

64° CONGRESSO NAZIONALE S.I.C.P.R.E.
SESSIONE 37. MEDICINA LEGALE

**BREVI NOTE ESPLICATIVE IN TEMA DI RESPONSABILITÀ CIVILE DEL MEDICO,
CON PARTICOLARE RIGUARDO AL CHIRURGO PLASTICO,
A SEGUITO DELLA C.D. LEGGE BALDUZZI
E DELLA SENTENZA 17/7/2014 DEL TRIBUNALE DI MILANO**

Gentilissimi dottori e partecipanti a questa sessione, nei 12 minuti che mi sono concessi, ho l'intento di richiamarVi concetti che, per la professione che svolgete, Vi riguardano molto da vicino.

Il tema — come sapete — è quello della responsabilità civile del medico e dell'operatore sanitario, con particolare riguardo al chirurgo plastico.

Preliminarmente — semplificando — appare utile chiarire che nel nostro ordinamento la responsabilità civile può configurarsi quale *contrattuale* (ex art. 1218 cod. civ.) ovvero *extracontrattuale* (ex art. 2043 cod. civ.).

La differenza si pone sostanzialmente in ambito di *onere della prova*, *prescrizione*, ed *estensione* ai danni imprevedibili.

In particolare, l'adempimento dell'obbligazione assunta dal medico è regolato dall'**art. 1176 c.c.**, che parametrata la valutazione della diligenza "*alla natura dell'attività esercitata*"; e, **specularmente**, la responsabilità del medico è quella prevista dall'**art. 2236 c.c.** per il "*prestatore d'opera*" nelle professioni intellettuali, parametrata alla difficoltà della prestazione.

Dalla Sentenza di Cassazione n° 589/1999, l'orientamento giurisprudenziale pressoché unanime sanziona l'*inadempimento dell'obbligazione* assunta dal medico con la disciplina prevista dall'**art. 1218 c.c.**: ne riconduce cioè la responsabilità a quella contrattuale, anche laddove tra medico e paziente non sia stato concluso alcun contratto, essendo il medico dipendente o collaboratore di una struttura sanitaria.

Si è infatti ritenuto che in questo caso *comunque* sussista tra medico e paziente un rapporto da "*contatto sociale*": un rapporto — cioè — "*qualificato*" dall'ordinamento, cui sono ricollegati doveri di protezione volti alla salvaguardia del diritto alla salute costituzionalmente garantito (Cass. 22/1/1999 n. 589).

Ciò comporta:

- che il paziente che agisce in giudizio può limitarsi a provare il contratto e/o il "*contatto sociale*", ed allegare l'inadempimento del professionista;
- che è a carico del sanitario e/o della struttura l'onere probatorio relativo **(a)** al grado di difficoltà della prestazione e/o all'imprevedibilità del danno, **(b)** all'inesistenza di colpa **(c)** alla mancanza di nesso causale.

Così, in generale, il medico, per i danni *prevedibili* e *prevenibili* che abbia cagionato:

- a) **risponderà solo per dolo o colpa grave** in conseguenza della propria **imperizia** in sede di intervento che implicasse la soluzione di problemi tecnici di speciale gravità.
- b) **risponderà anche per colpa lieve** in conseguenza della propria **negligenza** o **imprudenza**, nonché quando l'intervento non implicasse problemi tecnici di speciale gravità (intervento «ordinario») (v. Cass. n. 1847/88);
- c) sarà tenuto ad una obbligazione "di mezzi" e non "di risultato".

Con particolare riguardo al chirurgo plastico, quando la prestazione medica effettuata consista in un intervento di chirurgia plastica **né «riparativa»** (ossia finalizzata a ricostruire una condizione somatica deteriorata a causa di infortuni di vario genere) **né «ricostruttiva»** (finalizzata cioè a correggere difetti naturali pregiudizievoli per una persona), **bensì «correttiva» o meramente «estetica»**, la giurisprudenza ne disciplina ormai la responsabilità civile in maniera più onerosa rispetto al sistema ora delineato, poiché il conseguimento di un risultato positivo costituisce la **cartina di tornasole** per valutare la correttezza dell'intervento; e grava quindi in capo al chirurgo estetico un obbligo "di risultato" di natura sempre meno «eventuale», ossia sempre meno legata alle previsioni dell'eventuale contratto intercorso col paziente, nel quale sia stabilito se l'obbligazione fosse di mezzi ovvero di risultato.

Abbiamo così delineato il "quadro" della responsabilità civile del medico in generale e del chirurgo plastico in particolare.

Senonché, con la Legge 189/2012 (c.d. "Legge Balduzzi") il legislatore, al fine di contenere la spesa pubblica, si è posto esplicitamente il problema di porre rimedio al fenomeno c.d. "della medicina difensiva"; ed all'art. 3, comma 1°, ha previsto quanto segue: «1. 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. ...**».

Ebbene, su tale secondo inciso, che, col richiamo all'art. 2043 cod. civ., evoca una responsabilità di natura *extracontrattuale* **anziché contrattuale**, si incentra un dibattito caratterizzato in giurisprudenza da opinioni contrapposte.

Particolare menzione richiede la **sent. 17/7/14 della 1^a Sezione Civile del Tribunale di Milano**, nella quale preliminarmente si osserva come il testo *originario* di tale norma, prima della conversione del Decreto Balduzzi in Legge dello Stato, lungi dal rinviare all'**art. 2043 c.c.** che disciplina la responsabilità *extracontrattuale*, rinvia al disposto degli **artt. 2236 e 1176 cod. civ.** che – in linea con l'univoca giurisprudenza – parametrano **la responsabilità "alla difficoltà della prestazione", e la diligenza "alla natura dell'attività esercitata"**;

e che la differente formulazione apportata in sede di conversione non possa essere considerata una mera *svista atecnica*.

Osserva il Tribunale meneghino che, sia il richiamo letterale all'art. 2043 c.c., sia l'inequivoca volontà di restringere e limitare la responsabilità risarcitoria per porre rimedio al c.d. fenomeno della medicina difensiva, **inducono a ritenere che** il legislatore abbia «... inteso fornire all'interprete una precisa indicazione nel senso che, al di fuori dei casi in cui il paziente sia legato al professionista da un rapporto contrattuale, il criterio attributivo della responsabilità civile ...» vada «... individuato in quello della responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c., con tutto ciò che ne consegue sia in tema di riparto dell'onere della prova, sia di termine di prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento del danno. ...».

Il medesimo Giudice, parlando addirittura esplicitamente di «**superamento della teoria del "contatto sociale"**», configura il seguente regime:

- l'art. 3, comma 1, L. Balduzzi, non incide né sul regime di responsabilità civile **contrattuale** della struttura sanitaria, né su quello parimenti **contrattuale** del medico che abbia concluso con il paziente un contratto d'opera professionale;
- il tenore letterale di tale norma riconduce invece alla responsabilità **extracontrattuale** ex art. 2043 c.c. quella del medico – dipendente di struttura sanitaria – che non abbia concluso col paziente alcun contratto;
- l'applicazione, in tal caso, del criterio di imputazione della responsabilità **extracontrattuale**, non incide sulla distinta responsabilità della struttura sanitaria, che rimane di tipo **contrattuale** ex art. 1218 c.c..

L'originalità della **Sent. 17/7/14 della 1^a Sez. Civile del Tribunale di Milano** sta nello sforzo di interpretazione coerente di una norma – l'art. 3, comma 1, del D.L. 158/2012 convertito in L. 189/2012 – oggettivamente ambigua e mal formulata.

In totale contrasto con tale sentenza, occorre a questo punto richiamare quella in data 18/11/14 emessa dalla 5^a Sezione Civile del medesimo Tribunale, che ha ritenuto "*additiva*" e "*manipolativa*" l'interpretazione proposta dal Giudice della Prima Sezione, atteso che la norma in esame "*... in realtà tace sulle fattispecie di responsabilità contrattuale, e non menziona la degenza ospedaliera o altro rapporto con struttura sanitaria quale proprio presupposto di fatto*", ed inoltre "*... si riferisce esplicitamente ai soli casi di colpa lieve dell'esercente la professione sanitaria che si sia attenuto a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica*".

Secondo il Giudice della 5^a Sezione, ove il legislatore "*... avesse effettivamente inteso ricondurre una volta per tutte la responsabilità del medico ospedaliero ... sotto il solo regime della responsabilità extracontrattuale, escludendo l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 1218 c.c. e così cancellando lustri di elaborazione giurisprudenziale, avrebbe certamente impiegato proposizione univoca ... anziché il breve inciso in commento. ...*".

Rileva inoltre il secondo Giudice milanese che, attribuire natura

extracontrattuale, valida per la pluralità dei soggetti, alla responsabilità dell'operatore sanitario, appare oltremodo riduttivo della funzione sociale dell'esercente la professione sanitaria.

Infine – e non a torto – rileva il medesimo Giudice milanese che, se è vero che dall'opzione interpretativa del primo Giudice discenderebbe *in favore* dell'operatore sanitario un più favorevole regime di onere della prova e di prescrizione, dovrebbe altresì discenderne, invece *a tutto svantaggio* del medesimo, l'irrilevanza dei parametri posti dagli artt. 2236 e 1176 cod. civ. rispettivamente “*alla difficoltà della prestazione*” e “*alla natura dell'attività esercitata*”; ciò che sarebbe incoerente con l'espresso intento della medesima legge Balduzzi, di contrastare il fenomeno della c.d. *medicina difensiva*.

Il cennato dibattito, nelle sue fasi iniziali introdotte dalla prima giurisprudenza di merito conformatasi sull'art. 3 della L. Balduzzi, già è approdato davanti alla Corte di Cassazione; la quale a tutt'oggi ha sempre ribadito quale *insuperato “punto fermo, ai fini della nomofilachia”*, quello della delineata responsabilità **contrattuale** del medico e della struttura sanitaria, da “*contatto sociale*”.

In particolare, richiamo la Sent. Cass. n° 8940 del 17/4/2014, che afferma: «*l'art. 3, comma 1, ... non esprime alcuna opzione da parte del legislatore per la configurazione della responsabilità civile del sanitario come responsabilità necessariamente extracontrattuale, ma intende solo escludere, in tale ambito (n.d.r.: ossia quello della responsabilità civile, allorquando sia esclusa quella penale per colpa lieve), l'irrilevanza della colpa lieve*».

Francamente, in tale sentenza di Cassazione, e nelle argomentazioni del secondo Giudice milanese, non posso non cogliere una contraddizione: entrambi confinano *in parte qua* l'art. 3, comma 1, della L. Balduzzi ad un'operatività certamente *residuale*, ma pericolosamente *integrativa*.

Se infatti, ad attenersi strettamente alla lettera della norma *de qua*, deve considerarsi che “*l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.*” è **limitato** ai casi di “*colpa lieve*” nei quali il medico, per essersi attenuto alle linee guida ed alle buone pratiche accreditate, non risponde penalmente, **non può d'altro canto non osservarsi** come – in base ai parametri posti dagli artt. 2236 e 1176 cod. civ., ed alla relativa elaborazione giurisprudenziale – il medico che si sia attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate, che abbia cioè osservato *diligentemente e prudentemente* quelle regole, cure e cautele, **proprio non dovrebbe rispondere per colpa lieve** (*se non quando l'intervento non implicasse problemi tecnici di speciale gravità*).

Non rimane che ipotizzare che l'art. 3 della legge Balduzzi preveda che l'operatore sanitario, allorquando non sia assoggettato a profilo alcuno di responsabilità *contrattuale* per essersi attenuto, nell'effettuare un intervento

implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale gravità, alle linee guida ed alle buone pratiche accreditate, possa tuttavia essere ancora assoggettato a profili di responsabilità *extracontrattuale*, ove sia configurabile a suo carico una pur *lieve colpa*.

Ma, in tale operatività residuale ed integrativa, la norma in parola, oltre a porsi in contrasto con gli intenti presupposti dalla stessa legge Balduzzi, si porrebbe in contrasto coi principi di cui ai richiamati **artt. 1176 e 2236 c.c.**, che rispettivamente parametrano la valutazione della diligenza “*alla natura dell’attività esercitata*”, e la responsabilità del medico “*alla difficoltà della prestazione*”.

Vedremo se in futuro la S.C., per la sua funzione *nomofilattica*, consistente nell’attribuire alla norma il senso che la stessa può avere in base al suo tenore letterale e all’intenzione del legislatore, ancora affronterà il tema.

Mi risulta peraltro che il legislatore sia intenzionato ad intervenire nuovamente, e speriamo – questa volta – con maggior consapevolezza: ho avuto modo di dialogare con un Vs. Collega, componente dell’apposita Commissione predisposta alla redazione di un disegno di legge in materia, e sembra che l’orientamento sia proprio quello di pervenire a qualificare *extracontrattuale* la responsabilità del medico dipendente di una struttura sanitaria.

Speriamo non ci vogliano anni.

Intanto, Vi ringrazio per l’attenzione che mi avete riservato.

Avv. Ernesto Mocci
