dall'art. 3, L. n. 189/2012[37].

Potrebbe interessarti anche La pronuncia delle Sezioni Unite

Gli obblighi assicurativi delle strutture

Circa gli obblighi assicurativi per le strutture e per gli esercenti, gli artt. 10 e 11 sono anche dedicati alla disciplina del contenuto della copertura assicurativa e alla estensione della stessa secondo lo schema delle clausole claims made con la quale i contraenti, nell'ambito della loro autonomia contrattuale, pattuiscono una nozione di fatto diversa da quella espressamente chiarita dall'art. 1917, comma 1, c.c., riferendosi,

non già semplicemente al fatto causativo di responsabilità verso terzi, bensì al momento della richiesta di risarcimento avanzata dal terzo danneggiato nei confronti dell'assicurato[38]: con la **clausola claims made** (letteralmente "a richiesta fatta"), assicuratore e assicurato pervengono ad una definizione convenzionale della nozione di sinistro rilevante ai fini dell'art. 1917, comma 1, c.c. che è fatta coincidere con la richiesta di risarcimento del danno avanzata dal terzo e non più, dunque, col comportamento del danneggiante-assicurato generativo della responsabilità.

Con l'applicazione di una simile opzione, il rischio assunto dall'assicuratore risulta più circoscritto nel tempo, con conseguente vantaggio sotto il profilo dei costi di polizza. Per converso, però, occorre segnalare che polizze strutturate sulle claims made nascondono pericolose insidie per l'assicurato, in quanto egli rischia di vedersi recapitare la richiesta di risarcimento in un'epoca in cui non gode più della copertura assicurativa. Ad ogni modo, oggi, la fattispecie ha trovato così precisa consacrazione con la previsione di un periodo di efficacia per **eventi accaduti nei dieci anni antecedenti** e sulla base di un periodo **minimo di ultrattività** di ulteriori dieci anni, ed estensione del beneficio anche agli eredi.

Tornando più da vicino alla responsabilità sanitaria, quindi, se il paziente agisce sia contro la struttura che contro il sanitario potremmo avere comunque, in virtù del regime del **doppio binario di responsabilità** (contrattuale a carico delle strutture pubbliche o private e dei medici liberi professionisti; extracontrattuale per l'esercente la professione sanitaria nell'ambito di una struttura sanitaria, purché non abbia agito nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale assunta con il paziente) e soprattutto per effetto del diverso regime probatorio nei due giudizi, due esiti processuali: accoglimento della domanda contro la struttura ospedaliera e rigetto di quella nei confronti del sanitario.

Ciò perché se il paziente agisce in giudizio nei confronti del solo medico col quale è venuto in contatto tramite la struttura sanitaria, senza allegare la conclusione di un contratto col convenuto, la responsabilità del medico va affermata solo in presenza degli elementi costitutivi dell'illecito di cui all'art. 2043 c.c. che l'attore ha l'onere di provare. Se, viceversa, nel caso suddetto si conviene in giudizio oltre al medico anche la struttura sanitaria presso la quale lo stesso ha operato, la disciplina della responsabilità andrà distinta con conseguente atteggiarsi dell'onere probatorio e del termine di prescrizione.

Inoltre non si può trascurare che, essendo il **fatto dannoso unico**, qualora entrambe le domande risultino fondate all'esito del giudizio, le parti saranno tenute in solido al risarcimento del danno ex art. 2055 c.c. Si segnala qui inoltre che, nonostante i plausibili sforzi legislativi, questo sistema del doppio binario potrebbe paventare profili di dubbia costituzionalità, con riguardo all'art. 3 cost.: il medico libero professionista e il medico dipendente della struttura sanitaria che non hanno agito nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale per il paziente, hanno un trattamento completamente diverso.

Di tutto ciò però, nella pratica, riscontriamo una minima **distinzione in concreto** delle due forme di responsabilità, perché: i) la prescrizione è raramente fatta valere nelle cause per malasanità (chi agisce dopo 5 anni?); ii) il diverso regime probatorio tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale rileva raramente poiché spesso tutto si risolve con la CTU (obbligatoria). E si veda inoltre il disposto dell'art. 13

(approfondito a breve).

Il quantum risarcitorio

Circa il quantum risarcitorio, l' art. 7, comma 4, prevede che il danno conseguente all'attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell' esercente la professione sanitaria è risarcito sulla base delle **tabelle** di cui agli artt. 138[39] e 139 del Codice delle Assicurazioni private. Tra le scelte già oggetto della Legge Balduzzi e riproposte dalla Legge Gelli vi è quindi il richiamo alle tabelle per il risarcimento del danno, di cui agli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni private di cui al D. Lgs. 209/2005, di matrice ministeriale che, dunque, si applicano anche per la liquidazione del danno derivante da responsabilità sanitaria.

Tale opzione normativa, da sempre oggetto di aspre critiche giacché ripropone parametri liquidatori più bassi rispetto a quelli comunemente utilizzati per il risarcimento del danno in altri settori, allo stato continua ad avere una rilevanza pratica trascurabile poiché risultano operanti solo le tabelle ministeriali per la liquidazione del **danno da micropermanenze**, ai sensi dell'art. 139 del Cod. Ass. Sicché, nei casi di percentuali di invalidità superiore al 9%, possono essere adottati gli ordinari criteri tabellari in uso per la liquidazione del danno alla salute e, nei **casi di macrolesioni** disciplinate dall'art. 138 Cod. Ass., in relazione al quale non risulta attualmente emanata la tabella unica nazionale, deve concludersi per l'utilizzabilità delle tabelle di liquidazione del danno biologico adottate dal Tribunale di Milano o dai vari Tribunali.

Al riguardo possono essere richiamati i **principi** affermati con la nota sentenza n. 12408 del 2011 con cui la Cassazione (Sez. III), al fine di fornire ai giudici di merito l'indicazione di un unico valore medio di riferimento da porre a base del risarcimento del danno alla persona (c.d. uniformità pecuniaria di base), fermo restando il potere equitativo del giudice per adattare la misura del risarcimento alle circostanze del caso concreto, ha affermato la generale applicabilità delle tabelle milanesi quale valido criterio per la liquidazione equitativa del danno non patrimoniale, riconoscendone una vocazione nazionale e ferma la possibilità, in attesa dell'approvazione della tabella ministeriale, per i Tribunali, di adottare i comuni criteri risarcitori.

Più precisamente si prevede nella sentenza n. 12408/2011 detta che "Poiché l'equità va intesa anche come parità di trattamento, la liquidazione del danno non patrimoniale alla persona da lesione dell'integrità psico-fisica presuppone l'adozione da parte di tutti i giudici di merito di parametri di valutazione uniformi che, in difetto di visioni normative (come l'art. 139 del codice delle assicurazioni private, per le lesioni di lieve entità conseguenti alla sola circolazione dei veicoli a motore e dei natanti), vanno individuati in quelli tabellari elaborati presso il tribunale di Milano, da modularsi a seconda delle circostanze del caso concreto".

Per effetto di detto pronunciamento della S.C., abbiamo quindi avuto un **sistema duale**: per le lesioni micropermanenti (da 1 a 9 punti di invalidità) e per il solo risarcimento da sinistro stradale, vi sono le tabelle cui all'art. 139 del Codice Assicurazioni; per il resto, ovvero per le macropermanenti (da 10 a 100 punti di invalidità) e per le micropermanenti per causali diverse da sinistri stradali, erano applicabili le tabelle c.d. milanesi. Con la legge 189/12, i criteri previsti dal Codice delle Assicurazioni e limitati al danno derivante dalla circolazione dei veicoli a motore venivano estesi anche al danno causato dalla responsabilità medica del personale sanitario.

L'art. 3, comma 3, della menzionata legge recita infatti che "il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, eventualmente integrate con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti all'attività di cui al presente articolo". **De jure condito**, ossia alla luce delle norme oggi vigenti, può quindi dirsi quanto appresso:

1. per quanto concerne il danno biologico da danni micropermanenti (1/9 punti di invalidità) scaturente da sinistri stradali o errori medici, si applicano le tabelle cui all'art. 139 Cod. Ass.;
2. per tutti gli altri tipi di danno biologico - tutte le macropermanenti; nonché le micropermanenti causate da fatto dannoso diverso da un sinistro stradale e da un errore medico - valgono ad oggi le tabelle c.d. milanesi, per giurisprudenza considerate come un valido parametro di riferimento.

È palese che le tabelle milanesi saranno applicate solo fino a quando non sarà pubblicata la tabella unica nazionale già prevista dall'art. 138 Cod. Ass. Per completezza ed aggiornamento è utile rilevare qui che il 21 Marzo 2017 è stato approvato alla Camera dei Deputati il Disegno di Legge 1063-A, denominato "Modifiche alle disposizioni per l'attuazione del codice civile in materia di determinazione e risarcimento del danno non patrimoniale" (al 4 ottobre 2017 risulta "in stato di relazione" in Senato).

In sostanza, stante che gli allegati A e B altro non sono che la riproduzione delle tabelle del Tribunale di Milano, oggi applicate solo a seguito dell'intervento giurisprudenziale, ben può dirsi che, grazie al detto Disegno di Legge, se approvato, dette tabelle diventeranno legge[40]. Ciò non solo per sinistri stradali o per casi di malasanità, ma per tutti i tipi di danno non patrimoniale. Salva la perdurante applicazione della tabella cui all'art. 139 per le sole micropermanenti da sinistri stradali e da errore sanitario. I vantaggi sono enormi. Sia in termini di certezza del diritto, sia in punto alla parità di trattamento - in questo limbo nel quale ognuno liberamente emette(va) la sua prognosi. Vantaggi che si traducono anche nella più agevole transazione, o comunque nella più agevole decisione della causa.

Ma il **quantum** dipende anche dal **rapporto tra il danno e la condotta del sanitario** in quanto l'art. 7, comma 3, Legge Gelli-Bianco prevede ora che per la determinazione (dell'ammontare) del risarcimento

del danno si tenga conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria, in relazione: alla sua conformità alle linee guida e buone pratiche assistenziali (art. 5); sempre che risultino adeguate al caso concreto (art. 6). Ma qual è il significato di tale norma?

Si tratta di una limitazione riferita soltanto all'entità risarcitoria prevista come a carico del sanitario? Dunque nella quantificazione del danno si deve tenere conto del **grado della colpa**: questa norma è molto particolare, basti ricordare gli artt. 1223 e 1227 c.c. (norme cardine della liquidazione del danno) che richiedono di tenere conto del comportamento del danneggiato, e non del danneggiante: il danno non lo posso ridurre solo perché il medico è "un po' meno in colpa"; è giusto dunque ridurre il danno quando quel danno sia comunque cagionato? Sarebbe anche una rivoluzione culturale in ambito civile; forse questo discorso può valere di più in ambito penale: infatti si ricordi che "Quanto più la vicenda risulti problematica, oscura, equivoca o segnata dall'impellenza, tanto maggiore dovrà essere la propensione a considerare lieve l'addebito nei confronti del terapeuta che, pur essendosi uniformato ad una accreditata direttiva, non sia stato in grado di produrre un trattamento adeguato e abbia determinato la negativa evoluzione della patologia"[41].

È comunque da escludersi che la norma si riferisca alla commisurazione del danno risarcibile dalla struttura sanitaria, responsabile contrattualmente, perché il quarto comma dell'art. 7 rinvia per la determinazione del danno, nei termini detti prima, alle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 del T.U. Assicurazioni (D. Lgs. 209/05), quali parametri oggettivi (commisurati come è noto all'entità delle lesioni e dall'età del danneggiato) e criteri risarcitori che, anche ai sensi dell'art. 1223 c.c., prescindono completamente da profili soggettivi e dal grado della colpa.

In sede di **rivalsa** acquista poi una rilevanza non di poco conto l'art. 13 Legge Gelli-Bianco, il quale prevede espressamente che "Le strutture sanitarie e sociosanitarie di cui all'articolo 7, comma 1, e le imprese di assicurazione che prestano la copertura assicurativa nei confronti dei soggetti di cui all'articolo 10, commi 1 e 2, comunicano all'esercente la professione sanitaria l'instaurazione del giudizio promosso nei loro confronti dal danneggiato, entro dieci giorni - sessanta con la modifica al testo legislativo di cui al DDL Lorenzin sulla riforma degli Ordini professionali e le sperimentazioni cliniche[42] - dalla ricezione della notifica dell'atto introduttivo, mediante posta elettronica certificata o lettera raccomandata con avviso di ricevimento contenente copia dell'atto introduttivo del giudizio. Le strutture sanitarie e sociosanitarie e le imprese di assicurazione entro dieci - sessanta anche qui - giorni comunicano all'esercente la professione sanitaria, mediante posta elettronica certificata o lettera raccomandata con avviso di ricevimento, l'avvio di trattative stragiudiziali con il danneggiato, con invito a prendervi parte.

L'omissione, la tardività o l'incompletezza delle comunicazioni di cui al presente comma preclude l'ammissibilità delle azioni di rivalsa o di responsabilità amministrativa di cui all'articolo 9", ciò perché il medico potrebbe decidere di intervenire nel processo ma senza dimenticare a tal riguardo la regola del litisconsorzio necessario[43] previsto dall'art. 12, comma 4, della stessa legge, soprattutto agli effetti del principio di cui all'art. 2909 c.c. in base al quale "L'accertamento contenuto nella sentenza passata in

giudicato, fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa". Ma come è possibile **conoscere qual è la compagnia assicurativa della struttura?** Hanno obbligo di pubblicazione di questo dato; e come faccio a sapere la compagnia di assicurazione dell' esercente? Obbligo non espressamente previsto ma se non si considerasse obbligato a comunicarlo è chiaro che verrebbe svuotato il senso della norma.

L'azione diretta del danneggiato

Assume poi peculiare novità l'introduzione dell'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'impresa di assicurazione, garante sia della struttura sanitaria sia del medico, contenuta nell'art. 12, con previsione di un termine di prescrizione pari a quello dell'azione verso la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata o l'esercente la professione sanitaria. Il **coinvolgimento diretto dell'impresa di assicurazione** ad opera del terzo costituisce nell'ordinamento un'eccezione, rispetto allo schema dell'assicurazione per la responsabilità civile, presente da anni nell'ambito della responsabilità nascente da circolazione stradale e, al pari di tale disciplina, mira a preconstituire un modulo risarcitorio rafforzato per il danneggiato consentendo l'instaurarsi di una relazione, stragiudiziale e giudiziale privilegiata anche per la gestione della lite, nell'obiettivo di consentire una definizione anche più rapida del contenzioso.

L'assunto è confermato dal coinvolgimento della stessa impresa anche nel procedimento di consulenza preventiva, ove la società non solo è chiamata ad **intervenire in via obbligatoria**, ma è anche tenuta, al pari della materia della circolazione stradale, a formulare offerta di risarcimento del danno ovvero a comunicare i motivi di eventuale diniego (art. 8, comma 4). Anche in questo caso nei giudizi promossi nei confronti della struttura sanitaria e/o dell'esercente la professione sanitaria è previsto il litisconsorzio necessario con la medesima struttura e/o con il medico (art. 12, comma 4).

Prima di instaurare un giudizio in materia sanitaria è necessario (è quindi condizione di procedibilità, non di proponibilità)[44], per ridurre il fenomeno della medicina difensiva ed il contenzioso, espletare un **tentativo di conciliazione** (si veda l'art. 8, Legge Gelli-Bianco), è fatta comunque salva la possibilità di esperire il procedimento di mediazione[45] (non della negoziazione). È curioso segnalare che l'alternativa della mediazione è stata inserita alla fine del processo legislativo di riforma.

Si potrebbe credere che il legislatore ha inserito la previsione della mediazione a seguito di pressioni da parte degli organismi di mediazione; o, volendo dargli credito, sostenere che questo istituto sia più utile anche in altri casi che non richiedono l'espletamento di un ATP con intervento del consulente tecnico (vedi i casi di consenso informato). Questo tentativo di conciliazione avviene dunque tramite uno strumento già previsto dall'art. 696 bis c.p.c. (ma questo potrebbe portare ad ammettere tanti ricorsi ex art. 696 bis che molti giudici ritengono invece inammissibili: ci si chiede quindi quale effetto deflattivo si ha nella pratica, anche se pare ormai giurisprudenza consolidata che il rigetto in rito per improcedibilità dovrebbe sopraggiungere nel solo caso in cui non sia mai stato depositato il ricorso ex art. 696 bis c.p.c.[46]).

Una parte della norma è fondamentale: quella che parla del **momento che chiude il giudizio**. È importante sottolineare infatti che è prevista l'obbligatorietà per le parti di partecipare al procedimento di

consulenza tecnica preventiva (primo periodo comma 4) e che assume rilievo l'ultima parte della norma perché ci dice anche come sta orientandosi il legislatore negli ultimi anni: si fa riferimento alla parte che prevede che "In caso di mancata partecipazione, il giudice, con il provvedimento che definisce il giudizio, condanna le parti che non hanno partecipato - al procedimento di ATP - al pagamento delle spese di consulenza e di lite, indipendentemente dall'esito del giudizio, oltre che ad una pena pecuniaria, determinata equitativamente, in favore della parte che è comparsa alla conciliazione": è palese che l'obiettivo è quello di indirizzare tutti ad andare all'ATP.

Si badi poi che, non solo è necessario andare, non solo si deve andare personalmente ma si deve tentare la conciliazione. Ovviamente queste norme speciali per l'ATP non sono applicabili analogicamente per la mediazione e quindi le condanne per mancata presentazione alla ATP non si estendono alla mediazione (in riferimento all'ATP siamo in presenza di una norma eccezionale).

Il giudice competente

È necessario poi prestare attenzione alla competenza in quanto, rispetto alla procedura ordinaria, qualcosa cambia: ad esempio l'art. 696 c.p.c. sancisce che provvede il presidente del tribunale, qui invece il giudice competente nel merito al comma 1; poi il comma 3 sostiene che il ricorso di cui all'art. 702 bis (procedimento sommario) va depositato dinanzi allo stesso giudice del 696 bis; il comma 2 dice che se il giudice del merito rileva che non c'è stata **ATP**, lo stesso dà un termine di quindici giorni per depositare il ricorso dinanzi a sé. Se si uniscono questi tre passaggi ne deriva che, come dicevamo, non è competenza del presidente del tribunale ma del giudice della causa del merito: si vuole quindi che il giudice che detta i quesiti (al consulente), sia lo stesso che poi decide la causa; si consideri che alla fine queste cause si decidono con la consulenza, soprattutto per capire se c'è la responsabilità.

Si badi bene che il **procedimento sommario** di cognizione è esperibile in tutte le controversie in cui il Tribunale giudica in composizione monocratica. La controversia deve dunque rientrare nella competenza, per valore o per materia del Tribunale, per quanto disposto dall'art. 702 bis c.p.c. Si capisce, quindi, l'esigenza di chiarire in modo più preciso se la disciplina di cui al comma 3 dell'art. 8 riguardi anche le controversie che per valore siano di competenza del giudice di pace.

Mediazione e ATP

Vediamo ora i vantaggi della mediazione e dell'ATP oltre ai casi che si potrebbero verificare in ipotesi di ricorso. Nel caso di mediazione è libera la facoltà di iniziare con ricorso ex art. 702 bis o con citazione, e soprattutto non si hanno termini (salvo quelli di prescrizione). I vantaggi dell'ATP invece riguardano ad esempio l'obbligo dell'assicurazione a formulare una offerta o motivare perché non la fa, altrimenti il giudice invia segnalazione all'ente di vigilanza, la condanna alle spese di consulenza, di lite (si veda l' art. 8, comma 4).

Si prendano ora anche **quattro casi verificabili**: i) prima ATP e poi ricorso 702 bis: questo è il caso previsto dalla norma; ii) ricorso 702 bis senza previo ATP: è la parte che inizia sommario di cognizione senza aver chiesto l'ATP, qui il giudice darà il termine per depositare entro quindici giorni istanza per l'ATP; iii) citazione senza previo ATP: qui il giudice deve dare il termine per richiedere un ATP o una mediazione (a scelta della parte), ma il giudice deve mutare il rito ex 183 bis? È una sua facoltà: se è tutto semplice e si risolve nell'ATP potrebbe anche farlo, ma normalmente continuerà con rito ordinario; iv) mediazione: qui, ultimato il procedimento di mediazione, la parte può decidere se introdurre il giudizio con rito ordinario o 702 bis.

Ricapitolando ed approfondendo questi quattro casi, dunque: i) se viene prima instaurato, come sarebbe auspicabile, il procedimento per ATP, il giudizio di merito non verrà mai incardinato se il CTU riuscirà a far accordare le parti. In caso contrario, il ricorso ex art. 702 bis c.p.c. andrà depositato, affinché la domanda sia procedibile, entro 90 giorni dal deposito della consulenza o dalla scadenza del termine di sei mesi dal deposito del ricorso per l'ATP. ii) Se, invece, viene presentato prima il ricorso ex art. 702 bis c.p.c. senza che vi sia stato ancora l'ATP conciliativo, allora il giudice, rilevata la momentanea improcedibilità della domanda, assegnerà alle parti termine di quindici giorni per presentare davanti a lui l'istanza di ATP.

Qualora, inoltre, l'ATP sia stato già avviato ma non concluso al momento della prima udienza del rito sommario di cognizione, il giudice darà un termine alle parti per completare il procedimento di ATP. Se tale ultimo procedimento è già in corso da quasi sei mesi, è da ritenere che il termine assegnato dal giudice possa anche comportare una durata complessiva del procedimento superiore al detto termine di sei mesi (pure qualificato dal legislatore come perentorio) e ciò perché la domanda è già procedibile in quanto l'ATP è stato instaurato e il giudizio di merito è già stato incardinato. iii) Si potrebbe porre qualche problema nel caso in cui il processo venga introdotto con citazione senza previo ATP. In questo caso il giudice non può certo assegnare un termine per espletare la mediazione (che costituisce solo una facoltà per la parte in alternativa all'ATP), ma deve assegnare il detto termine di quindici giorni per proporre davanti a lui istanza di ATP (così afferma chiaramente l'art. 8, comma 2, della legge 24/17).

Ci si deve comunque chiedere se il giudizio possa poi continuare nelle forme del **rito ordinario** o vada convertito in un sommario di cognizione. Sembra preferibile ritenere che, non essendo imposta dalla norma la conversione in questione (non essendosi probabilmente il legislatore posto questo problema), spetterà al giudice valutare l'opportunità di mutare il rito ex art. 183 bis c.p.c. iv) Ed altri problemi potrebbero porsi nel caso in cui l'attore preferisca optare per la mediazione al fine di munire di procedibilità la propria domanda. In questo caso, ultimato negativamente il procedimento di mediazione, si applicherà il termine di 90 giorni per il deposito del ricorso ex art. 702 bis c.p.c. previsto dal comma 3 dell'art. 8 per ritenere procedibile la domanda? Tale ultimo comma era calibrato sull'ATP. Quando è stato introdotto, nell'ultima versione parlamentare dell'impianto normativo, il riferimento all'alternativa della mediazione non si è ben amalgamato tale ultima previsione con le disposizioni già contenute nel tessuto legislativo.

Comunque, proprio perché tale comma non si adatta in alcun modo alla mediazione (esso fa infatti riferimento al deposito della relazione del tecnico, alla scadenza del termine perentorio per l'ATP, all'introduzione del sommario di cognizione davanti allo stesso giudice dell'ATP), pare preferibile ritenere che in caso di mediazione in materia di responsabilità medica il successivo giudizio di merito possa essere introdotto con citazione (secondo quanto consente il D. Lgs. 28/2010) o con sommario di cognizione (a scelta dell'attore) e senza che viga il citato limite dei 90 giorni, che peraltro non si saprebbe da quando fare decorrere (senza neppure considerare che questo termine è poco compatibile con la minore durata massima del procedimento di mediazione, che è, per il D. Lgs. 28/2010, di tre mesi).

Ovviamente, sempre ai fini della scelta dell'istituto "migliore" tra ATP e mediazione, l'intervento di un **consulente** (esperto) è da vedere con favore; la mediazione è poco efficace, soprattutto se si considera appunto se ci si deve mettere d'accordo senza che ci sia nessuno a "fissare un prezzo". Ancora, la mediazione presenta, come ulteriore vantaggio rispetto alla procedura ex art. 696 bis c.p.c., la possibilità di effettuare "sessioni separate" in cui non è rispettato il principio del contraddittorio, al quale invece è tenuto il CTU quale ausiliario del giudice.

Durante tali sessioni il mediatore, eventualmente insieme all'eventuale tecnico, può venire a conoscenza di informazioni molto utili e non comunicabili alla parte assente, che si rivelano spesso indispensabili per formulare una proposta che possa essere accettata. E non è insolito che, una volta definito un terreno comune, le **proposte alternative date dalle parti** siano sovrapponibili. Inoltre, premesso che il nuovo articolato sulla responsabilità sanitaria ha previsto che dopo l'espletamento dell'ATP le cause di merito debbano essere introdotte con il rito sommario di cognizione, si potrebbe sensatamente ritenere che, instaurando ai fini della procedibilità della domanda il procedimento di mediazione, allora non vi sia più l'obbligo di introduzione della lite ai sensi dell'art. 702 bis c.p.c. (ben potendo optare l'attore per il rito ordinario di cognizione).

Ed effettivamente, il legislatore ha previsto il ricorso al rito sommario di cognizione dopo l'ATP in quanto l'atto istruttorio fondamentale è stato già effettuato. E che il necessario impiego della procedura di cui agli artt. 702 bis ss. c.p.c. sia da limitare al solo caso dell'ATP (e non della mediazione) lo si ricava pure dal fatto che l'art. 8, comma 3, del nuovo testo normativo prevede che il ricorso ex art. 702 bis c.p.c. vada depositato entro il termine di 90 giorni dal deposito della relazione medica o dalla scadenza del termine perentorio di 6 mesi per l'ultimazione dell'ATP (e ciò a pena di perdita di efficacia della domanda). Dunque, nell'ipotesi in cui la condizione di procedibilità sia soddisfatta attraverso il ricorso alla mediazione il paziente-attore potrebbe conservare, in un'ottica di strategia difensiva, la possibilità di fare uso di due riti a scelta: il rito sommario di cognizione ovvero quello ordinario.

Ma quanto appena sopra evidenziato non sembra però bastare al fine di far pensare che verrà **preferito lo strumento della mediazione rispetto a quello dell'ATP** (fatta eccezione per i casi in cui non occorre alcuna verifica scientifica, come ad esempio per le controversie relative al solo consenso informato). È da ritenere dunque, almeno a parere di chi scrive, che, dinanzi alla scelta se esperire la mediazione ovvero l'ATP, si tenderà a preferire quest'ultimo, almeno per due ordini di ragioni in quanto la

mediazione in materia di responsabilità medica non ha portato grandi risultati senza un accertamento di natura tecnica, ma anche alla luce di due previsioni contenute nel nuovo testo normativo: **i)** l'obbligatorietà della partecipazione all'ATP per tutte le parti, comprese le imprese di assicurazione, che hanno (tutte) pure l'obbligo di formulare l'offerta di risarcimento del danno ovvero di comunicare i motivi per cui ritengono di non formularla, con l'ulteriore anticipazione che, in caso di sentenza a favore del danneggiato, il giudice deve trasmettere copia della sentenza all'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS) per gli adempimenti di propria competenza nei casi in cui l'impresa di assicurazione non abbia espresso l'offerta di risarcimento nell'ambito dell'ATP; **ii)** la necessaria condanna, in seno al provvedimento che definisce il giudizio, delle parti che non abbiano partecipato all'ATP al pagamento delle spese di consulenza e di lite, indipendentemente dall'esito del giudizio, oltre che ad una pena pecuniaria, determinata equitativamente, in favore della parte che è comparsa.

Questa seconda previsione, ovviamente finalizzata a tentare di agevolare il buon esito della conciliazione tramite la sollecitazione della comparizione delle parti, va ben oltre l'attuale disciplina (contenuta nel D. Lgs. 28/2010, art. 4 bis) della condanna al semplice pagamento a favore del bilancio dello Stato di una somma pari al contributo unificato per la parte che non compare, peraltro senza giustificato motivo, al procedimento di mediazione. L'attore, quindi, probabilmente preferirà l'ATP in quanto sa che anche nel giudizio di merito sarebbe comunque nominato un consulente d'ufficio, sa che le sue controparti molto probabilmente si costituiranno nel procedimento ex art. 696 bis c.p.c., sa che probabilmente la Compagnia di assicurazione formulerà una proposta risarcitoria in seguito all'eventuale riconoscimento di responsabilità sanitaria da parte del CTU e sa che, in caso di rigetto della sua domanda, potrebbe pure vedersi rimborsate le spese di lite e di CTU (ed avere anche una somma ulteriore) qualora una delle sue controparti non dovesse partecipare all'ATP. Inoltre, sa pure che tale condanna è obbligatoria e non discrezionale (prevedendo l'art. 8, comma 4, Legge 24/17 che il giudice "condanna" e non che egli "può condannare") e non richiede neppure che chi giudica valuti se questa mancata partecipazione sia o meno giustificata (non essendo richiesto questo tipo di accertamento, a differenza di quanto accade per la mediazione).

Né l'attore corre il rischio che i tempi si allunghino eccessivamente in quanto il testo normativo prevede un **termine massimo di durata del procedimento** di sei mesi (e quindi di poco più lungo rispetto a quello di tre mesi fissato per la mediazione). Si pone poi il problema di cosa succeda se il termine semestrale non venga rispettato ai fini dell'espletamento dell'ATP (si vada oltre quindi). Secondo un primo indirizzo, trattandosi di un termine perentorio, quanto accertato in sede di ATP non potrà essere utilizzato nel seguente giudizio di merito, nel quale dovrà essere rinnovata la CTU. In realtà, occorre partire dal dato normativo, secondo il quale "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 di cui al comma 1, il ricorso di cui all'articolo 702 bis del codice di procedura civile".

Pertanto, l'unica conseguenza connessa alla mancata attenzione del termine perentorio di sei mesi è che

L'attore potrà ritenere munita di **procedibilità** la sua domanda e instaurare o continuare il giudizio. Ma ciò anche in ossequio ad un principio generale di economia processuale. Al fine di fare però valere l'interruzione del termine di prescrizione avvenuta con il deposito del ricorso per ATP (e quindi per avvalersi degli effetti sostanziali della relativa domanda) occorrerà presentare ricorso introduttivo di un rito sommario di cognizione entro 90 giorni dal deposito della relazione del consulente o dalla scadenza del detto termine.

Venendo poi al rilievo della improcedibilità della domanda a causa del mancato esperimento dell'ATP, come in materia di mediazione, anche per questo l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto oppure rilevata d'ufficio dal giudice, a pena di decadenza, non oltre la prima udienza. Deve ritenersi che il **rilievo officioso** sia obbligatorio e non facoltativo poiché la disposizione prescrive che l'improcedibilità "deve essere [...] rilevata d'ufficio", e non quindi evitabile anche qualora vi fosse istanza di tutte le parti che devono almeno tentare la via della conciliazione, e che esso sia da compiere quando il giudice pone alle parti le questioni rilevabili d'ufficio ex art. 183, comma quarto, c.p.c., e dunque prima della concessione dei termini ex art. 183 comma 6, c.p.c.

Inoltre, quando il giudice rileva che il procedimento di cui all'**articolo 696 bis c.p.c.** non sia stato espletato ovvero che sia iniziato ma non si sia concluso, e che quindi allo stato la domanda sia improcedibile, egli non emette sentenza (trattandosi di questione relativa alla procedibilità, sanabile, e non alla proponibilità della domanda), ma assegna alle parti il termine di quindici giorni per presentare dinanzi a sé l'istanza di consulenza tecnica in via preventiva ovvero di completamento del procedimento. Emetterà sentenza di improcedibilità solo in caso di ulteriore mancata instaurazione dell'ATP (e ciò anche perché il primo rinvio, per sanare l'improcedibilità, è previsto dal legislatore, ma non potrebbe altrimenti stabilirsi quando debba chiudersi in rito il processo: se alla seconda, alla terza o alla quarta mancata instaurazione dell'ATP).

Riguardo alla scelta del consulente rileva innanzitutto che deve nominarsi un collegio (non più un singolo, perché si ricordi che prima si è sempre avuto il compito di nominare unicamente uno specialista ovvero un medico legale, ma ora invece si ha l'obbligo di nominarli entrambi)[47]: secondo l'art. 15 Legge Gelli-Bianco dunque nei procedimenti civili e penali aventi ad oggetto la responsabilità sanitaria l'autorità giudiziaria affida l'espletamento della consulenza tecnica e della perizia a un medico specializzato in medicina legale e a uno o più specialisti nella disciplina che abbiano specifica e pratica conoscenza di quanto oggetto del procedimento, avendo cura che i soggetti da nominare, scelti tra gli iscritti negli albi di cui ai commi 2 e 3, non siano in posizione di conflitto di interessi nello specifico procedimento o in altri connessi e che i consulenti tecnici d'ufficio da nominare nell'ambito del procedimento di cui all'art. 8, comma 1 (conciliazione di cui all'art. 696 bis c.p.c.), siano in possesso di **adeguate e comprovate competenze** nell'ambito della conciliazione acquisite anche mediante specifici percorsi formativi (si deve però mettere in condizione il giudice di sapere di queste comprovazioni); l'incarico è conferito al collegio e, nella determinazione del compenso globale, non si applica l'aumento del 40 per cento (invece nei casi ordinari, quando si fa riferimento ad un collegio, regolarmente questo aumento spetta) per ciascuno degli altri componenti del collegio previsto dall'art. 53 T.U. n. 115/2002 (si badi che si hanno difficoltà a trovare

medici che accettino l'incarico, anche perché è difficile che si mettano "contro" la struttura o la assicurazione).

Il Fondo di garanzia

All'art. 14 è previsto il Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria.

Si stabilisce che la gestione del Fondo è affidata alla **Consap** (Concessionaria servizi assicurativi pubblici) e deve essere alimentato da un contributo annuale, versato al bilancio dello Stato, da parte delle compagnie autorizzate all'esercizio delle assicurazioni per i danni causati da responsabilità sanitaria.

Il comma 7 dello stesso articolo prevede che tale Fondo opera in tre casi, facendo comunque salvo il diritto di regresso nei confronti del responsabile del sinistro: **i)** quando il danno risulti di importo superiore rispetto ai massimali di polizza stipulati dalla struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata ovvero dell'esercente la professione sanitaria; **ii)** quando la struttura o l'esercente risultino assicurati presso una compagnia di assicurazione che si trovi in stato di insolvenza o di liquidazione coatta amministrativa o vi venga posta successivamente; **iii)** quando la struttura o l'esercente la professione sanitaria siano sprovvisti di copertura assicurativa per recesso dell'assicurazione o per sopravvenuta inesistenza o cancellazione dall'albo di questa. Novità particolare deve essere riconosciuta al punto i) in quanto una analoga previsione, importantissima ai fini dell'effettività della piena tutela risarcitoria, non è prevista neanche per il Fondo delle vittime della strada: il Fondo in commento interviene quindi anche in presenza di copertura assicurativa[48].

Circa l'**entità del risarcimento**, il terzo comma sancisce una limitazione in quanto si prevede che il Fondo "concorre al risarcimento del danno nei limiti delle effettive disponibilità finanziarie", risultando altresì chiaro che toccherà allo Stato farsi carico della parte eccedente.

Al comma 9 troviamo la specificazione che l'operatività del Fondo è riservata ai **sinistri denunciati in seguito alla entrata in vigore della Legge**. È quindi utile concludere che continua ad operare il Fondo di cui all'art. 3, comma 2, lettera a), L. 189/2012 - sempre gestito dalla Consap - ma solamente per gli esercenti la professione sanitaria che ne abbiano fatto richiesta espressamente e che svolgano la propria attività in qualità di liberi professionisti, pertanto fuori dalla struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata; specificando che, con DDL approvato alla Camera il 25 ottobre 2017, "all'articolo 3 del Decreto Legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, i commi 2 e 4 sono abrogati" e che, sempre all'articolo 14, dopo il comma 7 è inserito il comma 7 bis il quale prevede che "Il Fondo di garanzia di cui al comma 1 assolve anche alla funzione di agevolare l'accesso alla copertura assicurativa da parte degli esercenti le professioni sanitarie che svolgono la propria attività in regime libero-professionale, ai sensi dell'articolo 10, comma 6".

Un apposito regolamento del Ministro della Salute, come previsto dal comma 2, dovrà disciplinare in dettaglio anche la misura e le **modalità di versamento del contributo** e le forme di intervento del fondo.

[1] Art. 11, comma 1, disp. prel. c.c.: “La legge non dispone che per l’avvenire: essa non ha effetto retroattivo”.

[2] Si veda l’art. 2, comma 4, c.p. secondo cui “Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile”.

[3] Fonte Commissione parlamentare d’inchiesta sugli errori sanitari e dati aggiornati al 2015.

[4] Basti leggere la Relazione del 7 Novembre 2011 del Consiglio regionale della Calabria dove è espresso “Il Difensore civico fu istituito con la Legge Regionale 16 gennaio 1985, n. 4 portante il titolo “Istituzione del difensore civico presso la Regione Calabria”. Tuttavia la nostra Regione, pur avendo previsto tale figura istituzionale, non ha mai provveduto alla relativa nomina”.

[5] Cass. Civ., Sez. III, sentenza del 7 ottobre 2013, n. 22822.

[6] M. L. Missiaggia, La responsabilità sanitaria, guida operativa alla riforma Gelli (L. 8 marzo 2017, n. 24), LaTribuna, p. 14.

[7] Cass. Pen., Sez. IV, sentenza del 29 ottobre 2015, n. 4468.

[8] Cass. Pen., Sez. IV, sentenza del 22 novembre 2013, n. 46753.

[9] Piras, Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo art. 590 sexies c.p., in www.penalecontemporaneo.it, 1 marzo 2017; Poli, Il ddl Gelli-Bianco: verso un’ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?, *ibidem*, 20 febbraio 2017.

[10] Camaiani, Legge Gelli-Bianco: i nuovi confini della colpa per imperizia, in <http://www.salvisjuribus.it>.

[11] Art. 1225 c.c.: “Se l’inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l’obbligazione”.

[12] R. De Matteis, La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile, 1995, Torino.

[13] sul concetto di “imperizia perita” cfr. Todeschini, Approvata la nuova legge sulla responsabilità medica: cosa cambia rispetto alla “Balduzzi”, in *Quotidiano giuridico*, Ipsoa, 1 marzo 2017.

[14] Vedi art. 43 c.p.

[15] Stefania Tirella, La riforma Gelli è legge. Ecco come cambia la responsabilità medica, in *Cammino diritto*, 28 febbraio 2017.

[16] Caletti-Mattheudakis, Una prima lettura della legge Gelli-Banco nella prospettiva del diritto penale, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2017.

[17] Cass. Pen. Sez. IV, sentenza del 19 ottobre 2017, n. 50078.

[18] Valeria Zeppilli, in *Responsabilità medica: la Cassazione chiarisce la portata dell'art. 590-sexies c.p.*, www.studiocataldi.it.

[19] si veda che già dagli anni '70 la Cassazione considerava appunto che “la responsabilità di un ente ospedaliero... è di natura contrattuale, poiché l'ente, obbligandosi ad eseguire le prestazioni, ha concluso col paziente un contratto d'opera intellettuale” (Cass. Sez. III, n. 6141 del 21 dicembre 1978).

[20] Tra le tante si veda Cass. 26 gennaio 2006, n. 1698, in *Danno e resp.*, 2006, 953 ss., con le puntuali annotazioni di R. Breda, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria*.

[21] Cass., SS.UU., 1° luglio 2002, n. 9556, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 689 ss., con nota di L. Favilli, *La risarcibilità del danno morale da lesioni del congiunto: l'intervento dirimente delle Sezioni Unite*. Cass., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, 788-792, con nota di G. Vinciguerra, *Nuovi assetti della responsabilità medica*.

[22] Cass. Civ., sentenze nn. 13066/04; 571/05; 2042/05; 1698/06; 23918/06; 13953/07.

[23] Cass. Civ., Sez. III, n. 18610 del 22 settembre 2015.

[24] Sulla impossibilità di qualificare comunque come contratto ogni fattispecie invocando la responsabilità ex articolo 1218 c.c., pur considerando che è altresì vero che lo schema normativo di cui all'art. 2043 c.c. rappresenta un “vestito” estremamente corto per il professionista sanitario cfr. L. Viola, *La nuova responsabilità sanitaria (L. 8.3.2017, n. 24, Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie, in G.U. 17.3.2017, n. 64)*, Centro Studi Diritto Avanzato Edizioni, Milano, 2017).

[25] Mengoni, *Il diritto vivente come categoria ermeneutica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996; Id., voce “Diritto vivente”, in *Dig., disc. priv., sez. civ., VI*, Torino, 1990, p. 445 e ss. e già

Zagrebelski, La dottrina costituzionale del diritto vivente, in *Giur. cost.*, 1986, I, p. 1148.

[26] Cass. n. 577/2008; Cass. n. 581/2008. Per un'articolata ricostruzione v. Santise, La responsabilità medica tra contatto sociale e responsabilità del "passante" e del "nessuno". L'incidenza della legge n. 189/2012, in *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Torino, 2015, p. 115 e ss.

[27] Cass. Civ., sentenza del 17 aprile 2014, n. 8940; R. Breda, Tutela della salute, responsabilità e scelte legislative: un primo approccio alla riforma tra novità conferme e problematiche interpretative nella prospettiva civilistica, in *La valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa*, 2012, 79; Trib. Brindisi 18 luglio 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Perugia 3 marzo 2014, in *Sistema Leggi d'Italia*; Trib. Monza 23 febbraio 2016, in *Sistema Leggi d'Italia*.

[28] C. Guerriero, Il disegno di legge Gelli cambia i connotati della responsabilità medica, in www.iurisprudenzia.it, 1, nota 2; G. Buffone, L'equilibrio precario della responsabilità medica sotto il pendolo di Foucault introdotto dalla legge 189/2012, in *La valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa*, San Marino, 2012, 22 ss.

[29] Cass. Sez. III, n. 15993 del 21 luglio 2011.

[30] Cass. Civ., Sez. III, n. 975 del 16 gennaio 2009.

[31] Cass. Civ., Sez. III, n. 20904 del 12 settembre 2013.

[32] F. Busoni, *L'onere della prova nella responsabilità del professionista*, Milano, 2011, 97 ss. e 133 ss.

[33] R. De Matteis, op. cit., 2008, 620 ss. In senso parzialmente difforme E. Serani, Le cure inutili e la responsabilità del medico: quando la speranza è fonte di danno, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1693 ss.

[34] M. Gazzara, op. cit., 1011.

[35] A. Nicolussi, op. cit., 871 ss.

[36] Cass. Civ., Sez. III, n. 12516 del 17 giugno 2016.

[37] M. L. Missiaggia, *La responsabilità sanitaria, Guida operativa alla riforma Gelli (L. 8 marzo 2017, n. 24)*, LaTribuna.

[38] Cfr. ex multis, Cass. Civ., Sez. III, 22 marzo 2013, 7273.

[39] Ove è previsto che "Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico,

con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e con il Ministro della giustizia, si provvede alla predisposizione di una specifica tabella unica su tutto il territorio della Repubblica”.

[40] D. Seminara, Danno non patrimoniale: primo SI' alle nuove tabelle. Il ddl approda in Senato, www.studioseminara.it.

[41] Cass. Pen., Sez. IV, sentenza del 16 gennaio 2013, n. 16237.

[42] In effetti potrebbe benissimo osservarsi come il termine di dieci giorni sia eccessivamente breve, soprattutto se rapportato alla finalità della stessa comunicazione. Vedi C. Chiappinelli, A. Iadecola, in Guida alle nuove norme sulle responsabilità sanitarie, Commento alla legge 8 marzo 2017, n. 24, G. Carpani, G. Fares (a cura di), p. 217 e ss.

[43] Si veda anche l'art. 102 c.p.c.: “Se la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti, queste debbono agire o essere convenute nello stesso processo. Se questo è promosso da alcune o contro alcune soltanto di esse, il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio in un termine perentorio da lui stabilito”.

[44] U. Corea, I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura, <http://www.judicium.it>

[45] Sulla legittimità costituzionale di tali condizioni di procedibilità, qualora si ritenne l'esistenza di un contrasto con l'art. 24 cost., si vedano Corte cost. sentenze nn. 214/1974; 568/1989; 276/2000; 29/2001 e, per ulteriori riferimenti B. Capponi, A. Storto, Commento agli artt. 24, 25 e 111 cost., in Codice di procedura civile commentato, diretto da C. Consolo, Ipsoa, Milano, 2013, p. 13 e ss.

[46] A. Arseni, ATP a fini conciliativi ex art.696 Bis c.p.c.: ammissibilità ed efficacia probatoria (Trib. Napoli 5.12.16 ed altre), www.personaedanno.it.

[47] Secondo Olivieri, Prime impressioni sui profili processuali della responsabilità sanitaria, www.judicium.it, 20 giugno 2017, la previsione non sembra inderogabile, non essendo stabilita alcuna nullità, e potendo il giudice, quantomeno nei casi meno complessi, nominare un solo perito.

[48] M. L. Missiaggia, in La responsabilità sanitaria, guida operativa alla riforma Gelli (L. 8 marzo 2017, n. 24), LaTribuna, p. 50.

<https://www.diritto.it/responsabilita-medica-alla-luce-della-riforma/>