
Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, segreteria del Consiglio Superiore della Magistratura) - Vittorio CORASANITI (Magistrato) - Francesco ELEFANTE (Magistrato) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Bruno SPAGNA MUSSO (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Paolo SPAZIANI (Magistrato) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato).

**LA RESPONSABILITA' DELLA STRUTTURA SANITARIA COME
RESPONSABILITA' CONTRATTUALE: IN PARTICOLARE, LA
RESPONSABILITA' PER DANNI CAGIONATI IN OCCASIONE
DEL PARTO ED IL C.D. "DANNO DA NASCITA INDESIDERATA".
LA C.D. RIFORMA BALDUZZI**

ARTICOLO DI **GIUSI IANNI**¹

Dopo una serie di iniziali oscillazioni, la giurisprudenza, tanto di legittimità quanto di merito, è oggi pressoché pacifica nel qualificare la responsabilità medica – sia intesa come responsabilità del medico nei confronti del paziente, sia intesa come responsabilità della struttura sanitaria nei confronti del paziente - **come responsabilità contrattuale** (Cass. 24 maggio 2006, n. 12362; Cass. 26 gennaio 2006, n. 1698; Cass. 11 marzo 2002, n. 3492; Cass. 2 dicembre 1998, n. 12233), come tale assoggettata alla disciplina di cui agli

¹ Giudice del Tribunale di Cosenza; Componente del Comitato scientifico della rivista *La Nuova Procedura Civile*.

artt. 1218 e ss. c.c..

Invero, nel caso del rapporto tra paziente e struttura sanitaria pubblica o privata è agevole configurare la fattispecie in termini di contratto, in quanto la casa di cura, dietro pagamento di un corrispettivo o, comunque, del ticket, si obbliga a fornire una determinata prestazione al paziente che può consistere in una prestazione di cura, di diagnosi, nel mettere a disposizione del paziente il personale ausiliario medico o paramedico, nell'apprestare medicinali e ogni altra attrezzatura necessaria anche per eventuali complicazioni. La giurisprudenza, quindi, parla di **vero e proprio contratto di ospitalità o assistenza sanitaria** (Cass. n. 1698/06 cit.; Cass. 13 gennaio 2005, n. 571 e 14 luglio 2004, n. 13066, che hanno ribadito le statuizioni di Cass. sez. un. 1 luglio 2002, n. 9556), configurazione giuridica in forza della quale la struttura sanitaria è tenuta a rispondere anche del fatto dei sanitari della cui opera si avvale, anche qualora non siano suoi dipendenti, **ai sensi dell'art. 1228 c.c.** (Cass. 14 giugno 2007, n. 13953; Cass. 13 aprile 2007, n. 8826; Cass n. 1698/06 cit.).

Questo significa che in sede processuale il paziente danneggiato può limitarsi ad evocare anche la sola struttura sanitaria e sarà poi quest'ultima, in caso di condanna, a potersi rivalere nei confronti del singolo medico autore della condotta lesiva.

Agevole la configurabilità di una responsabilità contrattuale anche nel caso in cui il paziente si rivolga per cure o terapie **ad un singolo medico da lui stesso individuato**, perché anche in tal caso il professionista, dietro pagamento di un corrispettivo, si obbliga ad eseguire una determinata prestazione in favore del paziente.

Più complessa, invece, la qualificazione giuridica del **rapporto tra paziente e medico della struttura sanitaria pubblica**, in quanto quest'ultimo è del tutto estraneo alla stipula del contratto tra il paziente affidato alle sue cure e la struttura sanitaria.

In passato, la questione era risolta dalla giurisprudenza prevalente nel senso di un **concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale**: contrattuale rispetto alla struttura sanitaria, extracontrattuale rispetto al medico dipendente (Cass. 26 marzo 1990, n. 2428; Cass. 13 marzo 1998, n. 2750). Questa ricostruzione, tuttavia, appariva inadeguata in una prospettiva di piena tutela del paziente, in quanto equivaleva a considerare l'attività del medico come irrilevante nei confronti del paziente finché dalla medesima non fosse derivato un danno, con esclusione, quindi, dal campo della responsabilità, di quei comportamenti meramente non migliorativi dello stato di salute del paziente, cioè comportamenti che benché non lesivi, peggiorativi o offensivi si fossero rivelati, comunque, non realizzativi di un risultato che secondo le normali tecniche sanitarie avrebbe potuto raggiungersi nel caso di specie².

Non sono mancati, tuttavia, anche in passato **tentativi di ricostruzione della responsabilità del medico in termini di responsabilità contrattuale**, sulla base del disposto dell'**art. 28 della Costituzione**, che prevede la regola dell'estensione agli enti pubblici di appartenenza della responsabilità civile del pubblico funzionario o dipendente per atti compiuti in violazione di diritti nell'esercizio delle funzioni (Cass. 1 febbraio 1991, n. 977; Cass. 27 maggio 1993, n. 5939). Si osservava, infatti, che se la responsabilità del danno cagionato dalla struttura sanitaria pubblica aveva natura contrattuale identica natura doveva avere anche la responsabilità del medico dipendente dalla struttura stessa, stante il fatto che in entrambi i casi la responsabilità nasceva dal medesimo fatto costitutivo, rappresentato dalla non diligente esecuzione di una prestazione sanitaria.

² CENDON (a cura di), *La Responsabilità civile*, collana *Il diritto privato nella giurisprudenza*, vol VI, Bologna, 2002, 309 ss

Anche tale impostazione, tuttavia, **prestava il fianco a delle critiche**, in quanto si osservava che l'art. 28 Cost. è idoneo a definire la natura della responsabilità del medico, trattandosi di norma che statuisce sull'*an respondeatur*, non sul *quomodo respondeatur*, che è disciplinato dalle norme ordinarie quali, appunto, l'art. 1218 c.c. in tema di responsabilità contrattuale e l'art. 2043 c.c. in tema di responsabilità extracontrattuale.

Il contrasto (peraltro interno alla stessa III sezione della Suprema Corte) è stato definito con la sentenza n. 589 del 22 gennaio 1999, (in *Danno e resp.*, 1999, p. 294, con nota di V. Carbone, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in *Foro it.*, 1999, I, c. 3332, con note di F. Di Ciommo) in cui i giudici di legittimità hanno affermato la natura contrattuale della responsabilità del medico **in forza del "contatto sociale" che si instaura col paziente** e che fa sorgere, in capo all'operatore sanitario, un dovere di protezione nei confronti del paziente affidato alle sue cure. Il contatto sociale, quindi, diventa **fatto idoneo a far insorgere un'obbligazione ex art. 1173 c.c.** Tale impostazione è stata poi sostanzialmente recepita da tutta la giurisprudenza successiva, tanto di legittimità quanto di merito.

Resta, tuttavia, un altro aspetto problematico, inerente **alla tutela di soggetti diversi dal paziente ma legati a quest'ultimo da un particolare rapporto qualificato** e che in caso di non corretta esecuzione del trattamento medico sono esposti a un pericolo di danno sostanzialmente identico a quello che fa capo al destinatario dell'intervento sanitario.

E' questo il caso **del nascituro e del padre del nascituro** a fronte del contratto di ospedalità tra la gestante e la struttura sanitaria cui essa si rivolge in occasione del parto.

Le esigenze di tutela sottese a tale fattispecie sono state soddisfatte con il ricorso alla figura del **contratto ad effetti protettivi verso i**

terzi.

Per esaminare la figura del contratto ad effetti protettivi verso i terzi è preliminare una disamina dell'art. 1372 cod. civ., il quale, al primo comma, afferma che *"il contratto ha forza di legge tra le parti"* e, al secondo comma, aggiunge che *"il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge"*.

E' questo **il c.d. principio di relatività del contratto**, in forza del quale il contratto, essendo atto di autoregolamentazione di interessi privati, può produrre effetti **solo nei confronti dei soggetti che lo pongono in essere e che con esso dispongono della propria sfera giuridica**³.

Il principio di relatività del contratto è considerato, inoltre, espressione di un altro principio di teoria generale, quello **dell'intangibilità della sfera giuridica individuale**, la quale non può essere modificata da atti negoziali altrui, rispetto ai quali il destinatario non abbia espresso la propria volontà.

Il principio di relatività del contratto, tuttavia, è stato sottoposto a **revisione critica** dalla dottrina più recente.

Il punto di partenza di tale rivisitazione è stato l'esame dei casi in cui la legge deroga alla regola dell'inefficacia nei confronti dei terzi e, in particolare, della disciplina del contratto in favore di terzi (artt. 1411 ss. cod. civ.). In tale prospettiva, si è infatti affermato che il principio di intangibilità della sfera giuridica individuale **non è lesivo ove il negozio giuridico intervenuto *inter alios* produca effetti giuridici favorevoli nei confronti del terzo, sempre che quest'ultimo abbia la possibilità di rifiutare gli effetti stessi.**

Tale soluzione permette di contemperare l'interesse del terzo all'acquisizione di effetti giuridici favorevoli con l'esigenza di libertà del soggetto che non partecipa alla formazione di un determinato

³ VIOLA (a cura di), *Il contratto*, vol. 1, Padova, 2009, 637 ss.

negozio giuridico, stante la facoltà di rifiuto di quest'ultimo⁴.

In definitiva, pertanto, le norme eccezionali richiamate dal II comma dell'art. 1372, sarebbero esclusivamente quelle che consentono la produzione *ultra partes* di effetti negoziali sfavorevoli⁵, come accade ad esempio nella fattispecie di cui all'art. 186 c.c., che permette al creditore di soddisfarsi sui beni della comunione per le obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia anche da uno solo dei coniugi; il terzo, invece, senza bisogno di conformi previsioni legislative, potrebbe essere destinatario di effetti favorevoli provenienti dall'atto negoziale altrui, salva facoltà di rifiuto.

Proprio l'interpretazione evolutiva del principio di relatività ha portato alla teorizzazione della figura del **c.d. contratto ad effetti protettivi nei confronti dei terzi**: un contratto, cioè, da cui discendono obblighi di protezione in favore di soggetti che sono estranei al rapporto negoziale, ma che, tuttavia, in ragione della loro "*prossimità qualificata*" alla prestazione oggetto del contratto, possono essere esposti ad un pericolo di danno alla stessa stregua dei contraenti. Tale "*prossimità qualificata*", a sua volta, trae origine da un rapporto giuridico che lega il terzo ad una delle parti contraenti, che può essere un rapporto di parentela, di lavoro o, comunque, un diverso rapporto dal quale scaturisca un obbligo di protezione o di cura⁶. In forza, infatti, di tale rapporto, l'esecuzione del contratto espone il terzo a rischi identici a quelli che si prospettano per il soggetto contraente, sicché, per un'esigenza di giustizia sostanziale, l'obbligato dovrà astenersi dall'arrecare danno non solo alla controparte ma anche al soggetto destinatario dell'effetto di protezione che, in caso contrario, sarà legittimato a chiedere il risarcimento dei danni sofferti ex artt. 1218 e ss. cod. civ.

⁴ BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3, Milano, 2000, 566.

⁵ BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile*, vol. 3, Torino, 2000.

⁶ CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 168

Si tratta, evidentemente, di una costruzione concettuale coerente con la lettura estensiva del principio di relatività fatta propria dalla dottrina e dalla giurisprudenza più recenti: se, infatti, il terzo può essere destinatario di effetti favorevoli provenienti dal contratto stipulato *inter alios* - salva la possibilità di rifiuto - a maggior ragione avrà diritto a non essere danneggiato dall'esecuzione del programma contrattuale.

Esiste, inoltre, anche un orientamento dottrinale che ricollega la figura del contratto ad effetti protettivi verso i terzi al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto enunciato dall'**art. 1375 cod. civ.** e che impone a ciascuna delle parti di attivarsi per la realizzazione dell'interesse dell'altra nei limiti dell'apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio: da tale principio, infatti, discenderebbe il dovere per le parti di proteggere, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio, anche la sfera giuridica dei terzi tutte le volte in cui l'esecuzione della prestazione convenuta è suscettibile di ledere la sfera giuridica di questi ultimi, in forza del particolare rapporto che li lega a taluno dei contraenti.

Le più importanti applicazioni della figura in esame, come detto, si sono avute in materia di responsabilità medica, con riferimento, in particolare, al rapporto tra medico (o ente ospedaliero) e gestante, rispetto ai danni che, nell'esecuzione di tale rapporto, possono essere subiti da soggetti terzi.

In particolare, la Cassazione, a partire dalla sentenza n. 11503 del 22 novembre 1993⁷, ha espressamente qualificato il contratto di ricovero ospedaliero della gestante come **contratto ad effetti protettivi nei confronti del nascituro**, poiché con esso l'ente ospedaliero si obbliga non soltanto a prestare alla partoriente le cure e le attività necessarie al fine di consentirle il parto, ma anche ad

⁷ In *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1994, I, 690 ss., con nota di ZENO ZENCOVICH.

effettuare, con la dovuta diligenza, tutte le prestazioni necessarie alla protezione del feto, in modo da garantirne la nascita evitandogli - nei limiti consentiti dalla scienza - qualsiasi possibile danno⁸. Ne consegue che il nascituro, una volta acquistata, con la nascita, la capacità giuridica, sarà legittimato a far valere la responsabilità risarcitoria del medico per i danni subiti a causa dell'inadempimento delle obbligazioni cui il medico stesso era tenuto in forza del contratto stipulato con il genitore, a garanzia di un suo specifico interesse.

A partire, invece, dalla sentenza n. 6735 del 10 maggio 2002 si è chiarito che tra i soggetti "protetti" dal contratto tra medico e gestante **vi è anche il padre del nascituro**, atteso che anche quest'ultimo può essere danneggiato dalla mancata o inesatta prestazione del primo, con tutte le relative conseguenze sul piano risarcitorio (nella specie, si trattava dell'omessa diagnosi di malformazioni del feto, che aveva impedito alla madre la possibilità di scegliere l'interruzione della gravidanza; l'effetto protettivo nei confronti del padre è stato affermato sul presupposto che, sebbene la scelta dell'aborto sia riservata in via esclusiva alla madre, dal "fatto" della procreazione discende per entrambi i genitori un complesso di diritto e doveri, sicché l'inadempimento del ginecologo all'obbligazione di natura contrattuale su di lui gravante ha come conseguenza diretta e immediata anche il pregiudizio sofferto dal padre per la c.d. nascita indesiderata, da intendersi come nascita che, in quanto non attesa o non voluta dalla coppia, finisce per arrecare uno sconvolgimento alla sua esistenza)⁹. Ancora più di recente, inoltre, si è estesa la legittimazione al risarcimento **anche**

⁸ Il principio è stato ribadito dalla giurisprudenza successiva: cfr. Cass. 9 maggio 2000, n. 5881; Cass. 29 luglio 2004, n. 14488 nonché Cass., s.u., 11 novembre 2008 nn. 26972-26975.

⁹ Anche in questo caso il principio è stato ribadito dalla giurisprudenza successiva: cfr. Cass. 20 ottobre 2005 n. 20320 nonché le sentenze citate in nota 7.

ai fratelli e alle sorelle del neonato danneggiato in occasione del parto, rispetto ai quali il pregiudizio è stato identificato sia nella inevitabile minor disponibilità dei genitori nei loro confronti, in ragione del maggior tempo necessariamente dedicato al figlio affetto da handicap, sia nella diminuita possibilità di godere di un rapporto parentale con i genitori stessi costantemente caratterizzato da serenità e distensione; quali sentimenti non sempre compatibili con lo stato d'animo nascente dalla condizione di un figlio disabile (Cass. 16754/2012 su cui si tornerà in seguito).

Un'importante specificazione di tali principi si è avuta con la **sentenza n. 10741 dell'11 maggio 2009** (est. Spagna Musso), la quale, oltre a premettere che il contratto che la paziente pone in essere con la struttura sanitaria o con il singolo medico risultano produttivi sia di effetti tra le parti, sia di effetti, c.d. protettivi, nei confronti del concepito e del genitore, ha fornito indicazioni sul fondamento giuridico di tale obbligo di protezione verso i terzi in posizione "qualificata".

Secondo la sentenza in esame, infatti, l'estensione in favore di terzi dell'efficacia del contratto discende, più che dal principio generale desumibile dall'art. 1411 c.c., da una lettura costituzionalmente orientata della normativa codicistica in tema di efficacia e di interpretazione del contratto, in forza della quale il contratto stesso deve essere inquadrato in una prospettiva di visione sociale (e non individuale) dell'ordinamento, caratterizzato dalla centralità della persona. In una simile prospettiva, se la causa del contratto (sia tipico che atipico) è la sintesi degli interessi in concreto dei soggetti contraenti, deve necessariamente affermarsi che l'accordo negoziale che intercorre tra una paziente-gestante, una struttura sanitaria ed i medici è idoneo a dar luogo a conseguenze giuridiche anche riguardo al soggetto nascituro - quale destinatario "finale" del negozio - e all'altro genitore, nella sua qualità di componente

familiare, titolare di diritti e doveri nei confronti dei figli in forza del disposto dell'art. 30 Cost. e della connessa normativa codicistica ed ordinaria.

Si è quindi in presenza di un ulteriore rafforzamento della "protezione" del nascituro/concepito, **di cui viene espressamente affermata la natura di autonomo soggetto giuridico**, in quanto titolare, sul piano sostanziale, di alcuni interessi personali tutelati in via diretta dall'ordinamento, quali il diritto alla vita, il diritto alla salute, il diritto all'onore o alla reputazione, il diritto all'identità personale, benché l'evento della nascita resti comunque condizione imprescindibile per l'azionabilità in giudizio di tali interessi a fini risarcitori, in forza del generale disposto di cui all'art. 1 cod. civ.

Anche alla luce dei più recenti arresti giurisprudenziali, tuttavia, il dovere di protezione del medico e della struttura sanitaria verso il nascituro **attiene "alla nascita" e non alla "non nascita, se non sana"**: come, quindi, già chiarito dalla Suprema Corte nella sentenza n. 14488 del 29 luglio 2004 non esiste nel nostro ordinamento un "diritto a non nascere se non in condizioni di salute" sicché, pur configurandosi il contratto di ospitalità quale contratto ad effetti protettivi, non avrebbe potuto trovare accoglimento la richiesta di risarcimento contrattuale avanzata dai genitori, quali legali rappresentanti del nato, sul presupposto che, in caso di corretta diagnosi, sarebbe stata certamente praticata l'interruzione della gravidanza.

La questione, tuttavia, è stata rimessa in discussione con una recentissima pronuncia della Suprema Corte (**n. 16754 del 2 ottobre 2012**, est. Travaglino), in cui si è affermato che in caso di cd. nascita indesiderata, la domanda risarcitoria avanzata personalmente dal bambino malformato **trova il suo fondamento negli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 della Costituzione**, in quanto il pregiudizio a carico del minore medesimo non è da individuarsi nella

malformazione in sé considerata, bensì nello stato funzionale di infermità che ne consegue e nella condizione evolutiva di una vita caratterizzata dall'handicap. Il diritto tutelato, in altri termini, non sarebbe quello a "non nascere se non sani", bensì il diritto a vivere una vita meno disagiata nonché l'aspirazione ad una meno incompleta realizzazione dei propri diritti di individuo singolo e di parte sociale scolpiti nell'art. 2 della Costituzione.

Esisterebbe, quindi, una legittimazione attiva del neonato in proprio all'azione di risarcimento, ove i genitori dimostrino che in caso di corretta diagnosi della malformazione sarebbe stata pratica l'interruzione volontaria di gravidanza (e, peraltro, a questo proposito, occorre ricordare che secondo la stessa Suprema Corte – cfr. Cass. 4 gennaio 2010 n. 13 - l'omessa rilevazione, da parte del medico specialista, della presenza di gravi malformazioni nel feto, e la correlativa mancata comunicazione di tale dato alla gestante, deve presumersi circostanza idonea a porsi in rapporto di causalità con il mancato esercizio, da parte della donna, della facoltà di interrompere la gravidanza, in quanto deve ritenersi rispondente ad un criterio di regolarità causale che la donna, ove adeguatamente e tempestivamente informata della presenza di una malformazione atta ad incidere sulla estrinsecazione della personalità del nascituro, preferisca non portare a termine la gravidanza).

Resta, infine, da vedere le ripercussioni che sulla materia della responsabilità medica e, quindi, anche sulla costruzione teorica del contratto ad effetti protettivi verso i terzi, avrà la recente riforma operata con il d.l. 13 settembre 2012, n. 158, conv. in legge 8 novembre 2012, n. 189 (**c.d. riforma Balduzzi**). C'è da premettere, al riguardo, che vi sono profonde differenze tra il testo varato dal Consiglio dei Ministri e quello approvato dal Parlamento in sede di conversione. L'art. 3 del decreto legge, infatti, nella sua formulazione originaria, prevedeva che "*fermo restando il disposto*

dell'articolo 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'articolo 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale". Veniva, quindi, regolato il profilo della colpa nella responsabilità (civile) medica, recependosi quel consolidato orientamento giurisprudenziale che attribuisce dignità di parametro di valutazione dell'elemento soggettivo al rispetto delle linee guida e delle prassi accreditate dalle comunità scientifica nazionale ed internazionale.

Il testo di conversione, stravolgendo la norma sopra richiamata, dispone, invece, 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"*.

L'attenzione viene, quindi, spostata dal profilo della responsabilità civile a quello della responsabilità penale del medico, che viene sostanzialmente circoscritta alle sole ipotesi di colpa grave e dolo, al dichiarato fine di arginare il fenomeno della c.d. "medicina difensiva", ossia la modifica della condotta dei medici determinata timore di subire procedimenti giudiziari di *medical malpractice*. Tale fenomeno, infatti, si traduce nella prescrizione cautelativa di esami diagnostici anche superflui o non necessari, con impatto sui costi a carico del sistema sanitario e riduzione della qualità dell'assistenza, costringendosi il paziente ad accertamenti anche invasivi e non utili per la tutela della sua salute. Per il caso della colpa lieve, tuttavia, la nuova disciplina normativa fa salvo l'obbligo risarcitorio del sanitario

secondo le regole della responsabilità civile, individuando, tuttavia, quale referente normativo dell'obbligo risarcitorio, l'art. 2043 c.c. e non l'art. 1218 c.c., come ormai pacificamente sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità, sulla base della teoria del "contatto sociale qualificato", di cui è espressione la stessa figura del contratto ad effetti protettivi verso i terzi.

Dovendosi, pertanto, presumere il legislatore come "consapevole" – ed escludendosi, quindi, l'ipotesi della svista normativa, pure ipotizzata dai primi commentatori – sembra delinearsi una scelta legislativa contrastante con il diritto vivente, in quanto favorevole alla ascrivibilità della responsabilità medica nel paradigma della responsabilità aquiliana (ovviamente se non ricorre un contratto vero e proprio, come nel caso del rapporto tra il paziente e la struttura sanitaria).

Il primo problema che può porsi al riguardo è se il legislatore possa imporre al giudice la qualificazione giuridica di una domanda, quale attività che, di regola, compete all'attività giudiziaria. I precedenti rinvenibili al riguardo (es. Cass., Sez. Lav., 23638/2010) ineriscono alla materia lavoristica, rispetto alla quale la Suprema Corte ha affermato che, anche a fronte delle indicazioni del legislatore, il giudice resta libero di qualificare il rapporto come subordinato se ricorrono gli indici rilevatori, appunto, della subordinazione. Mi sembra, però, un principio non estensibile in via analogica, tant'è che la stessa Corte di legittimità richiama la natura imperativa delle norme che tutelano il lavoro subordinato e alcuni arresti della Corte Costituzionale da cui si evincerebbe tale principio, avendo il giudice delle leggi affermato (cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 121 del 1993 e 115 del 1994) l'impossibilità per il legislatore di negare la qualifica di rapporto di lavoro subordinato rispetto ad un rapporto che obiettivamente lo sia, ove da ciò risulti l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai

principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato.

Ci si potrebbe, inoltre, anche porre il problema della retroattività se la si interpreta come norma di diritto sostanziale volta a regolare una fattispecie, rimane il problema dell'espressione "resta ferma" usata dal legislatore, che sembrerebbe preludere ad una sorta di norma interpretativa, che tale non è, però, alla luce del diritto vivente formatosi in precedenza.

Infine, resta da delimitare il corretto campo di applicazione della norma, che fa riferimento alla posizione del *medico* e sembra inestendibile a quella della struttura sanitaria, con la quale, tra l'altro, il paziente, come detto all'inizio, stipula un vero e proprio contratto, con conseguente impossibilità di ipotizzare l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 2043 c.c. (in tal senso anche i primi arresti della giurisprudenza di merito, es. Trib. Varese, sent. 29 novembre 2012, est. Buffone, reperibile su www.ilcaso.it). Ciò, tra l'altro, può rendere superflua la stessa innovazione legislativa, almeno nel caso in cui il medico abbia operato in seno ad una struttura sanitaria, potendo il paziente danneggiato, per come già osservato, limitarsi ad evocare in giudizio, sulla base della regola ricavabile dall'art. 1228 c.c., la sola struttura, in vista della rivalsa di quest'ultima, in caso di condanna, nei confronti del singolo medico.

Si tratta di una questione, evidentemente, non soltanto teorica ma con importanti ripercussioni sostanziali e processuali.

Il paziente o il terzo che agisca sulla base degli articoli 1218 e ss. c.c., infatti, può limitarsi a dimostrare l'esistenza del rapporto col sanitario o con la struttura sanitaria e l'insuccesso dell'intervento, dopodiché costituisce onere del medico o della struttura sanitaria, per evitare la condanna in sede risarcitoria, provare che l'insuccesso dell'intervento è dipeso da fattori indipendenti dalla propria volontà. Viceversa, ove il paziente o il terzo debbano agire ai sensi degli artt.

2043 e ss. c.c. dovranno dimostrare tutti gli elementi costitutivi dell'invocata responsabilità, inclusi il non corretto adempimento da parte del sanitario e la colpa di quest'ultimo nella non corretta esecuzione dell'intervento.

A seconda del titolo di responsabilità variano inoltre i tempi di prescrizione del diritto al risarcimento del danno, decennali nel caso della responsabilità contrattuale, quinquennali in forza delle regole che governano la responsabilità aquiliana (art. 2947, comma 1, c.c.).

Un vantaggio potrebbe, invece, venire per il danneggiato dall'inapplicabilità dell'art. 1225 c.c., quale norma non richiamata in tema di responsabilità aquiliana dall'art. 2056 c.c..

Ai sensi di tale disposizione, infatti, il debitore, salvo il caso di dolo, non risponde dei danni che non potevano prevedersi nel momento in cui è sorto il vincolo e questo, in una materia in continua evoluzione scientifica quale quella della in esame, può senza dubbio essere una limitazione penalizzante in una prospettiva di piena tutela del paziente.

C'è da aggiungere, in conclusione, che la riforma Balduzzi del 2012 ha inciso anche **sul profilo della liquidazione del danno in materia di responsabilità medica**, rinviando, a tal fine, alle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private (a loro volta oggetto di modifica, in senso restrittivo, da parte della legge 24 marzo 2012, n. 27, di conversione del d.l. 1/2012¹⁰); e ciò è destinato a determinare una riduzione delle poste

¹⁰ La legge 27/2012 ha aggiunto al comma 2 dell'articolo 139 del codice delle assicurazioni private il seguente periodo: *"In ogni caso, le lesioni di lieve entità, che non siano suscettibili di accertamento clinico strumentale obiettivo, non potranno dar luogo a risarcimento per danno biologico permanente"* ed ha altresì stabilito che *"Il danno alla persona per lesioni di lieve entità di cui all'articolo 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, è risarcito solo a seguito di riscontro medico legale da cui risulti visivamente o strumentalmente accertata l'esistenza della lesione"*. Le modifiche, peraltro, sono state apportate solo in sede di conversione, in quanto il d.l. non conteneva nella sua formulazione originaria

risarcitorie, in quanto ad oggi, tendenzialmente, anche per la liquidazione di lesioni micropermanenti causalmente connesse a imperizia medica si era teso a fare ricorso alle Tabelle di Milano sul danno non patrimoniale, certamente più remunerative per il soggetto danneggiato. Bisogna, inoltre, ricordare che l'art. 3 del d.l. 158/2012 stabilisce che in caso di responsabilità medica per colpa lieve della "lievità" della colpa si deve tenere conto nella determinazione del risarcimento, per cui anche sotto questo profilo potrebbe aversi una riduzione dell'ammontare risarcitorio spettante al danneggiato. Restano, tuttavia, dei margini di ampliamento, da un lato perché in materia assicurativa non esiste ancora – come noto – una regolamentazione delle lesioni c.d. macropermanenti e dall'altro perché la stessa legge di riforma demanda ad un ulteriore decreto presidenziale il compito di ridefinire/integrare ogni misura dei risarcimenti medesimi, in relazione alle specificità del danno sanitario.

alcun riferimento all'accertamento, alla valutazione ed al risarcimento del danno alla persona conseguente alla circolazione di veicoli su strada, ma solamente alcuni interventi mirati al contrasto delle frodi nei confronti delle imprese di assicurazioni.