



# VNiVERSIDAD D SALAMANCA

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

---

LA TUTELA DEL USUARIO EN LOS SERVICIOS SANITARIOS

PRESENTADA POR:

**MARIA GIULIA ORTOLANI**

DIRECTORES:

**Dr. D. EUGENIO LLAMAS POMBO**

A handwritten signature in blue ink, corresponding to Dr. D. Eugenio Llamas Pombo.

**Dra. Dña. ALESSANDRA BELLELLI**

A handwritten signature in blue ink, corresponding to Dra. Dña. Alessandra Bellelli.

SALAMANCA, 2019



## Indice

<i>Área de investigación</i> .....	5
------------------------------------	---

### *Introducción.*

<b>El derecho a la salud y el fenómeno social de la llamada “medicina defensiva”</b> .....	7
--	---

### *Capítulo 1.*

<b>Nuove frontiere per la responsabilità medico-sanitaria: la legge 8 marzo 2017 n. 24 (c.d. l. Gelli-Bianco)</b> .....	21
---	----

1.1 L’evoluzione della responsabilità medico-sanitaria: la tipizzazione del “contratto di ospitalità” per opera della l. 24/2017.....	21
1.1.1 Il rapporto giuridico tra medico o <i>équipe</i> medica e struttura sanitaria. La responsabilità per fatto degli ausiliari.....	39
1.1.2 Il regime della responsabilità solidale e la nuova azione di rivalsa ex art. 9 della l. 24/2017.....	52
1.2 Il ritorno alla responsabilità extracontrattuale per il medico operante? Le perplessità suscitate dall’ormai abrogato art. 3, l. 8 novembre 2012 n. 189 (c.d. decreto Balduzzi).....	60
1.3 La l. 24/2017: il principio di equiparazione delle strutture sanitarie e sociosanitarie sia pubbliche che private.....	70
1.4 La causa di esclusione della responsabilità penale dell’ esercente la professione sanitaria quale criterio per arginare il fenomeno della medicina difensiva: il nuovo art. 590- <i>sexies</i> c.p.....	79

### *Capítulo 2.*

<b>Le nozioni di “professionista” e di “utente” in un’ottica garantista del diritto alla salute</b> .....	92
---	----

2.1 Il contratto d’opera intellettuale e il carattere della professionalità della prestazione sanitaria.....	92
2.1.1 I doveri del medico: in particolare il dovere di diligenza e di informazione.....	101
2.2 L’unitarietà e la complessità delle strutture del Sistema sanitario nazionale preposte all’erogazione dei servizi sanitari.....	114
2.3 La nozione di “professionista” secondo il codice del consumo.....	129

2.4 L'equiparazione della nozione di utente a quella di consumatore e la sua tutela secondo le disposizioni del codice del consumo.....	136
2.4.1 Riferimenti delle nozioni di utente e di consumatore nell'ordinamento colombiano e spagnolo .....	149
 <i>Capitolo 3.</i>	
<b>La tutela del contraente debole e la responsabilità medico-sanitaria.....</b>	<b>164</b>
3.1 L'inadempimento medico-sanitario e la diradazione della linea di demarcazione tra <i>neminem laedere</i> e obbligazione contrattuale in punto dell'onere della prova.....	164
3.1.1 L'accertamento del nesso causale e i criteri elaborati dalla giurisprudenza a favore del paziente-danneggiato .....	177
3.2 La copertura assicurativa obbligatoria per le strutture e per gli esercenti la professione sanitaria .....	187
3.2.1 La tipizzazione della clausola <i>claims made</i> nel contratto assicurativo medico-sanitario (art. 11, l. 24/2017).....	196
3.2.2 L'azione diretta del paziente-utente danneggiato .....	203
3.3 Aspetti sulla risarcibilità dei danni alla luce della l. 24/2017 .....	210
3.3.1 Il Fondo di garanzia come strumento aggiuntivo per un'effettiva tutela del paziente .....	224
3.4 L'applicabilità dell'art. 33 lett. <i>u</i> cod. cons. in materia del foro del consumatore. La giurisprudenza.....	227
 <i>Reflexiones conclusivas</i> .....	 243
 <i>Bibliografia</i> .....	 260

## *Área de investigación*

El presente trabajo tiene como objetivo analizar una figura jurídica, del sector salud, que lleva ya tiempo siendo examinada por la jurisprudencia (por medio de los institutos del llamado “contacto social” y del “contrato de hospitalización sanitario”), despertando siempre muchas perplejidades en el campo de la responsabilidad médica y que recientemente encontró un enfoque radical gracias a la ley n. 24 del 8 de marzo de 2017 (ley Gelli-Bianco): la relación jurídica médico-usuario/paciente.

La investigación científica ayudará a identificar los temas de mayor interés para la protección de la parte más vulnerable en la contratación (el usuario), beneficiario de servicios de salud, contra la inejecución o inadecuada ejecución del médico.

Se observa que la obligación que surge en los servicios de salud no se produce al interno de un sector comercial y/o no es aplicable a los canales de distribución masiva, más aún al ser ejercida con elementos de profesionalidad, por lo cual, tomando en consideración estos criterios, el usuario de los servicios de salud queda fuera de una relación normal de consumo, encontrándose en la esfera general de una relación de usuario.

Por medio de la presente investigación se busca analizar si los cambios aportados por la nueva regulación en el sector salud (l. n. 24 del 8 de marzo de 2017) proporcionan una protección eficaz al usuario afectado por daño, y en ese mismo sentido, considerar si la relación obligatoria “médico (profesional) - paciente (usuario)” deba enmarcarse, y en qué medida, como un contrato del consumidor, al cual debe ser aplicada la disciplina relativa al *ex d.lgs. 206/2005* (codice del consumo).

En la primera parte, se tratará la evolución jurisprudencia de la responsabilidad médico-sanitaria, en particular de la estructura sanitaria y del profesional de la salud, para entender la necesidad de acciones legislativas idóneas en el sector para garantizar en el mayor grado posible,

de manera efectiva, el derecho a la seguridad de la atención de la asistencia sanitaria y, en general, el derecho a la salud (l. 189/2012, llamada Decreto Balduzzi y, por último, l. 24/2017).

Sucesivamente, se examinará a profundidad las nociones de “profesional” y de “usuario” según las referencias normativas del código civil y del código de protección al consumidor, con el fin de analizar en qué medida el paciente puede ser calificado como usuario-consumidor de servicios sanitarios y, por lo tanto, parte vulnerable en la relación contractual que sostiene con la estructura sanitaria y con el médico, la cual le genera obligaciones.

Por lo tanto, una vez definida la relación jurídica médico-paciente se procederá a la identificación de las herramientas jurídicas destinadas a la protección efectiva del usuario, considerando las disposiciones del código de protección al consumidor, a la luz de los perfiles prácticos introducidos por la l. 24/2017.

## *Introducción.*

### **El derecho a la salud y el fenómeno social de la llamada “medicina defensiva”**

Durante al menos las últimas tres décadas se ha presenciado, y se sigue presenciando en la actualidad, un aumento de los juicios por responsabilidad profesional, en particular en el campo de la medicina, tanto en términos cuantitativos de casos civiles y penales, con un aumento drástico en el proceso contencioso (llamados casos de *malpractice* por parte de profesionales de la salud), como en términos cualitativos de las técnicas jurídicas a través de las cuales se logra una distribución equitativa de los riesgos relacionados con esta actividad<sup>1</sup>. Este énfasis sigue, no por casualidad, la evolución paralela de la naturaleza misma de la responsabilidad civil<sup>2</sup>.

En este escenario, se encuentra en el centro de la atención el usuario (y/o paciente)<sup>3</sup>, beneficiario y consumidor de servicios de salud, y la consecuente necesidad de identificar los instrumentos jurídicos más apropiados para proteger, según corresponda, su fundamental derecho a la salud<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> La idea evidenciada «según lo cual la responsabilidad médica habría terminado por constituir un verdadero “subsistema” de la responsabilidad civil». En ese sentido ver E. QUADRI, *Profili della responsabilità medica con particolare riguardo alla ginecologia ed ostetricia: esperienza recenti e prospettive*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 320 e R. DE MATTEIS, *La responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, Padova, 2017, p. 121 ss.

<sup>2</sup> G. TRAVAGLINO, *La responsabilità contrattuale tra tradizione e innovazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 0075B ss.

<sup>3</sup> M. GEDDES DA FILICAIA, *Cliente, paziente, persona*, in *Ricerca & Pratica*, 2012, p. 28, desde un punto de vista terminológico, destaca cómo cada persona, dentro del sistema de salud, puede asumir diferentes roles: “paciente”, cuando el servicio lo atiende por problemas de salud; “usuario” cuando solicita información, transacciones, certificaciones, etc., “ciudadano” cuando contribuye con su voto a las elecciones en materia de salud.

<sup>4</sup> Sobre el derecho a la salud como respeto por la integridad psicofísica, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema*

El servicio de salud, como un servicio prestado a un usuario/consumidor, se observa, asume una nueva percepción, en la que el mismo usuario de los servicios de salud se encuentra en pleno derecho de evaluarlo<sup>5</sup> y, si es necesario, objetar su calidad<sup>6</sup>.

La esfera personal del contrayente débil<sup>7</sup>, en distintos sectores, se encuentra hoy particularmente expuesta a agresiones e intrusiones que demuestran la necesidad de protección especial, que debe ser obtenida por medio de la creación de medidas de protección, nuevas y fortalecidas, en contraposición con las tradicionales, centradas en las reglas neutrales de la formación del contrato, sobre la responsabilidad precontractual y los vicios de la voluntad ya codificados<sup>8</sup>.

---

*italo-comunitario delle fonti*, 3° ed., Napoli, 2006, p. 728. Sobre la dimensión general de la ley en cuestión, no solo como ausencia de enfermedad sino también de bienestar psicofísico conectado a circunstancias culturales, sociales y ambientales, ver V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, en *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ e P. ZATTI (a cura di), Milano, 2011, p. 579 ss.; P. ZATTI, *Rapporto medico-paziente e "integrità" della persona*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 12, I, p. 403 ss.; así como en la jurisprudencia, Cons. Stato, 2 settembre 2014, n. 4460, en *Foro amm.*, 2014, 9, 2229.

<sup>5</sup> Por ejemplo, el art. 101, párrafo 3, cod. cons. establece que «a los usuarios está garantizado, a través de formas representativas, la participación en procedimientos para la definición y evaluación de los estándares de calidad exigidos por la ley», así como el párrafo 4, que establece que «la ley establece para ciertos proveedores de servicios públicos la obligación de adoptar, a través de mecanismos específicos de implementación diversificados en relación con los sectores, Cartas de servicios específicas».

<sup>6</sup> Sobre el punto, G. COMANDÈ, *Dalla responsabilità sanitaria al no-blame regionale tra conciliazione e risarcimento*, en *Danno resp.*, 2010, pp. 977-988.

<sup>7</sup> V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, Napoli, 1993, pp. 12-13, evidencia, en el campo de la responsabilidad médica, los problemas relacionados con la protección del llamado contratista débil y la necesidad de identificar un vínculo entre la distribución de la carga de la prueba y el establecimiento de un régimen de responsabilidad específico, en un intento de conciliar la indemnización por la salud y la función preventiva de la responsabilidad médica. Esta suposición, dentro de la protección del contratista llamado débil, es parte de la tendencia general de ampliar la responsabilidad civil, incluso en el campo de la responsabilidad médica dentro del cual el mismo A. identifica "dos almas" que viven juntas: «... una se encuentra en una perspectiva extracontractual y se mueve, en el caso de la persona, hacia una hipótesis de responsabilidad estricta; la otra mira el perfil contractual de la relación, como las referencias cada vez más frecuentes a la teoría del consentimiento informado».

<sup>8</sup> La referencia es, por ejemplo, a aquellas disciplinas contractuales que ahora brindan muchas tipologías de derecho que permiten la reconsideración inicial a favor del contrayente débil (consumidor - inversionista) en las contrataciones fuera del local



La misma necesidad de protección se invoca para el sujeto que se beneficia de los servicios de salud pública, que, teniendo la necesidad de asistencia médica, se dirige a las estructuras provistas, tanto para asistencia, información y control (en este caso el sujeto asumirá la calificación de “usuario”), como para actividades de atención adecuada y ser sometido a intervenciones médicas (en este caso, será visto como “paciente” a todos los efectos)<sup>9</sup>.

Los instrumentos de protección instaurados en beneficio del usuario, como sucede en el caso de los servicios de salud médica prestados por un establecimiento de salud, ya sea público, privado o en convención con el sistema nacional de salud, se encuentran, en consecuencia, visiblemente modificados<sup>10</sup>.

---

comercial, a distancia, en multipropiedad, en el contrato de seguro en vida, en la ubicación fuera del sitio y a distancia de los servicios financieros a los consumidores. De hecho, en ellos se esboza un asunto contractual procesalizada, en la que se prevén obligaciones específicas de transparencia e información a cargo de la parte profesional, que preceden a la manifestación del consentimiento y al eventual replanteamiento del contrayente débil. Sobre el derecho a repensar, entre otros, A. JANNARELLI (a cura di), *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dei locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, Napoli, 1995, p. 193 ss.; D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, 1997; V. ROPPO, *Vendita a domicilio di valori mobiliari: formazione del contratto e recesso dell'investitore*, en *Contratto e impresa*, 1990, p. 106 ss.; L.V. MOSCARINI, *Diritto di recesso e contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in G. VETTORI (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, p. 224; M.C. CHERUBINI, *Sul c.d. diritto di ripensamento*, en *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 695 ss.; R. CALVO, *I contratti del consumatore*, en *Tratt. Galgano*, XXXIV, Padova, 2005, p. 249 ss.

<sup>9</sup> También se debe señalar que los servicios sociosanitarios se encuentran estrechamente relacionados con aquellos que son estrictamente sanitarios, ya que están orientados a satisfacer, a través de vías de atención integral, las necesidades de salud de la persona que solicita conjuntamente servicios médicos y acciones de protección social (ver. art. 3-*septies*, d.lgs. n. 502/1992).

<sup>10</sup> Según la opinión del Prof. E. LLAMAS POMBO «...el cambio en la mentalidad que implica considerar al paciente como usuario de servicios relacionados con la salud, como un consumidor muy especial, ha jugado un papel fundamental ya que su debilidad afecta el derecho fundamental a la salud», en *Il consumatore di servizi sanitari nell'ordinamento spagnolo*, in L. MEZZASOMA, V. RIZZO, V. RICCIUTO e E. LLAMAS POMBO (a cura di), *Il consumatore di servizi tra Italia, Spagna e Latino America*, Napoli, 2015, p. 61.

La evolución normativa (por último, consultar el d. Balduzzi<sup>11</sup> y la l. Gelli-Bianco)<sup>12</sup> y, en particular, la adaptación del sistema de protección del código civil al alterado contexto global, se deben principalmente a la doctrina y a la aplicación jurisprudencial<sup>13</sup>.

Sobre el tema, como se ha mencionado, ha intervenido recientemente la l. n. 24 del 8 de marzo de 2017 llamada también “legge di sistema”<sup>14</sup> y una de sus intenciones ha sido precisamente la de aclarar la naturaleza de la relación jurídica entre el paciente, el profesional de la salud y la estructura sanitaria, contribuyendo, en muchos aspectos, a garantizar una protección efectiva al usuario y, al mismo tiempo, tratando de promover la profesión

---

<sup>11</sup> D.l. 13 de septiembre de 2012, n. 158, modificado por medio de la l. 8 de noviembre de 2012, n. 189. Para una profundización de la legislación, cfr. M.C. GIORDANO, *La responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie alla luce del D.l. n. 158/2012 "Decreto Balduzzi"*, en *Officina del diritto, La responsabilità del medico*, Milano, 2013, p. 72.

<sup>12</sup> La l. n. 24 del 08 de marzo de 2017 (llamada ley Gelli-Bianco) concerniente a las “Disposiciones sobre la seguridad del tratamiento y la persona asistida, así como sobre la responsabilidad profesional de los profesionales de la salud”, publicado en la G.U., serie general, n. 64 del 17 de marzo de 2017, que entró en vigor el 01 de abril de 2017, interviene después de poco más de cuatro años desde la aprobación de l. n. 189/2012 (llamado decreto Balduzzi). Para los primeros comentarios sobre la ley Gelli Bianco, ver F. CENTONZE e M. CAPUTO, *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. di med. leg.*, 2016, 1361; C. CUPELLI, *Lo statuto della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, en [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); G.M. CALETTI e M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, en [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); P.F. POLI, *Il d.d.l. Gelli-Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?*, en [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, en *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 572 ss. V. anche G. ALPA (a cura di), *La responsabilità sanitaria. Commento alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, Pisa, 2017; I. PARTENZA, *La nuova responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria*, Pisa, 2017.

<sup>13</sup> Sobre la colaboración entre Cortes “di vertice”, es fundamental P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, S. ROMANO, Napoli, 2008, p. 14, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 123, hablando de la interpretación evolutiva, observa que no es la ley la que evoluciona, sino el orden que se refleja, de una manera siempre nueva, en la mente del intérprete. «La ley en sí misma es inerte. No tiene vida propia. Es la materia, no el alma. Un alma tiene, por el contrario, el ordenamiento donde las leyes son una expresión de su continuo cambio de fuerzas vitales».

<sup>14</sup> Expresión utilizada por M. CAPUTO, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria, dopo la L. 24 del 2017... quo vadit? Primi dubbi, prime risposte, secondi dubbi*, in *Danno resp.*, 2017, p. 293 ss.

médica, respecto a la cual los trabajadores de la salud, conscientes de los riesgos asociados con ella, se muestran muchas veces dudosos e inseguros<sup>15</sup>.

El aspecto de la tipificación y la contractualización de la relación jurídica entre el usuario y el ente sanitario (basado en el “contrato de hospitalización”)<sup>16</sup>, evidenciado, como se especificará durante el desarrollo de la discusión, por el art. 7, párrafo 1, l. 24/2017, es muy importante para el paciente, por cuanto garantiza una protección reforzada que se desprende de las normas del código de protección al consumidor<sup>17</sup>, que determina un alto nivel de protección a los consumidores y usuarios, considerados la parte débil en la relación contractual con el profesional<sup>18</sup>.

En general, se observa como el contrato de atención médica presenta variaciones con respecto a la disciplina general de los contratos, como para hipotizar su clasificación autónoma<sup>19</sup>. El legislador italiano, por su parte,

---

<sup>15</sup> Sobre la emblemática responsabilidad profesional en el sector médico, ver. L. NIVARRA, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto sulla giurisprudenza*, en *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 513 ss. Cfr. anche F. MARTINI, A. MAZZUCHELLI, M. RODOLFI e E. VIVORI, *La responsabilità civile del professionista*, 2007, Torino, p. 129 ss.

<sup>16</sup> Sobre la “contractualización” de la responsabilidad médica, cfr. E. QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, en *Resp. civ. prev.* 2017, p. 0027B.

<sup>17</sup> Como es sabido, el código de protección al consumidor, como disciplina general en la relación entre profesional y consumidor, surge de la reorganización de todas las regulaciones consumistas diseminadas en el sistema legal italiano, cuyas disposiciones representan el resultado de la transposición dentro de nuestro sistema de regulaciones comunitarias que, con el tiempo, han creado lo que hoy se define como «derecho de protección al consumidor». Sobre la evolución sufrida por el derecho de protección al consumidor, ver E. CATERINI, *La terza fase del diritto dei consumi*, en G. CAVAZZONI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA e V. RIZZO (a cura di), *Il diritto dei consumi: realtà e prospettive*, Napoli, 2008, p. 21 ss.

<sup>18</sup> Sobre la necesidad de proteger al usuario que se beneficia de los servicios públicos, cfr. S. MICONI, *L'applicazione del Codice del consumo ai rapporti di utenza del Servizio pubblico*, en M.L. CHIARELLA (a cura di), *I contratti del consumatore e dell'utente tra diritto comune e codificazioni di settore*, Napoli, 2016, p. 237 ss.

<sup>19</sup> Sobre los aspectos estructurales del contrato de asistencia médica, ver A.M. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, p. 17 e A. DE MARTINI, *La responsabilità civile del medico*, in *Giust. civ.*, 1954, I, p. 1234. En el ordenamiento jurídico español, sobre la configuración jurídica del contrato de servicios médicos, sobre su naturaleza y sobre la posibilidad de asimilarlo a otras categorías de contrato, cfr. E.

no proporcionó ninguna norma específica del contrato en cuestión, cuyo esquema de referencia sigue siendo el del art. 2230 c.c. y ss. (sobre los contratos relacionados con el trabajo intelectual)<sup>20</sup>.

Del mismo modo, la salud y la seguridad en la atención al ser humano se encuentran protegidas de forma transversal en toda la disciplina de consumo, tanto italiana como española<sup>21</sup> y colombiana<sup>22</sup>, tanto en lo que respecta a productos como a servicios<sup>23</sup>.

---

LLAMS POMBO, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, cit. p. 116 ss. L'A., en particular, procede a un posible paralelismo del contrato médico con: el contrato de mandato; el contrato de obra; el contrato de servicios; el contrato de trabajo y el contrato innominado.

<sup>20</sup> V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, cit., p. 14.

<sup>21</sup> Con la entrada de España en la Comunidad europea, el país ibérico ha ampliado en gran medida el orden normativo relativo a la tutela y protección del derecho a la salud del consumidor, mediante la aplicación de disposiciones comunitarias en las leyes de sectores específicos. Por ejemplo, en el área de salud y de seguridad y por medio de sanciones e indemnizaciones por daños y perjuicios derivados del consumo o uso de bienes y servicios comercializados, podemos citar: la ley 17/2011, de 5 de julio de 2011, de seguridad alimentaria y nutricional; Real Decreto del 26 de diciembre de 2003, n. 1801, sobre la seguridad general de los productos; Real Decreto del 22 de junio de 1983 n. 1945 que regula las infracciones y sanciones en defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria; Real Decreto del 22 de junio de 1990, n. 820, que prohíbe la comercialización y fabricación de productos que aparentemente son engañosos y ponen en peligro la salud o la seguridad de los consumidores; Real Decreto del 19 de enero de 1996, n. 44, que adopta medidas para garantizar la seguridad general de los productos puestos a disposición del consumidor. Para más información, A. DE LEÓN ARCE, *La protección legal de los consumidores y usuarios en España*, in A. DE LEÓN ARCE e L.M. GARCÍA GARCÍA (coordinato e diretto da), *Derechos de los consumidores y usuarios*, vol. I, Valencia, 2016, p. 144.

<sup>22</sup> A modo de ejemplo, en el ordenamiento colombiano, de conformidad con el art. 5 de la ley de protección al consumidor (ley n. 1480 del 12 de octubre de 2011) que unifica la noción de “bienes” y “servicios”, los productos farmacéuticos se consideran como cualquier otro producto de consumo, lo cual los hace encontrarse bajo las reglas de protección al consumidor.

<sup>23</sup> Con respecto al ordenamiento colombiano, el legislador ha establecido que la protección al consumidor ha concebido que los usuarios de servicios tengan el mismo trato que los consumidores de productos y, en ese sentido, ha unificado ambos conceptos, en uno, con la noción del consumidor. De conformidad a la ley n. 1480 de 2011 (Estatuto del consumidor), en el art. 5, n. 8, donde se llama “producto” también al “bien o servicio”, O. WOOLCOTT, *Nuevas dimensiones de la protección del paciente: en la responsabilidad médica, el derecho a la salud y el Estatuto del consumidor*, in *Revista Principia Iuris*, 22, 2014-II, p. 257.

En este sentido, por ejemplo, resulta de fundamental importancia el art. 51 de la Constitución española<sup>24</sup>, así como el nuevo Texto reformado de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado mediante el Real Decreto legislativo 1/2007, del 16 de noviembre de 2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios<sup>25</sup> y las disposiciones que consagran el derecho del consumidor a su salud y a su seguridad<sup>26</sup>.

Se señala a este respecto que, si bien la citada ley de protección al consumidor de España se refiere específicamente a los servicios de salud (mencionándolos dentro de la norma prevista en el art. 148 del citado texto en español, intitulado “Régimen especial de responsabilidad”), el código de protección al consumidor de Italia (Decreto legislativo n. 206, del 6 de septiembre de 2005) y el Estatuto del consumidor de Colombia (ley n. 1480 del 12 de octubre de 2011) se eximen de mencionarlos

---

<sup>24</sup> De acuerdo con esta norma, las autoridades públicas garantizan la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo, a través de procedimientos efectivos, la seguridad, la salud y los intereses económicos legítimos de los mismos. Además, las autoridades promueven la información y la educación de consumidores y usuarios, desarrollan sus organizaciones y les consultan en asuntos que puedan afectarles en los términos establecidos por la ley.

<sup>25</sup> Aprobado con d.lgs. 16 noviembre 2007, n. 1 (*Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*).

<sup>26</sup> Sobre la base del Real decreto legislativo 1/2007, que procedió a la abrogación y, al mismo tiempo, a incorporar, en un *Texto refundido*, la ley n. 26, 1984, y otras leyes especiales, se coloca, como lo fue para el legislador italiano, la misma necesidad de crear una obra de organización de la totalidad de las normas de protección al consumidor, ya que se demuestra que, a pesar de la existencia en el ordenamiento español de una Ley General, hay numerosas inconsistencias producidas por las adopciones, cada vez más frecuentes. Sin embargo, a este respecto, lo que no se puede omitir es que la doctrina española es unánime en destacar la presencia de diferentes obstáculos que pueden interponerse a la reunificación en un solo cuerpo normativo de todas las disposiciones vigentes relativas a la protección de los intereses de los consumidores, entre los cuales, se atribuye una importancia decisiva a la presencia dentro del ordenamiento español de diferentes fuentes normativas que concurren en la regulación de este sector constituido por relaciones privadas. De esta opinión V.G. BOTANA GARCÍA, *Artículo 1*, en E. LLAMAS POMBO (a cura di), *Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*, Madrid, 2005, p. 46, que considera esta elaboración «una labor ardua».

específicamente. Como será analizado, sin embargo, en la legislación italiana igualmente, en el marco de los servicios públicos, en particular en lo que se refiere a la prestación de este último por medio de la subvención del Estado – como en el caso de los relativos a la salud – la protección de los consumidores se extiende al usuario de un servicio de salud<sup>27</sup>. En consecuencia, la disciplina aplicable al tipo de relaciones dentro de estos servicios debe ser la más favorable, el código de protección al consumidor<sup>28</sup>. De hecho, es evidente cómo la prestación de los servicios de salud sea calificable como un ejercicio de una actividad que, para sus estructuras y métodos organizacionales, así como por la calidad de la prestación, puede calificarse como profesional<sup>29</sup>.

Identificar instrumentos específicos para el área de protección al usuario-ciudadano, derivados de las disposiciones contenidas en el código de protección al consumidor y del derecho común, es una necesidad prioritaria si se tiene en cuenta, como se ha mencionado, la gran cantidad de errores médicos que ocurren diariamente en los establecimientos de salud, causando, a veces, graves consecuencias para la salud del paciente<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Sobre la definición unitaria de consumidor-usuario, ver E. CAPOBIANCO, *Art. 3, in Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, (a cura di) E. CAPOBIANCO e G. PERLINGIERI, Napoli, 2009, p. 16, quien nota que «ya la ley n. 281 del 30 de julio de 1988, sobre los derechos de los consumidores y usuarios, aproximó la figura del usuario a la del consumidor y los definió como personas físicas que compran y utilizan bienes o servicios para fines no relacionados con sus actividades comerciales o profesionales».

<sup>28</sup> G. BERTI DE MARINIS, *Disciplina del mercato e tutela dell'utente nei servizi pubblici economici*, Napoli, 2015, p. 222.

<sup>29</sup> A.M. BENEDETTI e F. BARTOLINI, *Utente vs. Servizio sanitario: il "no" della Cassazione al foro del consumatore*, in *Danno resp.*, 2010, p. 72. Sobre el proceso de "aziendalizzazione" de las estructuras médico-sanitarias, v. E. CATERINI, *Rapporto di assistenza, "contenuto minimo" e tutela della persona*, in P. PERLINGIERI e E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, IV, Napoli, 2009, p. 23 ss.

<sup>30</sup> Los casos de *medical malpractice* muestran, por un lado, también la ineficiencia del sistema de salud público o privado, por ejemplo, el daño debido a infecciones nosocomiales, el retraso en los tratamientos o instalaciones inadecuadas. Sobre el tema, N. DE LUCA, M. FERRANTE e A. NAPOLITANO, *La responsabilità civile in ambito sanitario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 4, 2017, p. 741.

Las mismas, además, son causadas mayormente por la atención médica de los mismos prestadores del servicio sanitario, que efectúan la prestación en violación de los deberes de diligencia, prudencia y pericia, causando daños considerables a la salud de los pacientes que, inevitablemente, solicitan ser protegidos a través del instrumento del proceso contencioso<sup>31</sup>.

La proliferación de conflictos en el campo de la medicina, a su vez, contribuye a un fenómeno social actual y que se encuentra muy difundido, el de la “medicina defensiva”<sup>32</sup>, que desde hace algunos años en nuestro país se encuentra cada vez más en el centro del debate, tanto en el ámbito puramente legal, como de forma más general, en las ciencias sociales<sup>33</sup>, con resultados graves en materia de protección al paciente, considerado como parte débil de la relación contractual, con respecto al médico (en el caso en el que el paciente haya asumido las obligaciones contractuales con este último) y el centro de salud. Esto se debe a que este fenómeno apunta en primer lugar a salvaguardar la seguridad judicial del médico, en detrimento de la salud del paciente.

La “medicina defensiva” se manifiesta cuando el médico ordena exámenes, procedimientos o visitas, o, por el contrario, se evita tener pacientes con procedimientos de alto riesgo, principalmente para reducir el riesgo de causas judiciales. Específicamente, cuando los médicos realizan

---

<sup>31</sup> Sobre el concepto de diligencia, M. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 1993, p. 20. identifica dos áreas distintas: la de competencia (discreción técnica) y la de atención (escrupulosidad) en el cuidado del paciente, y esta distinción es una premisa lógica para el juez a los efectos de una evaluación diferenciada de la culpa.

<sup>32</sup> Sobre el punto, cfr. G. CALABRESE, *Funzione e struttura dei sistemi di responsabilità medica*, en F.D. BUSNELLI e G. SCALFI (a cura di), *La responsabilità medica*, Milano, 1982, p. 61; F. D’ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, en *Riv. it. med. leg.*, 3, 2014, p. 927.

<sup>33</sup> G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, Roma, 2017, Introduzione, p. XI, según el cual «las responsabilidades en el ejercicio de la actividad médica se han convertido desde hace algunos años en un problema real, no solo jurídico y médico legal sino también social. De hecho, el problema representado por la medicina defensiva, que es la tendencia generalizada a prescribir pruebas diagnósticas y medicamentos no útiles para el paciente, pero necesarios para establecer una mejor defensa posible en caso de futuros litigios, se refleja tanto en el gasto sanitario como en la calidad del ejercicio de la profesión».

exámenes o procedimientos en exceso, implementan la llamada medicina defensiva “positiva”; cuando, en cambio, evitan algunos pacientes o procedimientos, practican la llamada medicina defensiva “negativa”<sup>34</sup>.

Se considera que, en cualquiera de sus formas, esta actitud de los profesionales de la salud tiene un impacto altamente negativo en la salud del paciente y en la prestación de los servicios de salud<sup>35</sup>. La conducta de la medicina defensiva “positiva” puede ser verificarse, según el caso, en prestaciones con beneficios desproporcionados respecto a gasto cargos, sin ningún beneficio o incluso perjudicial<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Cfr. F. D’ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, cit., p. 927 ss., pone de manifiesto que, de acuerdo con una encuesta empírica realizada por *Centro Studi Federico Stella* sobre la justicia penal y la política criminal (CSGP), de la *Università cattolica del S.C. di Milano*, a través de una investigación cuali-cuantitativa que sondeó las percepciones y las dificultades profesionales de una muestra representativa de las diferentes especialidades médicas, sirvió de marco para una medicina defensiva siempre más auge en la estructura sanitaria del país: 77,9% de los entrevistados, por ejemplo, admitieron haber adoptado al menos un comportamiento propio de la medicina defensiva durante el último mes de trabajo. En particular: el 82.8% declaró que había colocado en la historia clínica anotaciones evitables; el 69.8% dijo que había propuesto la hospitalización de un paciente, aunque podría haber sido administrable de forma ambulatoria; el 61.3% admitió que prescribieron más pruebas diagnósticas de las necesarias; el 58.6% dijo que recurrió a la consulta innecesaria de otros especialistas; el 51.5% admitió que prescribieron medicamentos innecesarios; el 26.2% dijo que excluyeron pacientes “en riesgo” de algunos tratamientos, más allá de las reglas normales de prudencia.

<sup>35</sup> V. el Proyecto de ley c. 5440 de la XVI legislatura, p. 5 (“Conversión en ley del Decreto-ley n. 158 del 13 de septiembre de 2012, que contiene disposiciones urgentes para promover el desarrollo del país mediante un mayor nivel de protección de la salud”), presentado el 13 de septiembre de 2012, que establece que «(...) el fenómeno de la llamada “medicina defensiva” (...) determina la prescripción de pruebas diagnósticas inapropiadas, con graves consecuencias tanto para la salud de los ciudadanos como para el aumento de las listas de espera y los costos para las empresas de salud. El carácter de urgencia se encuentra vinculado a la consideración de que la situación recordada de fuerte restricción de los recursos financieros disponibles para el Servicio nacional de salud, la falta de control de este creciente factor de gasto inapropiado generará dificultades insostenibles para las regiones y las empresas de salud...».

<sup>36</sup> Como observa A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, en *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 2, «el médico ya no solo equilibra los riesgos temidos y los beneficios a la salud, en el proceso de identificar el “mejor” tratamiento contra la enfermedad, sino que también evalúa su propio riesgo de exposición “judicial”, hasta el punto de dejarse influenciar fuertemente. Esta alteración en la relación entre médico y paciente, reproducida en gran escala, también implica una gestión no racional de los recursos, con daños a la economía



Las prácticas de la medicina defensiva “negativa”, por su parte, también pueden disminuir seriamente las posibilidades terapéuticas del usuario y, más en general, crear la extenuación de especialidades médicas enteras consideradas “de riesgo”, aunque necesarias para el tratamiento médico.

Debido a los aspectos evidenciados, la protección de la salud del paciente puede, en ciertas circunstancias, convertirse para el profesional de la salud en un objetivo secundario al priorizar la minimización del riesgo legal, lo cual viene a contrastar con la función primaria del derecho a la salud, al dejar de lado su valor absoluto y de garante<sup>37</sup>. Por estas razones, se hace bastamente necesaria y urgente la intervención del legislador en el campo de la responsabilidad médico-sanitaria, para tratar de establecer un equilibrio entre la protección del paciente y la responsabilidad del profesional de la salud, de manera que este último vuelva a ser capaz de tomar decisiones en interés exclusivo del paciente (y no solo para reducir su riesgo en caso de procedimientos judiciales)<sup>38</sup>.

Con respecto a la protección de la salud y al valor de la persona, la referencia jurídica principal es, sin duda, la Constitución, como es bien sabido, la República establece la tarea de proteger la salud como un derecho fundamental del individuo<sup>39</sup> y como un interés colectivo,

---

de los servicios de salud, que a su vez afectan la cantidad y calidad de los servicios disponibles y, en última instancia, a los mismos usuarios».

<sup>37</sup> V. F. D’ALESSANDRO, *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva* cit., p. 927 ss., que destaca que, de acuerdo con la encuesta empírica realizada por el CSGP (Centro studi “Federico Stella” sobre la justicia penal y la política criminal de la Università cattolica del S.C. di Milano), entre las principales razones de esta conducta “defensiva”: el 80,4% indicó el temor de un litigio judicial penal, el 65,7% la influencia de experiencias previas de litigios contra sus colegas; el 59,8% el temor de recibir un reclamo de indemnización, el 51,8% de la influencia de experiencias personales previas de litigación, el 43,5% el temor a recibir publicidad negativa por parte de los medios de comunicación.

<sup>38</sup> G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, cit., p. XI.

<sup>39</sup> Sobre la salud como derecho fundamental del individuo, en jurisprudencia, Corte cost.: 18 de julio de 1991 n. 356 en *Rass. giur. Enel* 1993, 608; 18 de junio de 1991 n. 202, en *Giust. civ.* 1991, I, 1378; 18 de diciembre de 1987, n. 559 en *Riv. giur. Polizia locale* 1989, 62. Sobre el derecho a tratamiento de salud como un derecho fundamental, ver: Corte cost., 2 de diciembre de 2005, n. 432, en *Giur. cost.* 2005, 6, 4657; Corte

estableciendo para ello que la ley, de ninguna forma, puede violar los límites impuestos para el respeto a la persona humana<sup>40</sup>.

Representa un hecho que cuando se habla de la persona y de la protección de su salud no sólo se hace referencia a un estado de mera integridad física y mental, comparable a la pura ausencia de enfermedades, sino más bien un complejo derecho del individuo que incluye el más amplio concepto de bienestar físico y psicológico en general<sup>41</sup>.

Por tanto, la atención se ha desplazado hacia el destinatario de la actividad médica y, en modo particular, sobre el consentimiento informado para el tratamiento médico y, sobre todo, la manera en que se suministra.

Es solo con la entrada en vigencia de la Constitución, en particular con el art. 32<sup>42</sup>, que la salud se convierte en un objeto de especial atención por

---

const., 11 de julio de 2003 n. 233, en *Il civilista* 2009, 6, 29 y Corte const., 17 de julio de 2001 n. 252 en *Dir. fam.* 2001, 1395.

<sup>40</sup> Entre los derechos mencionados en la constitución española (como, por ejemplo, la vida y la integridad física moral, el artículo 15, libertad y seguridad, el artículo 17.1, la libertad ideológica, religiosa y de culto, el artículo 16.1; a la educación para la salud y educación física,...) algunos han tenido un desarrollo legislativo, tales como: la ley n. 3 del 14 de abril de 1986, en el campo de la salud pública; la ley n. 14 del 25 de abril de 1986, General de salud pública; ley n. 26 del 19 de julio de 1984 (ahora reformada con el Real Decreto legislativo 1/2007), general para la defensa de consumidores y usuarios. Esta descripción legislativa se destaca por J.M. MARTÍN BERNAL, *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes. Problemática jurídica de la relación médico-paciente*, Madrid, 1998, p. 33.

<sup>41</sup> Sobre el derecho a la vida y sobre el derecho a la integridad psicofísica, cfr. P. PERLINGIERI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., pp. 94 y 95; de acuerdo con el art. 3, párrafo 2, cod. deont. med. titulado “Deberes del médico”, se indica que «la salud se entiende en el más amplio sentido biológico del término, como una condición de bienestar físico y psicológico de la persona».

<sup>42</sup> V. Corte cost. 14 de diciembre de 2017, n. 268, en *Diritto giust.*, 203, 2017, p. 13, con nota de G. MARINO, *Vaccino antinfluenzale: il mancato riconoscimento dell'indennizzo viola la Costituzione?*, allí, que, sobre la cuestión de la legitimidad constitucional del art. 1, la ley n. 210 del 25 de febrero de 1992 (“Indemnización a favor de sujetos afectados por complicaciones irreversibles debido a vacunaciones obligatorias, transfusiones y administración de derivados sanguíneos”) ha declarado inconstitucional la parte en la cual no prevé el derecho a indemnización, según las condiciones y métodos establecidos por la misma ley, en relación de quienes han sido vacunados contra la influenza. La Corte ha establecido que, de conformidad con los artículos 2, 3 y 32 const. no es la obligación, sino los requisitos de solidaridad social que se imponen a la comunidad (para la salvaguarda del interés colectivo) lo que desencadena la indemnización, donde el individuo sufre consecuencias negativas para la propia integridad psicofísica derivada de un tratamiento de salud, tanto obligatorio como recomendado.

parte de la República y se confirma por medio de la relación entre la organización y sus funciones<sup>43</sup>, ya que la tarea de garantizar la protección de la salud se encuentra a cargo de la República y de la potestad legislativa<sup>44</sup>.

El principio del personalismo<sup>45</sup> constituye una de las piedras angulares

---

<sup>43</sup> De acuerdo con el “principio de subsidiariedad” constitucional, el servicio de salud se organiza según diferentes niveles de responsabilidad y de gobierno: a nivel central, el Estado tiene la responsabilidad de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la salud a través de un sólido sistema de garantías, con niveles esenciales de asistencia; a nivel regional, las Regiones tienen la responsabilidad directa de la realización del gobierno y el gasto para alcanzar los objetivos de salud del país. En cuanto a la protección de la salud de los ciudadanos entre niveles esenciales de atención y servicios de salud, ver R. DE MATTEIS, *La responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, 2017, Padova, p. 53 ss.

<sup>44</sup> Para la Constitución española de 1978, sobre el tema del derecho a la salud, la referencia principal es el art. 15, («todos tienen derecho a la vida ya la integridad física...») y, dada su ubicación en la primera sección del Segundo Capítulo, del Título I dedicado a los “derechos y deberes fundamentales” se instituye su protección privilegiada. El derecho a la salud, en particular, se proclama en el art. 43, titulado “Derecho a la protección de la salud” y se considera como un bien primordial y como un medio directo para garantizar la vida. En el punto, refiérase a O’CALLAGHAN MUÑOZ X., «*Sinopsis de los derechos de la personalidad*», en *Revista de actualidad Civil*, 27, 1986, p. 1888 ss. y M<sup>o</sup>C. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Sobre los derechos de las personalidad*, en *Revista de actualidad jurídica*, ISSN-e 0120-8942, 12, 2003. La Constitución del ordenamiento colombiano de 1991, por otra parte, no se refiere literalmente al “derecho a la salud” porque confirma este derecho, más generalmente, como un derecho a la seguridad social. En particular, en el Título II, Capítulo 2, titulado “De los derechos sociales, económicos y culturales”, el art. 49 considera la importancia de la salud como un servicio público del Estado y como garantía de acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Este es un precepto general de naturaleza programática relativo a la provisión del servicio público por parte del Estado. Además, a diferencia de otros sistemas de salud, en el caso colombiano, el sistema de salud está estructurado como parte de los beneficios más amplios de la seguridad social y el art. 48 de la Constitución, específicamente, garantiza el derecho indispensable a la seguridad social y señala que «la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado...». Es la ley 100 de 1993 que crea en Colombia el sistema general de seguridad social y regula lo que concierne al sistema integral de salud en el libro II. Aunque la constitución colombiana no se refiere expresamente al derecho a la salud, lo ha hecho repetidas veces la jurisprudencia (ver sent. T-01-1992, T.462-1992, T-398-1993, T-1306-2000; T.-849-2002; T-760-2008) que garantiza el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud y proclama el derecho fundamental a la salud. Sobre el punto, O. WOOLCOTT, *Nuevas dimensiones de la protección del paciente: en la responsabilidad médica, el derecho a la salud y el Estatuto del consumidor*, cit., p. 247 ss.

<sup>45</sup> Sobre el tema del “personalismo y solidarismo constitucional” cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 433.

del orden constitucional italiano y el derecho a la salud, tutelado por la Constitución y por el código de protección al consumidor, representa un elemento característico del mismo<sup>46</sup>.

A partir de este principio<sup>47</sup> se deriva una serie de derechos fundamentales del individuo que podrán ser ejercidos en sus relaciones con el sector salud, como son los derechos de información y de participación, la libertad de elección del médico y del lugar de tratamiento, los derechos de oposición, el consentimiento informado, el derecho a la intimidad, el derecho a la dignidad, a la vida, a la identidad, a la libre determinación y, en general, todos aquellos derechos que si llegan a ser lesionados a causa de la responsabilidad médico-sanitaria, hacen posible el ejercicio de una serie de acciones legales para proteger al usuario<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Sobre el tema del valor de la persona en el ordenamiento español, cfr. A.J. KRAUT, *Los Derechos de los pacientes*, Buenos Aires, 1999, p. 25, según el cual se debe hablar de la persona como un concepto ético fundamental (llamado “personalismo ético”): el personalismo ético atribuiría al hombre un valor en sí mismo y una dignidad precisamente porque es “persona” en un sentido ético y moral. Sobre el desarrollo de los derechos del paciente en la salud pública y la legislación de salud, ver también A. MEDIAVILLA HERNÁNDEZ, *Desarrollo de los derechos del paciente en la sanidad pública*, in *Cuadernos del master en Derecho Sanitario*, Madrid, 2002, p. 105 y, en particular, en la l. n. 41 del 14 de noviembre de 2002, (sobre los derechos del paciente y sobre la información y la documentación clínica), cfr. A. DOMÍNGUEZ LEULMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Madrid, 2007.

<sup>47</sup> Segùn Cass. pen., Sez. un., 21 de enero de 2009, n. 2437, en *Guida dir.*, 7, 2009, «la actividad médica, precisamente porque está destinada a materializar el derecho fundamental de todos a la salud, y a implementar la prescripción dictada por el art. 2 de la Carta, tiene una base de legitimidad directamente en las normas constitucionales que, de hecho, describen el bien de la salud como un derecho fundamental del individuo».

<sup>48</sup> Para una clasificación general y sistemática de estos derechos, también llamados derechos personales, ya que protegen los valores esenciales de la persona, entre otros, ver P. PERLINGIERI, *Istituzioni di diritto civile*, 2012, Napoli, p. 93 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica e i soggetti*, 2º ed., Milano, 2002, p. 139 ss. e 161 ss.; P. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990; D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, en *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 355 ss.; M. BESSONE e G. FERRANDO, *Persona fisica*, en *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 193 ss.; S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007. Sobre los problemas que el uso de la biotecnología implica en relación con el ejercicio de los derechos de la personalidad, ver A. GALASSO, *Biotecnologie e atti di disposizione del corpo*, en *Familia*, 2001, p. 911 ss.

## Capitolo I.

### **Nuove frontiere per la responsabilità medico-sanitaria: la legge 8 marzo 2017 n. 24 (c.d. l. Gelli-Bianco)**

#### **1.1 L'evoluzione della responsabilità medico-sanitaria: la tipizzazione del “contratto di speditività” per opera della l. 24/2017**

I punti di criticità di una tematica delicata<sup>49</sup>, e tra le più controverse del diritto civile, porta a verificare l'attuale stato dell'arte in tema di responsabilità medico-sanitaria<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Sulla questione aperta circa la natura giuridica della responsabilità civile medico-sanitaria, anche nell'ordinamento spagnolo, cfr. J. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho español*, R.D.P., 1984, p. 131 ss.: in particolare sorgono difficoltà nel considerarla contrattuale, tenuto conto della difficile individuazione dell'oggetto del contratto medico. Si è discusso che l'oggetto del contratto dei servizi medici, nella relazione medico-paziente, potesse essere il corpo umano, l'esercizio della professione ovvero il frutto dell'intelligenza. Tesi, quest'ultime, non sostenibili, per la mancanza dell'elemento di liceità del contratto, da E. LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, 1988, p. 205.

<sup>50</sup> Sull'evoluzione generale del sistema della responsabilità medico-sanitaria in Italia, tra gli altri, M. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, cit.; P. STANZIONE e V. ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998; R. DE MATTEIS, *La malpractice medica*, in AA.VV., *Il danno alla persona*, P. CENDON e A. BALDASSARI (diretto da), I, Bologna, 2006, p. 1303 ss.; ID., *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995; V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, cit.; M. ROSSETTI, *Responsabilità medica - le fattispecie di danno e il consenso informato*, Milano, 2012; A. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983; E. QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, cit. p. 30 ss.; G. SCARCHILLO, *La responsabilità medica: risarcimento o indennizzo? Riflessioni, evoluzioni e prospettive di diritto comparato*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1490B. Sull'evoluzione generale del sistema della responsabilità medico-sanitaria in Spagna, cfr. E. LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, cit.; D. BELLO JANEIRO, *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Madrid, 2009; J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, Granada, 2007; M.C. GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad médica*, Valencia, 2013; L.F. RAGEL SÁNCHEZ, *Nuevo enfoque de la responsabilidad médica-sanitaria: la perspectiva de la defensa de los consumidores y usuarios*, in *Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres*, 2000, p. 230, il quale distingue i concetti di “responsabilità medica”, e “responsabilità sanitaria” considerando, quest'ultima, un'espressione più ampia in cui è ricompresa tutta la responsabilità che

Appare doveroso ripercorrere ed analizzare preventivamente il rapporto giuridico che si instaura tra paziente-utente e medico-professionista<sup>51</sup>, nonché l'evoluzione delle forme di responsabilità medica delineate nel corso del tempo<sup>52</sup>, per poi giungere ad una attenta e critica analisi delle Riforme<sup>53</sup> che, di recente, sono intervenute nel settore<sup>54</sup>.

Tale indagine si presenta estremamente complessa laddove lo studioso si interroghi se, a tutela del paziente leso, possano invocarsi norme del codice del consumo, le quali presuppongono l'esistenza di un contratto a cui agganciare una responsabilità di tipo contrattuale per il professionista (medico ed ente ospedaliero)<sup>55</sup>.

---

deriva da tutti i tipi di servizi che hanno per oggetto la salute di una persona o di un animale.

<sup>51</sup> Nell'ordinamento spagnolo, sulla natura degli elementi della relazione giuridica esistente tra il medico e il paziente, cfr. M.C. GARCÍA GARNICA, *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, Navarra, 2010, p. 21 ss. L'A., in particolare, nel determinare l'esistenza o meno di un contratto tra il paziente e il prestatore di assistenza sanitaria, ipotizza quattro ipotesi: *a.* prestazione di assistenza medica spontanea o d'urgenza, senza contratto; *b.* prestazione di assistenza medica in virtù di un contratto tra paziente e medico con l'intervento dei dipendenti in un centro sanitario; *c.* prestazione di assistenza medica in virtù di un contratto tra paziente e centro sanitario: il contratto di ospitalizzazione o clinico; *d.* prestazione di assistenza sanitaria in virtù di assicurazione medica.

<sup>52</sup> G.E. NAPOLI, *La responsabilità sanitaria nel sistema civilistico. Punti fermi e nuove linee di riforma*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 65 ss. afferma che a partire dagli anni Novanta del secolo scorso e soprattutto in seguito alle prime affermazioni della tesi fondata sul contatto sociale tra medico e paziente, si è assistito a un significativo cambiamento delle interrelazioni tra dottrina e giurisprudenza. Mentre fino all'inizio dell'ultimo decennio del Novecento la giurisprudenza ha cercato, in qualche modo, di seguire le impostazioni dottrinali in materia di responsabilità medico-sanitaria, nel periodo successivo è stata la dottrina a dover tenere il passo dei giudici. E non è stato per nulla semplice svolgere il compito di organizzazione teorica di quanto prodotto dalla giurisprudenza.

<sup>53</sup> Si fa riferimento al d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito in l. 8 novembre 2012 n. 189 (decreto Balduzzi) e alla l. 8 marzo 2017 n. 24 (l. Gelli-Bianco).

<sup>54</sup> Per una ricostruzione storica-evolutiva delle riforme in materia di responsabilità medica e sanitaria, M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, Napoli, 2017, p. 135 ss.

<sup>55</sup> Secondo A.E. RARRINO, *La consumerizzazione del paziente e la direttiva 2011/24 sull'assistenza sanitaria transfrontaliera*, in *Eur. dir. priv.*, 1, 2017, p. 329, l'atto di "consumo" dei servizi sanitari si riflette su tre piani: *i* quello concorrenziale, *ii* Quello delle prestazioni previdenziali-sociali, *iii* Quello dei diritti fondamentali della persona costituendo, quest'ultimi, un bagaglio giuridico-culturale imprescindibile per il funzionamento del sistema nel suo complesso. Per un'analisi delle caratteristiche del

Nell'ambito della responsabilità sanitaria, l'ultimo intervento legislativo è stato quello relativo all'approvazione della l. 8 marzo 2017 n. 24 (Gelli-Bianco)<sup>56</sup>, recante "Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie"<sup>57</sup>. Tale normativa ha introdotto significative novità sul piano della tutela del paziente sul fronte della natura della responsabilità del medico e della struttura sanitaria<sup>58</sup>, nonché in merito alla ripartizione economica dei risarcimenti e all'obbligo di

---

contratto di cura, cfr. V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, cit., p. 11 ss.

<sup>56</sup> M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, cit., p. 159 mette in risalto la profonda evoluzione terminologica e cioè come, a livello semantico, sia di uso comune l'espressione «responsabilità medica e sanitaria», in luogo di «responsabilità del medico», con ciò intendendosi riferire non tanto e non solo alla responsabilità individuale del professionista, quanto alla responsabilità diretta o vicaria della struttura sanitaria coinvolta nell'erogazione della prestazione sanitaria. Inoltre, si fa riferimento alla responsabilità medica o medico-sanitaria e non più alla responsabilità del medico, poiché non può trascurarsi l'indispensabile apporto del personale infermieristico, delle ostetriche, degli assistenti sanitari e dei tecnici delle diverse branche della medicina (cfr. art. 7 l. 24/2017 che intende equiparare la responsabilità extracontrattuale ai vari operatori professionali che assumono ruoli diversi). Non a caso, con l'art. 3, comma 2, l. 24/2017 ("Sicurezza delle cure in sanità"), il legislatore contempla la sicurezza alle cure invocando la partecipazione di tutto il personale, compresi i liberi professionisti operanti, in regime di convenzione con il S.s.n., alle attività di prevenzione del rischio messe in atto dalle strutture sanitarie e sociosanitarie.

<sup>57</sup> Per un'analisi del nuovo regime di responsabilità civile introdotto dalla l. 8 marzo 2017, n. 24, si rimanda, *ex multis*, a M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, cit., p. 120 ss.; C. BRUSCO, *La colpa penale e civile: la colpa medica dopo la l. 8 marzo 2017, n. 24 (Legge Gelli-Bianco)*, Milano, 2017; F. MANCINI, *L'assicurazione della responsabilità civile professionale e la clausola claims made*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 275; G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, cit. e G. PASCALE, *Responsabilità del medico e risarcimento del danno dopo le sezioni unite. Con formulario e giurisprudenza*, Santarcangelo di Romagna, 2016.

<sup>58</sup> In particolare, l'art. 7 rubricato "La responsabilità civile della struttura e dell'operatore", costituisce il punto di arrivo di un tormentato *iter* legislativo, iniziato nel 2013 con la presentazione di numerosi disegni di legge di iniziativa parlamentare e che, andando ben oltre il decreto Balduzzi (d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con modificazioni in l. 8 novembre 2012, n. 189), ha portato ad una rimediazione della tradizionale impostazione della responsabilità delle strutture sanitarie e degli esercenti la professione sanitaria. Per un'attenta analisi dell'art. 7, l. 24/2017, cfr. E. MOSCATI, *La nuova responsabilità sanitaria: prime impressioni di un civilista*, in G. CARPANI e G. FARES (a cura di), *Guide alle nuove norme sulle responsabilità nelle professioni sanitarie. Commento alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, 2017, Torino, p. 149 ss.

trasparenza da parte delle strutture stesse<sup>59</sup>.

I problemi circa l'inquadramento giuridico della responsabilità civile del sanitario e della struttura sanitaria iniziarono a sorgere con il pieno svolgersi dei principi costituzionali dello stato sociale, nel corso del XX secolo, soprattutto a seguito di una significativa crescita dell'attività sanitaria svolta in forma organizzata, da enti pubblici e privati<sup>60</sup>, nella quale gli elementi tipici del rapporto di opera professionale si compenetrano con quelli propri dell'attività di impresa<sup>61</sup>.

Fino agli anni Novanta, si era ipotizzato un sistema a doppio binario<sup>62</sup>, nel senso di un cumulo o di concorso<sup>63</sup> delle due azioni di responsabilità della struttura sanitaria e del medico<sup>64</sup>, i quali erano tenuti nei confronti del

---

<sup>59</sup> L'art. 4 della nuova l. 24/2017 (l. Gelli-Bianco) disciplina la trasparenza dei dati, assoggettando all'obbligo di trasparenza le prestazioni sanitarie erogate dalle strutture pubbliche e private nel rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali di cui al d.lgs. 196/2003. Per una disamina della responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici, ai sensi dell'art. 28 cost., cfr. L. PRINCIPATO, *L'art. 28 Cost. e la responsabilità civile dell'amministrazione sanitaria dell'emergenza-urgenza*, in *Giur. cost.*, 2016, 4, p. 1606.

<sup>60</sup> Per una definizione unitaria dei servizi pubblici, che in dottrina viene proposta come nozione che oramai si impone anche al confronto della importanza assunta dal fenomeno della privatizzazione dei servizi, cfr. A. ORICCHIO, *Tutela del consumatore e servizi pubblici*, in *Temi di diritto privato*, G. ALPA (collana diretta da), Milano, 2001, p. 53.

<sup>61</sup> G. ALPA, *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 315 ss.

<sup>62</sup> Secondo M. BILANCETTI, *Verso quale riforma della responsabilità medica?*, in *Riv. it. med. leg.*, 4, 2016, p. 1399 ss., il sistema a doppio binario interviene per far fronte alla «indiscutibile emergenza al contrasto alla medicina difensiva» poiché il sanitario, rispondendo in via extracontrattuale, viene esonerato dall'attore paziente leso dall'essere adito in giudizio in quanto sarà per lui meno gravoso chiamare in giudizio la struttura sanitaria che, invece, risponde contrattualmente.

<sup>63</sup> Sulla distinzione tra concorso – che ammette l'esperimento delle due azioni o in via elettiva o l'una in via principale e l'altra in via subordinata – e cumulo – che permetterebbe al danneggiato di assommare i vantaggi dell'una e dell'altra azione nello stesso procedimento – cfr. S. BUSTI, *Contratto di trasporto aereo*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 2001, p. 539. La questione terminologica, anche in riferimento alle diverse prospettive del processualista e del civilista, è affrontata da R. DE MATTEIS, *Il cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una regola di formazione giurisprudenziale*, in *Il risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, G. VISINTINI (a cura di), Milano, 1999, p. 399.

<sup>64</sup> In tema di cumulabilità dei due tipi di responsabilità conseguente, invece, ad un unico comportamento risalente al medesimo soggetto e ad un unico evento dannoso che sia lesivo, sia dei diritti derivanti all'atro contraente dalle clausole del contratto, sia dei diritti assoluti (quali l'onore, l'incolumità personale, la proprietà, ...), v., Trib. di Pescara 2 maggio 1996 n. 621, in *Il civilista*, 1, 41, 2007, il quale, dopo aver chiarito la



paziente per un titolo diverso che comportava anche una diversa natura giuridica della responsabilità dell'una e dell'altro<sup>65</sup>.

Da un lato, infatti, si poneva la struttura sanitaria la cui responsabilità per i danni subiti dal paziente altro non era che la normale responsabilità del debitore per inadempimento o per il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione<sup>66</sup>.

Per la struttura pubblica e privata, infatti, l'accettazione del paziente nell'ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoria, comportava, secondo la tradizionale giurisprudenza<sup>67</sup>, la conclusione di un contratto d'opera professionale<sup>68</sup> con il paziente e la struttura ospedaliera assumeva, a proprio carico e nei confronti del malato, l'obbligazione di compiere l'attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica, in relazione alla

---

responsabilità di tipo contrattuale dell'ente ospedaliero (in quanto, in virtù degli obblighi di immedesimazione dell'organico, l'operato dei suoi dipendenti è direttamente riferibile all'azienda sanitaria), mantiene costante l'orientamento giurisprudenziale che afferma il concorso tra la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. In dottrina sostengono la "teoria del cumulo", R. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, G. VISINTINI (a cura di), Milano, 1984, p. 155 e R. SCOGNAMIGLIO, *Voce responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. Dig. it., Voce resp. civ.*, vol. XV, Torino, p. 677.

<sup>65</sup> E. MOSCATI, *La nuova responsabilità sanitaria: prime impressioni di un civilista*, cit., p. 151.

<sup>66</sup> Secondo Cass., 13 marzo 1998, n. 2750, 1998, 6, in *Giur. it.*, 1999, p. 2279 e Cass., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 908, la relazione giuridica che lega il paziente e la struttura sanitaria, nella quale questi viene accettato ai fini di una visita o di un ricovero, rientra nel contratto di prestazione d'opera professionale. In dottrina, secondo A. DI MAJO, *Le responsabilità civile del medico e dell'istituzione*, in G. CORSO e E. BALBONI (a cura di), *Le responsabilità in ambito sanitario*, Torino, 2011, p. 10 ss., l'impostazione secondo cui «l'obbligazione nascente dal contatto sociale non ha ad oggetto la "protezione" del paziente bensì una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale...» (in questo senso, Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1824) si pone particolarmente adeguata nel caso di professioni "protette", cioè professioni per il cui esercizio è richiesta l'abilitazione da parte dello Stato.

<sup>67</sup> V., ad esempio, Cass., 13 marzo 1998, n. 2750, 1998, 6, in *Giur. it.*, 1999, p. 2279 e Cass., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 908.

<sup>68</sup> Di conseguenza, si applicavano disposizioni di cui agli artt. 2229 - 2238 c.c., anche con riferimento all'ospedale, sebbene le norme fossero rivolte a tutelare, di per sé, solo il professionista intellettuale.

specifica situazione patologica del paziente preso in cura<sup>69</sup>.

La natura contrattuale della responsabilità civile della struttura sanitaria, pubblica e privata, non veniva meno per il fatto che il danno fosse stato causato dal comportamento del medico dipendente dalla struttura stessa, in quanto si faceva applicazione dell'art. 1228 c.c. secondo il quale il debitore (qui, la struttura sanitaria) risponde dell'inadempimento dell'obbligazione anche quando si avvalga dell'opera di terzi, secondo il principio generale che il debitore è responsabile per il fatto degli ausiliari<sup>70</sup>.

Considerate unitariamente la prestazione principale e quelle accessorie, poteva sussistere una responsabilità della struttura sanitaria, dovuta esclusivamente alle gravi carenze organizzative della struttura stessa (si pensi al malfunzionamento di apparecchiature e, più in generale, a criticità organizzative o tecniche)<sup>71</sup>, nonché dovuta dall'opera di esercenti la professione sanitaria<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> R. CATALDI, C. MATRICARDI, F. ROMANELLI, S. VAGNONI e V. ZATTI, *La responsabilità professionale del medico*, Santarcangelo di Romagna, 2006, p. 159.

<sup>70</sup> Ad es. Trib. Milano, 23 maggio 2003, in *Giur. milanese*, 2003, 429, secondo il quale in materia di colpa medica «la casa di cura privata è responsabile, ai sensi dell'art. 1228 c.c. in solido con il medico che ha eseguito erroneamente l'intervento nell'ipotesi in cui il paziente abbia concluso distinti e separati rapporti contrattuali con il medico, per la prestazione d'opera intellettuale, e con la casa di cura per le altre prestazioni».

<sup>71</sup> Per approfondimenti sulla responsabilità della struttura sanitaria, v. G. CORSO, *Disfunzioni organizzative e responsabilità delle strutture sanitarie*, cit.

<sup>72</sup> Cfr., di recente, Cass., 27 marzo 2015, n. 6243 in *Guida dir.*, 2015, 22, 58, la quale disattende le argomentazioni della Corte territoriale che escludeva la responsabilità dell'Asl per l'errore compiuto dal medico convenzionato. I giudici di prime cure escludevano la responsabilità dell'Asl ex art. 1228 c.c., ritenendo che gli obblighi assunti dal Servizio sanitario nazionale, nei confronti dei cittadini, avessero un contenuto meramente organizzativo, non avente ad oggetto la prestazione professionale gravante, invece, esclusivamente sul medico. Inoltre era da escludere, secondo la Corte territoriale, l'applicazione della teorica del c.d. contatto sociale poiché nei rapporti tra il medico di base ed il paziente, l'Asl rimane interamente esclusa non avendo nessun rapporto diretto con il paziente che richiede la prestazione professionale al medico di base, né alcun potere di vigilanza, di controllo o di direzione sull'attività di quest'ultimo che viene esercitata in piena autonomia alla stregua di quella di un libero professionista. La Corte di Cassazione giunge, invece, a conclusioni differenti (sancendo dunque la responsabilità dell'Asl per fatto illecito del medico generico con essa convenzionato, nell'esecuzione di prestazioni curative che siano comprese tra quelle assicurate e garantite dal S.s.n. in base ai livelli stabiliti dalla legge), prendendo le mosse da un'attenta lettura della l. 833/78 (istitutiva del S.s.n.) la quale, dando effettività al precetto costituzionale di cui all'art. 32 cost., mira a

Dall'altro lato, si affermava che la responsabilità del medico (il quale non partecipava a tale rapporto contrattuale, ancorché operasse in una struttura pubblica o privata)<sup>73</sup> fosse una responsabilità di tipo extracontrattuale, per fatto illecito, ai sensi degli artt. 2043-2059 c.c.<sup>74</sup>. L'operatore sanitario, in tal caso, era considerato "terzo" rispetto al contratto di ospitalità poiché, quest'ultimo, riguardava esclusivamente la relazione giuridica paziente-struttura sanitaria<sup>75</sup>.

Questo concorso<sup>76</sup> di responsabilità era causa di non pochi problemi per

---

garantire i livelli minimi ed uniformi delle prestazioni sanitarie che devono essere assicurate ai cittadini, includendo "l'assistenza medico-generica" (art. 14, comma 3, lett h tra le prestazioni "curative" (così espressamente definite dal combinato disposto degli artt. 19 e 25 della l. 833/78) che il S.s.n. deve garantire e che, nello specifico, spettano alle Unità sanitarie locali (ora convertite in Asl).

<sup>73</sup> U. PERFETTI, *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del Consenso informato*, in *Giust. civ.*, 2, 2018, p. 359 ss., individua tre possibili articolazioni del rapporto singolo medico/paziente a seconda che il paziente, alternativamente: a. scelga il medico in regime libero professionale; b. si rivolga a una struttura del Servizio sanitario nazionale, o a una struttura privata per ricevere cure, senza previa scelta del medico che gli viene assegnato; c. si avvalga della prestazione del medico di medicina generale (c.d. medico di base), o di un medico che opera in regime di libera professione intramuraria. Tali ipotesi, tuttavia, secondo F. GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 720, sono agevolmente riconducibili a due: o il medico esegue la prestazione quale diretto contraente del paziente, secondo lo schema del contratto d'opera intellettuale, oppure la esegue in adempimento della relazione di servizio con la struttura sanitaria, a sua volta, diretto contraente del paziente.

<sup>74</sup> Ad es., cfr. Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Giur. it.*, I, 1979, p. 593, commentata, fra gli altri, da G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, p. 242, la quale afferma che, quanto al medico operante nelle strutture sanitarie, la sua responsabilità fosse generalmente extracontrattuale. Per un'attenta disamina delle due forme di responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale) in ambito sanitario, cfr. M. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2001, p. 723 ss.

<sup>75</sup> Questa tesi è ricordata in dottrina a giustificazione della natura extracontrattuale attribuita alla responsabilità medica: G. CORSO, *Disfunzioni organizzative e responsabilità delle strutture sanitarie*, in R. BALDUZZI (a cura di), *La responsabilità professionale in ambito sanitario*, Bologna, 2011, pp. 7-8.

<sup>76</sup> Secondo C. ROSSELLO, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1985, p. 317 ss., il problema del concorso in senso "proprio" si pone esclusivamente se un unico fatto lesivo di cui sia autore uno dei soggetti di un rapporto obbligatorio si configuri, al tempo stesso, sia come inadempimento dell'obbligazione che vincola debitore e creditore, sia come violazione del precetto contenuto nell'art. 2043 c.c. In giurisprudenza, già Cass. 22 dicembre 1925, in *Giur. it.*, 1926, I, 1, 537, enunciava il principio del concorso tra responsabilità contrattuale ed

il paziente, in quanto, trattandosi di due responsabilità di natura giuridica diversa<sup>77</sup>, la responsabilità dell'ente era assoggettata a regole diverse rispetto a quelle della responsabilità dell'esercente la professione<sup>78</sup>.

Più in particolare, con riferimento al caso in cui il medico eseguiva una prestazione presso una struttura ospedaliera pubblica va rilevato come, da principio, si escludesse la sussistenza di un rapporto privatistico tra paziente e medico dipendente, il quale veniva assimilato al dipendente pubblico, ed era considerato responsabile solo nei confronti dell'amministrazione<sup>79</sup> (art. 28 cost.)<sup>80</sup>. Per questa via, il sanitario

---

extracontrattuale, per i medici liberi professionisti, per le conseguenze delle attività da essi svolte.

<sup>77</sup> Secondo R. BREDI, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie e del medico tra conferme e novità*, in *Danno resp.*, 2017, p. 289, «anche in passato le due responsabilità del medico e della struttura si reggevano su due titoli diversi, tant'è che si parlava di cumulo improprio di responsabilità, ma il regime di regole era tutt'altro che differente sino ad essersi parlato di transtipicità e di un vero e proprio sottosistema di responsabilità civile»

<sup>78</sup> Nel caso in cui lo stesso fatto sia ascrivibile al medesimo soggetto, cfr. App. Roma, 6 settembre 1983, in *Foro it.*, 1983, I, 2838, secondo cui per il solo fatto che si sia concluso un contratto non può ritenersi «che le parti abbiano rinunciato alla difesa di cui avrebbero goduto indipendentemente da esso, onde la norma tutelante genericamente un interesse rimarrebbe senza funzione di fronte ad altra norma che più specificamente lo tutela». Osserva la Corte, infatti, non è vietato all'attore di invocare il risarcimento sia sotto il profilo contrattuale che sotto il profilo extracontrattuale, in base alla tutela fornitagli dalle diverse norme, allorché un unico comportamento risalente al medesimo autore, appaia di per sé lesivo non solo dei diritti specifici derivanti al contraente dalle clausole contrattuali, ma anche dei diritti assoluti che alla persona offesa spettano di non subire pregiudizio all'onore, alla propria incolumità personale e alla proprietà.

<sup>79</sup> F. AMBROSETTI e M.R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe. Profili penali e civili*, Torino, 2003, p. 201. In giurisprudenza, seguono tale orientamento: Cass., 11 aprile 1995, n. 4152, in *Riv. it. med. leg.*, 1997, p. 1073; Cass., 27 maggio 1993, n. 5939, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, p. 933; Cass., 1 febbraio 1991, n. 977, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 1379, secondo le quali la responsabilità dell'ente ospedaliero, gestore di un servizio pubblico sanitario e del medico suo dipendente, per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica, inserendosi nell'ambito del rapporto giuridico pubblico (o privato) tra l'ente gestore e ed il privato che ha richiesto ed usufruito del servizio, ha natura contrattuale di tipo professionale.

<sup>80</sup> Secondo N. DE LUCA, M. FERRANTE e A. NAPOLITANO, *La responsabilità civile in ambito sanitario*, cit., p. 748, tale norma (in base alla quale «i funzionari, i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione dei diritti; in tal caso la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici»), nel porre il principio della

rispondeva a titolo extracontrattuale, in base alla considerazione che egli non fosse parte di un contratto con il paziente, ma semplicemente legato all'ente ospedaliero da un rapporto di lavoro subordinato<sup>81</sup>.

L'operatore sanitario dipendente, dunque, quale organo dell'ente, eseguiva concretamente l'attività diagnostica e terapeutica e la natura della relativa responsabilità nei confronti del paziente, dovuta ad un suo errore diagnostico o terapeutico, a negligenza, imprudenza o imperizia, veniva inquadrata in ambito aquiliano<sup>82</sup>.

Di conseguenza, in questa prima fase, ancor prima dell'entrata in vigore del codice del consumo, gli strumenti di tutela per il cittadino erano quelli derivanti dal codice civile o dal codice penale, tipicamente in termini extracontrattuali, dal momento che non era dato di ricavare alcuna convenzione contrattuale tra paziente-utente e medico. Tale tipo di responsabilità, con specifico riferimento alla distribuzione dell'onere della prova, spostando l'intero carico probatorio sul paziente, dava un

---

corresponsabilità dell'ente di appartenenza, conferma, al contempo, che la responsabilità dell'ente non esclude quella del suo impiegato civile.

<sup>81</sup> Seguono questa impostazione: Cass., 13 marzo 1998 n. 2750, in *Giur. it.* 1999, p. 2279; Cass., 23 giugno 1994 n. 6064, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 412 e in *Foro it.*, 1995, I, p. 201 e Cass., 26 marzo 1990, n. 2428, in *Giur. it.*, 1990, I, p. 600, le quali riconducono la responsabilità medica nell'ambito del cumulo «improprio» poiché soggetti diversi, il medico e la struttura, sono chiamati a rispondere solidalmente, ma a titolo diverso, per lo stesso fatto.

<sup>82</sup> In proposito, Cass. 23 marzo 2000, n. 3536, in *Danno prev.*, 2000, p. 602 ss., afferma che nel nostro ordinamento vige il principio secondo il quale è ammissibile il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, allorché un unico comportamento risalente al medesimo autore, appaia di per sé lesivo non solo di diritti specifici derivante al contraente da clausole contrattuali, ma anche dei diritti soggettivi, tutelati anche indipendentemente dalla fattispecie contrattuale. Ne consegue che in questo caso la parte che abbia subito il danno ben può proporre, contestualmente, sia un'azione di responsabilità contrattuale, che aquiliana. In argomento, cfr. R. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuali ed extracontrattuali*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* di G. VISINTINI, (a cura di), Milano, 1984, p. 155 ss. e R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XV, p. 677 ss.

regime da *favor*<sup>83</sup> per il medico<sup>84</sup>.

Questa impostazione, di matrice giurisprudenziale, non aveva incontrato il favore della dottrina in quanto, quella del medico dipendente di una struttura sanitaria, era considerata una responsabilità “debole”<sup>85</sup>. Nei fatti, la qualificazione della responsabilità del medico come responsabilità extracontrattuale, comportava che il paziente rispondesse solo in caso di violazione del dovere del *neminem laedere*<sup>86</sup>: in altre parole, al medico si potevano chiedere solo i danni per il peggioramento dello stato di salute dell’assistito<sup>87</sup>.

Tale situazione sfavorevole per il paziente nei confronti del medico, inoltre, era accentuata dal fatto che quest’ultimo era indubbiamente un professionista, sicchè la sua obbligazione era costituita come un’obbligazione di mezzi, e non già di risultato<sup>88</sup>.

La conseguenza pratica era quella che il sanitario non incorreva in responsabilità per il mancato raggiungimento del risultato auspicato al

---

<sup>83</sup> Secondo F. MARTINI, *Responsabilità civile della struttura e dell’esercente la professione sanitaria*, in *Il civilista, Officina del diritto*, 2017, Milano, p. 42, «in linea puramente teorica ciò dovrebbe tradursi in un alleggerimento della posizione dell’operatore della sanità; sorge peraltro il dubbio che tale qualificazione formale rischi, in concreto, di essere poco alla volta svilita e “svuotata” dalla giurisprudenza in nome di quel principio di “favor verso il paziente” (...).».

<sup>84</sup> Sulle differenze di disciplina in tema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, si rimanda a E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2015, p. 155. Per una comparazione, sul tema della colpa medica e dell’onere della prova in ambito sanitario con l’ordinamento spagnolo, cfr. C.I. JARAMILLO J., *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*, Bogotá, 2010.

<sup>85</sup> Per questa valutazione negativa della responsabilità del medico extracontrattuale, v. A. DI MAJO, *Le responsabilità civili del medico e dell’istituzione*, in G. CORSO e E. BALBONI (a cura di), *Le responsabilità in ambito sanitario*, Torino, 2011, p. 9 ss.

<sup>86</sup> Nell’ordinamento spagnolo sulla problematica giuridica circa la relazione medico-paziente e sulla concorrenza delle due forme di responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale), cfr. J.M. MARTÍN BERNAL, *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes. Problemática jurídica de la relación médico-paciente*, cit., p. 198.

<sup>87</sup> A. DI MAJO, *Le responsabilità civili del medico e dell’istituzione*, cit., p. 9.

<sup>88</sup> In tema della prestazione professionale fra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, M. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, cit., p. 16; L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185 ss. e R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, in *Nuova enc.*, Padova, 2011.

paziente (ai sensi dell'art. 1176, comma 2 c.c.), ma era responsabile solo nei casi in cui non fosse stato diligente nell'applicazione dei mezzi e delle conoscenze dell'arte medica<sup>89</sup>.

In un'ottica di avvantaggiare il paziente, in definitiva, nella casistica giudiziaria<sup>90</sup>, successivamente, si era iniziato ad assistere ad una progressiva marginalizzazione del ruolo della responsabilità extracontrattuale a favore di quella contrattuale<sup>91</sup>, arrivando a configurare la medesima come di origine negoziale, sia per il singolo sanitario, che per la struttura medica: nello specifico "da contatto sociale"<sup>92</sup>, per il medico<sup>93</sup>,

---

<sup>89</sup> A. DI MAJO, *Le responsabilità civili del medico e dell'istituzione*, cit., p. 9.

<sup>90</sup> Cfr., ad esempio, Trib. di Nola, 16 gennaio 2012, in *Resp. civ.*, Milano, 2012, secondo cui «la responsabilità del medico e della struttura sanitaria per danni lamentati dal paziente è di natura contrattuale, ed in quanto tale, soggetta al termine prescrizione ordinario decennale».

<sup>91</sup> Sulla svolta contrattuale in materia sanitaria cfr. R. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, Padova, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. dell'econ.*, F. GALGANO (diretto da), Padova, 2007, p. 123 ss.; L. KLESTA DOSI, *Assistenza sanitaria e tutela del cittadino. Modelli privatistici e orizzonte europeo*, Torino, 2008, p. 169 ss.

<sup>92</sup> La teoria del "contatto sociale", così come intesa dalla giurisprudenza è, in realtà, solo uno dei possibili modelli di ricostruzione del rapporto tra medico dipendente e paziente che conduce all'applicabilità della disciplina in tema di responsabilità per inadempimento. Cfr. le diverse teorie ricostruttive di C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 55 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, *ibidem*, 2009, p. 679 ss.; M. PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno Resp.*, 2009, p. 703 ss.; A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione* in *Corr. giur.*, 1999, p. 446 ss.; L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007; S. MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 501 ss.; S. FAILLACE, *Questioni controverse in ordine alla responsabilità da «contatto sociale»*, in *Resp. civ.*, 2004, 3, p. 252 ss.; P. IAMICELI, *Responsabilità del medico dipendente: interessi protetti e liquidazione del danno*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 383 ss. Per una recente e articolata disamina di quello che viene definito «il labirinto concettuale della responsabilità del medico dipendente di una struttura ospedaliera» si rinvia a E. NAVARRETTA, *L'adempimento dell'obbligazione altrui e la responsabilità del medico*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 1453 ss; in una prospettiva comparatistica e in termini più generali, cfr. C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, Padova, 2012.

<sup>93</sup> Anche se il settore della responsabilità medico-sanitaria rimane il terreno più privilegiato entro cui ricondurre la figura del contatto sociale, si può constatare l'esistenza di una casistica ove viene applicata la teoria del contatto sociale in altri ambiti professionali: si pensi alla responsabilità dell'intermediario finanziario per inadempimento al dovere di informare il risparmiatore. Sul tema, M. FRANZONI, *Il contatto sociale non vale solo per il medico*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 1695, secondo cui, «qui l'argomento decisivo ha mosso dal qualificare contatto sociale l'obbligo nascente per l'intermediario

e da “contratto di speditività”, per la struttura ospedaliera<sup>94</sup>.

Sulla natura contrattuale della responsabilità del medico dipendente, finalmente, ha fatto chiarezza la Cassazione<sup>95</sup> stabilendo un regime unitario di disciplina *ex art. 1218 c.c.* fondato, per il medico, sulla violazione di “obblighi di protezione”, per la struttura, sull’inadempimento del contratto (violazione *lex contractus*)<sup>96</sup>.

---

durante la fase delle trattative o della formazione del contratto e dal prevedere che gli effetti della responsabilità precontrattuale non si fermino, una volta concluso il contratto».

<sup>94</sup> Dello stesso parere si mostra la giurisprudenza spagnola (ad es., sent. del Tribunale Supremo del 29 ottobre 1992) la quale ha sostenuto che la relazione che unisce una struttura del Servizio sanitario nazionale con i pazienti, accettati nelle sue cliniche e ospedali, ha una componente contrattuale, concretamente di *arrendamiento de servicios* (che si compone, cioè, di un insieme di differenti servizi). A tal proposito, E. LLAMAS POMBO, approfondisce il tema del «*contrato de hospitalización*», in *Comentario a la sentencia del 29 octubre 1992*, C.C.J.C.- 30, sd-1992, p. 971 ss. Sul tema, v. anche J. FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato de servicios hospitalarios y la responsabilidad hospitalaria. Comentario a la sentencia del T.S. dell’11 novembre 1991*, in *La ley-1992*, 3, p. 414 ss.

<sup>95</sup> Cfr. la nota sent. Cass. 22 gennaio 1999 n. 589, cit., secondo cui «l’obbligazione del medico dipendente dal servizio sanitario per responsabilità professionale nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul “contatto sociale” ha natura contrattuale. Conseguenza che relativamente a tale responsabilità i regimi della ripartizione dell’onere della prova, del grado della colpa e della prescrizione sono quelli tipici delle obbligazioni da contratto d’opera intellettuale professionale». La sentenza è stata oggetto di numerosi commenti, tra i quali, V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno resp.*, 1999, p. 294 ss.; A. DI MAYO, *L’obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corriere giur.*, 1999, p. 441 ss.; A. THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto senza obbligo primario di prestazione*, in *Nuova giur. comm.*, 2000, I, p. 342 ss.; G. GIACALONE, *La responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale o transtipica*, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1007 ss.; F.G. PIZZETTI, *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da contatto sociale*, in *Giur. it.*, 2000, p. 741 ss. È bene precisare che la Corte, nella pronuncia in oggetto, ha esaminato specificamente il caso di un sanitario dipendente di una struttura pubblica senza affrontare la posizione del dipendente di una struttura privata. A tal proposito, la l. 24/2017, all’art. 7, stabilisce un regime uniforme di responsabilità per il medico dipendente.

<sup>96</sup> Secondo l’orientamento spagnolo, la responsabilità contrattuale dell’esercente la professione concorre con quella extracontrattuale, dato che il medico, come qualsiasi altro professionista, oltre a compiere le obbligazioni derivanti da contratto, deve osservare l’obbligazione generale di non fare danno ad altri (*alterum no ledere*) derivante dall’art. 1.902 del *codigo civil* (trattasi di responsabilità soggettiva basata sull’azione o omissione colposa dell’agente). In argomento, L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *La responsabilidad civil profesional*, Madrid, 1996, p. 214 ss.



Dall'iniziale impostazione della responsabilità sanitaria a doppio binario, basata cioè su due differenti tipi di responsabilità, si è dunque passati a un cumulo di responsabilità contrattuale<sup>97</sup>: si osserva, cioè, come «gli attuali assetti della responsabilità civile da attività medico-sanitaria condividano, nel segno della disciplina di cui agli artt. 1218 e 1228 c.c., un nuovo modello unitario, definitivamente smarcato, dalle logiche tipiche della responsabilità aquiliana»<sup>98</sup>.

Per il medico, in particolare, si è arrivati ad una qualificazione della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria in termini esclusivamente contrattuali, sia nell'ipotesi di stipulazione, fra paziente e medico, di un contratto d'opera professionale, sia nell'ipotesi in cui, pur in difetto di un rapporto contrattuale fra medico (in quanto dipendente o ausiliario della struttura sanitaria) e paziente, la relazione sanitaria è comunque vista quale luogo di un “contatto sociale”<sup>99</sup>, fonte di obblighi di protezione a favore dei beni della persona esposti a potenziali lesioni<sup>100</sup>.

Il titolo della responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, invece, rimaneva il “contratto di ospedalità” (o altro contratto atipico) stipulato con il paziente. In mancanza di un contratto tipico, i giudicanti non potevano che far riferimento alla norma generale contenuta nell'art. 1173 c.c.

---

<sup>97</sup> Pur convivendo nella cumulabilità dell'azione, le regole in tema di ripartizione della prova ed in tema di prescrizione, ovviamente, sono differenti nella responsabilità contrattuale rispetto a quella extracontrattuale. Tali differenze vengono messe in risalto da F. MARTINI, *Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria*, cit., p. 40 ss.

<sup>98</sup> Letteralmente, F. MARTINI, o.u.c., p. 41.

<sup>99</sup> Secondo Trib. Napoli, 10 luglio 2017, n. 7968, in *Ridare.it 2017*, i presupposti per la configurabilità del contatto sociale sono: *a.* Una relazione tra sfere giuridiche, tale da far considerare la responsabilità aquiliana come insoddisfaciente; *b.* Uno *status* professionale in capo al danneggiante, tale che possa configurarsi una *culpa in faciendo* prevista nell'ordinamento giuridico; *c.* L'affidamento in capo al danneggiato che viene ingenerato sia dall'appartenenza del danneggiante ad una categoria professionale c.c. “protetta” (cioè una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione da parte dello Stato, cfr. art. 348 c.p.), sia dalla situazione relazionale che si è previamente instaurata tra i due soggetti.

<sup>100</sup> A. CASÀ, *Danno risarcibile, nesso causale e onere della prova nella responsabilità del sanitario per mancata acquisizione del consenso informato*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1308C.

secondo cui «le obbligazioni derivano da ogni altro fatto o atto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento»<sup>101</sup>.

Sebbene la fonte dell'obbligazione non sia un contratto vero e proprio<sup>102</sup>, è pur sempre presente un rapporto giuridico fra paziente e struttura (o paziente e medico) con conseguente riconducibilità della materia alla disciplina della responsabilità contrattuale e non aquiliana<sup>103</sup>.

Dal c.d. “contratto di ospitalità”, tra paziente e struttura sanitaria, a fronte dell'obbligazione al pagamento di un corrispettivo («che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal Servizio sanitario nazionale, o da altro ente»<sup>104</sup>), scaturisce un rapporto complesso che non si esaurisce nella mera fornitura di prestazioni di natura alberghiera

---

<sup>101</sup> In dottrina, secondo M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, cit., p. 179, «Premesso che la previsione contenuta all'art. 1173 c.c. (...) deve essere considerata quale clausola generale e non già catalogo rigoroso e tipizzato, in guisa coerente con un sistema aperto delle fonti, e che le obbligazioni possono originare da contratto, da fatto illecito, nonché da altro o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico, è corretto ritenere che possano esistere obbligazioni contrattuali anche in assenza di contratto». In giur., cfr. Cass. 22 gennaio 1999, n. 598 cit., la quale ha affermato che «...va subito rilevato che non si può criticare la definizione come “contrattuale” della responsabilità del medico dipendente di struttura sanitaria, limitandosi ad invocare la rigidità del catalogo delle fonti ex art. 1173 c.c., che non consentirebbe obbligazioni contrattuali in assenza di contratto...».

<sup>102</sup> C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione: ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, *Diritto civile*, Milano, 1995, p. 224, discorre di “obbligazione senza prestazione” (basata sul rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale tra medico e paziente), al fine di pervenire a una diversa chiave di lettura della responsabilità del professionista. L'A. sostiene che «si tratterebbe di obblighi che dello stato stesso sono estrinsecazione e la cui violazione è ciò che differenzia (...) la responsabilità *ex contractu* da quella aquiliana. Lo *status* che rileva è (...) quello del soggetto professionale, alle cui conoscenze tecniche ci si affida e che tali conoscenze non può non mettere a frutto nei confronti del terzo».

<sup>103</sup> Sull'evoluzione giurisprudenziale che ha condotto la responsabilità medica al “contatto sociale”, che si fonda sull'aspettativa e l'affidamento nella professionalità e nella competenza di chi esercita l'attività medica, e sugli inquadramenti sistematici proposti in dottrina, v. R. DE MATTEIS, *La malpractice medica*, cit., p. 1310 ss., la quale evidenzia che «la configurazione di una responsabilità del medico (dipendente) come responsabilità contrattuale, nascente da un “contatto sociale”, nel contesto di un'organizzazione ove la prestazione viene spersonalizzata nel servizio, si rivela funzionale all'esigenza di recuperare sul piano della dimensione individuale una relazione che, a fonte dell'attuale organizzazione del sistema sanitario e della penetrazione del mercato professionale della grande impresa o della società dei professionisti, sembra destinata a dissolversi».

<sup>104</sup> Trib. Perugia, 31 luglio 2017, n. 1308, in *www.terni.unipg.it*.

(somministrazione di vitto e alloggio), ma si estende nella messa a disposizione del personale medico ausiliare e di quello paramedico, nonché alla fornitura dei medicinali e di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicanze<sup>105</sup>.

Come è noto, conseguenza prima e più importante della qualificazione della responsabilità in termini contrattuali (seppur da “contatto di ospedalità”), è l’applicazione, oltre che del termine prescrizione decennale<sup>106</sup>, del regime di ripartizione dell’onere della prova di cui all’art. 1218 c.c., così come confermato dalla giurisprudenza a Sezioni unite<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> Così, Cass., Sez. un., 1° luglio 2002 n. 9556 cit. In dottrina, cfr. R. PARTISANI, *Il contratto atipico di ospedalità e cura: nuove regole di responsabilità*, in *Resp. civ.*, 2007, p. 1028 ss.

<sup>106</sup> Sul piano dei termini di prescrizione, infatti, non trovava più applicazione lo schema normativo di cui all’art. 2946 c.c. (prescrizione ordinaria) nell’ambito della responsabilità del sanitario, bensì l’art. 2947 c.c. (prescrizioni del diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito, ex art. 2043 c.c.) che prevede il più breve termine quinquennale per il diritto all’azione, dal giorno in cui il fatto si è verificato. Secondo Cass., 13 maggio 2016, n. 8645, in *Giust. civ. Mass.*, 2016 (in tema di trasfusioni del sangue), il disposto dell’art. 2935 c.c. (Decorrenza della prescrizione) è pacificamente interpretato nel senso che la prescrizione del diritto al risarcimento del danno, anche in tema di responsabilità medica, decorre «non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione causativa del danno o dal momento in cui la malattia si manifesta all’esterno, bensì da quello in cui la malattia viene percepita o può essere percepita quale danno ingiusto conseguente al comportamento del terzo, usando l’ordinaria diligenza e tenendo conto della diffusione delle conoscenze scientifiche». Seguono tale orientamento: Cass. 11 gennaio 2008, n. 581, in *Danno resp.*, 6, 2009, p. 667, con nota di S. OLIARI, “Debito di sangue”: *Danno da emotrasfusione e prescrizione* e di R. SIMONE, *Equivoci della causalità adeguata e contaminazione dei modelli di spiegazione causale*; Cass. 8 maggio 2006, n. 10493, in *Mass. giur. it.*, 2006 e Cass. 5 luglio 2004, n. 12287, in *Mass. giur. it.*, 2004.

<sup>107</sup> Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 770, secondo cui nell’azione del creditore diretta ad ottenere l’adempimento, così come in quella di risoluzione o di risarcimento dei danni da inadempimento contrattuale esperita in via autonoma, l’onere probatorio a carico dell’attore è limitato alla prova del titolo contrattuale. Basta invece la mera «allegazione» per quanto riguarda l’inadempimento o anche l’inesatto adempimento (quale si ha nel caso, come le stesse Sezioni esemplificano, di mancata osservanza dell’obbligo di diligenza). E ciò, in applicazione del principio della «vicinanza della prova» in virtù del quale l’onere della prova viene ripartito tra le parti tenuto conto della possibilità, per l’una piuttosto che per l’altra, di provare fatti che rientrano nella propria sfera d’azione e 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno resp.*, 2008, 7, p. 788 ss., con nota di G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica* e in *Danno resp.*, 2008, 8-9, p. 871 ss, con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico.*

Come sarà approfondito nel corso della trattazione, in particolare, il paziente deve limitarsi a provare il contratto (o il “contatto sociale”) e l’aggravamento della patologia o l’insorgenza di una affezione, allegando l’inadempimento del debitore astrattamente idoneo a produrre il danno; spetta invece al debitore (medico-struttura ospedaliera) provare o che tale inadempimento non vi è stato o che, pur esistendo, non è stato causa del danno<sup>108</sup>.

Le conseguenze circa il regime della responsabilità contrattuale della responsabilità del medico dipendente, dunque, sono state profondamente significative per l’utente, in quanto hanno spostato pesantemente i piatti della bilancia della giustizia a favore di quest’ultimo e contro i medici/strutture<sup>109</sup>.

L’orientamento a favore della contrattualizzazione della responsabilità medico-sanitaria (sia per il medico dipendente che per la struttura), si è successivamente consolidato nella giurisprudenza di legittimità<sup>110</sup>, la quale ha mantenuto un indirizzo costante rispetto a quello storicamente enunciato dalla Cassazione<sup>111</sup>. Anche le pronunce dei giudici di merito si sono, in un primo momento, allineate alle indicazioni della Suprema Corte nella

---

<sup>108</sup> Il paziente, inoltre, poteva chiedere alla struttura sanitaria solo il risarcimento dei danni prevedibili in quanto, per i danni imprevedibili, l’art. 1225 c.c. (letteralmente «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») ne limitava la risarcibilità alla sola ipotesi di comportamento doloso imputabile alla struttura e ai suoi dipendenti. Per converso, nei confronti del medico, poiché la sua responsabilità era extracontrattuale, non valeva la limitazione prevista dall’art. 1225 c.c. dal momento che tale norma non è richiamata in sede di responsabilità extracontrattuale a proposito della valutazione dei danni (secondo l’art. 2056 c.c.: «il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227»). In argomento, cfr. E. MOSCATI, *La nuova responsabilità sanitaria: prime impressioni di un civilista*, cit., p. 152.

<sup>109</sup> Orientamento ribadito da: Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit. e Cass., Sez. un., 11 novembre 2008 n. 26972, in *Giust. civ.*, 2009, 4-5, I, p. 913.

<sup>110</sup> Di recente, v. ad es. Cass. 31 marzo 2016 n. 6209, in *www.altalex.com*.

<sup>111</sup> Si fa riferimento a Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, cit. che ha “contrattualizzato” il rapporto giuridico tra medico dipendente e paziente.

configurabilità di una responsabilità medica di matrice contrattuale<sup>112</sup> e da “contatto sociale”<sup>113</sup>.

Solo a seguito dell’entrata in vigore del decreto Balduzzi<sup>114</sup> che, come sarà specificato in seguito, aveva introdotto un timido richiamo al principio di responsabilità extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.* per il professionista

---

<sup>112</sup> Anche la giurisprudenza spagnola è giunta ad una contrattualizzazione del rapporto giuridico medico-paziente, basato su un contratto atipico di spedalità. Ciò accade sia nel caso della medicina privata dove sono numerose le occasioni nelle quali il paziente contrae direttamente con il medico la realizzazione di un intervento giuridico frequentando, successivamente, una clinica o un centro sanitario pubblico per la realizzazione della prestazione sanitaria stessa (per usufruire di strumenti tecnici, macchinari, assistenza del personale medico,...); sia nel caso della medicina pubblica quando, in caso di accordi stabiliti tra i servizi sanitari e una clinica privata, a quest’ultima vengono ceduti installazioni o personale dipendente dell’ente pubblico per realizzare alcune prestazioni chirurgiche (il che succede, spesso, per ridurre le file di attesa). In entrambe le ipotesi la negligenza del chirurgo non può determinare la responsabilità della clinica (salvo che l’inadempimento possa imputarsi ai suoi ausiliari o dipendenti) poiché non c’è relazione giuridica alcuna tra il chirurgo e la clinica (la quale non ha fatto altro che mettere a disposizione del medico l’utilizzazione degli strumenti tecnici necessari per assistere il paziente). In questo caso, dunque, si parlerà di “contratto di ospedalizzazione o di clinica” (*contratos de hospitalización o de clínica*), definito come contratto atipico e complesso che include servizi denominati “extramedici” - che niente hanno a che vedere direttamente, o indirettamente, con la medicina (ci si riferisce dunque ai servizi di alloggio, servizi paramedici come l’amministrazione dei farmaci prescritti, la vigilanza e la sicurezza del paziente,... che, in generale, sono servizi non diretti dai medici-chirurghi). Di tale orientamento, Tribunale Supremo, 12 marzo 2004, n. 203, in R.J. 2004/2146. Sulla definizione di “contratto di ospedalizzazione” v. anche Tribunale Supremo, 4 ottobre 2004 n. 902, in R.J. 2004/6066, in *aranzadi.aranzadigital.es*. La giurisprudenza, inoltre, ha avuto modo di affermare che il difettoso funzionamento dei servizi è suscettibile di determinare l’esistenza della responsabilità di cui all’articolo 1903 del codice civile spagnolo anche nell’ambito dei servizi sanitari (salvo che non abbia dipendenza funzionale con il chirurgo a cui si imputa la causazione del danno), Tribunale Supremo, 1 luglio 1997, n. 604, in R.J. 1997/5471 e Tribunale Supremo, 19 maggio 2006 n. 468 in R.J. 2006/3277. Questo tipo di responsabilità, in particolare, non ha carattere oggettivo e si fonda sul principio della colpa inerente al vizio *in eligendo* (nella scelta) o *in vigilando* (nella vigilanza).

<sup>113</sup> V. ad esempio, fra gli altri, Trib. Arezzo 14 febbraio 2013, in *Danno resp.*, 2013, p. 368 il quale, nonostante l’entrata in vigore dell’art. 3, comma 1 della l. 189/2012 (decreto Balduzzi) sostiene che tale disposizione non impone alcun ripensamento dell’attuale inquadramento contrattuale della responsabilità medica e Trib. Milano 18 novembre 2014 n. 13574, in *Foro it.*, 2014, c. 3294.

<sup>114</sup> La l. n. 189/2012 è entrata in vigore l’11 novembre 2012, di conversione del “Decreto Sanità” (d.l. 13 settembre 2012, n. 158) firmato dal Ministro Balduzzi, recante “Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute”.

sanitario (delineando perplessità in dottrina e in giurisprudenza)<sup>115</sup>, ci furono delle pronunce che si opposero a detta conformazione di matrice contrattuale<sup>116</sup>, proponendo il ritorno ad un “regime a doppio binario”<sup>117</sup>, dove vengono collocate le responsabilità della struttura e del medico, che rispondono solidalmente per il risarcimento dei danni subiti dal paziente, come responsabilità autonome fondate su criteri di imputazioni distinti<sup>118</sup>.

L’ultima tappa legislativa, che ha contribuito a delineare una nuova veste giuridica alla responsabilità medico-sanitaria, si ha avuto con l’entrata in vigore della recente l. 8 marzo 2017 n. 24 (l. Gelli-Bianco),

---

<sup>115</sup> Per una rassegna sulle diverse interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali dell’art. 3, comma 1, l. 189/2012 (ora abrogato dall’art. 6, l. 24/2017), si rimanda a G. PALMA, *Vecchi problemi e nuove prospettive in tema di responsabilità medica*, in *Eur. dir. priv.*, 3, 2016, p. 913 ss. Letteralmente, l’art. 3: «L’ esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene alle 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».

<sup>116</sup> Sull’argomento si evidenzia, seppur minoritario e in difformità ai principi di diritto di “contrattualizzazione” sanciti dalle Sezioni unite, l’orientamento della giurisprudenza di merito che riconduce la responsabilità medica nell’ambito del fatto illecito *ex art.* 2043 c.c.: cfr. Trib. Varese 26 novembre 2012, n. 1406 in *Guida dir.*, 2013, 5, p. 35 e Trib. Milano, 17 luglio 2014, n. 9693, in *Guida dir.*, 2014, 44, 25 le quali, chiarendo che l’esonero dalla responsabilità penale per aver seguito le guide mediche non ha alcuna influenza ai fini civilistici (rilevando, in questo caso, la responsabilità extracontrattuale del medico), propongono una interpretazione avente la finalità di combattere la c.d. medicina difensiva. In dottrina, di tale opinione, G. ALPA, *il linguaggio omissivo del legislatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 415.

<sup>117</sup> M.P. MANTOVANI, *L’assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, cit., p. 159, discorre di «sistema a doppia corsia» secondo cui, in virtù della conclusione con il paziente di un contratto di ospitalità, sulla struttura sanitaria incombe l’obbligo di erogare la prestazione di assistenza sanitaria, quale prestazione di natura complessa e, inoltre, secondo la regola di cui all’art. 1228 c.c., la struttura risponde dei danni cagionati dal proprio dipendente, nonché dei danni ascrivibili ad errore del professionista sanitario anche in assenza di un rapporto di dipendenza o di servizio.

<sup>118</sup> La tesi del “doppio binario” è sostenuta da R. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari*, cit., p. 253 ss. Cfr., Trib. Milano 23 luglio 2014, cit., il quale, affermando che il tenore letterale dell’art. 3, comma 1, della l. Balduzzi conduce a ritenere che la responsabilità del medico per condotte che non costituiscono inadempimento di un contratto d’opera (diverso dal contratto concluso dalla struttura) viene ricondotta dal legislatore del 2012 alla responsabilità da fatto illecito *ex art.* 2043 c.c., rileva che l’alleggerimento della responsabilità civile del medico (che deriva dall’art. 2043 c.c.) non ha alcuna incidenza sulla distinta responsabilità della struttura, che è comunque di tipo contrattuale *ex art.* 1218 c.c.

la quale, all'art. 7 stabilisce un doppio regime di responsabilità – dell'operatore sanitario e della struttura sanitaria – prevedendo, solo per quest'ultima, una responsabilità di tipo contrattuale<sup>119</sup>.

In sostanza, per la prima volta, con detto intervento legislativo, viene tipizzato e normativizzato il “contratto di ospitalità” tra paziente e struttura sanitaria, inizialmente, di matrice giurisprudenziale.

### **1.1.1 Il rapporto giuridico tra medico o *équipe* medica e struttura sanitaria. La responsabilità per fatto degli ausiliari**

In virtù del “contratto di ospitalità” della struttura ospedaliera, nato da un impulso giurisprudenziale<sup>120</sup>, e tipizzato dalla l. 24/2017 (art. 7), da cui scaturiscono una serie di obblighi di protezione a cui è tenuta nei confronti del paziente (i quali si inseriscono in una prestazione complessa che non si esaurisce nelle sole cure mediche e chirurgiche, ma si estende ad una serie di altre prestazioni, quali la messa a disposizione di personale medico ausiliario e di personale paramedico, di medicinali, e di tutte le attrezzature tecniche necessarie, nonché di quelle *lato sensu* alberghiere)<sup>121</sup>, l'ente ospedaliero è chiamata a rispondere contrattualmente dell'esito infausto dell'intervento subito dal paziente<sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> Per approfondimenti sulla responsabilità civile fondata sul “doppio binario” introdotta dalla l. Gelli-Bianco, cfr. R. CATALDI, P.M. STORANI, F. ROMANELLI, S. VAGNONI e C. MATRICARDI, *La nuova responsabilità del medico e della struttura sanitaria, dopo la la Riforma Gelli (L. 8 marzo 2017, n. 24)*, Santarcangelo di Romagna, 2017, pp. 32-33-34.

<sup>120</sup> Letteralmente, R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, p. 394: «emerge così un quadro, nell'ambito della responsabilità medica, variamente articolato in una serie di regole di origine giurisprudenziale; regole, certamente introdotte per reagire alle implicazioni che sul piano probatorio venivano fatto discendere dall'adesione incondizionata alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato ma che di fatto vanificano il senso di questa distinzione».

<sup>121</sup> R. CAMINITI e P. MARIOTTI, *La responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria*, in AA.VV, U. GENOVESE e F. MARTINI (a cura di), *La nuova responsabilità professionale in Sanità*, Maggioli, 2017, p. 75 ss.

<sup>122</sup> Orientamento condiviso da Cass. 28 novembre 2007, n. 24742, in *Guida dir.*, 2008, 11 p. 49, con la conseguenza che la responsabilità della casa di cura (o dell'ente), avendo

Considerata la notevole organicità delle operazioni sanitarie derivanti dal contatto di ospedalità, è un dato di fatto che l'interazione di più professionisti sanitari, nella cura del singolo utente, e la difficoltà di distinguere gli interventi medici individuali, ha comportato una più spiccata attenzione verso la c.d. responsabilità d' *équipe*<sup>123</sup>.

L'attività di cura, infatti, come è noto, si articola in una serie di fasi (diagnostica, di prognosi e terapeutica) e si avvale di una serie di strumenti di indagine piuttosto lunghi ed elaborati<sup>124</sup>. A questo ultimo proposito, in particolare, si osserva come all'art. 3, comma 2, l. 24/2017 ("Sicurezza delle cure in sanità"), il legislatore contempra la sicurezza alle cure, quale punto cardine della nuova legge sulla responsabilità medica, invocando la partecipazione di tutto il personale, compresi i liberi professionisti operanti in regime di convenzione con il Sistema sanitario nazionale, alle attività di prevenzione del rischio messe in atto dalle strutture sanitarie e sociosanitarie<sup>125</sup>.

Per quanto riguarda le Asl e gli ospedali di diritto pubblico, possono ricavarsi tre ipotesi interpretative per configurare il rapporto tra paziente ed ente ospedaliero in relazione alla possibilità di imputare, in capo a quest'ultimo, gli effetti dannosi derivanti dalla condotta dei medici in esso inseriti.

---

natura contrattuale nei confronti del paziente, può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 c.c., all'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché in virtù dell'art. 1228 c.c., all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario.

<sup>123</sup> C. SGANGA, In "varietate concordia"? *Convergenze e divergenze tra le recenti riforme della responsabilità sanitaria italiana ed ungherese*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 1107.

<sup>124</sup> Così, M. ZANA, *La responsabilità del medico*, in *Riv. dir. priv.*, 1, 1987, p. 170.

<sup>125</sup> Sulla sicurezza alle cure, v. anche M. BONA, *Prevenzione e gestione dei rischi*, in *Il civilista, Officina del diritto*, 2017, cit., p. 7 ss, il quale afferma che «in particolare, al comma 1 si sancisce l'ovvio principio per cui la sicurezza delle cure è parte costitutiva del diritto alla salute, enunciazione sin troppo scontata in quanto risulta difficile immaginare che un tale diritto sia attuato attraverso cure nocive».



Prima dell'entrata in vigore della l. 24/2017, l'orientamento prevalente avallato dalla Cassazione<sup>126</sup>, inquadrava la responsabilità dell'ente come diretta e, rifacendosi all'antica teoria dell'immedesimazione organica<sup>127</sup>, il nesso di imputazione organica è connotato propriamente da una diretta riconducibilità della condotta al soggetto rispetto al quale l'agente può configurarsi organo<sup>128</sup>.

Secondo un'altra tesi, si dovrebbe parlare, al proposito, di rapporto extracontrattuale ed applicare, in particolare, l'art. 2049 c.c., secondo cui del danno prodotto dai dipendenti o commessi, nell'esercizio delle incombenze loro affidate, risponde il datore di lavoro o il committente<sup>129</sup>.

Un terzo orientamento, a cui la l. Gelli-Bianco aderisce, la riconduce alla responsabilità contrattuale, in virtù dell'art. 1228 c.c., nell'ambito della disciplina delle obbligazioni, che delinea la responsabilità per fatto degli ausiliari<sup>130</sup>.

---

<sup>126</sup> V., tra le tante, Cass., 1° marzo 1988, n. 2144, in *Resp. civ. prev.* 1988, 992 e Cass. 6 maggio 1991 n. 4951, in *Foro it.*, 1992, I, c. 173.

<sup>127</sup> Va rilevato come, per le strutture private, non sia prospettabile l'applicazione della teoria dell'immedesimazione organica, elaborata dalla Cassazione (Cass., 8 ottobre 2007, n. 20986, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 4, p. 814, con nota di P. PATRITO, *Brevi osservazioni sulla responsabilità della pubblica amministrazione per illecito commesso dal dipendente*) essendo, la stessa, riferibile agli operatori sanitari inseriti in strutture di diritto pubblico.

<sup>128</sup> F. SATTA, voce *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1369 ss. Per gli enti pubblici, infatti, è di fondamentale importanza il disposto di cui all'art. 28 cost., norma che prevede una duplice responsabilità diretta e solidale tra ente e soggetto impersonante l'organo.

<sup>129</sup> Orientamento sostenuto ad esempio da Cass. 1 settembre 1999, n. 9198, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1877, secondo cui «(...) la responsabilità per fatto illecito è imputabile anche al soggetto pubblico o privato, gestore della struttura sanitaria in cui il paziente è stato accolto e ne costituisce criterio di imputazione, rispettivamente sulla base degli artt. 28 della Costituzione e 2049 c.c., la circostanza che l'attività sanitaria, in funzione dell'adempimento del contratto, sia stata svolta dalle persone, inserite nella propria organizzazione, di cui il gestore pubblico o privato si è avvalso per renderla (...)». Cfr. anche Trib. Roma 28 giugno 1982, in *Temi romani*, 1982, 601, con nota di F. SCALFANI, *In tema di responsabilità della casa di cura privata per danni conseguenti ad un intervento operatorio*, il quale ha riconosciuto la responsabilità del chirurgo e della casa di cura per il danno cagionato ad un paziente, in base al vincolo di dipendenza.

<sup>130</sup> In un recente provvedimento la Cass., con sent. 27 marzo 2015, n. 6243, cit., con nota di R. SAVOIA, *Anche la ASL è responsabile per il comportamento negligente del medico di base*, ha esteso la responsabilità all'azienda sanitaria locale per i danni cagionati

In questo modo, ricondotta la responsabilità della struttura ad un autonomo contratto (di ospedalità), rispetto al rapporto medico-paziente, per quanto concerne le obbligazioni sanitarie che essa svolge per il tramite dei medici propri ausiliari, l'individuazione del fondamento di responsabilità dell'ente nell'inadempimento di obblighi propri della struttura, consente di abbandonare il richiamo, «alquanto artificioso»<sup>131</sup>, alla disciplina del contratto d'opera professionale e di fondare, invece, la responsabilità dell'ente per fatto del dipendente sulla base dell'art. 1228 c.c.

Secondo l'art. 1228 c.c., infatti, il debitore che per adempiere alla propria obbligazione si avvalga dell'opera di terzi, ancorché non alle sue dipendenze, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro<sup>132</sup>.

Nell'ambito delle prestazioni sanitarie a norma dell'art. 1218 c.c. – generale della disciplina dell'inadempimento delle obbligazioni – la casa di cura è tenuta a risarcire il danno a prescindere del fatto che per adempiere le sue prestazioni si avvalga dell'opera di suoi dipendenti o di collaboratori esterni – esercenti professioni sanitarie e personale ausiliario – e che la condotta dannosa sia materialmente tenuta da uno di

---

al paziente da un medico avente rapporti di subordinazione con l'ente ospedaliero. Qualora il danno derivi dall'inadempimento di un medico convenzionato, in particolare, la Cass. ha affermato che l'Asl è responsabile a norma dell'art. 1228 c.c. perché, quale debitore, si è avvalsa dell'opera del terzo nell'attuazione della sua obbligazione. Alcuni giudici, al fine di applicare l'art. 1228 c.c. nei rapporti tra casa di cura e medico responsabile del danno, si sono sforzati di ravvisare un qualche potere di vigilanza della prima sul secondo: in tal senso, Trib. Milano, 20 ottobre 1997, in *Danno resp.*, I, 1999, p. 82, con nota di M. BONA, *Filiazione indesiderata e risarcimento del «danno da bambino non voluto»*; in *Resp. civ.*, 1998, p. 1144, con nota di M. GORGONI, *Intervento di vasectomia non riuscito e genitorialità indesiderata: problemi di qualificazione della responsabilità medica e di qualificazione e quantificazione dei danni connessi alla nascita del figlio* e in *Riv. it. med. leg.*, 1999, p. 596, con nota di F. INTRONA, *La nascita, per colpa medica, del «figlio non desiderato»: quale il danno e quale il risarcimento?*

<sup>131</sup> Cass. 11 gennaio 2008, n. 577, cit., secondo cui ciò comporta che si può avere una responsabilità contrattuale della struttura verso il paziente danneggiato non solo per il fatto del personale medico dipendente, ma anche del personale ausiliario, nonché della struttura stessa (insufficiente o inadeguata organizzazione).

<sup>132</sup> In argomento, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 2° ed., Milano, 2015, p. 69, secondo cui «il vigente codice civile ha accolto il principio della responsabilità del debitore per fatto degli ausiliari a prescindere dalla colpa nella scelta o nella vigilanza dell'ausiliario medesimo. Si tratta dunque di una responsabilità oggettiva».

questi soggetti.

Questa impostazione, nel settore sanitario, come accennato, viene oggi riassunta e normativizzata dall'art. 7, comma 1, della l. 24/2017 (l. Gelli-Bianco), il quale nello stabilire che la struttura sanitaria, o sociosanitaria<sup>133</sup>, pubblica o privata, che nell'adempimento della propria obbligazione si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria<sup>134</sup>, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose, precisa che lo stesso principio vale anche se, quest'ultimi, siano scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa<sup>135</sup>.

Il fondamento civilistico della responsabilità contrattuale per fatto altrui deve essere individuato nel fatto che il titolare del lato passivo del contratto di ospedalità, e dunque obbligato a fornire la prestazione, è esclusivamente la struttura ospedaliera, mentre non vi è alcun rapporto tra gli ausiliari di cui questa si avvale, cioè gli operatori sanitari, ed il paziente<sup>136</sup>. Il presupposto della responsabilità di cui all'art. 1228 c.c. è proprio l'estraneità del creditore nella scelta dei mezzi che il debitore impiega per l'adempimento della propria obbligazione<sup>137</sup>.

---

<sup>133</sup> Secondo l'art. 3-*septies* del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, la struttura sociosanitaria deve appagare «tutte le attività atte a soddisfare mediante percorsi assistenziali integrati, bisogni di salute della persona che richiedono unitariamente prestazioni sanitarie e azioni di protezione sociale in grado di garantire anche nel lungo percorso la continuità tra le azioni di cura e quelle di riabilitazione».

<sup>134</sup> Si osserva come il comma 1 dell'art. 7 l. 24/2017, rispetto all'art. 1228 c.c. aggiunga «(...) anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti dalla struttura stessa (...) e (...) delle loro condotte dolose o colpose». Secondo E. MOSCATI, *La nuova responsabilità sanitaria: prime impressioni di un civilista*, in G. CARPANI e G. FARES (a cura di), *Guida alle nuove norme sulle responsabilità nelle professioni sanitarie*, cit., p. 163, tale specifica previsione normativa da un lato è sembrata «superflua» in quanto la responsabilità per il fatto degli ausiliari era già prevista a livello di sistema dall'art. 1228 c.c.; dall'altro, è sembrata «riduttiva» perché la struttura sanitaria è chiamata a rispondere anche per fatto proprio: si pensi al risarcimento del danno per decesso da infezione ospedaliera dove la struttura risponde quasi per una sorta di responsabilità oggettiva, anche in assenza di qualsiasi colpa o dolo del personale sanitario.

<sup>135</sup> Orientamento condiviso da Cass. 28 novembre 2007, n. 24742, cit.

<sup>136</sup> N. DE LUCA, M. FERRANTE e A. NAPOLITANO, *La responsabilità civile in ambito sanitario*, cit., p. 745.

<sup>137</sup> Si è posto il problema della riconduzione alla responsabilità di cui all'art. 1228 c.c. al caso del medico di fiducia del paziente. La giurisprudenza, a tal proposito, ha fatto

In materia di colpa professionale da *équipe*<sup>138</sup> ogni sanitario è responsabile non solo del rispetto delle regole della diligenza e della perizia commesse alle specifiche ed effettive mansioni svolte<sup>139</sup>, ma deve anche conoscere e valutare le attività dei restanti componenti della *équipe*, in modo da porre rimedio a eventuali errori posti in essere da altri, giacché le varie operazioni effettuate convergono verso un unico risultato finale<sup>140</sup>.

---

chiarezza ritenendo che il rapporto fiduciario del paziente con il medico fosse insufficiente ad escludere la responsabilità della struttura ospedaliera. Decisivo rilievo veniva infatti attribuito al fatto che la struttura sanitaria, comunque, si avvale dell'opera di un medico, e che la scelta del paziente ricade (anche tacitamente) su un professionista inserito nella struttura sanitaria: anche in questo caso perciò la scelta del paziente viene operata nell'ambito di quella più generale effettuata dalla struttura sanitaria (pubblica o privata). Irrilevante, dunque, che la scelta del medico sia fatta dalla struttura sanitaria con (anche tacito) consenso del paziente. Cfr.: Cass., 22 settembre 2015, n. 18610, in *Giust. civ. Mass.*, 2015; Cass., 28 novembre 2007, n. 24742 in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 11; Cass., 14 giugno 2007, n. 13953 in *Foro it.*, 2008, 6, I, 1990; Cass., 14 luglio 2004, n. 13066 in *Resp. civ. prev.*, 2005, 1362 e Trib. Napoli, 6 ottobre 2009, in *Rass. dir. farm.*, 2010, p. 261.

<sup>138</sup> Sul tema della responsabilità colposa nell'attività medica in *équipe*, cfr.: S. ALEO, A. CENTONZE e E. LANZA, *La responsabilità penale del medico*, Milano, 2007, p. 277; F. AMBROSETTI e M. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico in équipe*, Torino, 2003; E. BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, in *Arch. pen.*, 1986, p. 265; M. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2003, p. 693; R. BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale. Tra teoria e prassi*, Milano, 2004, p. 119 e G. IADECOLA, *I criteri della colpa nell'attività medica in équipe*, in *Giur. merito*, 1997, p. 226.

<sup>139</sup> Nell'ordinamento spagnolo, in tema di responsabilità di un gruppo di medici che abbiano partecipato ad una prestazione sanitaria nei confronti del paziente, cfr. E. LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, cit., pp. 327 e 328. L'A., in particolare, distingue tra "gruppo di medici" (*grupo de médicos*), il quale si riferisce a un insieme di medici che dividono locali e macchinari e si accordano per prestare servizi di turni per la notte, per i giorni festivi,...; quando si parla di *équipe* medica (*equipo médico*), invece, si designa una realtà ben differente: vari medici, che normalmente appartengono a diverse specializzazioni della medicina, intervengono simultaneamente in una determinata fase dell'attività medica. Secondo l'A. trattasi, comunque, di un gruppo o di un'*équipe* di medici, da un punto di vista teorico, non vi sono problemi di responsabilità: nel caso in cui ogni medico abbia posto in essere adempimenti differenti (in base alla sua specializzazione del ramo della scienza medica), le conseguenze dannose derivanti dalle azioni di ognuno di essi dovranno separarsi in modo uguale; se nel processo di assistenza di un paziente intervengono diversi specialisti in rami distinti della scienza medica, è logico che ognuno risponda della sua parte corrispondente; se, al contrario, fanno parte della stessa operazione vari medici con la stessa specializzazione, operando, ognuno di essi, con atti separati, non varia il regime normale individuale di responsabilità per atti propri.

<sup>140</sup> In tal senso, Cass. pen., 12 luglio 2006, n. 33619, in *Cass. pen.*, 2007, 7-8, p. 2851. In senso conforme, *ex multis*, Cass. pen., 11 ottobre 2007, n. 41317, in *www.dejure.it* e

Come noto, le prestazioni medico-sanitarie si svolgono sempre più in un contesto multidisciplinare, specialistico, multipersonale e, in alcuni casi, addirittura diacronico, ossia in diversi contesti spazio-temporali. E' facilmente configurabile, infatti, sulla base delle esigenze organizzative di un reparto ospedaliero, che più medici di uguali specialità e qualifiche funzionali possano essere chiamati in causa nella cura di uno stesso paziente<sup>141</sup>.

Come osservato da attenta dottrina<sup>142</sup>, lo sviluppo dello stato sociale ha indubbiamente incrementato la domanda delle prestazioni sanitarie richieste dai pazienti, mentre, sotto altro versante, il costante progresso scientifico che ha coinvolto anche il settore medico-sanitario, ha richiesto lo svolgimento di prestazioni sanitarie sempre più specializzate e caratterizzate dall'utilizzo di conoscenze scientifiche che coinvolgono necessariamente diversi settori della medicina<sup>143</sup>.

---

Cass. pen., 1 ottobre 1999, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 469, con nota di A. VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"* e in *Nuovo dir.*, 2000, p. 605 ss. con nota di A. CIAURI, *Colpa professionale di équipe medica in fattispecie di trapianto di organi*.

<sup>141</sup> Basti pensare, ad esempio, alla successione di più medici in rapporto ai diversi turni di servizio, oppure alla presenza in reparto di un singolo medico, responsabile dei pazienti ivi ricoverati, in occasione delle giornate festive. In argomento, F. AMBROSETTI, M. e R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe. Profili penali e civili*, cit., p. 62.

<sup>142</sup> Cfr. D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, p. 210.

<sup>143</sup> Cfr. A. ROIATI, *Il medico in posizione apicale tra culpa in vigilando e responsabilità di posizione*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 728 ss. In relazione a tale profilo, si rinvia anche alle osservazioni di G. DE FRANCESCO, *L'imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico: un breve sguardo d'insieme*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, p. 953 ss., secondo il quale il trattamento medico opera in un contesto «sempre più a carattere plurisoggettivo». Afferma inoltre l'A.: «dal consiglio del medico generico circa l'opportunità di un eventuale ricovero, alle analisi cliniche conseguenti, alle diagnosi dei relativi risultati, alla prescrizione di certi tipi di farmaco, alla decisione se intervenire chirurgicamente, alla sottoposizione ad anestesia, all'esecuzione di un intervento da parte di un'équipe medica, alla fase dei controlli post-operatori, alle cure ordinate al paziente una volta dimesso dall'ospedale, è tutto un cumularsi o susseguirsi di prestazioni varie e molteplici, per lo più sulla base di competenze professionali diversificate, e sia pure interagenti tra di loro».

Ogni membro dell' *équipe* sanitaria<sup>144</sup> è, quindi, gravato di un obbligo di controllo dell'operato altrui e deve così conoscere e valutare l'attività svolta, anche non contestualmente, dagli altri operatori del *team*, sia pure specialisti, se del caso ponendo rimedio a errori evidenti in base alle comuni conoscenze scientifiche che il professionista non specialista ha o dovrebbe avere<sup>145</sup>.

Le attuali pratiche di gestione delle prestazioni sanitarie, proprio in virtù di tali fattori, sono, dunque, divenute atti necessariamente plurisoggettivi in cui il trattamento sanitario subisce una inevitabile divisione del lavoro<sup>146</sup>, grazie alla quale le funzioni vengono distribuite tra i vari medici coinvolti<sup>147</sup>. Le condotte degli stessi interagiscono tra di loro e le diverse professionalità maturate da ciascun componente del gruppo, in una particolare branca della medicina, possono essere messe a frutto attraverso una proficua unione delle forze, dando vita ad un'interazione sinergica tra competenze specifiche di alto livello<sup>148</sup>.

È da rilevare, comunque, che se da un lato la parcellizzazione della

---

<sup>144</sup> La dottrina, in particolare, ha distinto tra le nozioni di "équipe in senso stretto" e di "équipe in senso ampio": cfr. A. MASSARO, *L'art. 590 sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, in *Arch. pen.* 2017, 3 p. 49. Cfr. anche A. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 228 che sembra delimitare la nozione di *équipe* medica «solo alle attività che comportano una contestuale prestazione diagnostica e terapeutica, svolto da un gruppo di sanitari aventi compiti differenziati». In senso conforme, A. FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 1999, p. 523 e C. PARODI e V. NIZZA, *La responsabilità penale del personale medico e paramedico*, Torino, 1996, p. 139.

<sup>145</sup> Sulla rigorosità ed importanza del principio di affidamento cfr. R. CATALDI, P.M. STORANI, F. ROMANELLI, S. VAGNONI e C. MATRICARDI, *La nuova responsabilità del medico e della struttura sanitaria, dopo la la Riforma Gelli (L. 8 marzo 2017, n. 24)*, cit., p. 179 ss. secondo cui il dirigente medico ripone l'affidamento nei confronti dei suoi aiutanti, siano essi inquadrabili come personale medico o paramedico: l'affidamento in merito alla diligenza dell'altro collaboratore, inoltre, sussiste non solo nel capo dell'*équipe* nei confronti dei suoi sottoposti, «bensì pure in questi ultimi nei confronti del loro supervisore e coordinatore».

<sup>146</sup> L. GIZZI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in équipe*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 753 ss.

<sup>147</sup> Sul punto, A. ROIATI, *Il medico in posizione apicale tra culpa in vigilando e responsabilità di posizione*, cit., p. 728.

<sup>148</sup> Così, D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, cit., p. 210.

prestazione medico-sanitaria costituisce senza ombra di dubbio un fattore di sicurezza (dal momento che è evidente come un medico, potendosi concentrare esclusivamente sull'espletamento dei compiti a lui assegnati e rientranti nel suo campo di specializzazione, si trova nelle condizioni di offrire al paziente una prestazione qualitativamente migliore della media)<sup>149</sup>, dall'altro, la frammentazione dei compiti e della funzioni sanitarie tra vari professionisti può anche rappresentare un fattore di rischio<sup>150</sup>.

In questo contesto, in particolare, la "spersonalizzazione" e suddivisione del trattamento medico<sup>151</sup>, a favore di un lavoro multifasico e pluripersonale, rende estremamente delicata l'individuazione dei profili di responsabilità in capo ai singoli medici che hanno contribuito al trattamento rivelatosi poi infausto.

Se si aderisse a una concezione atomistica dell'atto medico, che parametri la responsabilità di un componente dell'*équipe* sul solo atto da lui compiuto, si finirebbe inevitabilmente per deresponsabilizzare il medico da una visione d'insieme dell'intero trattamento, compromettendo l'indispensabile rapporto di fiducia tra paziente e medico e, in ultima istanza, il buon esito delle cure<sup>152</sup>.

Nella specifica situazione nella quale, per la cura di un paziente, dunque, intervengano più medici non legati da rapporto gerarchico<sup>153</sup>,

---

<sup>149</sup> P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Padova, 2009, p. 204.

<sup>150</sup> P. VENEZIANI, o.u.c., p. 204. In relazione a tale profilo, si pensi che la divisione del lavoro si rivela un aspetto necessario a causa dell'inarrestabile espansione e sviluppo tecnologico che danno origine a forme complesse di organizzazione del lavoro ma, sotto altri aspetti, può ben rivelarsi "un'arma a doppio taglio" intrinsecamente connessa alla spersonalizzazione dell'atto medico, in tal senso, D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, cit., p. 211.

<sup>151</sup> V. FINESCHI, *Res ipsa loquitor: un principio in divenire nella definizione della responsabilità medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 1989, p. 422.

<sup>152</sup> A. ROIATI, *Il medico in posizione apicale tra culpa in vigilando e responsabilità di posizione*, cit., p. 727.

<sup>153</sup> Il primario ospedaliero, ai sensi dell'art. 7 del d.P.R. 27 marzo 1969 n. 128, ha la responsabilità dei malati della divisione, per i quali ha l'obbligo di definire i criteri

emerge una responsabilità paritetica tra gli stessi in ipotesi di condotte colpose che abbiano cagionato un danno alla vita o all'integrità fisica del paziente<sup>154</sup>.

In virtù del principio di affidamento, in particolare, nel caso di *équipe* chirurgica, ogni sanitario deve rispettare non solo i canoni di diligenza e di prudenza connessi alle specifiche mansioni svolte, ma anche vigilare sugli obblighi degli altri sanitari componenti d'*équipe*<sup>155</sup>.

In particolare, la Cassazione<sup>156</sup> con l'espressione "attività

---

diagnostici e terapeutici che gli aiuti e gli assistenti devono seguire e di vigilare, com'è desumibile anche dall'art. 63 del d.P.R. 20 dicembre 1979 n. 761, sull'esatta esecuzione da parte dei medesim. Sulla responsabilità del primario per il fatto dei sanitari a lui subordinati, cfr. F. AMBROSETTI e M. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico in équipe*, cit. Secondo Corte dei Conti, Lombardia, 28 marzo 2003, n. 380, in *Riv. amm. reg. Lombardia*, 2002, 183, il primario di una struttura ospedaliera ha il dovere di partecipare attivamente alle decisioni sulle scelte terapeutiche, di definire i criteri diagnostici e terapeutici che poi dovranno essere seguiti dagli aiuti, assistenti e personale infermieristico, ma una volta stabilita l'impostazione generale, il dovere di vigilanza è limitato alla necessità di conoscere la situazione del reparto e non di controllare personalmente l'operato di ogni singolo dipendente del reparto.

<sup>154</sup> In particolare, ogni soggetto non dovrà ritenersi obbligato a delineare il proprio comportamento in funzione del rischio delle condotte altrui, atteso che potrà sempre far riferimento sul fatto che gli altri soggetti agiscano nell'osservanza delle regole di diligenza proprie. In argomento, cfr. M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, p. 235 ss.

<sup>155</sup> Cass. pen., 18 maggio 2005, n. 18568, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), con nota di A. VALLINI, *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1626. In tale circostanza, in particolare, veniva confermata la condanna del ferrista, ma non quella dell'infermiere, nei cui riguardi veniva ritenuto operante il principio di affidamento, e quindi veniva esclusa la sua responsabilità. Per quanto riguarda, invece, l'applicazione di tale principio, invocato dalle difese dei convenuti, anche ai diretti protagonisti della vicenda, esso veniva negato in quanto si era in presenza di un intervento che veniva effettuato da un'*équipe* medica. I tre dottori operanti, essendo tutti chirurghi, in un simile contesto, avrebbero dovuto esercitare una doverosa reciproca vigilanza, anche nell'asportare le pinze, compito quest'ultimo non ritenuto demandabile ad altri.

<sup>156</sup> Si fa riferimento a Cass. pen., 24 gennaio 2005, n. 18548, in *CED Cass. pen.* 2005, dove la Suprema Corte ha ampliato il significato dell'attività medica *équipe* sancendo, nel caso di specie, la responsabilità in concorso di un ginecologo per la morte di un neonato verificatasi nelle immediatezze del parto per una crisi respiratoria. Al ginecologo, che aveva seguito la donna anche prima del parto, era stata addebitata la colpa per non essere intervenuto in una situazione di *routine* per un medico specialista in ginecologia, non essendosi accorto della sofferenza fetale e non avendo fatto ricorso al parto operativo per via laparotomica. Anche un altro medico dell'*équipe* operatoria, che pur non avendo la specializzazione in ginecologia era intervenuto ad assistere il collega nel parto, era stato ritenuto parimenti responsabile dalla Corte. A tale medico era stata ascritta la



medico-chirurgica da *équipe*” fa riferimento non soltanto alle ipotesi di intervento congiunto di più medici in favore di un solo paziente, bensì a quelle in cui l’eventuale intervento terapeutico avvenga in tempi diversi, da parte di più medici, ognuno dei quali con specifici compiti.

In tali condizioni, infatti, l’alternanza e/o collaborazione di più sanitari nelle cura di un paziente rende la responsabilità, circa il buon esito delle stesse, affidata contemporaneamente all’intera *équipe* e a ciascun componente in sé considerato<sup>157</sup>, proprio perché potrebbe risultare difficile l’individuazione del reale colpevole.

Per completezza espositiva, con riguardo alle regole di condotta alle quali ogni singolo sanitario è tenuto a rispettare nel prestare la propria attività professionale durante le operazioni medico-chirurgiche, si segnala il riferimento alle linee guida e alle buone pratiche clinico-assistenziali, sulla scia del decreto Balduzzi<sup>158</sup>, oggi disciplinate e definite dalla l. Gelli-Bianco (art. 5)<sup>159</sup>.

---

responsabilità per non avere diagnosticato la situazione di asfissia del feto, nonostante «la presenza di sintomi evidenti» e quindi in una «situazione né difficile né complessa, che non richiedeva, per essere adeguatamente affrontata, particolari cognizioni specialistiche».

<sup>157</sup> Secondo la Pretura di Ravenna, 15 dicembre 1995, in *Resp. civ. prev.*, 1997, p. 787, sono responsabili di omicidio colposo i sanitari che, pur dovendosi coordinare nell’adozione delle scelte terapeutiche – in quanto portatori di un’autonomia decisionale da cui dipende un obbligo di adottare in corso di necessità tutti i presidi utili per fronteggiare l’emergenza -, omettono di adottare idonee cure di negligenza ed imprudenza poiché è sempre attuale l’obbligo di intervenire per chi si avveda della inadeguatezza della scelta terapeutica in atto decisa da altri sanitari; tale posizione di controllo non può mai venire meno dal momento che i medici di un reparto ospedaliero sono un gruppo di professionisti sostanzialmente equivalenti e pratici.

<sup>158</sup> L’abrogato art. 3, comma 1, l. 189/2012, disponeva che l’esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si fosse attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non rispondeva penalmente per colpa lieve e che il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, teneva debitamente conto della condotta di cui al primo periodo. Sull’importanza delle linee guida cfr., tra gli altri, G. DEBERNARDI, *Sulla rilevanza «delle linee» nella valutazione della medica*, in *Ragiusan*, 2014, 361-362, p. 142 ss.; G. GUERRA, *La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, in *Ragiusan*, 359-360, 2014, p. 158 ss. e L. CAJAZZO e M. MARZANO, *La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità professionale del medico e le novità della legge Balduzzi*, in *Corr. giur.*, 2013, 4, p. 485 ss.

<sup>159</sup> Sul rapporto tra colpa professionale e linee guida e sull’incidenza di quest’ultime ai fini dell’accertamento della responsabilità medica, M.P. MANTOVANI *L’assicurazione*

Tali nuove regole di condotta confermano che il presupposto dell'attività medica è rappresentato dal rispetto, salve le specificità del caso concreto, delle raccomandazioni previste dalle linee guida elaborate da enti, istituzioni e associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie, iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute<sup>160</sup>.

In mancanza di ipotesi di specificità del caso, dunque, tutti gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali (art. 5, l. 24/2017) e, nel caso in cui nell'ambito di un'operazione venga identificato un primario o responsabile per l'intero procedimento, lo stesso deve ritenersi investito dell'obbligo di assicurare l'osservanza di siffatte linee guida da parte di tutti i professionisti sanitari sottoposti al suo controllo e coinvolti nel trattamento medico<sup>161</sup>.

---

*della responsabilità civile medico-sanitaria*, cit., p. 251 ss. Letteralmente l'art. 6 della citata legge (che introduce l'art. 590-*sexies* nel codice penale, Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario), enuncia che «se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 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».

<sup>160</sup> Ad es., in ambito penale, Cass. pen., 8 luglio 2014, n. 7346, in *Cass. pen.*, 3, 2016, p. 1045, con nota di A. MARCHINI, *Osservazioni a Cass. Pen., 8 luglio 2014, sez. IV, n. 7346*, aveva confermato la responsabilità penale di tre medici chirurghi, un infermiere strumentista ed un infermiere di sala per il reato di lesioni colpose in danno di una paziente sottoposta a intervento chirurgico di laparoistectomia totale. Il caso in esame rafforza le convinzioni del rispetto delle linee guida, considerato che, invocate dal medico chirurgo (ritenuto responsabile insieme agli infermieri), consistevano nelle «raccomandazioni per prevenire la ritenzione delle garze, strumenti o altro materiale all'interno del sito chirurgico», e prevedevano «il controllo delle garze in entrata e in uscita compiuto dall'infermiere a voce alta e il controllo della cartella», con un possibile intervento del medico solo qualora, all'esito del conteggio, questo non fosse risultato regolare.

<sup>161</sup> Cfr. Cass., 29 novembre 2010, n. 24144, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 11, 1523, secondo cui il primario ospedaliero che ai sensi del d.P.R. 27 marzo 1969, n. 128, art. 7 ha la responsabilità dei malati e il connesso obbligo di definire i criteri diagnostici e terapeutici che gli assistenti devono seguire, deve avere puntuale conoscenza delle situazioni cliniche che riguardano i degenti nonché delle iniziative intraprese dagli altri medici cui il paziente sia stato affidato, a prescindere dalle modalità di acquisizione di tale conoscenza (con visita diretta o a mezzo di interpello degli operatori sanitari) e

In questo modo, viene ampliato il processo di normativizzazione dell'elemento colposo, mediante l'adozione di procedure standardizzate che, per una tutela effettiva dell'utente, consentano ai singoli operatori di una *équipe* medica di riconoscere più agevolmente segnali di allarme o potenziali pericoli che possano pregiudicare il buon esito del trattamento e, al contempo, di implementare la comunicazione tra i professionisti coinvolti<sup>162</sup>.

A ben vedere, sono le stesse linee guida a contenere vere e proprie regole di condotta<sup>163</sup>: le buone pratiche accreditate costituiscono, per la gran parte, regole procedurali proprio tese ad evitare che eventi lesivi conseguano a comportamenti imprudenti o negligenti posti in essere dai sanitari<sup>164</sup>. Per tali ragioni, l'adozione di procedure standardizzate potrebbe, almeno in astratto, consentire di cogliere con maggiore evidenza e rapidità eventuali criticità che possono intercorrere tra vari professionisti all'interno di un trattamento medico plurisoggettivo con evidenti benefici, almeno potenziali, sia per il paziente che per gli operatori<sup>165</sup>.

La previsione delle linee guida enunciate dalla l. 24/2017, nell'art. 5,

---

indipendentemente dalla responsabilità di questi ultimi, e tanto allo scopo di vigilare sulla esatta impostazione ed esecuzione delle terapie, di prevenire errori e di adottare tempestivamente i provvedimenti richiesti da eventuali emergenze. Nello stesso senso, *ex multis* confr. Cass, 30 giugno 2005, n. 13979, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 6 e Cass. 18 maggio 2001, n. 6822, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1003.

<sup>162</sup> Per il rapporto tra linee guida e buone pratiche, G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, cit., p. 15 ss.

<sup>163</sup> Per una differenza terminologica tra "Protocolli" e "linee guida", entrambi, regole comportamentali basate su dati desunti della letteratura e delle fonti bibliografiche, in grado di agire sulla condotta dell'operatore sanitario e sul sistema organizzativo in generale, v. C. BUCCELLI, I. ABIGNENTE, M. NIOLA, M. PATERNOSTER, V. GRAZIANO e P. DI LORENZO, *La rilevanza delle linee guida nella determinazione della responsabilità medica. Le novità introdotte dalla cd. legge Balduzzi, le problematiche connesse, i tentativi di risoluzione*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 663. In particolare gli A. pongono in evidenza come i primi (Protocolli) assumono valore vincolante, mentre le seconde (linee guida) rappresentano consigli operativi.

<sup>164</sup> A. MARCHINI, *Osservazioni a Cass. Pen.*, 8 luglio 2014, sez. IV, n. 7346, in *Cass. Pen.* 2016, p. 1045.

<sup>165</sup> Note giurisprudenziali a sent., Cass. pen., 6 febbraio 2015, n. 30991, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, p. 1594.

che limitano la responsabilità professionale del medico<sup>166</sup>, poiché sono elaborate dalle società scientifiche iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, potrebbero rappresentare criteri più oggettivi, per valutare la condotta del medico, rispetto ai parametri “classici” contenuti nell’art. 2236 c.c.<sup>167</sup>. Tale ultima norma, come noto, limita la responsabilità professionale del medico ai soli casi di dolo o colpa grave e si applica nei soli casi in cui si presentino problemi tecnici di particolare difficoltà<sup>168</sup>.

### **1.1.2 Il regime della responsabilità solidale e la nuova azione di rivalsa ex art. 9 della l. 24/2017**

La problematica poc’anzi esplicitata, relativa all’individuazione del colpevole di un intervento infausto in ambito medico-sanitario, permette di comprendere appieno la *ratio* del principio civilistico di responsabilità solidale<sup>169</sup>, il quale poggia sul fatto che il paziente danneggiato non sempre è in grado di identificare quali membri dell’*équipe* abbiano concorso alla produzione dell’evento dannoso<sup>170</sup>.

---

<sup>166</sup> Per un’attenta analisi dei presupposti per l’esclusione della responsabilità del professionista sanitario, cfr. A. PALMA, *Molto rumore per nulla: la Legge Gelli-Bianco di riforma della responsabilità penale del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2017, p. 523 ss.

<sup>167</sup> Sui diversi orientamenti che individuano nell’art. 2236 c.c. una regola di esperienza valevole anche in ambito penalistico, e sul ruolo dell’art. 2236 c.c. alla luce della nuova l. Gelli-Bianco, cfr. A. MASSARO, *L’art. 590 sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell’art. 2236 c.c.*, cit., p. 1 ss.

<sup>168</sup> A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d’opera e professioni intellettuali*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, A. CICU e F. MESSINEO (diretto da), XXVII, Milano, 1996, p. 618, a tal proposito, conclude: «l’art. 2236 c.c., più che norma speciale, è da considerare norma complementare, destinata a precisare l’ambito di operatività della disposizione dettata in maniera di obbligazioni, grazie alla quale all’elevarsi della soglia qualitativa della “natura dell’attività” di cui all’art. 1176 c.c. si accentua il livello di diligenza richiesta; quest’ultima, essendo valutata con minor rigore, equivale sostanzialmente alla graduazione normale di diligenza meno intensa richiesta per le attività ordinarie».

<sup>169</sup> Secondo A. D’ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, in *Corr. giur.*, 2017, 6, p. 771, la solidarietà è «l’ordinario presupposto dell’azione di regresso o rivalsa che mira a riequilibrare, nei rapporti interni, il sacrificio del debitore solidale che abbia, per tutti, provveduto alla *solutio*».

<sup>170</sup> In tema di responsabilità solidale tra clinica e medico, in particolare, secondo Cass., 13 gennaio 2015 n. 280, in *Guida dir.*, 2015, 7, 61, non occorre che clinica e medico siano

La ragione, inoltre, che giustifica di dedicare una riflessione al tema della responsabilità solidale nella responsabilità risarcitoria, si fonda sul fatto che la disciplina Gelli-Bianco, espressamente, radica la responsabilità della struttura sanitaria nell'art. 1228 c.c., secondo cui sussiste una responsabilità solidale fra preponente e preposto<sup>171</sup>.

A volte, è ragionevole presumere che un errore colposo sia stato commesso da uno dei partecipanti all'esecuzione dell'intervento, e tuttavia può essere impossibile, o difficile, per l'utente dei servizi sanitari che intende agire in giudizio per essere risarcito, ad esempio, stabilire se si tratti del chirurgo, o dell'anestetista, oppure dell'uno o dell'altro infermiere.

Ebbene, una volta soddisfatta in giudizio la pretesa del paziente danneggiato, che in sede civile chiede il risarcimento dei danni subiti per inadempimento o mancato adempimento da parte di un sanitario, la Cassazione<sup>172</sup> ha stabilito che i componenti dell'*équipe* medica non potranno che rispondere in via solidale tra loro. Il paziente, infatti, può

---

legati da un vincolo contrattuale in quanto il medico agisce, comunque, come ausiliario dell'organizzazione aziendale. In questi termini, la Suprema Corte stabilisce la sussistenza della responsabilità solidale tra clinica e medico chirurgico a prescindere dalla sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, o comunque di collaborazione tra clinica e sanitario.

<sup>171</sup> M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, cit., p. 205.

<sup>172</sup> Secondo Cass., 9 novembre 2006, n. 23918, in *Riv. it. med. leg.* 2007, 4-5, p. 1187 ss. «quando un medesimo danno è provocato da più soggetti, per inadempimenti di contratti diversi, intercorsi rispettivamente tra ciascuno di essi e il danneggiato, tali soggetti debbono essere considerati corresponsabili in solido, non tanto sulla base dell'estensione alla responsabilità contrattuale della norma dell'art. 2055 c.c., dettata per la responsabilità extracontrattuale, quanto perché, sia in tema di responsabilità contrattuale che di responsabilità extracontrattuale, se un unico evento dannoso è imputabile a più persone, al fine di ritenere la responsabilità di tutte nell'obbligo risarcitorio, è sufficiente, in base ai principi che regolano il nesso di causalità ed il concorso di più cause efficienti nella produzione dell'evento (dei quali, del resto, l'art. 2055 costituisce un'esplicitazione), che le azioni od omissioni di ciascuno abbiano concorso in modo efficiente a produrlo» (fattispecie relativa a danno alla salute subita da un paziente per trattamenti medici inadeguati, ascrivibili in parte alla casa di cura presso cui era stata ricoverata e in parte al medico curante dopo la dimissione). In dottrina, sulla configurazione della responsabilità "di gruppo" o "per fatto altrui" in capo a ciascun sanitario, nell'avvertita esigenza di garantire sempre l'indennizzo dei danni subiti dal paziente, v. G. CATTANEO, *La responsabilità del medico nel diritto italiano*, in AA.VV. *La responsabilità medica*, Milano, 1982, p. 22.

rivolgersi indifferentemente a ciascuno di essi, chiedendo il risarcimento dell'intero danno subito, e il singolo deve provvedere all'integrale risarcimento<sup>173</sup>.

Alla luce dell'operatività dell'art. 1228 c.c., la norma di riferimento è evidentemente l'art. 2055 c.c., comma 2, secondo cui «se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno»<sup>174</sup>.

In termini generali, in virtù del citato articolo, se il danno è imputabile a più persone, ciascuna è responsabile solidalmente per l'intero nei confronti del danneggiato, alla luce della regola della solidarietà, che nasce dall'unitarietà del fatto dannoso<sup>175</sup>.

Il paziente che ha subito un danno derivante da responsabilità medico-sanitaria, ha la possibilità di rivolgersi, per il relativo risarcimento, oltre che al sanitario (che potrà rispondere in via solidale con gli altri componenti delle operazioni mediche) e all'impresa di assicurazione, anche alla struttura sanitaria alla quale si è indirizzato per sottoporsi alle cure connesse al pregiudizio poi patito<sup>176</sup>.

---

<sup>173</sup> R. SGOBBO, G. PEZZAROSSA, G. CASTAGNA e V. TROCCHIA, *La responsabilità nell'ambito dell'attività medica in «équipe»*, in *La responsabilità legale dell'otorinolaringoiatra*, Atti del 74° congresso nazionale Società italiana di otorinolaringologia e chirurgia cervico-facciale, Milano, 27-30 maggio 1987.

<sup>174</sup> Cfr. Cass., 10 maggio 2005 n. 5945, in *Diritto giust.*, 2000, 19, p. 51, la quale ha fatto notare come è agevole opinare come, molto spesso, sia difficile dimostrare che tali problemi tecnici trascendano la preparazione media o «perché non sono stati studiati a sufficienza o perché dibattuti con riguardo ai metodi da adottare».

<sup>175</sup> M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, cit., p. 206, evidenza che, anche se in virtù dell'art. 7 l. 24/2017 la responsabilità del medico dipendente sia extracontrattuale (l'art. 2055 c.c. si riferirebbe alle ipotesi di responsabilità contrattuale), è necessario tenere in considerazione il profilo fondato sul rilievo secondo cui, tecnicamente, nei confronti del medico strutturato, potrebbe comunque sussistere una responsabilità contrattuale, quantomeno a titolo di responsabilità solidale ex art. 2055 c.c. (c.d. solidarietà passiva), e ciò alla luce dell'operatività della previsione ex art. 1228 c.c.

<sup>176</sup> Per i risarcimenti, in merito all'opportunità di estendere le tabelle di cui gli artt. 138 e 139 cod. ass. ad ipotesi diverse dai sinistri stradali, A. GARIBOTTI, *In claris non fit interpretatio, o meglio in obscuris fit interpretatio: l'art. 3 della Legge Balduzzi sfida anche i criteri dell'ermeneutica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2015, p. 722; R. BREDI, *La responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria alla luce della c.d. legge*

In quest'ultima ipotesi, nell'eventualità nella quale la struttura sanitaria sia stata condannata a risarcire il danno al paziente, la struttura stessa potrà agire mediante azione recuperatoria, attraverso lo strumento del regresso, nei confronti del medico curante, di quanto abbia dovuto corrispondere per ristorare il pregiudizio subito dal danneggiato, ai sensi dell'art. 2055, comma 2, c.c.<sup>177</sup>.

Il fondamento concettuale dell'azione di regresso della struttura sanitaria nei riguardi dell'ausiliario, risiede nel fatto che, una volta accertata la responsabilità, entrambi i soggetti (medico e struttura sanitaria), sono obbligati in solido, ai sensi dell'art. 2055 c.c., a risarcire l'intero danno patito dal paziente. La distinzione tra i due regimi, contrattuale ed extracontrattuale, «viene ulteriormente meno in ragione delle regole del concorso *ex art.* 2055 c.c., dalle quali nasce la solidarietà tra tutti i coautori, debitori solidali, verso la vittima, quale creditrice dell'obbligazione risarcitoria»<sup>178</sup>.

Il fondamento giuridico della regola della responsabilità solidale si

---

*Balduzzi: ipotesi ricostruttive a confronto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 751; G. PONZANELLI, *L'applicazione degli articoli 138 e 139 codice delle assicurazioni alla responsabilità medica: problemi e prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 145 e M. GAGLIARDI, *Profili di rilevanza assicurativa nella riforma "Balduzzi": poca coerenza e scarsa attenzione al sistema*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 772.

<sup>177</sup> Secondo A. D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, cit., p. 774, con la l. 24/2017 «pur in un quadro di nitido favore per il medico, il legislatore non si è allora sentito di accedere alla soluzione più radicale, e sistematicamente sfidante, che predica la concentrazione della responsabilità *ex art.* 1228 c.c. in capo al preponente, in ragione di un'immedesimazione che offuscherebbe l'autonoma rilevanza risarcitoria del sanitario, del tutto incanalata nell'esecuzione di un'obbligazione assunta dal preponente».

<sup>178</sup> M. FRANZONI, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno resp.*, 2017, pp. 271, spec. 273, afferma che «orbene in tale evenienza l'attore in giudizio soddisfa l'onere della prova una volta che riesca a dimostrare, oltre all'unitarietà del fatto, la sussistenza del criterio di imputazione nei confronti di uno soltanto dei coresponsabili. È infatti pacifico che un medesimo fatto può derivare da una condotta dovuta in base ad un titolo contrattuale ed uno extracontrattuale, o da un concorso fra un criterio di imputazione oggettiva con un criterio fondato sulla colpa. A questo punto per la prova dell'esistenza del diritto sarà sufficiente la dimostrazione dell'esistenza del criterio più favorevole per il danneggiato, creditore; questa circostanza provoca, di fatto, una oggettivazione nel settore della responsabilità sanitaria. Ciò comporta che nella causa promossa dal paziente contro la struttura e il medico, il fondamento del diritto sarà provato anche in presenza dei presupposti per condannare la prima».

rinviene nella funzione propria della solidarietà passiva, ossia nella funzione di garanzia del creditore<sup>179</sup>. La regola della responsabilità solidale costituisce, in definitiva, un rafforzamento legale del rimedio del risarcimento del danno, in favore del paziente-danneggiato<sup>180</sup>.

La Riforma Gelli-Bianco prevede un'azione recuperatoria con le nuove azioni di rivalsa<sup>181</sup> e azione di responsabilità amministrativa<sup>182</sup>, disciplinate dall'art. 9, l. 24/2017, il quale dispone che tali procedure spettano alle aziende sanitarie, alla Corte dei Conti ed alle imprese di assicurazione nei confronti dell'operatore sanitario, dipendente o libero professionista<sup>183</sup>.

Al fine di garantire efficacia a tale azione appare collegato il comma 3 dell'art. 10, il quale introduce il sistema assicurativo obbligatorio per le

---

<sup>179</sup> M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, cit., p. 209.

<sup>180</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 2015, cit., p. 648 ss., secondo cui la funzione di rafforzare la garanzia del creditore si ravvisa nel fatto che «il danneggiato è infatti garantito da ciò, che ciascun responsabile è tenuto anche per la parte di danno causalmente imputabile anche agli altri corresponsabili».

<sup>181</sup> Sull'argomento, tra i primi commenti alla l. 24/2017, A. BERNARDI, *L'azione di rivalsa*, in L. BENCI, A. BERNARDI, A. FIORI, T. FRITTELLI, V. GASPARRINI, M. HAZAN, P. MARTINENGO, D. RODRIGUEZ, V. ROSSI, R. TARTAGLIA e A. TITA, *Sicurezza delle cure e responsabilità sanitaria. Commentario alla legge 24/2017*, Roma, 2017, p. 121 ss.; F.G. CUTTAIA, *La responsabilità civile e amministrativa in ambito sanitario alla luce del sistema a doppio binario introdotto dalla legge 8 marzo 2017, n. 24*, in [www.ratioiuris.it](http://www.ratioiuris.it); M. LOVO, *Azione di rivalsa, di responsabilità amministrativa e disciplinare nei confronti dell'esercente la professione sanitaria*, in M. LOVO e L. NOCCO (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria. Le novità introdotte dalla Legge Gelli, Il Sole 24 Ore*, Milano, 2017, p. 46 ss.; I. PARTENZA, *L'azione di rivalsa delle strutture private*, in F. GELLI, M. HAZAN e D. ZORZIT (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Legge Gelli)*, Milano, 2017, p. 521 ss.

<sup>182</sup> Tale responsabilità viene definita "responsabilità amministrativa per danno all'erario" dal Codice di giustizia contabile, art. 1, comma 1, d.lgs. 26 agosto 2016, n. 147, in vigore dal 7 ottobre 2016. Secondo M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, cit., p. 211, con riguardo alla disciplina dell'azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa di cui all'art. 9, l. 24/2017 si sarebbe dovuto parlare più propriamente di «azione recuperatoria».

<sup>183</sup> A norma dell'art. 9 l. 24/2017 (Azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa) presupposto comune delle due azioni è l'estensione e il trasferimento delle immediate conseguenze economiche di una condotta di *malpractice* a un soggetto – la struttura sanitaria o sociosanitaria – diverso dall'autore della stessa. Per una completa disamina dell'art. 9, l. 24/2017 cfr. C. CHIAPPINELLI e A. IADECOLA, *Azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa*, in AA.VV., G. CARPANI e G. FARES (a cura di), *Guide alle nuove norme sulle responsabilità nelle professioni sanitarie*, cit., p. 192 ss.



strutture e per l'esercente la professione, statuto che, oltre alla struttura sanitaria, anche «ciascun esercente la professione sanitaria operante a qualunque titolo in strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private provvede alla stipula, con onere a proprio carico, di un'adeguata polizza di assicurazione per colpa grave».

In entrambi i casi a cui fa riferimento l'art. 9 l. 24/2017 (azione di rivalsa e azione di responsabilità amministrativa), l'azione ha per oggetto il diritto della struttura sanitaria o sociosanitaria ad essere reintegrata della diminuzione patrimoniale subita per aver sostenuto il peso economico del risarcimento del danno subito da un terzo, in conseguenza dell'operato di un esercente la professione sanitaria di cui la struttura si sia avvalsa<sup>184</sup>. Le azioni in parola, infatti, hanno la funzione di riequilibrare la distribuzione di tali conseguenze in ragione delle responsabilità individuali.

Nell'impostazione della norma, in particolare, per azione di rivalsa (art. 9, commi 1, 4 e 6) si intende quella che può essere esercitata direttamente dalla struttura sanitaria e sociosanitaria nei confronti dell'operatore sanitario del cui danno la struttura sia stata chiamata a rispondere ai sensi dell'art. 7, commi 1 e 2 della l. 24/2017.

L'azione di responsabilità amministrativa, invece, nel caso di accoglimento della domanda di risarcimento proposta dal danneggiato e in caso di danno erariale, è quella che il pubblico ministero esercita nei confronti dell'esercente la professione presso la Corte dei conti, al fine di conseguire il risarcimento del danno arrecato a una struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica (art. 9, comma 5)<sup>185</sup>.

---

<sup>184</sup> C. CHIAPPINELLI e A. IADECOLA, *Azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa*, cit., p. 193.

<sup>185</sup> Trattandosi di pubblici dipendenti, occorre far riferimento all'art. 28 cost., secondo il quale «i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti e che in tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici». Sulla portata della disposizione di cui all'art. 28 cost., F. MERUSI, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, in *Riv.*

Poiché il disposto contenuto nell'art. 9, comma 7, nel giudizio di rivalsa, rifiuta qualsiasi valenza probatoria a materiale nato in un contesto processuale al quale il medico è stato estraneo, enuncia un principio di totale parità tra le parti confermando, sul profilo processuale, il principio del contraddittorio (quale principio fondamentale del nostro ordinamento che trova il suo primario riferimento all'art. 111 cost.).

Il comma 7 dell'art. 9, infatti, che si occupa del regime probatorio del procedimento di rivalsa, stabilisce che nel diritto di rivalsa intrapreso nei confronti del medico e, del pari, in quello di responsabilità amministrativa, il giudice possa desumere argomenti di prova<sup>186</sup> dalle prove assunte nel previo giudizio instaurato dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria o dell'impresa di assicurazione, se l'esercente la professione sanitaria ne sia stato parte<sup>187</sup>.

In merito alla qualificazione giuridica dell'azione di rivalsa, nei confronti del medico, secondo la dottrina, essa ha natura contrattuale, fondata sul suo inadempimento quale ausiliare<sup>188</sup>.

Quanto sostenuto troverebbe una conferma nell'utilizzo da parte della norma del termine "rivalsa" che, nella teoria generale, indica quella fattispecie in cui il diritto di un soggetto alla reintegrazione del proprio patrimonio sorge dal rapporto contrattuale tra lui e il soggetto tenuto alla reintegrazione, anziché della parola "regresso", che designa, invece, le ipotesi in cui il diritto in parola deriva dalla legge<sup>189</sup>.

---

*trim. dir. publ.*, 1986, p. 41 ss. e M. CLARICH, *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione nel diritto italiano*, ivi, 1989, p. 1085.

<sup>186</sup> Ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c., «il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo».

<sup>187</sup> M.C. VANZ, *La prova assunta aliunde nel contesto della nuova Legge Gelli/Bianco sulla responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 5, 2017, p. 1766 ss.

<sup>188</sup> I. PARTENZA, *L'azione di rivalsa delle strutture private*, in F. GELLI, M. HAZAN, D. ZORZIT (a cura di), *La nuova responsabilità*, cit., p. 525 ss.

<sup>189</sup> C. CHIAPPINELLI e A. IADECOLA, *Azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa*, cit., p. 196.

La struttura può esercitare l'azione nell'ambito del giudizio promosso dal danneggiato mediante la chiamata in causa ex art. 106 c.p.c. del sanitario, oppure, quando sia stato convenuto anche quest'ultimo, proponendo apposita domanda contro di lui<sup>190</sup>.

Al di fuori di queste ipotesi<sup>191</sup>, l'azione può essere esercitata in via autonoma, ossia introducendo un diverso giudizio ordinario<sup>192</sup>. In particolare, tale ultima azione, non sarebbe<sup>193</sup> condizionata, quanto a proponibilità, dalla sussistenza del dolo, o della colpa grave, come invece richiede l'art. 9, comma 1 – per l'esercizio dell'azione di rivalsa – e non registrerebbe termini decadenziali<sup>194</sup> e soprattutto limiti quantitativi alla domanda<sup>195</sup>.

In definitiva, per contrastare il fenomeno della medicina difensiva, a ragione, si è infatti osservato che l'aver contemplato, il legislatore, le limitazioni invece previste per l'azione di rivalsa da ultime illustrate (art. 9, commi 1 e 2, l. 24/2017) sembra, egli, aver opportunamente compreso che l'azione di rivalsa senza limiti avrebbe vanificato l'intento di alleggerire la

---

<sup>190</sup> Cfr. Trib. Milano, 23 luglio 2014, n. 9693, in *Foro it.*, 2014, I, c. 3294.

<sup>191</sup> Ipotesi, alle quali sembra riferirsi il comma 2 dell'art. 9, allorché contempla l'eventualità che l'esercente la professione sanitaria sia stato «parte del giudizio (...) di risarcimento del danno».

<sup>192</sup> In questo secondo caso, l'azione autonoma può essere esercitata soltanto dopo che la struttura abbia effettivamente risarcito il danno, sulla base di un titolo giudiziale o stragiudiziale. Per ulteriori approfondimenti, U. PERFETTI, *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del Consenso informato*, cit., p. 359 ss.

<sup>193</sup> Il dubbio, tuttavia, è posto da I. PARTENZA, *L'azione di rivalsa delle strutture private*, in F. GELLI, M. HAZAN e D. ZORZIT (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit., p. 526.

<sup>194</sup> L'azione di rivalsa è esercitabile entro il termine decadenziale di un anno a partire dal momento in cui è avvenuto il risarcimento e cioè il pagamento, se il medico non sia stato parte del giudizio di risarcimento, o della procedura stragiudiziale finalizzata ad ottenerlo (art. 9, comma 1).

<sup>195</sup> U. PERFETTI, *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del Consenso informato*, cit., p. 359 ss. In particolare, l'art. 9, comma 6, pone un limite quantitativo alla misura dell'eventuale condanna del medico quando la struttura abbia esercitato la rivalsa (o sia esercitata la surroga ex art. 1916 c.c. da parte dell'assicuratore) poiché il relativo importo non può superare una somma pari al «(...) valore maggiore del reddito professionale, ivi compresa la retribuzione lorda, conseguito nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo, moltiplicato per il triplo». Limitazione che però opera solo nel caso di colpa grave.

posizione del medico (convogliando verso la struttura l'azione di danno) facendo, invece, gravare sul sanitario l'obbligazione risarcitoria<sup>196</sup>.

## **1.2 Il ritorno alla responsabilità extracontrattuale per il medico operante? Le perplessità suscitate dall'ormai abrogato art. 3, l. 8 novembre 2012 n. 189 (c.d. decreto Balduzzi)**

Si è accennato che nonostante la “contrattualizzazione” (di fonte giurisprudenziale) della responsabilità contrattuale del singolo sanitario e della struttura ospedaliera, a mettere di nuovo in discussione l'argomento, prima ancora dell'entrata in vigore della recente l. 24/2017, era intervenuto il legislatore con il c.d. “decreto-legge Balduzzi” (l. 189/2012), rubricato “Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute”<sup>197</sup>.

In questo modo, si è verificata una riformulazione delle regole in materia di responsabilità per danni degli esercenti delle professioni sanitarie<sup>198</sup>.

Il decreto Balduzzi, in effetti, era stato emanato con il dichiarato scopo di introdurre un freno alla c.d. medicina difensiva<sup>199</sup>, principale (se non

---

<sup>196</sup> In argomento, C. GRANELLI, *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2, 2017, p. 416 ss. e A. D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, in *Corr. giur.*, cit., p. 774 ss.

<sup>197</sup> Il decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito in l. 8 novembre 2012, n. 189, interviene nel settore sanitario con alcune disposizioni rilevanti in tema sia di responsabilità penale, sia di responsabilità civile, di cui la rubrica dell'art. 3 del provvedimento legislativo definisce “l'esercente la professione sanitaria”. Per approfondimenti in merito, M.L. RUFFINI GANDOLFI, *In tema di responsabilità medica: tra incertezze giurisprudenziali e dubbi suscitati dalla legge Balduzzi*, in *Giust. civ.*, 7-8, 2013, p. 293 ss.

<sup>198</sup> Successivamente, l'art. 6, comma 2 della l. 24/2017 ha abrogato espressamente l'art. 3 comma 1, della l. 189/2012 mantenendo, tuttavia, in linea con il processo già avviatosi mediante tale normativa, un equilibrio tra tutela del paziente e limite del contenzioso.

<sup>199</sup> Per una ricostruzione storica delle origini della “medicina difensiva”, V. PALIERO, F. RANDAZZO, P. DANESINO e F. BUZZI, *Cause e mezzi della medicina difensiva*:

unica) fonte di aggravii di spesa per la finanza pubblica, nonché atteggiamento pericoloso per la salute del paziente, prevedendo importanti novità sia sul piano della responsabilità medico professionale, che su quello assicurativo<sup>200</sup>.

Nello specifico, l'art. 3 la l. 189/2012<sup>201</sup>, rivolto a tutti gli esercenti la professione sanitaria (senza, tuttavia, espressa distinzione tra settore pubblico e privato e senza alcun richiamo alla struttura ospedaliera)<sup>202</sup>, riconduceva la responsabilità civile del personale sanitario nell'area aquiliana ex art. 2043 c.c.<sup>203</sup>.

Occorre precisare, tuttavia, che il comma 1 dello stesso articolo, proprio

---

*riflessioni medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 17 ss., secondo i quali «la medicina difensiva “moderna” ha preso consistenza negli Stati Uniti durante gli anni '70, allorché in Italia non si era ancora appalesato in tutta la sua portata il contenzioso in tema di responsabilità sanitaria, quando invece oltreoceano esso aveva già raggiunto considerevoli dimensioni e veniva già guardato, con estrema attenzione, del resto come ogni fenomeno che, una volta emerso in nord America, nel volgere di tempi più o meno variabili si sviluppa immancabilmente anche in Europa».

<sup>200</sup> In termini generali, la l. 8 novembre 2012 n. 189 (d. Balduzzi), aveva introdotto nel nostro ordinamento il nuovo istituto della colpa lieve; prevede la costituzione di un Fondo di garanzia a copertura del rischio derivante dall'esercizio della professione sanitaria; estende al comparto sanitario l'uso delle tabelle per la quantificazione del danno derivante da responsabilità civile auto; detta nuove regole per la tenuta e l'aggiornamento dell'albo dei consulenti tecnici d'ufficio a disposizione del Giudice nei processi vertenti sul tema della responsabilità medica.

<sup>201</sup> Per un esame specifico di tale articolo, U. PERFETTI, *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del Consenso informato*, cit., p. 359 ss.

<sup>202</sup> A tal proposito, cfr. Trib. di Milano, sez. pen., ord. 21 marzo 2013, in *Resp. civ. prev.*, 4, 2013, p. 1256, con nota di F. PONTIS, *La nuova responsabilità penale del sanitario per sola colpa grave. Illegittimità costituzionale o riscoperta della misura soggettiva della colpa?*, ivi, il quale, sollevando la questione di costituzionalità dell'art. 3 decreto Balduzzi perché in violazione con l'art. 3 cost., afferma che l'art. 3 l. 189/2012, comma 1, si applica a tutti gli esercenti la professione sanitaria senza distinzione tra settore pubblico e settore privato in cui essi operano.

<sup>203</sup> Secondo cui: «L'esercente le professioni sanitarie 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'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo». Per un'analisi critica dell'art. 3, l. 189/2012 e dei contrasti giurisprudenziali e dottrinali, U. PERFETTI, *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del Consenso informato*, cit., p. 359 ss. e P. MARIOTTI e R. CAMINITI, *La responsabilità civile del medico “ospedaliero” dopo l'entrata in vigore della “legge Balduzzi”: contrattuale o extracontrattuale?*, nota a Trib. Milano, 18 novembre 2014, n. 13574, in *Ridare.it*, 2015.

per la sua ambiguità di cui se ne discuterà a seguire, è stato successivamente abrogato dall'art. 6 della l. 24/2017 (l. Gelli-Bianco)<sup>204</sup>.

Con il richiamo all'art. 2043 c.c. (art. 3, decreto Balduzzi), veniva, comunque, sconfessata quell'impostazione di matrice contrattuale che, come precedentemente analizzato, si era ormai consolidata tanto nella giurisprudenza di legittimità, che in quella di merito<sup>205</sup>.

Tale “cambio di rotta”, fonte peraltro di rilevanti dubbi interpretativi della norma di riferimento<sup>206</sup>, che faceva venir meno la “contrattualizzazione” del rapporto giuridico tra paziente ed esercente la professione sanitaria, poneva rilevanti problematiche sul piano della tutela del paziente poiché, inquadrando il rapporto medico-paziente nell'ottica della responsabilità extracontrattuale, faceva venir meno la sussistenza di un contratto tra paziente e medico, con la conseguenza di un

---

<sup>204</sup> Sulle perplessità in merito, cfr. M.L. RUFFINI GANDOLFI, *In tema di responsabilità medica: tra incertezze giurisprudenziali e dubbi suscitati dalla legge Balduzzi*, cit., p. 293 ss., secondo cui «ove la modifica dell'originario testo dell'art. 3 fosse interpretata nel senso di trasformare da contrattuale in extracontrattuale la responsabilità del medico, la tutela del paziente diverrebbe inferiore a quella offerta dalla norma che si è inteso cambiare proprio in nome della salvaguardia dell'interesse, dichiarato prevalente, del paziente stesso».

<sup>205</sup> La tesi del ritorno alla responsabilità aquiliana è sostenuta, tra gli altri, da G. VISINTINI, *La colpa medica nella responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 2015, p. 530. Propendono per il mantenimento del regime contrattuale F. RIZZO, *Dal paziente al cliente*, in *Ann. Fac. giur. Univ. Camerino*, 4, 2015, p. 3 e M. FRANZONI, *Il professionista e criteri per l'accertamento della responsabilità*, in *Contr. impr.*, 3, 2015, p. 605. Per un quadro delle diverse opinioni, A. QUERCI, *La riforma Balduzzi alla prova della giurisprudenza: il punto di vista del Tribunale di Cremona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 5, p. 469.

<sup>206</sup> Occorre segnalare che l'art. 3, l. 189/2012, è stato sottoposto a vaglio di legittimità costituzionale, con ord. di remissione del Trib. Milano, 21 marzo 2013, fondata sul fatto che tale norma «detta una non punibilità dai confini equivoci, non delimitabile con la mera interpretazione, esclusiva per tutti gli esercenti la professione sanitaria, per qualsiasi reato colposo, non definendo la colpa lieve, non identificando le linee guida, le buon prassi e le autorità che dovrebbero certificarle, avvilendo la libertà di scienza, discriminando in modo ingiustificabile tra operatori pubblici sanitari e non sanitari, tra operatori sanitari e non, che si occupano dei medesimi beni giuridici. Una norma *ad professionem* da cui sorgono dubbi sul rispetto dei principi costituzionali ex artt. 3, 24, 25, 27, 28, 32, 33 cost.». La questione di legittimità costituzionale è stata dichiarata manifestamente inammissibile dalla Corte costituzionale per difetto di motivazione da parte del giudice *a quo* sulla rilevanza, con ordinanza 6 dicembre 2013, n. 296 con nota di F. PONTIS, *La nuova responsabilità penale del sanitario per sola colpa grave. Illegittimità costituzionale o riscoperta della misura soggettiva della colpa?*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1263 ss.

riconoscimento delle sole tutele di diritto comune, meno incisive di quelle predisposte dalla disciplina consumeristica<sup>207</sup>.

In sintesi, si sarebbe concretizzato un ritorno al passato, a quando, cioè, il sanitario veniva considerato semplice dipendente della struttura ospedaliera e, quindi, assoggettato alla regime della responsabilità extracontrattuale, cercando così di scongiurare il fenomeno della medicina difensiva da parte della classe sanitaria<sup>208</sup>.

Con riguardo ai soggetti destinatari della disposizione in oggetto, in particolare, l'art. 3 della l. 189/2012 ("Responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie"), nella sua originaria formulazione si riferiva, nella sua rubrica, solo all'esercente la professione sanitaria *tout court* e quindi, sicuramente, al singolo operatore sanitario<sup>209</sup>.

---

<sup>207</sup> E' il caso, ad esempio, della disciplina del foro inderogabile a favore del consumatore *ex art. 33 lett. u cod. cons.* Per una disamina sull'applicabilità, in caso di controversia tra cliente-consumatore e professionista (avvocato o notaio), dell'originario foro speciale alternativo dei cui all'art. 637, comma 3 c.p.c. e di quello speciale ed esclusivo di cui all'art. 33 lett. u cod. cons., C.E. BRUNO, *Tutela del consumatore e foro applicabile. Il terzo contratto*, in *Resp. civ. prev.*, 1, 2013, p. 202 ss.

<sup>208</sup> U. PERFETTI, *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del Consenso informato*, cit., p. 359 ss., si domanda: «Poteva il riferimento all'art. 2043 c.c. essere interpretato come precisa opzione legislativa a favore della natura extracontrattuale della responsabilità del medico o, invece, costituiva – come da taluno sostenuto – una svista, incapace di modificare il più che consolidato orientamento della prevalente dottrina e della giurisprudenza circa la natura contrattuale della responsabilità da contatto sociale?». Tra le pronunce che nonostante l'introduzione dell'art. 3 del decreto Balduzzi seguivano la scia della responsabilità contrattuale, si segnala Cass., 24 dicembre 2014 n. 27391, (ord.), in *Dir. fam. pers.*, 2015, 4, I, p. 1229 la quale, concludendo per il rigetto dell'istanza di regolamento di competenza, assumeva che, nel caso di specie, si vertesse in tema di responsabilità contrattuale del medico sanitario, evidenziando come l'entrata in vigore della l. Balduzzi non esprimesse alcuna opzione, da parte del legislatore, per la configurazione della responsabilità civile del sanitario come responsabilità necessariamente extracontrattuale, dal momento che tale disposizione normativa perseguiva l'unico intento di escludere, diversamente da quanto previsto in ambito penalistico, l'irrelevanza della colpa lieve. La pronuncia dunque ribadiva, in modo lapidario, che la responsabilità medica continuava a rivestire natura contrattuale anche dopo l'introduzione della l. Balduzzi poiché il legislatore nel riferirsi «all'obbligo di cui all'art. 2043 del c.c.» aveva operato sull'effetto (l'obbligo risarcitorio) e non sulla fattispecie, ossia sulla natura della responsabilità.

<sup>209</sup> Testualmente, V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno resp.*, 2013, IV, p. 383: «occorre (...) prendere atto che l'art. 3 della legge di conversione 8 novembre 2012, n. 189 (...) costituisce una *lex specialis* o *ad personam* per i soli medici del servizio pubblico sanitario (...)». Cfr. anche F. MARTINI,

Quanto alla struttura sanitaria, invece, prima ancora dell'intervento della l. 24/2017, non conteneva alcun riferimento<sup>210</sup>.

Discussa, dunque, si mostrava la sua applicabilità alla struttura di cura: secondo alcune pronunce di legittimità<sup>211</sup>, non sarebbero destinatarie della norma le strutture sanitarie, siano esse pubbliche che private, in quanto, appunto, non menzionate espressamente nell'articolo in esame<sup>212</sup>.

Secondo alcuni commenti<sup>213</sup>, invece, l'applicabilità della disposizione era limitata alla responsabilità per l'operato dei medici, con l'eccezione delle fattispecie di danno che facevano capo direttamente alla struttura medesima.

---

*Nella valutazione a posteriori dell'azione clinica sarà fondamentale l'osservanza delle linee guida*, in *Guida dir.*, 2102, 39, p. 28. Cfr. anche M. RODOLFI, *La riforma del decreto Balduzzi: novità e conseguenze nell'ambito dei procedimenti civili di medical malpractice*, in AA.VV., *La valutazione della colpa e la sua tutela assicurativa - opinioni a confronto alla luce della legge 8 novembre 2012, n. 189*, F. MARTINI e U. GENOVESI (a cura di), Santarcangelo di Romagna, 2012, p. 88 ss. secondo cui la norma è indirizzata agli esercenti la professione sanitaria che svolgano la propria attività quali lavoratori dipendenti o comunque collaboratori di una struttura sanitaria in generale. In tal senso si esprime anche il Trib. Varese, 26 novembre 2012, n. 1406, cit., secondo cui la previsione di nuovo conio riguarda, appunto, solo le ipotesi di responsabilità per c.d. "contatto" in cui manchi un rapporto contrattuale diretto tra paziente e sanitario (come nel caso del medico dipendente) oppure un rapporto contrattuale atipico di ospedalità.

<sup>210</sup> Diversamente, la l. Gelli-Bianco con le disposizioni contenute nell'art. 7, commi 1 e 2 ("Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria") specifica puntualmente la responsabilità delle strutture sanitarie, di natura contrattuale, e quella dell'esercente le prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria, nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica, o in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina. Per un'analisi dettagliata delle prestazioni sanitarie svolte attraverso lo strumento della medicina, cfr. R. CAMINITI e P. MARIOTTI, *La responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria*, in AA.VV., cit., p. 75 ss.

<sup>211</sup> Ad es., Trib. Enna, 18 maggio 2013, n. 252, in *Danno resp.*, 2014, I, p. 80 ss., con nota di D. ZORZIT, *La responsabilità del medico alla luce del "decreto Balduzzi": un viaggio tra nuovi e vecchi scenari*. Per un'applicazione dell'art. 3, comma 1 del decreto Balduzzi anche alle strutture sanitarie, basata sulla *ratio legis* del decreto Balduzzi e su argomentazioni di carattere logico-consequenziale o processualistico, cfr. Trib. Torino, 26 febbraio 2013, in *Danno resp.*, 2013, IV, p. 373 ss., con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*.

<sup>212</sup> Cfr. M. RODOLFI, *La riforma del decreto Balduzzi: novità e conseguenze nell'ambito dei procedimenti civili di medical malpractice*, cit., p. 88 ss.

<sup>213</sup> Cfr. M.BONA, *La R. C. medica dopo il decreto-legge n. 158/2012: indicazioni per la corretta interpretazione e per la (dis)applicazione delle nuove disposizioni*, in F. MARTINI e U. GENOVESE (a cura di), *La valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa*, cit., p. 39 ss.



Ancora, in altri casi, veniva ipotizzata solo con riferimento alle strutture pubbliche<sup>214</sup> o, come ulteriore tesi, veniva configurata in assenza di un contratto tra strutture e paziente<sup>215</sup>.

L'articolo 3 del decreto Balduzzi regolamentava, comunque, un'"attività"<sup>216</sup> che accomunava una serie di soggetti senza distinguere se fossero in regime con il Servizio sanitario nazionale, oppure liberi professionisti. Esso faceva riferimento, inoltre, alla generalità degli "esercenti le professioni sanitarie" e, dunque, non solo propriamente ai medici ma a tutti gli operatori appartenenti nella più ampia categoria dell'organico sanitario come, del resto, conferma l'art. 7 della l. 24/2017<sup>217</sup>.

Un argomento a favore dell'applicazione generalizzata propriamente dell'art. 3, comma 1, l. 189/2012 (comma successivamente abrogato dall'art. 6 della l. 24/2017), estesa a tutti i professionisti della salute, risiedeva sul principio costituzionale di uguaglianza, in tema di depenalizzazione del medico.

Si consideri, in particolare, che il comma 1 dell'art. 3 della l. 189/2012, presentando un'assoluta centralità della disciplina penalistica per l'esercente la professione, non poteva certamente essere limitata agli operatori dipendenti del Sistema sanitario nazionale, pena la violazione, appunto, dell'art. 3 cost., per ingiustificata esclusione della depenalizzazione con riferimento agli "altri esercenti la professione

---

<sup>214</sup> Questa la lettura del Trib. Torino, 17 aprile 2013, in *plurisonline*.

<sup>215</sup> Cfr. Trib. di Varese, 26 novembre 2012, n. 1406, in *Guida dir.*, 2013, 17, p. 23.

<sup>216</sup> Cfr., in particolare, il comma 3 che parla espressamente delle «fattispecie (...) afferenti all'attività di cui al presente articolo».

<sup>217</sup> Di tale opinione C. MASIERI, *La responsabilità civile dell'«esercente la professione sanitaria»*, in *Ricerche giuridiche*, Vol. 4, n. 1, 2015, p. 106, secondo cui, in una visione ampia, la disciplina in esame è invero sicuramente rivolta ai medici-chirurghi, ai farmacisti, agli infermieri, quali figure professionali contemplate nell'art. 99, r.d. 27 luglio 1934, n. 1265 così come modificato dall'art. 1, l. 26 febbraio 1999, n. 42 (tale articolo, in generale, dicorre di «esercenti delle arti ausiliari delle professioni sanitarie»). Più problematico, a detta dell'A., appare il riferimento ivi contenuto ai veterinari). Cfr. le altre figure professionali segnalate dal Ministero della sanità e i relativi riferimenti normativi su [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it).

sanitaria»<sup>218</sup>.

L'art. 3, comma 1, nello specifico, stabiliva 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».

Già alla base dell'ormai abrogato art. 3, comma 1 del decreto Balduzzi, che faceva il richiamo all'art. 2043 c.c. («...resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile...»), vi era comunque la necessità di garantire il diritto alla salute al paziente, ossia l'esigenza che, qualora la condotta tenuta dal medico non integrasse una fattispecie penalmente rilevante (valutabile sulla scorta del parametro fornito dalle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica), non si escludesse, comunque, la possibilità di configurare tale condotta come fonte di danno ingiusto<sup>219</sup>, meritevole di tutela attraverso la promozione di un'autonoma azione civile<sup>220</sup>.

E' come se, da una parte, il legislatore avesse voluto assicurare una tutela all'esercente professionista, in ambito della responsabilità penale, prevedendo che risponderà penalmente solo per colpa grave (sancendo dunque la sua irresponsabilità penale per colpa lieve e scongiurando, così, i rischi della “medicina difensiva”) e, allo stesso tempo, assicurare una tutela

---

<sup>218</sup> C. MASIERI, *o.u.c.*, p. 105 ss., secondo il quale non sarebbe ragionevole limitare l'applicazione della disciplina penalistica ai soli dipendenti del S.s.n. sulla base dello scopo che il decreto Balduzzi formalmente persegue, che è quello della riduzione delle spese del S.s.n. dovute dalla medicina difensiva. La sola disposizione del decreto Balduzzi, contenuta nell'art. 3, comma 1, che escludeva la responsabilità penale, non poteva definirsi, tuttavia, sufficiente ad indurre i medici a non attuare tecniche di medicina difensiva, quando restava critica la loro posizione nei procedimenti civili.

<sup>219</sup> A proposito dell'ingiustizia del danno, G. ANZANI, *Il riparto dell'onere probatorio nelle due specie di responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2017, p. 229, fa notare che nell'ambito del macrosistema della responsabilità civile, la eziologia tra la condotta e l'evento sembra “adombrata” solo nell'ambito dell'art. 2043 c.c. dove l'imputazione del “fatto doloso o colposo” è addebitata a chi “cagiona” ad altri un danno ingiusto; un'analoga disposizione sul “danno ingiusto” mancherebbe nell'ambito della responsabilità contrattuale in quanto responsabile è, di solito, il debitore, inadempiente.

<sup>220</sup> F. CECCONI e G. CIPRIANI, *La responsabilità civile medica dopo la legge Balduzzi*, 2014, p. 8 ss.

al paziente che, in sede civile, potrà agire per la tutela dei propri diritti lesi<sup>221</sup>.

Il riferimento all'art. 2043 c.c., in caso di irresponsabilità penale del medico che nello svolgimento della propria attività si fosse attenuto alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, aveva creato disorientamenti in dottrina<sup>222</sup> e in giurisprudenza con riguardo l'individuazione della sua corretta portata interpretativa e dell'impatto sul sistema risarcitorio della c.d. "miniriforma sanitaria"<sup>223</sup>.

L'art. 3 della l. 189/2012, in altre parole, appariva controverso in quanto, oltre al profilo dell'individuazione dei soggetti destinatari, non era nemmeno chiaro a quali casi ci si riferisse<sup>224</sup>. Il richiamo all'art. 2043 c.c. poneva al giudice una scelta davvero ardua: ignorarlo perché meramente ripetitivo di un principio generale del diritto civile<sup>225</sup>, o ricavarne un segnale di novità per il sistema attraverso uno sforzo di interpretazione creativa del cui fondamento sarebbe lecito dubitare<sup>226</sup>.

---

<sup>221</sup> Il potenziamento della medicina difensiva ad opera della legge n. 189 del 2012 viene rimarcato da A. MANNA, *Casualità e colpa in ambito medico tra diritto scritto e diritto vivente*, in *Riv. trim. proc. pen.*, 2014, p. 1775 ss.

<sup>222</sup> Sul subbuglio giurisprudenziale e dottrinale all'indomani dell'emanazione della l. Balduzzi nonché per una disamina puntuale degli aspetti controversi derivanti dalla definizione legislativa, si rimanda a M. GORGONI, *Colpa lieve per osservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del danno*, in *Riv. resp. civ. prev.*, 2015, p. 162 ss. Considerazioni in argomento anche in F.D. BUSNELLI, *La "dottrina delle Corti" e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno resp.*, 2014, pp. 470-473.

<sup>223</sup> Definizione utilizzata da M. GORGONI, *Colpa lieve per osservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate*, cit., p. 470.

<sup>224</sup> M. ZANA, *Responsabilità medica: antiche e nuove criticità*, in E. CATERINI, L. DI NELLA, A. FLAMINI-L. MEZZASOMA e S. POLIDORI (a cura di), *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, Napoli, 2017, p. 2532 ss. discorre di «Ambiguità del testo» e G. ALPA, *Introduzione*, in F. GELLI, M. HAZAN e D. ZORZIT (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Legge Gelli)*, Milano, 2017, XIX, con più tolleranza, discorre di «complessa redazione del testo».

<sup>225</sup> Cass., ord. 24 dicembre 2014, n. 27391, cit., nonché Cass., ord. 17 aprile 2014, n. 8940, in *Giust. civ. Mass.*, 2014. e Cass., 26 febbraio, 2013, n. 4792, in *Diritto giust.*, 2013.

<sup>226</sup> Riflessioni di M. ZANA, *Relazione Responsabilità medica, si cambia binario?*, Convegno sulle responsabilità mediche (amministrative, dirigenziali, penali, civili, disciplinari) dei dirigenti delle professioni sanitarie, Osimo, 15-16 aprile 2016.

Ne era scaturito, di conseguenza, il fronteggiarsi di due opposti orientamenti: quello riduzionistico, teso a negare qualsiasi significato al richiamo dell'art. 2043 c.c., riducendolo a mera svista, o rinvio atecnico<sup>227</sup>, e quello che tentava di modificare il diritto vivente<sup>228</sup>, superando ad ogni costo la contrattualizzazione del rapporto medico-paziente, a favore di una sua qualificazione in termini extracontrattuali<sup>229</sup>.

Quest'ultima impostazione giurisprudenziale, si proponeva in netto contrasto con l'orientamento della Cassazione<sup>230</sup>, secondo cui «la consistenza della norma, là dove omette di precisare in che termini si riferisca all'esercente la professione sanitaria e concerne nel suo primo inciso alla responsabilità penale, quando dice che resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c., poiché *in lege aquilia et levissima culpa venit*, vuole solo significare che il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l'irrelevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità extracontrattuale, ma non ha inteso certamente prendere alcuna posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come

---

<sup>227</sup> In tal senso, Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013, n. 196 in *Danno resp.*, 2013, 4, p. 368, con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*; Trib. Caltanissetta, 1° luglio 2013, in *Riv. resp. civ. prev.*, 2013, p. 1980 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della l. n. 189/2012*; Trib. Cremona, 1° ottobre 2013, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 4, p. 1321, con nota di F. GALLETTI, *L'art. 3, comma 1, della Legge Balduzzi: su chi grava il rischio delle (con)cause ignote?*; Trib. Brindisi, 18 luglio 2014, in *Dir. fam. pers.*, 2015, 2, I, p. 526 ss.; Trib. Milano, 20 febbraio 2015, n. 2336, in *Riv. resp. civ. prev.*, 2015, 1, pp. 163-166.

<sup>228</sup> Sull'argomento si rimanda a F.D. BUSNELLI, *La "dottrina delle Corti" e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno resp.*, 2014, p. 461 ss.

<sup>229</sup> Cfr. Trib. Varese, 26 novembre 2012, n. 1406 in *Guida dir.*, 2013, 5, p. 35; Trib. Enna, 18 maggio 2013, n. 252 in *Redaz. Giuffrè 2013* e Trib. Milano, 23 luglio 2014, n. 9693, in *Rass. dir. fam.*, 2014, 6, 1326. Secondo tale orientamento il legislatore ha davvero voluto porre una indicazione legislativa (di portata indirettamente/implicitamente interpretativa) volta a chiarire che, in assenza di un contratto concluso con il paziente, la responsabilità del medico non vada ricondotta nell'alveo nella responsabilità da inadempimento/inesatto inadempimento, bensì in quello della responsabilità da fatto illecito. Sul punto, F. MARTINI, *Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria*, in *Il civilista, Officina del diritto*, cit., p. 44.

<sup>230</sup> Cass. 17 aprile 2014, n. 8940, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 3, p. 803. Ha riaffermato la responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria da contatto sociale anche Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Guida dir.*, 2013, 17, p. 25.

responsabilità di quella natura» e «non sembra ricorrere, dunque, alcunché che induca il superamento dell'orientamento tradizionale sulla responsabilità da contatto e sulle sue implicazioni».

In altre parole, secondo tale indirizzo, la non imputabilità nel procedimento penale non vale ad escludere l'obbligo del risarcimento del danno conseguente all'errore professionale<sup>231</sup>.

Osservazione ancor più rilevante è che, se il richiamo generale all'art. 2043 c.c. avesse dovuto comportare che il medico dipendente da una struttura sanitaria fosse soggetto alla responsabilità extracontrattuale, si avrebbe come conseguenza che tale applicazione sarebbe dovuta essere fatta anche per le ipotesi pacificamente contrattuali, quale è quella del rapporto tra paziente e medico libero professionista. Il che sarebbe assurdo<sup>232</sup>.

Secondo tale orientamento, dunque, anche il medico dipendente ospedaliero poteva rispondere per inadempimento<sup>233</sup> – e non invece per violazione del *neminem laedere* – tutte le volte in cui non prestò, o prestò in maniera inesatta, le prestazioni diagnostiche e terapeutiche.

In conclusione, si era venuto formando quell'indirizzo interpretativo maggioritario per il quale l'art. 3, l. 8 novembre 2012, n. 189, non aveva alcuna forza innovativa circa i profili civilistici della responsabilità del medico dipendente di una struttura sanitaria che continuava a considerarsi, dunque, di natura contrattuale<sup>234</sup>.

---

<sup>231</sup> F. MARTINI, *Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitari*, cit., p. 44.

<sup>232</sup> Manifesta tale perplessità, A. FLAMINI, *La responsabilità medica tra «formanti» e «nuova legge»*, in *Ann. Fac. giur. Univ. Camerino*, 4, 2015, p. 17.

<sup>233</sup> Per una conferma a tale orientamento cfr. Cass. Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26973, in *Foro it.*, 2009, 1, I, p. 120 ss., secondo cui l'osmosi contrattuale nel rapporto medico-paziente si afferma anche e soprattutto in relazione ai casi di omissione del dovere di informazione e conseguente lesione dell'autodeterminazione del paziente. In dottrina, sull'argomento cfr. M.F. VITA DELLA CORTE, *Le omissioni del medico e il regime di responsabilità*, in *Riv. resp. civ. prev.*, 2014, p. 572 ss.

<sup>234</sup> G. ALPA, *Il linguaggio omissivo del legislatore*, cit., p. 415.

### **1.3 La l. 24/2017: il principio di equiparazione delle strutture sanitarie e sociosanitarie sia pubbliche che private**

Il quadro caotico testé delineato giustificava, in ogni caso, l'intervento del legislatore che, con la l. 24/2017<sup>235</sup>, ha provveduto a distinguere in maniera chiara le due forme di responsabilità del singolo sanitario e della struttura sanitaria.

L'art. 7, comma 3, nello specifico, sancisce il definitivo superamento della teoria da "contatto sociale" del medico dipendente (già avviato dall'art. 3 della l. 189/2012), poiché prevede la responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria che svolge la propria attività nell'ambito di una struttura sanitaria (pubblica o privata o in rapporto convenzionale con il Servizio sanitario nazionale), nell'alveo dell'art. 2043 c.c., lasciando, viceversa, al comma 1, inalterata la responsabilità contrattuale delle strutture sanitarie, pubbliche e private e dei medici liberi professionisti (comma 3)<sup>236</sup>.

Con particolare riguardo alle strutture sanitarie, l'art. 7, comma 1, non fa distinzione ed equipara, ai fini della responsabilità, la struttura sanitaria pubblica a quella privata, nonché sanitaria e socosanitaria, senza possibilità di limitazione di responsabilità o differenze risarcitorie

---

<sup>235</sup> Il testo della legge 24/2017 (pubblicato in G.U. n. 64 del 17 marzo 2017 ed entrato in vigore il 1° aprile 2017), noto originariamente come disegno di legge Gelli, ha subito numerose modifiche nel suo lungo *iter* legislativo. Basti pensare al titolo che da "Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario" (testo approvato alla Camera dei deputati nel 2016) è stato modificato in "Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie", enfatizzando la centralità della persona assistita nel progetto della riforma legislativa. Sul tema v. D. MARCHETTI, A. FIORI, V. ARENA, G. LA MONACA, *Sulle novità in materia di riscontro diagnostico introdotte dalla legge n. 24 dell'8 marzo 2017 (Legge Gelli-Bianco)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2017, p. 437 ss.

<sup>236</sup> Il secondo comma dell'art. 7 della l. 24/2017 stabilisce che la disposizione di cui al primo comma secondo cui la struttura risponde contrattualmente *ex art.* 1218 e 1228 c.c. delle condotte colpose o dolose degli esercenti si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero nell'ambito dell'attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telematica».

per l'una o l'altra<sup>237</sup>.

Viene, in definitiva, normativizzato il principio affermato dalla Corte di legittimità per il quale la responsabilità dell'ente ospedaliero deve essere inquadrata nella responsabilità contrattuale, sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto<sup>238</sup>.

Ancor prima dell'entrata in vigore del decreto Balduzzi e della riforma Gelli-Bianco, in realtà, le Sezioni unite della Corte di Cassazione, con pronuncia dell'11 gennaio 2008 n. 577<sup>239</sup>, si erano espresse sull'argomento ed avevano affermato la completa equiparazione, soprattutto «in considerazione del fatto che si tratta di violazioni che incidono sul bene della salute, tutelato quale diritto fondamentale della Costituzione, senza possibilità di limitazioni di responsabilità o differenze risarcitorie a seconda della diversa natura, pubblica o privata, della struttura sanitaria»<sup>240</sup>.

---

<sup>237</sup> Ritiene sussistente l'equiparazione tra struttura sanitaria pubblica e struttura sanitaria privata in punto di responsabilità e natura di tale responsabilità, C. MIRIELLO, *Nuove e vecchie certezze sulla responsabilità medica*, in *La resp. civ.*, 2009, 3, p. 221.

<sup>238</sup> Cass. 5 novembre 2013, n. 24801, in *Dir. giust.*, 2013; Cass. 3 febbraio 2012, n. 1620, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 2, p. 124. Si soffermano sulla natura della responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, L. COSTANZO, *Responsabilità sanitaria-Struttura ospedaliera-Responsabilità contrattuale da inadempimento ex art. 1218 c.c.*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 2, p. 1087 e S. BAGGIO, *La responsabilità della struttura sanitaria*, Milano, 2008.

<sup>239</sup> In *Danno resp.*, 2008, 7, p. 788. V. anche Trib. Milano, 5 marzo 2009 n. 3047, in *Giust. a Milano* 2009, 4, p. 26, secondo cui «per quanto concerne la responsabilità della struttura sanitaria nei confronti del paziente è irrilevante che si tratti di una casa di cura privata o di un ospedale pubblico in quanto sostanzialmente equivalenti sono a livello normativo gli obblighi dei due tipi di strutture verso il fruitore dei servizi, ed anche nella giurisprudenza si riscontra una equiparazione completa della struttura privata a quella pubblica quanto al regime della responsabilità civile anche in considerazione del fatto che si tratta di violazioni che incidono sul bene della salute, tutelato quale diritto fondamentale dalla Costituzione, senza possibilità di limitazioni di responsabilità o differenze risarcitorie a seconda della diversa natura, pubblica o privata, della struttura sanitaria».

<sup>240</sup> Con riguardo al singolo sanitario, inoltre, la stessa pronuncia riteneva che «l'obbligazione del medico dipendente dal servizio sanitario per responsabilità professionale nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul "contatto sociale" ha natura contrattuale».

Ciò sul presupposto della sostanziale equivalenza degli obblighi gravanti sugli operatori sanitari che eseguono le proprie prestazioni professionali nell'una, o nell'altra struttura (casa di cura privata-struttura ospedaliera pubblica), verso i fruitori dei relativi servizi<sup>241</sup>.

In particolare, la sentenza succitata, avente ad oggetto la questione relativa al danno da contagio per trasfusioni o per assunzione di emoderivati infetti<sup>242</sup>, assumeva particolare importanza in quanto, per la prima volta, i giudici di legittimità si trovavano a decidere sulla responsabilità delle strutture sanitarie (e dei medici dipendenti) per danno da emotrasfusione, dopo anni in cui, invece, i soggetti protagonisti di tali fattispecie erano i produttori dei farmaci emoderivati (Centri di raccolta sangue) e il Ministero della Salute, in qualità di autorità amministrativa di controllo sulla raccolta e distribuzione del sangue<sup>243</sup>.

---

<sup>241</sup> In dottrina, R. DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 617 ss. (nota di commento a Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.), ha affermato che «indubbio merito alle Sezioni unite è stato, dunque, quello di avere attratto al regime contrattuale il “danno da emotrasfusione”, uniformando sotto la medesima disciplina le diverse tipologie di responsabilità delle strutture sanitarie, in una prospettiva volta ad accreditare un modello unitario di responsabilità che sia indifferente alla diversa natura, pubblica o privata, della struttura sanitaria». In tal senso, viene dunque affrontato il problema della responsabilità delle strutture sanitarie, non più nell'ottica della opposizione tra attività professionale e attività di impresa, ma facendo capo ad una disciplina in cui l'interesse da proteggere non è quello di chi esercita l'attività, bensì quello di chi è destinatario della stessa.

<sup>242</sup> Sul tema dei danni derivanti da emotrasfusioni infette, cfr. C. CARICATO, *Diritto pubblico e interessi della persona: le emotrasfusioni infette*, in *Resp. civ. prev.*, 1, 2015, p. 0314B.

<sup>243</sup> In tal caso, per i danni alla salute derivanti da emotrasfusioni infette si riconosceva la responsabilità dello Stato (della Pubblica amministrazione), discendente da fatto illecito ad esso ascrivibile. In tal senso, Cass. Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 841, con nota di GRECO, *Le Sezioni Unite ed il limite prescrizione nel danno da emotrasfusioni infette*; Cass. 31 maggio 2005, n. 11609, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, p. 5. In particolare, tale responsabilità, derivante dal generale precetto del *neminem laedere*, di cui all'art. 2043 c.c., per danni derivanti dalla violazione di regole di comune prudenza, o di leggi o regolamenti, ha natura extracontrattuale (con conseguente prescrizione quinquennale, che decorre dal giorno di presentazione della domanda di indennizzo ai sensi dell'art. 4 della l. 210/1992). In tal senso, Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, p. 31; Cass. 23 maggio 2011, n. 11301, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 31 e Cass. 13 luglio 2011, n. 15391, ivi, 1059.



Questa precedente impostazione riconduceva le fattispecie suddette nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, derivante dall'esercizio delle attività pericolose, secondo quanto disposto dall'art. 2050 c.c.<sup>244</sup>.

La pronuncia, invece, rivoluzionando tale ultima impostazione, riconosceva la responsabilità di tipo contrattuale sia per il medico dipendente (da contatto sociale), sia per la struttura sanitaria (dal c.d. contratto di ospedalità) sancendo, tuttavia, l'autonomia della responsabilità dell'ente, rispetto all'accertamento della condotta dei singoli medici.

Grava, dunque, sul Ministero della Salute una responsabilità extracontrattuale per i danni causati dalla violazione dei doveri di sorveglianza e di controllo che fanno capo su di esso (in quanto responsabile della raccolta e distribuzione del sangue) e tale responsabilità extracontrattuale si affianca a quella contrattuale del medico e/o dell'ospedale<sup>245</sup>.

La pronuncia delle Sezioni unite<sup>246</sup> specifica che non assume alcuna rilevanza, ai fini dell'individuazione della natura della responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, il fatto che il paziente si fosse rivolto direttamente ad una struttura sanitaria del Sistema sanitario nazionale, o convenzionata, oppure ad una struttura privata, o si fosse rivolto ad un medico di fiducia, che ha poi effettuato l'intervento presso una struttura privata, risultando comunque, in tutte tali ipotesi, ipotizzabile la responsabilità contrattuale dell'ente, fondato sul "contratto di ospedalità"<sup>247</sup>.

---

<sup>244</sup> Secondo cui «chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per natura dei mezzi operati è tenuta al risarcimento, se non prova di aver adottato tutte le misure idonee a evitare il danno. In tal senso, si segnalano le sentenze Trib. di Ravenna, 28 ottobre 1999; Trib. di Firenze, 19 giugno 2000 e App. Firenze, 7 giugno 2000.

<sup>245</sup> D. CHINDEMI, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria pubblica e privata*, 4° ed., Milano, 2018, p. 163.

<sup>246</sup> Cass., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

<sup>247</sup> E' irrilevante, ai fini della responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, lo status giuridico del medico in relazione alla struttura ospedaliera nella quale è stato eseguito l'intervento o la prestazione: in ogni caso questi, nel momento in cui effettua la prestazione all'interno della struttura sanitaria, è considerato quale ausiliario necessario, sia in presenza che in assenza di un rapporto di lavoro subordinato, sussistendo comunque

La natura contrattuale del rapporto, inoltre, non presuppone necessariamente un contratto di lavoro subordinato tra la struttura e il medico, in quanto il contratto è riferibile all'ente ospedaliero anche in mancanza di un formale rapporto di lavoro con il sanitario, essendo sufficiente la prestazione d'opera come criterio ausiliario necessario di imputazione, cioè un mero rapporto di occasionalità necessaria<sup>248</sup>.

L'art. 7, comma 1, l. 24/2017, dunque, sulla scia della precedente impostazione giurisprudenziale, prevede espressamente che «la struttura sanitaria o sociosanitaria che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c. delle loro condotte dolose o colpose».

In definitiva, viene normativizzata la natura contrattuale della responsabilità dell'ente ospedaliero nei confronti del paziente che 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, sussistendo, comunque, un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale.

Né ad escludere la responsabilità, è idonea la circostanza che ad eseguire l'intervento sia un medico "di fiducia" dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto, o che la scelta cada sul professionista

---

un collegamento tra la prestazione medica e l'organizzazione aziendale; tale collegamento permane anche se il sanitario risulti essere "di fiducia" del paziente (cfr., in tal senso, Cass., 28 maggio 2004 n. 10297, secondo cui l'ente ospedaliero risponde a titolo contrattuale per i danni subiti da un paziente a casua della non diligente esecuzione della prestazione sanitaria da parte di un medico alle sue dipendenze), in *Foro it.*, 2005, I, c. 2479.

<sup>248</sup> Cass., 14 giugno 2007, n. 13953, in *Ass.*, 2007, 4, II, p. 402.

dipendente inserito nella struttura sanitaria<sup>249</sup>.

La l. 24/2017, inoltre, afferma il principio di equivalenza sulla natura giuridica delle strutture aventi natura giuridica diversa anche nell'ambito dell'obbligo di trasparenza dei dati personali, al quale sono soggette le prestazioni sanitarie erogate tanto dalle strutture pubbliche, che private (art. 4)<sup>250</sup>; nell'ambito del regime comune della responsabilità civile (contrattuale), come analizzato, della struttura sanitaria, sociosanitaria, pubblica o privata (art. 7, comma 1); in materia di risarcimento del danno conseguente «all'attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell'esercente la professione sanitaria sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private» (art. 7, comma 4)<sup>251</sup>; nonché nell'ambito dell'identico obbligo assicurativo rivolto a tutte le tipologie delle strutture (art. 10)<sup>252</sup>.

Allo stesso modo, il principio di uguaglianza viene espresso dal legislatore del 2017 anche in ordine alla natura funzionale della struttura. In particolare, accanto alla locuzione (struttura) “sanitaria”<sup>253</sup>, viene

---

<sup>249</sup> Cass., 22 settembre 2015, n. 18610, in *Giust. civ. Mass.*, 2015. In dottrina, sulla responsabilità del medico dipendente, cfr. A. e S. BALDASSARRI, *La responsabilità civile del professionista*, Milano, 1993, p. 687 ss.

<sup>250</sup> L'art. 4., in particolare, concerne la “trasparenza dei dati” non solo quelli relativi ai singoli pazienti, ma anche quelli relativi ai sinistri occorsi, nonché quelli concernenti ed attestanti le attività di prevenzione e di *risk management*. In argomento, M. BONA, *Disponibilità della documentazione sanitaria e trasparenza dei dati*, in *Il civilista, Officina del diritto*, 2017, cit., p. 10 ss.

<sup>251</sup> Sulla funzione delle tabelle di liquidazione del danno, cfr. A. FASANO, *Il danno non patrimoniale*, 2004, Torino, p. 244.

<sup>252</sup> Già Cons. di Stato, 19 luglio 2016, n. 3021, in *Redaz. Giuffrè amm.*, 2016, affermava che «i presidi del Servizio sanitario nazionale, siano essi pubblici o privati, dovrebbero considerarsi tutti su di un piano di parità, in base ad un'ottica di tipo concorrenziale, ai fini del miglioramento del livello di efficienza e di qualità del servizio, consentendo peraltro al cittadino la libera scelta dell'utente tra strutture pubbliche o private accreditate, anche se sono del tutto evidenti le oggettive diversità nella situazione dei due tipi di strutture, con riferimento sia agli obblighi di prestazione sia alla tipologia di spesa che le strutture pubbliche pongono a carico del bilancio regionale, che ha spesso caratteristiche di elevata rigidità nei tempi imposti dal Piano di rientro».

<sup>253</sup> Per un inquadramento funzionale della struttura sanitaria, cfr. M.T. CAMERA, *La previsione della copertura assicurativa obbligatoria per strutture ed operatori sanitari*, in G. CARPANI e G. FARES (a cura di), *Guida alle nuove norme sulle responsabilità nelle professioni sanitarie*, cit., p. 266, secondo cui «la struttura sanitaria assiste il paziente

apposta quella di “socio-sanitaria” la quale, come indicato dall’art. 3-*septies* del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, ha la funzione di appagare «tutte le attività atte a soddisfare, mediante percorsi assistenziali integrati, bisogni di salute della persona che richiedono, unitariamente, prestazioni sanitarie e azioni di protezione sociale, in grado di garantire, anche nel lungo percorso, la continuità tra le azioni di cura e quelle di riabilitazione».

In relazione segnatamente alle prestazioni sanitarie, il principio di equivalenza, in tema di responsabilità civile, tra strutture pubbliche e private emerge, come accennato, al comma 2 dell’art. 7 il quale stabilisce che si applicano i principi di responsabilità per le strutture di cui agli artt. 1218 e 1228 c.c. anche «alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria, o nell’ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica, o in regime di convenzione con Servizio sanitario nazionale, nonché attraverso la telemedicina»<sup>254</sup>.

Tale comma ha recepito l’indirizzo secondo cui la responsabilità per i danni causati al paziente devono essere a carico della struttura sanitaria, anche nell’ipotesi del danno causato dagli ausiliari (indipendentemente dalla natura pubblica o privata della stessa), poco importando che si tratti di attività svolta in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale, o di attività libero-professionali intramoenia.

A proposito delle prestazioni libero-professionali intramoenia, in realtà, non sono mancate opinioni contrarie<sup>255</sup> secondo cui, per quanto riguarda

---

nella prestazione di cure mediche e chirurgiche e per molteplici prestazioni, quali un adeguato alloggio, la somministrazione del vitto, dell’opera di un efficiente e qualificato personale sanitario in numero sufficiente, delle attrezzature tecniche necessarie, di medicinali utili e sicuri, nonché deve garantire la sussistenza dei requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi basati su parametri di efficienza ed efficacia».

<sup>254</sup> M.T. CAMERA, o.u.c., p. 227, definisce la telemedicina come quell’attività consistente nell’erogazione di servizi di assistenza sanitaria tramite il ricorso a tecnologie innovative in cui il sanitario e l’assistito non si trovano nella stessa località, facilitando, in tal modo, l’accesso alle prestazioni sul territorio, e così si consente un’adeguata assistenza nelle aree remote e disagiate.

<sup>255</sup> Ad es. v. C. MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, pp. 761-762.

l'applicazione dell'art. 1128 c.c. alle prestazioni svolte in regime di libera professione intramuraria (o intramoenia), trattandosi di una novità in qualche misura problematica, è quantomeno dubbio che tale topologia di prestazioni siano, al contempo, oggetto di una obbligazione "propria" della struttura, nei confronti del paziente<sup>256</sup>.

Secondo tale impostazione mancherebbe, qui, il presupposto della responsabilità per fatto degli ausiliari, con la conseguenza di «allargare la disciplina di cui all'art. 1228 c.c. anche a casi in cui essa, a rigore, non dovrebbe trovare applicazione»<sup>257</sup>.

Per attività libero-professionale intramuraria si intende, nello specifico, l'attività che la dirigenza medica e non medica del ruolo sanitario, individualmente o in *équipe*, esercita fuori dell'orario di lavoro in favore e su libera scelta dell'utente pagante, ad integrazione e supporto dell'attività istituzionalmente dovuta<sup>258</sup>. Tale tipologia di erogazione di servizi sanitari, che viene espletata in strutture ambulatoriali interne o esterne all'azienda sanitaria, pubbliche o private non accreditate con le quali l'azienda stipula apposita convenzione, assicura evidentemente all'utente una migliore qualità e libertà nella fruizione delle prestazioni sanitarie<sup>259</sup>.

Il principio di equiparazione della responsabilità della struttura sanitaria, a prescindere della sua natura, non sembra valere, dal legislatore del 2017, invece, per il singolo operatore sanitario poiché, nonostante l'enunciazione

---

<sup>256</sup> Per alcuni interventi dottrinali sul tema, si vedano A. LEPRE, *Attività medica in regime intramurario e responsabilità della struttura sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 698 ss. e A.M. PRINCIGALLI, *La libera professione dei medici ospedalieri*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 532 ss.

<sup>257</sup> Per ulteriori approfondimenti sulle modalità di svolgimento caratterizzanti l'attività intramoenia, cfr. A. MANICCIA, *L'attività del medico intramoenia: la controversa interpretazione dell'elemento della ragione d'ufficio, per la configurabilità della fattispecie di peculato*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1029.

<sup>258</sup> R. CAMINITI e P. MARIOTTI, *La responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria*, in AA.VV., cit., p. 75.

<sup>259</sup> L'attività libero professionale intramoenia è prevista dalla l. 3 agosto 2007, n. 120, recante "Disposizioni in materia di attività libero-professionale intramuraria e altre norme in materia sanitaria". Tale normativa ha subito nel tempo numerose modifiche, l'ultima, in ordine di tempo, intervenuta con l'art. 2 del d.l. n. 158 del 2012 (decreto Balduzzi).

della responsabilità extracontrattuale in capo al medico dipendente, non può ritenersi abbandonato del tutto lo schema normativo dell'art. 1218 c.c. nei suoi confronti. L'art. 7, comma 3, della l. Gelli-Bianco, infatti, sancisce l'applicazione dell'art. 2043 c.c. per l'esercente la professione (medico dipendente) ma mantiene comunque salva la situazione nella quale il medico abbia agito nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale assunta con il paziente<sup>260</sup>. Il problema, pertanto, si sposta sull'individuazione del momento in cui possa ritenersi sussistente tale «obbligazione contrattuale assunta con il paziente»<sup>261</sup>.

Tale ultima questione, si osserva, potrebbe sorgere proprio con riguardo alle prestazioni rese in regime intramoenia, posto che la giurisprudenza costituzionale<sup>262</sup> ha avuto modo di osservare che tale professione si è «sempre più venuta caratterizzando come *tertium genus* per la compresenza, accanto agli elementi propri del rapporto d'opera professionale, di altri propri del rapporto di lavoro subordinato»<sup>263</sup>. Ne conseguirebbe che le prestazioni rese in regime di intramoenia non rientrerebbero nei casi in cui il sanitario «abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente», con conseguente

---

<sup>260</sup> In tal caso, infatti, è pacifico che il titolo della responsabilità è costituito dal contratto stipulato con il paziente e, pertanto, l'esercente la professione sanitaria è responsabile per l'inadempimento delle obbligazioni direttamente assunte nei suoi confronti di lui. In tal senso, E. MOSCATI, *La responsabilità civile della struttura e dell'operatore*, cit., p. 159. Cfr. anche A. e S. BALDASSARRI, *La responsabilità civile del professionista*, Milano, 1993, p. 687, i quali distinguono le due situazioni del medico nelle quali egli sia dipendente di una casa di cura (pubblica o privata), o che abbia concluso personalmente con l'ammalato un contratto di cura avvalendosi, per l'esecuzione del trattamento terapeutico, di una clinica o di un ospedale.

<sup>261</sup> L. NOCCO, *La responsabilità civile nella "Riforma Gelli"*, cit., p. 1483 ss.

<sup>262</sup> Corte cost., 20 luglio 1999, n. 330, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2633.

<sup>263</sup> Sulla qualificazione «atipica» della libera professione intramuraria, nella quale sussiste un «rapporto trilaterale paziente/asl/medico» (definizione del Trib. Nocera Inferiore, 12 maggio 2011, in *Leggi d'Italia professionale*), cfr. L. NOCCO, *La responsabilità civile nella "Riforma Gelli"*, cit., p. 1483 ss. e U. PERFETTI, *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del Consenso informato*, cit., p. 359 ss.

applicazione della responsabilità extracontrattuale<sup>264</sup>.

Occorre considerare, tuttavia, che la sussistenza o meno del rapporto negoziale tra paziente e medico dipenderà in larga misura dalle concrete modalità di effettuazione della prestazione. Occorrerà, ad esempio, valutare se il paziente abbia chiesto di essere visitato da un determinato sanitario oppure abbia solo chiesto un “generico” appuntamento<sup>265</sup>.

In definitiva, non parrebbe possibile stabilire, una volta per tutte, se il medico che esercita la libera professione intramuraria risponde contrattualmente o extracontrattualmente verso il paziente, dovendosi effettuare una valutazione ampiamente casistica<sup>266</sup>.

#### **1.4 La causa di esclusione della responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria quale criterio per arginare il fenomeno della medicina difensiva: il nuovo art. 590-sexies c.p.**

Focalizzando l'attenzione sull'esercente la professione, muovendo dall'intento di ridurre il contenzioso giudiziario che vede coinvolto il personale sanitario e di scoraggiare il fenomeno della medicina difensiva, la l. Gelli-Bianco, all'art. 6 (con l'introduzione del nuovo art. 590-sexies c.p.), ha introdotto nuove norme volte a limitare la

---

<sup>264</sup> Tra gli altri, di tale opinione, D. CIARDO, *La responsabilità del personale sanitario*, in F. CASTIELLO e V. TENORE (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Milano, 2018, p. 278, che qualifica come extracontrattuale tanto la responsabilità del sanitario che svolga la sua attività intramoenia, quanto del medico c.d. di base. Per contro, G. COMANDÈ e L. NOCCO, *La responsabilità dell'esercente la professione sanitaria tra artt. 1218 e 2043 c.c.*, in F. GELLI e M. HAZAN e D. ZORZIT (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Milano, 2017, p. 278. che, stante l'esplicito rinvio dell'art. 7, comma 3 cit., quella del medico esercente intramoenia è attività che potrebbe ricondursi all'area negoziale tenuto conto che le relative prestazioni non sono offerte dal Servizio sanitario nazionale, bensì dal professionista e sono a totale carico del paziente.

<sup>265</sup> L. NOCCO, o.u.c., p. 1483 ss.

<sup>266</sup> L. NOCCO, o.u.c., p. 1483 ss., secondo il quale significative, ad esempio, saranno le modalità con cui il regolamento aziendale disciplina la libera professione intramuraria, stabilendo, ad esempio, i criteri di quantificazione del compenso.

responsabilità penale<sup>267</sup>.

L'intervento normativo, in particolare, è in relazione alle cause di non punibilità dell'esercente la professione sanitaria<sup>268</sup>.

L'obiettivo è quello di creare un'area di depenalizzazione che valga a restituire al sanitario la serenità dell'affidarsi alla propria autonomia professionale e, per l'effetto, ad agevolare il perseguimento di una garanzia effettiva del diritto costituzionale alla salute<sup>269</sup>, nonché a contenere la spesa

---

<sup>267</sup> Sul tema della depenalizzazione e del ruolo delle linee guida, cfr. P. FRATI, F.B. BUSARDÒ, E. DE DOMINICIS e V. FINESCHI, *La Riforma legislativa della responsabilità sanitaria: ovvero le convergenze parallele del dualismo interpretazione versus applicazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1, I, 2015, p. 0340B.

<sup>268</sup> L'intervento protettivo del legislatore, finalizzato ad escludere la responsabilità penale dell'esercente la professione in alcune fattispecie, appare direttamente connesso con la ragione ispiratrice della l. 24/2017, che è quella di contrastare la c.d. medicina difensiva e, con essa, il pericolo per la sicurezza delle cure. Sui profili penalistici della l. Gelli-Bianco, *ex plurimis*, v. G. AMATO, *Professionisti "salvi" se l'evento dannoso è dovuto a imperizia*, in *Guida dir.*, 2017, 15, p. 51 ss.; G.M. CALETTI e M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2, p. 84 ss.; F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 573 ss.; F. CENTONZE e M. CAPUTO, *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 1361 ss.; M. CAPUTO, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria dopo la L. n. 24 del 2017... "quo vadit"?* *Primi dubbi, prime risposte, secondi dubbi*, cit., 293 p. ss.; ID., *I nuovi limiti alla sanzione penale*, in M. LOVO e L. NOCCO (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria. Le novità introdotte dalla Legge Gelli*, Milano, 2017, p. 26 ss.; C. BRUSCO, *La nuova legge sulla responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*, in *www.ilpenalista.it*, 1 marzo 2017; ID., *La colpa penale e civile. La colpa medica dopo la L. 8 marzo 2017 n. 24 (legge Gelli-Bianco)*, Milano, 2017, spec. p. 233 ss.; G. DE FRANCESCO, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme*, in *www.la legislazione penale.eu*, 2 maggio 2017; A. DE LIA, *La "colpa medica": dal tramonto del modello "Balduzzi" all'alba di un nuovo sistema. Brevi note su una riforma in stile "pulp"*, in *www.archiviopenale.it*, 2017.

<sup>269</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. un. 22 febbraio 2018, n. 8770, con nota di P. GRILLO, *La Gelli-Bianco va alle Sezioni Unite: l'imperizia non è punibile soltanto se lieve*, in *Diritto giust.*, 35, 2018, p. 11, la quale, a proposito della causa di non punibilità *ex art. 590-sexies c.p.* per l'esercente la professione (introdotta dalla l. 24/2017), essa risulta «esplicita innegabile e dogmaticamente ammissibile non essendovi ragione per escludere apoditticamente che il legislatore, nell'ottica di porre un freno alla medicina difensiva e quindi meglio tutelare il valore costituzionale del diritto del cittadino alla salute, abbia inteso ritagliare un perimetro di comportamenti del sanitario direttamente connessi a specifiche regole di comportamento a loro volta sollecitate dalla necessità di gestione del rischio professionale: comportamenti che, pur integrando gli estremi del reato, non richiedono, nel bilanciamento degli interessi in gioco, la sanzione penale, alle condizioni date».



pubblica nel settore medico<sup>270</sup>.

Sul tema della disciplina della responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria, si evidenzia, in primo luogo, come essa abbia visto, in breve lasso di tempo, l'avvicinarsi dell'art. 3, comma 1, l. 189/2012<sup>271</sup> e del citato art. 6 della l. 24/3017<sup>272</sup>, mentre in precedenza il sistema penale italiano mancava di prevedere fattispecie incriminatrici appositamente rivolte alla classe medica<sup>273</sup>.

In secondo luogo, giova precisare che l'art. 7, comma 3, l. 24/2017, costituisce norma di coordinamento della responsabilità, penale e civile, degli operatori sanitari, in quanto stabilisce che il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria (ai sensi dell'art. 5 della presente legge), nonché della nuova fattispecie incriminatrice di cui

---

<sup>270</sup> Con la predisposizione di sistemi di c.d. *Risk Management*. Con riferimento alle strategie di contrasto del c.d. rischio clinico, il *Clinical Risk Management (CRM)*, fondato sulla teoria degli errori di James Reason, nel dibattito in Italia, v. C. SCORRETTI, *Il clinical Risk Management oggi: dal sistema alla persona. Aspetti medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 1031 ss.

<sup>271</sup> Secondo cui «l'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve». Sul tema, P.F. POLI, *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 4, p. 91 ss.

<sup>272</sup> L'art. 6 della l. Gelli introduce l'art. 590-*sexies* nel codice penale rubricato "Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario", secondo cui «se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 c.p. 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». Per un approfondimento sul tema del contenuto della limitazione di responsabilità prevista dall'art. 6, cfr. G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, cit., p. 30 ss.

<sup>273</sup> L. CERCOLA, *Estensione e limiti dell'esimente penalistica per osservanza di raccomandazioni e buone pratiche*, in G. CARPANI e G. FARES (a cura di), *Guide alle nuove norme sulle responsabilità nelle professioni sanitarie*, cit., p. 136. In particolare, con la nuova riforma, il legislatore introduce nel Libro secondo del cod. pen. la nuova fattispecie incriminatrice ex art. 590-*sexies*, scegliendo di collocarla all'interno del Capo I del Titolo II, che comprende i delitti contro la vita e l'incolumità individuale. Si tratta di una norma penale avente come soggetti attivi gli esercenti la professione sanitaria, che si connota dunque per la sua specialità rispetto ai delitti comuni di omicidio e lesioni colpose.

all'art. 590-*sexies* del codice penale (“Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario”), introdotto dal citato art. 6, comma 1 della l. Gelli- Bianco<sup>274</sup>.

La questione relativa al raccordo tra responsabilità penale e civile degli operatori sanitari si risolve quindi sulla base del citato art. 7, comma 4, l. 24/2017, il quale, stante la conclamata esigenza di garantire la tutela della salute del paziente<sup>275</sup>, sancisce, da una parte, la responsabilità attenuata del medico in sede penale (grazie alla previsione della causa di non punibilità) prevedendo, tuttavia, come la stessa non valga ad escludere la responsabilità civile degli stessi operatori sanitari nei confronti del paziente<sup>276</sup>. La causa di impunità, in particolare, costituisce solo un elemento a disposizione del giudice per la qualificazione concreta del danno risarcibile<sup>277</sup>.

Tanto in ambito civile, quanto in ambito penale<sup>278</sup>, dunque, ai fini della

---

<sup>274</sup> Più precisamente, il nuovo art. 590-*sexies* c.p. prevede una causa di esclusione della punibilità del medico allorquando concorrano i seguenti presupposti: *a.* l'evento si sia verificato a causa di imperizia; *b.* il rispetto delle linee guida, ovvero, in mancanza, le buone pratiche clinico-assistenziali; *c.* l'adeguatezza delle linee guida (o delle buone pratiche) alle specificità del caso concreto. Per un'analisi critica di tale causa di depenalizzazione, cfr. M. DI FLORIO, *Riflessioni sulla nuova fattispecie della responsabilità colposa in ambito sanitario (ex art. 590-*sexies*, c.p.), come introdotta dalla legge Gelli-Bianco*, in *Arch. pen.*, 2, 2017, p. 1 ss. L'A. fa notare come la legge Gelli-Bianco collochi nella parte speciale del codice penale (appunto, nell'art. 590-*sexies* c.p.) la nuova causa di esclusione della responsabilità medica, anziché nella legislazione complementare, così da rendere omogenea la nuova disposizione a livello sistematico.

<sup>275</sup> Necessità emergente, tra l'altro, nella relazione che accompagnava la proposta del Disegno di legge n. 1769 (prima firmataria A.M. Miotto) presentata alla Camera dei deputati il 6 novembre 2013, in *Atti parlamentari Camera dei Deputati*, p. 1.

<sup>276</sup> Lo stesso art. 7, comma 4, l. 24/2017 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. 130 e 139 del codice delle assicurazioni private (di cui al d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209).

<sup>277</sup> È questa l'opinione che si andava affermando nella dottrina immediatamente successiva alla pubblicazione della legge in esame: per tutti, v. C. BRUSCO, *La nuova legge sulla responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie* (Relazione tenuta nell'incontro-dibattito *Responsabilità professionale* in Roma, il 3 marzo 2017).

<sup>278</sup> Manifesta la portata generale dell'art. 5 e la necessità che le stesse regole cautelari valgano nella valutazione della colpa sia in ambito penale, che in sede civile, G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, cit., p. 68.

valutazione della condotta colposa dell'esercente la professione, e dell'eventuale depenalizzazione di quest'ultimo, viene attribuito un ruolo fondamentale alle raccomandazioni previste dalle linee guida di cui all'art. 5 (o, in mancanza, dalle buone pratiche clinico-assistenziali)<sup>279</sup> e alla necessità di una predisposizione di una loro disciplina quanto più specifica e puntuale, proprio perché una loro corretta applicazione da parte dell'esercente la professione, determina una sua causa di esclusione della punibilità (che sia incorso nella commissione di delitti di omicidio colposo, o di lesioni personali colpose)<sup>280</sup>.

Sul piano oggettivo, relativo alla individuazione dei criteri per valutare le condotte colpose del professionista, alcuni dubbi<sup>281</sup> emergenti nel testo

---

<sup>279</sup> L. ISOLABELLA e A. QUATRARO, *Le linee guida. Da raccomandazioni comportamentali a criterio di esclusione della responsabilità del sanitario nell'art. 3 della Legge n. 189/2012*, in *Il civilista, Officina del diritto*, Milano, 2017, p. 14, affermano che «...le linee guida, quindi, nascono per rispondere ad un obiettivo fondamentale: assicurare il massimo grado di appropriatezza degli interventi, riducendo al minimo quella parte di variabilità nelle decisioni cliniche che è legata alla carenza di conoscenze e alla soggettività della definizione delle strategie assistenziali».

<sup>280</sup> L. CERCOLA, *Estensione e limiti dell'esimente penalistica per osservanza di raccomandazioni e buone pratiche*, cit., p. 144, fa notare come tuttavia non può escludersi che le linee guida emanate dai vari enti certificati ai sensi dell'art. 5 l. 24/2017 possano contenere raccomandazioni cliniche contrastanti, dal momento che questi possibili contrasti sono il riflesso della diversità di opinioni scientifiche esistenti in determinati campi della medicina. Ad ogni modo, afferma l'A., la presenza di linee guida difformi non è d'ostacolo alla possibilità di poterle invocare come causa d'esonero della responsabilità penale del medico, alle quali e vi si sia adeguato, trattandosi di linee guida che, si auspica, siano attendibili sul piano scientifico in quanto emanate da enti che hanno ottenuto la validazione ministeriale. Sul tema, cfr. anche C. CUPELLI, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1770 ss. e R.F. IANNONE, *La responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco - Legge 24/2017*, Roma, 2017, p. 396 ss., il quale osserva che «le linee guida che possono avere valore in un giudizio sono quelle redatte dalle società scientifiche di forte prestigio e maggiormente rappresentative nelle diverse specialità, validate da autorevoli organismi tecnico-professionali, quali l'Istituto Superiore di Sanità».

<sup>281</sup> Dall'originario indirizzo che identificava le regole di codificazione alle sole norme di perizia, si è passati, in ambito giurisprudenziale, a definizioni delle linee guida che ne hanno sostanzialmente allargato l'ambito applicativo e la valenza scriminante, riconoscendo potenzialità esimente pure a comportamenti qualificabili come violazione anche di regole di prudenza e di diligenza. Ad es., secondo Cass. pen., 11 maggio 2016, n. 23283, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 4, 1628 «in altre sentenze, si è peraltro rilevato che la limitazione della responsabilità in casi di colpa lieve prevista dalla l. 189/2012, pur trovando terreno di elezione nell'ambito dell'imperizia, può tuttavia venire in rilievo anche quando il parametro valutativo della condotta dell'agente sia quello della

del decreto Balduzzi, riguardavano proprio la definizione di linee guida<sup>282</sup>, ossia di tutti quei comportamenti del medico che, solo se rispettati opportunamente, e in caso di colpa lieve, lo esoneravano dalla responsabilità<sup>283</sup>. Mentre, infatti, la l. 189/2012 non indicava quali fossero le buone-pratiche e le linee guida rilevanti per la sua applicazione<sup>284</sup>, al contrario, l'art. 6 della l. 24/2017 le ricomprende espressamente in quelle che sono definite e pubblicate ai sensi di legge<sup>285</sup>.

Con riferimento ai diversi criteri di depenalizzazione del sanitario delineati dalla l. Balduzzi e dalla l. Gelli-Bianco, è importante verificare

---

diligenza... In tali decisioni, viene evidenziata la possibile rilevanza esimente della colpa lieve, per l'esercente la professione sanitaria, anche rispetto ad addebiti diversi dall'imperizia; ciò in quanto non può escludersi che le linee guida pongano raccomandazioni rispetto alle quali il parametro valutativo della condotta del soggetto agente sia quello della diligenza, come nel caso in cui siano richieste prestazioni che riguardino più la sfera dell'accuratezza, che quella dell'adeguatezza professionale».

<sup>282</sup> L. ISOLABELLA e A. QUATRARO, *Le linee guida. Da raccomandazioni comportamentali a criterio di esclusione della responsabilità del sanitario nell'art. 3 della l. 189/2012*, in *Il civilista, Officina del diritto*, cit., p. 14, mettono in risalto come già a partire dagli anni '80 per rispondere a esigenze di trasferimento delle conoscenze prodotte dalla ricerca biometrica, si sono sviluppate le linee guida e che «nel campo del diritto tanto la dottrina che la giurisprudenza hanno, sin dagli esordi, evidenziato quanto la natura, la sostanza e la finalità di tale regole fosse non univoca e foriera di differenti interpretazioni (anche dal punto di vista funzionale)».

<sup>283</sup> Cfr. Cass., 9 maggio 2017, n. 11208, in *Giust. civ. Mass.*, 2017, secondo cui, in materia di responsabilità per attività medico-chirurgica, il rispetto, da parte del sanitario, delle "linee guida" che costituiscono un utile parametro nell'accertamento di una sua eventuale colpa, non esime il giudice, tuttavia, da valutare, nella propria discrezionalità di giudizio, se le circostanze del caso concreto non esigessero una condotta diversa da quella da esse prescritta.

<sup>284</sup> A. PALMA, *Molto rumore per nulla: la Legge Gelli-Bianco di riforma della responsabilità penale del medico*, cit., p. 523 ss. evidenzia come il decreto Balduzzi, in particolare, non fosse stato in grado di fornire adeguate soluzioni al problema del contenuto delle linee guida e delle loro fonti di produzione, limitandosi a disporre che le stesse (così come le buone pratiche) dovessero essere «accreditate dalla comunità scientifica». Nessuna regolamentazione, inoltre, era prevista con riguardo al metodo di accreditamento ed all'autorevolezza della comunità di produzione.

<sup>285</sup> Vale a dire, ai sensi dell'art. 5 della stessa legge, le raccomandazioni sono quelle «... previste dalle linee guida elaborate dalle società scientifiche iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministero della salute, da emanare entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge (e da aggiornare con cadenza biennale)». L'art. 5 precisa inoltre che «ai fini della presente legge, le linee guida sono inserite nel Sistema nazionale per le linee guida (SNLG) e pubblicate nel sito internet dell'Istituto superiore di sanità».

come si regoleranno i tribunali penali a seguito dell'intervento della nuova l. Gelli-Bianco riguardo a fattispecie delittuose di responsabilità medica consumatesi in epoca anteriore all'entrata in vigore della l. Gelli-Bianco (sotto la vigenza del decreto Balduzzi)<sup>286</sup>.

In particolare, le Corti sono chiamate a decidere, nel caso di processi tutt'ora pendenti, se applicare la normativa previgente, di cui all'art. 3, comma 1, del decreto Balduzzi, o quella appena entrata in vigore (di cui all'art. 6 l. 24/2017), individuando la legge ritenuta più favorevole, tra quelle succedutesi nel tempo, in base al disposto dell'art. 2, comma 4 c.p., secondo i criteri di irretroattività della modificazione sfavorevole o retroattività di quella più favorevole all'imputato<sup>287</sup>.

---

<sup>286</sup> Cfr. in particolare Cass. pen. 22 febbraio 2018, n. 8770, cit., la quale, tra gli aspetti più favorevoli per l'esercente la professione, provenienti della disciplina di cui all'art. 3 decreto Balduzzi, individua quello relativo all'errore derivante da imperizia determinato da colpa lieve, nonché quello relativo al comportamento del medico che lo esonera da responsabilità nel caso della negligenza ed imprudenza (l'art. 590-*sexies* c.p., introdotto dalla l. 24/2017, invece, si riferisce, come causa di non punibilità, alla sola ipotesi di imperizia).

<sup>287</sup> Sulla rilevanza della riforma ai fini dell'art. 2 c.p., v. G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, cit., p. 40. In giurisprudenza, cfr. Cass. pen., 30 marzo 2017, n. 16140, cit., riguardante un procedimento pendente in sede di merito alla data di entrata in vigore del decreto Balduzzi. Il caso riguardava un medico che era stato condannato perché ritenuto responsabile per aver voluto operare il paziente (realizzando un'asportazione di una neoformazione della giunzione gastroesofagea per via laparoscopica) in una struttura priva delle necessarie apparecchiature tecnologiche e senza controllo endoscopico; per aver omesso i necessari esami strumentali ancorché invasivi che avrebbero potuto evidenziare che era già presente una fistola esofago-mediastinica; per aver ritardato il trasferimento del paziente presso una struttura più adeguata. I legali si soffermano sui profili della colpa contestati al loro assistito, denunciando inesistente il profilo dell'imprudenza, posto che l'intervento in oggetto era un intervento che, seppur si presentasse in casi rarissimi, comunque il medico aveva effettuato interventi simili centinaia di volte. La Cassazione afferma che la Corte distrettuale avrebbe dovuto verificare in punto di fatto se la condotta del medico poteva dirsi aderente ad accreditate linee guida e se la stessa fosse connotata da colpa grave, nella attuazione in concreto delle direttive scientifiche. Con tale pronuncia, dunque, la Cassazione ha annullato la sentenza impugnata con rinvio alla Corte d'Appello per un nuovo esame del caso, con la precisa indicazione che, alla luce dell'inedito intervento avvenuto con l'entrata in vigore della l. 24/2017, lo scrutinio avrebbe dovuto 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.

Partendo dal presupposto secondo cui la responsabilità medica-sanitaria è un tipo di responsabilità fondata sull'elemento della colpa<sup>288</sup>, per quanto riguarda la condotta dell'operatore sanitario, l'art. 3, comma 1, della l. Balduzzi, (secondo il quale «l'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria attività si attiene alle linee guida e alle buone pratiche [...] non risponde penalmente per colpa lieve»), aveva introdotto nel nostro ordinamento il nuovo istituto della colpa lieve<sup>289</sup> operando, di conseguenza, la distinzione tra colpa grave e colpa lieve<sup>290</sup>.

Il nuovo art. 590-*sexies* c.p., comma 2, introdotto dall'art. 6. l. 24/2017, invece, pur continuando a configurare la irresponsabilità del medico in caso di comportamenti conformi alle linee guida, non contiene alcun riferimento al grado della colpa e, di conseguenza, abroga la distinzione tra colpa grave e colpa lieve<sup>291</sup>.

---

<sup>288</sup> Il tema della colpa sanitaria è stato, e resta, uno dei più dibattuti nel mondo del diritto. Sul tema: G. IADECOLA, *I criteri della colpa nell'attività medica d'equipé*, in *Giur. merito*, 1997, p. 226; F. SIRACUSANO, *Ancora sulla responsabilità colposa del medico: analisi della giurisprudenza sulle forme e i gradi della colpa*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2904; sugli elementi qualificanti della colpa (colpa generica e colpa specifica), v. M. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, cit., p. 610 ss.; Sul ruolo della colpa medica a seguito dell'entrata in vigore l. 24/2017: C. BRUSCO, *La colpa penale e civile: la colpa medica dopo la l. 8 marzo 2017, n. 24 (Legge Gelli-Bianco)*, cit., p. 183 ss.; M. COLACURCI, *La Legge Gelli-Bianco: tra interpretazione "correttiva" della colpa medica e valorizzazione delle linee guida nella lettura della Suprema Corte*, in *Riv. it. med. leg.*, 3, 2017, p. 1155B (nota a *Cass. pen.*, 20 aprile 2017, n. 28187).

<sup>289</sup> Sul tema della colpa secondo la riforma Balduzzi: C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal cd. Decreto Balduzzi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2014; G. CIVELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle "linee guida" tra colpa grave e colpa lieve (la nuova disposizione del decreto sanità)*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 1 ss.; F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il "Decreto Balduzzi"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 822 ss.

<sup>290</sup> A. PALMA, *Molto rumore per nulla: la Legge Gelli-Bianco di riforma della responsabilità penale del medico*, cit., p. 523 ss. fa a notare che l'assenza di una definizione legale dei concetti di colpa lieve e colpa grave contribuirebbe a complicare, senza dubbio, la situazione. Secondo Corte cost. 28 novembre 1973, in *www.iusexplorer.it*, n. 166, «solo la colpa grave e cioè quella derivante da errore inescusabile, dalla ignoranza dei principi elementari attinenti all'esercizio di una determinata attività professionale, propri di una data specializzazione, possa nella indicata ipotesi rilevare ai fini della responsabilità penale».

<sup>291</sup> L. CERCOLA, *Estensione e limiti dell'esimente penalistica per osservanza di raccomandazioni e buone pratiche*, cit., p. 146.

Si rileva, inoltre, come lo stesso comma dell'articolo di cui sopra, scrimini espressamente il medico<sup>292</sup> (imputato per lesioni personali o omicidio colposo e che abbia osservato le linee-guida), unicamente se l'evento si sia verificato a causa di imperizia<sup>293</sup>. In tal senso, si avrebbe, quindi, che o c'è imperizia, e quindi colpa, oppure non c'è imperizia, e quindi non c'è colpa<sup>294</sup>. In altri termini, ai sensi della nuova norma del codice penale, il sanitario sarebbe punibile solo per negligenza e imprudenza (quali elementi del reato colposo previsti dall'art. 43 c.p.), ed indipendentemente dalla gravità della condotta: risponderebbe, cioè, anche per negligenza o imprudenza lieve.

A tale ultimo proposito, si è sostenuto come la scelta di considerare irrilevante l'imperizia grave e, di conseguenza, sanzionabili la negligenza e l'imprudenza lievi, appaia difficilmente compatibile con il principio di ragionevolezza<sup>295</sup> in quanto, a fronte della medesima condotta (ossia l'osservanza di linee guida *ex art. 5* e buone pratiche adeguate al caso concreto), si ha che una colpa di massima gravità non può essere punita,

---

<sup>292</sup> Tale limitazione, tuttavia, ha suscitato problemi interpretativi a prima vista irrisolvibili, in quanto appare illogico prevedere l'accertamento di una condotta imperita in capo a colui che ha correttamente rispettato le linee guida. Sulla perplessità dell'esistenza di una imperizia nonostante l'osservanza delle linee guida adeguate alle specificità del caso concreto cfr. F. ROSADA, *La legge Gelli-Bianco, in sede penale, si applica solo ai fatti commessi in epoca successiva alla riforma*, in *Diritto giust.*, 2017, p. 2 e G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, cit., p. 35 ss.

<sup>293</sup> Cfr. A. PALMA, *Molto rumore per nulla: la Legge Gelli-Bianco di riforma della responsabilità penale del medico*, cit., p. 523 ss. la quale, evidenziando l'impossibilità, a volte, di distinguere i tre concetti della colpa (imprudenza, imperizia e negligenza) afferma che «si imporrà all'interprete l'arduo compito di distinguere la colpa per imperizia da quelle per negligenza ed imprudenza».

<sup>294</sup> P. PIRAS, *Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo art. 590 sexies c.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2017.

<sup>295</sup> Sul tema della ragionevolezza, si rinvia a: S. TROIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Milano, 2005; A. RICCI, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007; E. GIORGINI, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010; S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2012; P. PERLINGIERI, *Sul criterio di ragionevolezza*, in *Ann. SISDIC*, 2017, p. 1, secondo cui «la ragionevolezza, sia sottoforma di clausola generale, quando è espressamente richiamata dalla legge, sia quale criterio argomentativo, rappresenta il filo conduttore di ogni ragionamento giuridico che conduce alla definizione di un caso attraverso la composizione, il temperamento, il bilanciamento tra opposti interessi e valori secondo le direttive dell'ordinamento vigente, storicamente individuato».

mentre proprio quella lieve è fonte di responsabilità penale<sup>296</sup>.

Nello specifico, escludere la responsabilità penale per imperizia apparrebbe in contrasto con l'art. 32 cost. in quanto, sembra evidente, che la tutela della salute verrebbe ad essere notevolmente indebolita, perché tutta l'attività chirurgica richiede abilità manuali, la cui mancanza diverrebbe penalmente irrilevante<sup>297</sup>.

Secondo l'art. 3, comma 1, l. Balduzzi, per contro, il sanitario rispettoso delle *best practices* non risultava punibile in caso di colpa lieve e, secondo parte della giurisprudenza, anche nell'ipotesi di negligenza ed imprudenza (e non solo, dunque, di imperizia)<sup>298</sup>.

È evidente, dunque, come la disposizione contenuta nel decreto Balduzzi avesse provveduto alla parziale *abolitio criminis* delle fattispecie di cui agli artt. 589 e 590 c.p.<sup>299</sup> limitando la responsabilità penale alla

---

<sup>296</sup> Di tale opinione, G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, cit., p. 34, il quale ammette che «altrettanto controvertibile è la scelta di rendere penalmente irrilevante l'imperizia grave, in particolare rispetto agli artt. 32 e 3 cost.».

<sup>297</sup> G. MONTANARI VERGALLO o.u.c., p. 36.

<sup>298</sup> Tale soluzione che estende l'ipotesi di responsabilità del sanitario anche in caso di imprudenza e negligenza, si pone in conformità con alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità, le quali avevano escluso che la riforma Balduzzi potesse trovare il suo fondamento applicativo nel solo profilo dell'imperizia (in tal senso, Cass. pen., 1° luglio 2015, n. 45527, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1, p. 36; Cass. pen., 19 gennaio 2015, n. 9923, in *ilpenalista.it*, 2015, 9 dicembre, con nota di V. NIZZA, *L'applicabilità della limitazione di responsabilità per colpa lieve anche ad ipotesi di negligenza o imprudenza* e Cass. pen., 9 ottobre 2014, n. 47289, in *Guida dir.* 2015, 2, 79). Di recente, cfr. Cass. pen., 11 maggio 2016, n. 23283, in *www.penalecontemporaneo.it*, la quale evidenzia la possibile rilevanza esimente della colpa lieve, per l'esercente la professione sanitaria, anche rispetto ad addebiti diversi dall'imperizia... «ciò in quanto non può escludersi che le linee guida pongano raccomandazioni rispetto alle quali il parametro valutativo della condotta del soggetto agente sia quello della diligenza, come nel caso in cui siano richieste prestazioni che riguardino più la sfera dell'accuratezza, che quello dell'adeguatezza professionale». Cfr. orientamento contrastante di Cass. pen., 24 gennaio 2013, n. 11493, in *Guida dir.*, 2013, 17, 27, 2013, con nota di R. MARTUSCELLI, *Linee guida: percorsi dal merito alla legittimità per delineare profili di un diritto penale della medicina*, in *iusexplorer*, 0, p. 1 il quale, sulla base dell'art. 3, comma 1, decreto Balduzzi, sancisce l'esclusione di responsabilità ivi prevista alle sole ipotesi di imperizia, ritenendo conseguentemente perseguibili le condotte rispettose delle linee guida che risultino lievemente colpose in termini di negligenza od imprudenza.

<sup>299</sup> Cfr. Cass. pen., 29 gennaio 2013, n. 16237, in *Cass. pen.*, 2014, 5, p. 1670, secondo cui la disposizione dell'abrogato art. 3, comma 1, l. 8 novembre 2012 n. 189, avrebbe



colpa grave ed, escludendola, in caso di ottemperanza delle linee guida accreditate da parte del medico, anche in caso di colpa diversa dall'imperizia<sup>300</sup>.

La dottrina<sup>301</sup>, a conferma di quanto ultimo affermato, si è trovata maggiormente propensa ad affermare l'applicabilità della norma di cui all'art. 3 del decreto Balduzzi a tutti i casi di colpa (non solo per imperizia) e la giurisprudenza, a tal proposito, ha affermato che «non può escludersi che le linee guida pongano regole rispetto alle quali il parametro valutativo della condotta dell'agente sia quello della diligenza<sup>302</sup>; come nel caso in cui siano richieste prestazioni che riguardino più la sfera dell'accuratezza di compiti magari non particolarmente qualificanti, che quella dell'adeguatezza professionale»<sup>303</sup>.

La Cassazione<sup>304</sup> ha evidenziato come la nuova disciplina dettata dalla Gelli-Bianco fosse più favorevole rispetto a quella di cui al previgente

---

determinato una parziale *abolitio criminis*, escludendo la rilevanza penale delle condotte lievemente colpose serbate dai sanitari che si fossero attenuti a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.

<sup>300</sup> La restrizione della portata incriminatrice si è manifestata attraverso due passaggi: l'individuazione di un'area fattuale costituita da condotte accreditate ed aderenti alle linee guida e l'attribuzione di rilevanza penale alle sole condotte connotate da colpa grave, poste in essere nell'attuazione delle linee guida scientifiche. In questo senso, Cass. pen., 30 marzo 2017, n. 16140, in *ilpenalista.it*, con nota di C. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco approda in Cassazione: prove di diritto intertemporale*, in *Diritto pen. contemp.*, 2017, 26 aprile 2017.

<sup>301</sup> Tra gli altri, O. DI GIOVINE, *In difesa del decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come fosse matematica)*, in *Arch. penale*, 2014, p. 6; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa, 2014, p. 178.

<sup>302</sup> Secondo la normativa del codice civile, la colpa professionale è inosservanza della diligenza qualificata richiesta. In particolare, la diligenza nell'adempimento deve valutarsi, a norma dell'art. 1176 c.c., comma 2, con riguardo alla natura dell'attività esercitata; la perizia, dispiegata nella soluzione di problemi di speciale difficoltà (vale a dire con riferimento a quei casi che trascendono la preparazione media), deve valutarsi a norma dell'art. 2236 c.c. Secondo G. CATTANO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 57, l'imperizia, come ogni altra forma di colpa, va configurata oggettivamente come uno scarto tra l'attività effettivamente prestata e l'attività dovuta dal professionista, senza «esaminare se l'esecuzione imperita della prestazione sia dovuta a colpa, perché l'imperizia è colpa essa stessa».

<sup>303</sup> Cass. pen., 11 maggio 2016, n. 23283, in *www.penalecontemporaneo.it*. Cfr. anche Cass. pen., 20 febbraio 2017, n. 8080, in *Diritto giust.*, 2017.

<sup>304</sup> Cass. pen., 19 ottobre 2017 n. 50078, cit.

decreto Balduzzi, in quanto prevedente una causa di non punibilità dell' esercente la professione sanitaria collocata al di fuori dell' area di operatività della colpevolezza (indipendentemente, cioè, dal grado della colpa)<sup>305</sup>.

Con una recente pronuncia, la Suprema Corte<sup>306</sup>, nel rimettere agli atti al giudice di appello, ha invitato quest' ultimo a verificare quale sia la norma più favorevole tra le suddette disposizioni succedutesi nel tempo, in applicazione dell' art. 2 del codice penale che stabilisce l' irretroattività della legge successiva più sfavorevole, ma la retroattività, invece, della nuova legge più favorevole all' imputato<sup>307</sup>. Riconoscendo alla l. 24/2017 un contenuto più severo, la Cassazione<sup>308</sup> ha avuto modo di affermare che il nuovo art. 590-*sexies* c.p. trova applicazione solo ai fatti commessi successivamente all' entrata in vigore della novella.

Per i fatti anteriori, di conseguenza, può trovare ancora applicazione, ai sensi dell' art. 2 c.p., la disposizione di cui all' abrogato art. 3, comma 1, della l. 189/2012 (che aveva escluso la rilevanza penale delle condotte lesive connotate da colpa lieve nei casi in cui il sanitario si fosse attenuto alle linee guida accreditate dalla comunità scientifica). Gli Ermellini, in quell' occasione, hanno ribadito l' importanza delle raccomandazioni contenute nelle linee guida, stabilendo come ad esse sia affidato «un ruolo speciale» sin dall' emanazione dell' art. 3, comma 1 della l. 189/2012

---

<sup>305</sup> Di tale orientamento, Cass. pen., 19 ottobre 2017 n. 50078, in *Riv. pen.* 2017, 12, 1033, secondo cui il secondo comma dell' art. 590-*sexies* c.p. è norma più favorevole rispetto all' art. 3, comma 1 del d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (decreto Balduzzi) in quanto prevede una causa di non punibilità dell' esercente la professione sanitaria collocata al di fuori dell' area di operatività della colpevolezza, operante nel solo caso di imperizia e indipendentemente dal grado della colpa, ricorrendo le condizioni previste dalla disposizione normativa (rispetto delle linee guida o, in mancanza, delle buone pratiche clinico-assistenziali, adeguate alla specificità del caso).

<sup>306</sup> Cass. 30 marzo 2017, n. 16140, cit.

<sup>307</sup> Sul tema, D. CHINDEMI, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria pubblica e privata*, cit., p. 32.

<sup>308</sup> Cass. pen., 20 aprile 2017, n. 28187, in *Riv. it. med. leg.*, 3, 2017, p. 1155B., con nota di M. COLACURCI, *La Legge Gelli-Bianco: tra interpretazione "correttiva" della colpa medica e valorizzazione delle linee guida nella lettura della Suprema Corte*, cit. e, in ultimo, di tale avviso, Cass. pen., 13 settembre 2018, n. 24384, in *wwwilcaso.it*.

(decreto Balduzzi).

La stessa pronuncia, inoltre, afferma come il principio civilistico di cui all'art. 2236 c.c. (che esonera il professionista da responsabilità in caso di colpa o dolo lieve, per le prestazioni di speciale difficoltà) «sia un principio di razionalità», il quale può trovare applicazione anche in ambito penalistico essendo «regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia (di cui all'art. 590-*sexies* c.p.) qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà». Date, infatti, le situazioni tecnico-scientifiche nuove, complesse e rese più difficoltose, secondo il principio di razionalità, l'art. 2236 c.c. determina un metro di valutazione diverso e più favorevole alla situazione.

## **Capitolo 2.**

### **Le nozioni di “professionista” e di “utente” in un’ottica garantista del diritto alla salute**

#### **2.1 Il contratto d’opera intellettuale e il carattere della professionalità della prestazione sanitaria**

La l. 24/2017, nel tipicizzare il rapporto giuridico contrattuale tra paziente e struttura ospedaliera sanitaria e sociosanitaria, pubblica e privata, basato sul contratto di ospitalità, nel secondo comma dell’art. 7 estende il regime di responsabilità contrattuale anche per l’esercente la professione sanitaria «...che abbia agito nell’adempimento dell’obbligazione contrattuale»<sup>309</sup>.

Un’interpretazione sistematica di tale ultima disposizione – «invero alquanto oscura»<sup>310</sup> – che non voglia vanificare il riferimento alla *lex aquilia* compiuto dallo stesso art. 7<sup>311</sup>, sembrerebbe suggerire che l’ultimo inciso del citato articolo si riferisca solo alle ipotesi in cui il medico abbia

---

<sup>309</sup> Nel caso in cui un paziente si sottoponga ad un intervento chirurgico-estetico, secondo Trib. Milano, 27 settembre 2017, n. 9670, in *rivistaresponsabilitàmedica.it*, alla luce della l. Gelli-Bianco, sostiene che «...l’attrice che agisce anche nei confronti dei medici, senza allegare l’esistenza di un contratto d’opera professionale con gli stessi concluso, deve ritenersi che il rapporto che si instaura con la struttura sanitaria, sia contrattuale, mentre il rapporto con i professionisti sia di natura extracontrattuale».

<sup>310</sup> Espressione utilizzata da M.P. MANTOVANI, *L’assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, p. 190.

<sup>311</sup> Sul piano ermenutico, la dottrina si è interrogata sul senso da attribuire alla locuzione «salvo che abbia agito nell’adempimento di un’obbligazione contrattuale assunta con il paziente» e, parte di essa, ha ritenuto che tale inciso confermi la natura contrattuale del medico dipendente: secondo N. TODESCHINI, *Approvata la nuova legge sulla responsabilità medica: cosa cambia rispetto alla «Balduzzi»?*, in *Quot. giur.*, 2017, in *www.plurisonline.it*, «l’art. 7 non pasticcia meno del suo predecessore, forse per empatia osmotica, e prevede, discorrendo invece di responsabilità civile della struttura e dell’esercente, che la responsabilità dell’esercente sia solo preferibilmente extracontrattuale, tutte le volte in cui non sia – perdonerete il gioco di parole – contrattuale, per aver l’esercente agito in adempimento di un’obbligazione contrattuale. E non si dica che sono malizioso nel trovare in questa ipocrita ipotesi di novella la piena consacrazione della tanto combattuta – da aclune pronunce di merito – responsabilità da contatto sociale, peraltro sempre difesa a spada tratta dalla Suprema Corte ed avversata, per ragioni di interesse dalle compagnie di assicurazione».

concluso un contratto d'opera professionale<sup>312</sup>.

Altra via di fuga dalla responsabilità extracontrattuale potrebbe essere rappresentata dalla firma del modulo del consenso informato che qualificherebbe il rapporto contrattuale medico-paziente (*ex art. 1218 c.c.*)<sup>313</sup>, sia pure nei limiti dell'obbligazione assunta nella predetta sottoscrizione<sup>314</sup>. Tale questione, però, è discutibile in dottrina sul presupposto che non è possibile qualificare come contratto ogni fattispecie invocando la responsabilità *ex art. 1218 c.c.*<sup>315</sup>.

Ad ogni buon conto, nel caso in cui il sanitario assuma obblighi personalmente nei confronti del paziente-utente, in virtù del citato art. 7 comma 3, il rapporto contrattuale diretto tra le parti comporta l'applicazione dei principi generali in tema di inadempimento delle

---

<sup>312</sup> La differenza tra le due situazioni dell'esercente la professione sanitaria (nei casi in cui egli operi come dipendente e come libero professionista) è posta chiaramente in risalto da C. MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, cit., p. 752 ss.

<sup>313</sup> Il medico proponente, in particolare, ha la responsabilità di apporre la propria firma e timbro sia nella prima parte del modulo dedicata all'informazione, sia nella seconda parte dedicata all'acquisizione/rifiuto all'atto sanitario proposto ed è incaricato di introdurre il consenso all'interno della cartella clinica del paziente. In argomento, R.F. IANNONE, *La responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco - Legge 24/2017*, cit., p. 129.

<sup>314</sup> Cfr. L. VIOLA, *Nuova responsabilità civile del sanitario: riparto dell'onere della probatorio tra vicinanza della prova e attività pericolosa*, in *La nuova proc. civ.*, 2017, p. 5, secondo il quale si può far risalire la conclusione di un contratto al momento in cui il paziente, dopo aver interagito e convenuto un *iter* terapeutico con un sanitario specifico, firma il modulo di consenso informato.

<sup>315</sup> In argomento, v. 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)*, Milano, 2017; R.F. IANNONE, *La responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, cit.; M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, cit., p. 190, la quale rileva come lo sforzo ricostruttivo debba spingersi ad immaginare a quale ipotesi stesse pensando il legislatore allorché abbia introdotto siffatta previsione. La stessa A. avanza l'ipotesi secondo la quale l'inciso «salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente», potrebbe riferirsi all'ipotesi di un paziente che si rivolge ad un singolo medico, da lui individuato e prescelto, per ottenere cure o terapie, a cui paga un corrispettivo e con il quale conclude un contratto.

obbligazioni di cui al capo II, del titolo I, del libro IV c.c.<sup>316</sup>, della normativa di cui al capo II, del titolo III, del libro V c.c., regolante le professioni intellettuali<sup>317</sup>, nonché la disciplina del codice del consumo, in materia di protezione dell'utente, quale contraente debole e fruitore dei servizi sanitari<sup>318</sup>.

L'accordo tra medico e paziente «...che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente» (art. 7 c. 2)<sup>319</sup> potrebbe configurare un contratto d'opera professionale<sup>320</sup> secondo lo schema di cui all'art. 2230 c.c.<sup>321</sup>, dal quale scaturisce un preciso obbligo di prestazione in capo all'esercente la professione sanitaria, con la conseguenza, che l'inadempimento determina un obbligo risarcitorio *ex art. 1218 c.c.*<sup>322</sup>.

---

<sup>316</sup> Sul rapporto obbligatorio, tra gli altri, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, 4° ed., Milano, 1993; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. 4, Milano, 1953-1955 e R. LUZZATTO, *Le obbligazioni nel diritto italiano*, Torino, 1950.

<sup>317</sup> I redattori del codice civile hanno elaborato una disciplina *ad hoc* riservata al contratto d'opera professionale, caratterizzata, senza dubbio, da un regime di favore per il professionista. Cfr. R. SALOMONE, *Le libere professioni intellettuali*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubb. econ.*, F. GALGANO (diretto da), XXV, Padova, 2010, p. 153 ss.

<sup>318</sup> In tema di adempimento delle obbligazioni professionali: G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958; M. FORTINO, *La responsabilità civile del professionista. Aspetti problematici*, Milano, 1984; G. FACCI, *La responsabilità civile del professionista*, Padova 2006, p. 7; M. ZANA, *Responsabilità del professionista*, in *Enc. giur.* Traccani, XXX, Roma 1992 e G. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, in *Il codice civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e continuato da F.B. Busnelli, Milano, 2009.

<sup>319</sup> Così, art. 7, comma 3, l. 24/2017.

<sup>320</sup> Dubita, tuttavia, della configurazione del contratto di cura come contratto d'opera professionale, V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, cit., p. 24 ss, la quale lo inquadrebbe, invece, nello schema dell'offerta al pubblico *ex art. 1336 c.c.* Sulla problematica relativa alla qualificazione del contratto di assistenza sanitaria, cfr. R. DE MATTEIS, *La responsabilità in ambito sanitario*, cit., p. 105. Per una rassegna sulla natura giuridica del contratto di prestazione d'opera intellettuale e sui caratteri della prestazione intellettuale (professionalità, personalità e discrezionalità), R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, Padova, 2011, p. 18 ss.

<sup>321</sup> Per comprendere il contenuto della norma codicistica di cui all'art. 2230 c.c. (relativa al contratto d'opera professionale), anche alla luce del più generale contesto storico in cui vide la luce, si rinvia a A. GAMBARO, *Vicende della codificazione civilistica in Italia*, in A. PIZZORUSSO e S. FERRERI, (a cura di), *Le fonti del diritto italiano, Le fonti scritte*, I, in *Tratt. dir. civ.*, R. SCACCO (diretto da), Torino, 1998, p. 405 ss.

<sup>322</sup> G. PALMA, *Vecchi problemi e nuove prospettive in tema di responsabilità medica*, cit., p. 913 ss.

Il tratto peculiare di tale figura contrattuale, che regola la relazione medico-paziente, è la natura fiduciaria del rapporto che viene ad instaurarsi tra professionista e cliente, e da cui discende l'obbligo di adempiere personalmente la prestazione dedotta nel contratto (art. 2232 c.c.)<sup>323</sup>.

La professionalità può essere definita come capacità tecnica, nella propria disciplina, costituente la condizione indispensabile per l'iscrizione all'albo e, pertanto, dell'attendibilità e della serietà dell'opera professionale dell'iscritto<sup>324</sup>.

Riferimento alle professioni intellettuali è riscontrabile nella nostra Carta costituzionale poiché nel titolo II (dedicato ai rapporti etico-sociali) l'art. 33, comma 5, prevede la necessità di superare un esame di Stato al fine di ottenere l'abilitazione professionale<sup>325</sup>. Nella categoria del contratto d'opera intellettuale non si rinviene nessuna differenziazione tra i diversi tipi di attività (ingegneri, avvocati, medici,...), al punto che elemento unificante sembra essere proprio la natura intellettuale e professionale della prestazione<sup>326</sup>.

L'oggetto del contratto d'opera professionale sembra, dunque, essere costituito da una prestazione intellettuale<sup>327</sup>, la quale deve essere sempre improntata all'osservanza di quelle scelte che si rivelino necessarie affinché l'opera possa dirsi compiuta e alla cui stregua deve poi accertarsi

---

<sup>323</sup> M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, cit., p. 124.

<sup>324</sup> Nozione fornita da G. GIACOBBE, *Professioni intellettuali*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 1071.

<sup>325</sup> Per un elenco completo delle professioni sanitarie riconosciute dal Ministero della Salute, si può consultare il sito *web* istituzionale: [www.salute.gov.it](http://www.salute.gov.it). Sulla definizione di esercente la professione sanitaria, inquadrata nella l. 24/2017, v. anche F. TONON, *Responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria*, in F. GELLI, M. HAZAN e D. ZORZIT (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Milano, 2017, p. 183.

<sup>326</sup> Così, V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, cit., p. 14.

<sup>327</sup> Di prestazione intesa come oggetto del contratto discorre P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I, la compravendita di «cosa futura»*, Napoli, 1962, p. 60.

se il professionista ha esattamente adempiuto la propria prestazione<sup>328</sup>.

L'art. 2230 c.c., inserito nel capo II, prevede che «il contratto che ha per oggetto una prestazione di opera intellettuale è regolato... in quanto compatibili con la natura del contratto, dalle disposizioni del capo precedente<sup>329</sup>». Il riferimento, evidentemente, è alla normativa dettata per il contratto d'opera disciplinato per l'appunto nel capo I, dall'art. 2222 c.c.<sup>330</sup> il quale, a differenza del contratto d'opera professionale si riferisce, espressamente, all'oggetto del contratto, ossia all'opera, che al servizio<sup>331</sup>. Il contratto d'opera intellettuale, unitamente al contratto d'opera, è comunque inserito nell'ambito del titolo III, del libro V del codice civile, dedicato al lavoro autonomo<sup>332</sup>.

La disposizione contenuta nell'art. 2222 c.c. (contratto d'opera) stabilisce che per il contratto d'opera si applicano le norme dello stesso capo, il primo, (salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV) compreso, di conseguenza, ad esempio, l'art. 2226 c.c. operante in materia di “Difformità e vizi d'opera”<sup>333</sup>.

---

<sup>328</sup> A. e S. BALDASSARRI, *La responsabilità civile del professionista*, cit., p. 35.

<sup>329</sup> La maggiore differenza tra i due contratti è che mentre nel contratto d'opera l'attività lavorativa è volta al raggiungimento di un determinato risultato, nel contratto d'opera intellettuale la prestazione consiste in un determinato comportamento rispetto ad un risultato stabilito dal cliente. Sul tema, cfr. A. e S. BALDASSARRI, cit., p. 33 ss. Gli A. sottolineano come nel contratto d'opera in generale il rischio cade sul prestatore d'opera, essendo la sua obbligazione di risultato, nel contratto d'opera intellettuale esso invece grava sul cliente.

<sup>330</sup> Letteralmente, art. 2222 c.c.: «Quando una persona si obbliga a compiere, verso un corrispettivo, un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione, nei confronti del committente, si applicano le discipline di questo capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel Libro IV».

<sup>331</sup> Seppur in mancanza di un qualunque richiamo nell'art. 2230 c.c. dell'oggetto del contratto individuabile nella prestazione resa dal singolo sottoforma di servizio, la dottrina si è espressa in senso favorevole ad una ricomprensione, nel concetto di prestazione intellettuale, anche della prestazione dei servizi. In senso favorevole, C. LEGA, *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, Milano, 1974, p. 504.

<sup>332</sup> A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, cit., p. 85 ss. rileva come la dottrina più tradizionale considera il contratto d'opera intellettuale come una *species* del tipo generale “lavoro autonomo” che importa una professionalità intesa come sistematicità-continuità dell'esercizio della professione.

<sup>333</sup> G.E. NAPOLI, *La responsabilità sanitaria nel sistema civilistico. Punti fermi e nuove linee di riforme*, in *Resp. civ. prev.*, 1, 2017, p. 0065B.



Rispetto a tale ultimo aspetto, tuttavia, la giurisprudenza<sup>334</sup> ha chiarito che l'art. 2226 c.c., regolatrice dei diritti del committente per il caso di difformità e vizi dell'opera, non è applicabile al contratto di prestazione di opera professionale intellettuale che abbia ad oggetto, una prestazione medica, nello specifico, l'impianto di una protesi dentaria.

Nel caso di specie, argomentava la Suprema Corte, il contratto di prestazione d'opera intellettuale ha per oggetto la prestazione di un bene immateriale in relazione al quale non sono percepibili, come per i beni materiali, le difformità o i vizi eventualmente presenti, «assumendo rilievo assorbente l'attività riservata al medico dentista di diagnosi della situazione del paziente, di scelta della terapia, di successiva applicazione della protesi e di controllo della stessa»<sup>335</sup>. Pertanto, nel caso concreto, non potendosi individuare un'entità materiale, nell'opera del dentista, la protesi poteva considerarsi un'opera materiale, ed autonoma, solo in quanto oggetto della prestazione (nel caso di specie, dell'odontotecnico). In tal caso, dunque, si escludeva la possibilità di applicare la disciplina sul regime di decadenza e prescrizione, di cui al contratto d'appalto, per il caso di vizi dell'opera, a norma dell'art. 2226 c.c., in tema di contratto d'opera.

Con altra pronuncia<sup>336</sup>, in materia di benefici previdenziali, la Corte di Cassazione ha stabilito che, nell'ambito del lavoro autonomo, anche il professionista intellettuale (nel caso di specie, una società che esercitava

---

<sup>334</sup> Cass., 22 giugno 2015, n. 12871, in *Rass. Dir. farm.* 2015, 5, 1028, provvedimento emesso in relazione allo svolgimento di prestazioni odontoiatriche, nella specie, di un impianto della protesi dentaria.

<sup>335</sup> Orientamento confermato da: Cass., 23 luglio 2002, n. 10741, in *Giust. civ. Mass.* 2002, p. 1320; Cass., Sez. un., 28 luglio 2005, n. 15781, in *Europa e dir. priv.*, 2006, 2, p. 781; Cass., 9 marzo 2006, n. 5091, in *Dir. giust.* 2006, 22, 60 e Cass., 20 dicembre 2013, n. 28575, in *Giust. civ. Mass.*, 2013.

<sup>336</sup> Cass., 22 dicembre 2011, n. 28312, in *Giust. civ.* 2013, 5-6, I, p. 1143. La Suprema Corte, sulla base di quanto enunciato, cassava con rinvio la sentenza dei giudici di merito che avevano ritenuto non rientrante tra i conduttori aventi diritto all'indennità di avviamento commerciale la società conduttrice dell'immobile locato, in quanto esplicante un'attività incentrata esclusivamente su ricerche di carattere medico – analisi cliniche e centro antidiabetico – e, quindi di natura professionale. In senso conforme: Cass. 7 aprile 2008 n. 8989, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 4, p. 532 e Cass. 22 luglio 2004, n. 13677, in *Giust. civ.*, 2005, 6, I, p. 1573.

attività esclusivamente su ricerche di carattere medico), assume la qualità di imprenditore commerciale quando esercita la professione nell'ambito di un'attività in forma d'impresa, «...in quanto svolga una distinta attività che si contraddistingue da quella professionale per il diverso ruolo che riveste il sostrato organizzativo, il quale cessa di essere circoscritto alle prestazioni d'opera intellettuali. In tali situazioni, infatti, viene coinvolta una prevalente azione di organizzazione, di coordinamento e di controllo dei fattori produttivi».

L'art. 2229 c.c. (esercizio della professione intellettuale) si presenta come norma generale ma, nello stesso tempo, come specificazione rispetto all'art. 33, comma 5, cost., in quanto al comma 1, stabilisce che è la legge a determinare quali siano le professioni intellettuali c.d. protette<sup>337</sup>, ossia quelle per l'esercizio delle quali è necessario un titolo specifico di abilitazione ed un'apposita autorizzazione<sup>338</sup> e l'iscrizione ad apposito elenco o albo.

Il comma 3, dell'art. 2229 c.c. stabilisce che, avverso il rifiuto dell'iscrizione, la cancellazione dagli albi e i provvedimenti disciplinari «che importano la perdita o la sospensione del diritto all'esercizio della professione» è ammesso ricorso in via giurisdizionale nei modi e nei termini previsti dalla legislazione speciale<sup>339</sup>. Sotto quest'ultimo profilo, la giurisprudenza di legittimità<sup>340</sup> ha precisato che l'iscrizione del professionista all'albo professionale configura un atto amministrativo che, in quanto tale, non è sindacabile del giudice ordinario in merito alla legittimità dell'iscrizione stessa.

In ambito sanitario, il medico esercita una professione intellettuale proprio perché pone in essere quella attività in cui la cultura e l'intelligenza

---

<sup>337</sup> Corte cost., 22 gennaio 1976, n. 17, in *www.dejure.it*.

<sup>338</sup> V. Cass. 12 marzo 1987, n. 2555, in *Giur. it.*, 1987, 1, p. 2022.

<sup>339</sup> M. FRAZZINI e M. SGROI, *La responsabilità del medico*, Halley ed., 2006, p. 90 ss.

<sup>340</sup> Cass. 4 aprile 1987, in *Giust. civ. Mass.*, 4,1987.

del soggetto che le esercita, assumono un ruolo di assoluta rilevanza<sup>341</sup>.

Il trattamento medico-chirurgico, di conseguenza, si manifesta come prestazione adeguata alla finalità terapeutica ed eseguita secondo le regole dell'arte dall'esercente una professione medica-chirurgica, o da altra persona legalmente autorizzata allo scopo di prevenire, diagnosticare, guarire o alleviare una malattia del corpo e della mente. Anche nel settore medico, dunque, il carattere intellettuale assume le connotazioni di un elemento decisivo del contratto, in quanto l'oggetto dello stipulando negozio è rappresentato proprio dal "servizio intellettuale", consistente nell'applicazione pratica di cognizioni tecniche e scientifiche all'interno della prestazione ricevuta<sup>342</sup>.

Come meglio si specificherà, che l'obbligazione del professionista sia un'obbligazione di mezzi<sup>343</sup> lo si desume dall'art. 2236 c.c. il quale, nell'affermare che «se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà<sup>344</sup>, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave», limita fortemente la responsabilità del professionista, che viene così considerato adempiente<sup>345</sup>.

---

<sup>341</sup> G. CATTANO, *La responsabilità del professionista*, cit. p. 38, definisce "professione intellettuale" quell'attività di particolare pregio per il carattere intellettuale, che trova il proprio elemento qualificante nella prestazione d'opera puramente creativa, frutto di cultura ed intelligenza. Di conseguenza, il contratto d'opera professionale si caratterizza per un'attività di cooperazione diretta al compimento di un'opera a favore del committente attraverso la quale trova espressione una competenza specifica.

<sup>342</sup> M.C. GIORDANO, *Elementi della responsabilità*, in *Officina del diritto, La responsabilità del medico*, 2013, cit., p. 5.

<sup>343</sup> Sulla configurabilità, anche nella professione intellettuale, di un'obbligazione di risultato a carico del professionista v. F. SANTORO PASSARELLI, *Professioni intellettuali in noviss. dig.*, XIV, Torino, 1967, p. 25.

<sup>344</sup> Secondo G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 75, si tratterebbero di problemi la cui soluzione presuppone un insieme di conoscenze, che vanno al di là del normale bagaglio di cognizioni tecniche che un buon professionista della categoria considerata deve possedere.

<sup>345</sup> Secondo Cass., 8 maggio 2001, n. 6386, in *Danno resp.*, 2001, 1045 nel considerare la prestazione sanitaria un contratto d'opera professionale, ha ritenuto applicabile la disposizione di cui all'art. 2236 c.c. non solo al professionista ma anche all'ente ospedaliero in quanto «il rapporto tra il paziente e la struttura ospedaliera è regolato, per quanto attiene alle prestazioni di natura sanitaria, dalle norme che concernono l'attività del medico nell'ambito del contratto d'opera professionale. Conseguo che la

Per tale ragione, il professionista ha comunque diritto al compenso, «se ha agito con diligenza e la perizia richieste, mentre il cliente avrà effettuato un esborso inutile se la professione del professionista, per quanto diligente ed esperta, non gli abbia procurato il risultato desiderato»<sup>346</sup>.

Dall'interpretazione del codice civile emergono, dunque, alcune peculiarità proprie delle attività derivanti dalla professione intellettuale.

Invero, oltre al carattere intellettuale cui si è accennato, occorre far riferimento ad altri profili come l'autonomia, intesa quale capacità di azione nell'esecuzione dell'opera, e la discrezionalità<sup>347</sup>, intesa quale libertà di esercitare la propria professione, determinandosi, senza influenze esterne in ordine alle modalità di estrinsecazione della stessa<sup>348</sup>.

Occorre non trascurare, inoltre, il carattere personale della prestazione posta in essere dal professionista, la quale si fonda sul rapporto fiduciario (c.d. *intuitus personae*) che lega l'operatore al proprio cliente. Il professionista, tuttavia, riguardo a tale ultimo aspetto, può avvalersi di sostituti e ausiliari che operano sotto la sua direzione e la sua responsabilità, purchè ciò «sia consentito dal contratto o dagli usi e non vi siano incompatibilità con l'oggetto della prestazione» (art. 2232 c.c.).

Secondo tale principio generale, dunque, l'attività medico-chirurgica, eseguita in ossequio alle *legis artes*, trova legittimazione nella sua intrinseca utilità ed adeguatezza sociale e nel fatto che essa viene realizzata

---

responsabilità diretta dell'ente ospedaliero e quella del sanitario inserito nella struttura ospedaliera sono disciplinate, in via analogica, dalle norme che regolano la responsabilità professionale medica in esecuzione di un contratto di opera professionale, e quindi anche dall'art. 2236 c.c., che è perciò applicabile sia al medico che all'ente».

<sup>346</sup> F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Vol. II, Tomo II, Padova, 1990, p. 65.

<sup>347</sup> V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, cit., p. 15 sostiene che la discrezionalità del medico si esprime in funzione di scelte mediche ed evidenzia che, in ambito sanitario, il medico, nel preferire l'una, piuttosto che l'altra metodologia, esercita un potere che, in realtà, è vincolato al rispetto di regole finalizzate al valore che la salute assume nel nostro orientamento (v., ad esempio, gli obiettivi della l. 23 dicembre 1978 n. 833, istitutiva del S.s.n.)

<sup>348</sup> Secondo Trib. Perugia, n. 1308, cit. «...la libertà di scelta è un'altra peculiarità della professione intellettuale che si manifesta con la facoltà di assumere o meno un incarico, la possibilità di scegliere le modalità reputate più adatte a realizzare l'oggetto del contratto, l'assenza di vincoli di subordinazione rispetto al cliente».

per garantire il perseguimento di obiettivi costituzionalmente tutelati<sup>349</sup>.

### **2.1.1 I doveri del medico: in particolare il dovere di diligenza e di informazione**

Tra i doveri del sanitario<sup>350</sup>, nell'esercizio della professione, vi sono quelli delle conoscenze scientifiche e dell'ispirazione ai valori etici fondamentali, assumendo come principio il rispetto della vita, della salute fisica e psichica, della libertà e della dignità della persona<sup>351</sup>. Non deve, altresì, soggiacere a interessi, imposizioni, e suggestioni di qualsiasi natura<sup>352</sup>.

L'adempimento delle obbligazioni da parte dell'esercente la professione medica, inoltre, deve essere valutato in relazione ai doveri inerenti lo svolgimento dell'attività professionale e, nello specifico, avuto riguardo al dovere di diligenza qualificata (c.d. "diligenza professionale")<sup>353</sup>, che non è solo quella del buon padre di famiglia, come richiesto dall'art. 1176,

---

<sup>349</sup> Come ricorda L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico- penali*, in *Riv. med. leg.*, II, 1995, p. 729, «un intervento praticato *leges artis* dal chirurgo non è assimilabile, seppur privo di consenso, a una qualsiasi ferita a arma da taglio. Il che implica, in termini giuridici, o escludere la tipicità della stessa, quanto al delitto di lesioni, dell'aspetto invasivo di un trattamento chirurgico *leges artis*, o almeno, configurare l'indicazione terapeutica come scrimante».

<sup>350</sup> In particolare, sul tema della diligenza nell'adempimento delle obbligazioni del medico e sul dovere di informazione, cfr. M. BILANCETTI, *La reponsabilità penale e civile del medico*, cit., p. 869 ss.

<sup>351</sup> Sul tema di doveri medici nell'ordinamento spagnolo (*los deberes médicos*), v. E. LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, cit., p. 46 ss. L'A., in particolare, individua gruppi di doveri relazionati: doveri all'informazione (*deberes relacionados con la información*); doveri alla competenza professionale (*deberes relacionados con la competencia profesional*); doveri all'assistenza (*deberes de asistencia*) e alla certificazione (*deber de certificación*).

<sup>352</sup> In tal senso, art. 5 cod. deont. medica il quale aggiunge che «il medico deve denunciare all'Ordine ogni iniziativa tendente a imporgli comportamenti non conformi alla deontologia professionale, da qualunque parte essa provenga». Sul tema, A. BELLELLI, *Codice di deontologia medica e tutela del paziente*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 1995, p. 577 ss.

<sup>353</sup> Di tale avviso: Cass. 22 ottobre 2014 n. 22338 in *Guida dir.*; Cass. 20 ottobre 2014, n. 22222, in *Foro it.*, 2015, I, c. 521, con nota di M. CASORIA, *Responsabilità medica tra crisi d'identità e nuove frontiere*; Cass. 5 novembre 2013, n. 24801, cit. e Cass. 1° febbraio 2011, n. 2334, in *Diritto giust.*, 2011.

comma 1, c.c., bensì deve essere commisurato alla natura dell'attività esercitata, ex art. 1176, comma 2 c.c.<sup>354</sup>, la quale comporta il rispetto di tutte le regole e degli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione medica<sup>355</sup>.

A tal proposito, la visione tradizionale dell'attività del professionista sanitario ha sempre inteso ricondurre la sua prestazione nell'ambito delle obbligazioni c.d. "di mezzi", identificandola come un comportamento professionalmente adeguato, espressione della diligenza che lo *standard* medio di riferimento richiede<sup>356</sup>.

---

<sup>354</sup> L'art. 1176, comma 2, obbliga il debitore a usare la perizia dovuta tenuto conto della tipologia di prestazione posta in essere, vale a dire, il professionista deve possedere il bagaglio di cognizioni tecnico-scientifiche necessarie allo scopo di fronteggiare il problema sottoposto alla sua attenzione. Per questi motivi, il medico generico, ad esempio, trasgredisce la regola di condotta di cui all'art. 1176, comma 2, c.c. quando – fuori dello stato di necessità – compia un intervento riservato alla competenza dello specialista, R. CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria*, in *Nuove leggi civ. e comm.*, 3, 2017, p. 457. Per un'attenta analisi sui profili del concetto della diligenza, cfr. P. FRATI, M.L. NATALE, S. CORRADO e A. DELL'ERBA, *La diligenza, il medico e la struttura sanitaria*, in *Riv. it. med. leg.*, 3, 2006, p. 461.

<sup>355</sup> V. DE LORENZI, *Classificazioni dogmatiche e regole operazionali in tema di responsabilità contrattuale*, Milano, 1981, p. 101, secondo cui «la diligenza è qui da intendersi in una determinata accezione: è il contenuto dell'attività prestata, misurato alla stregua delle regole professionali». In giurisprudenza, per diligenza si intende anche il dovere del medico di utilizzare metodi ritenuti più idonei ad impedire il verificarsi della situazione pericolosa per il paziente. In tal senso si è espressa Cass. 29 settembre 2015, n. 19213, in *Giust. civ. Mass.*, 2015, secondo cui qualora nel corso di un trattamento terapeutico o di un intervento, emerga una situazione la cui evoluzione possa comportare rischi per la salute del paziente, il medico, che abbia a disposizione metodi idonei ad evitare il verificarsi della situazione pericolosa, è tenuto ad impiegarli, essendo suo dovere professionale applicare metodi che salvaguardino la salute del paziente, preferendoli a quelli che possano anche solo esporla a rischio. Quindi, allorquando egli privilegi il trattamento più rischioso e la situazione pericolosa si determini, non riuscendo egli a superarla senza danno, la colpa si radica già nella scelta inizialmente compiuta.

<sup>356</sup> Nell'ordinamento spagnolo, in merito alla distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato, secondo l'impostazione tradizionale, l'inadempimento di una obbligazione di risultato permette di presumere la colpa che, invece, necessita di essere provata nel caso di inadempimento di obbligazioni di mezzo. Di tale opinione, tra gli altri, R. DE ANGEL YAGUEZ e M.M.ZORRILLA RUIZ, *La frustración del fin del contrato. Obligaciones de medios y de resultado*, in *An. der. civ.*, 1985, p. 210; F. BLASCO GASCO, *El objeto de la obligación*, in M.R. VALPUESTA FERNANDEZ e R. VERDERA SERVER (a cura di), *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 2001, p. 77; J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones, I, parte general. Teoría del contrato*, 5° ed., Madrid, 2011, p. 53; A. SERRA RODRIGUEZ, *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad contractual*, in J.R. DE VERDA, e

Secondo tale impostazione, che tende a sottolineare la distinzione tra obbligazione di mezzo e di risultato, al sanitario non viene richiesto il conseguimento del risultato rappresentato dalla guarigione, pur trattandosi di un effetto legato causalmente alla prestazione richiestagli<sup>357</sup>. Lo stesso ha, invece, il dovere di esercitare l'attività professionale necessaria in relazione al caso concreto, adottando l'adeguata diligenza, senza dover garantire il conseguimento del fine sperato dal paziente<sup>358</sup>.

Tale dicotomia, ritenuta valida dai giuristi per più di un secolo, pare, tuttavia, oggi tendenzialmente superata<sup>359</sup> e ciò ha spinto la stessa

---

BEAMONTE, (*a cura di*), *Derecho civil II*, 2° ed., Valencia, 2013, p. 120 s. Contrario a tale impostazione, con specifico riferimento all'onere della prova, si mostrano A. CARRASCO PERRERA, *Comentarios al art. 1104 c.c.*, in M. ALBALADEJO, (*a cura di*), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, XV, 1, Madrid, 1989, p. 592 e F. JORDANO FRAGA, *Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)*, in *An. der. civ.*, 44, 1991, p. 81, i quali individuano la distinzione fra le due tipologie di obbligazioni esclusivamente sulla scorta dell'oggetto.

<sup>357</sup> Tuttavia, con sent. 30 luglio 2004 n. 14638, in *Giur. it.*, 2005, p. 1395, con nota di M. D'AURIA, *Consenso informato: contenuto e nesso di causalità*, la Cass. precisa come nel contratto di prestazione d'opera intellettuale tra il chirurgo e il paziente, il professionista, anche quando l'oggetto della sua prestazione sia solo di mezzi, e non di risultato, abbia il dovere di informare il paziente sulla natura dell'intervento e, in mancanza, il dovere di comportarsi secondo buona fede nello svogimento delle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.).

<sup>358</sup> La giurisprudenza spagnola del Tribunale Supremo a partire dalla sentenza del 20 novembre 2009 n. 778, in RJ 2010/138, ha mantenuto il principio secondo cui la responsabilità del professionista medico è di mezzi e, in quanto tale, non può garantire un risultato; ad es. con sent. del 3 marzo 2010 n. 127, in RJ 2010/3778 il Tribunale Supremo affermò che non esiste obbligazione alcuna di ottenere un risultato dall'operazione in tema medico, anche se occorre adempiere con la massima esigenza (nel caso di specie, il Tribunale constatava l'assenza di mala prassi quando il medico realizzò ad un bambino delle prove esigibili che condussero ad una estrazione dell'occhio dopo essergli stato diagnosticato un cancro. Il suo adempimento non poteva essere motivo di responsabilità medica essendo, l'errore, scusabile), in A. VIGURI PEREA, *Una prospectiva comparada de la responsabilidad civil sanitaria*, Pamplona, 2017, p. 54.

<sup>359</sup> Nei rapporti obbligatori che coinvolgono la tutela di beni primari, pare infatti utile riconoscere, nell'unicità del fine da conseguire, la contemporanea esistenza di obbligazioni di mezzi e di risultato. Sul punto v. G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 51, ove si sostiene che "il risultato ultimo", nelle obbligazioni di mezzi, è anche criterio per valutare l'esattezza del risultato mediato. Posizioni contrarie alla distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato sono espresse da M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, ed. 2°, Milano, 1968, p. 217 il quale, dall'analisi della struttura del rapporto obbligatorio, rileva come non possono aversi distinzioni giacché «punto di riferimento del creditore non può essere costituito da altro che dal contenuto del dovere del debitore»; M. FORTINO, *La responsabilità civile del*

giurisprudenza a ridimensionarne la portata<sup>360</sup>. Anche la dottrina affermava, alla fine del vecchio secolo, che la distinzione andava abbandonata perché “fonte di confusione”<sup>361</sup>.

La distinzione assume rilievo, sul piano pratico, in termini di onere della prova, dal momento che nelle obbligazioni di mezzi è il paziente a dover fornire la prova dell’inadempimento e sul medico, ai fini dell’esonero della responsabilità, incombe la prova dell’osservanza delle regole contenute nella *leges artis*. Nelle obbligazioni di risultato, invece, la mancata realizzazione dell’interesse dedotto in obbligazione costituisce inadempimento, salva la prova liberatoria, ai fini dell’esonero della responsabilità, di una causa non imputabile<sup>362</sup>.

Nel rapporto obbligatorio contratto con il medico, infatti, l’interesse del creditore, che è premessa del rapporto stesso, tende ovviamente alla guarigione. Nondimeno, tale risultato risulta in larga parte dipendente da situazioni che sfuggono al controllo del medico<sup>363</sup>.

---

*professionista. Aspetti problematici*, cit., p. 39. Secondo C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L’obbligazione*, cit., p. 72 ss., nella nostra dottrina e giurisprudenza, la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato esprime piuttosto un criterio di classificazione delle prestazioni e tale distinzione non rileva ai fini dell’applicazione della disciplina generale delle obbligazioni e della responsabilità contrattuale ma ai fini dell’identificazione della prestazione dovuta. Secondo l’A. «la distinzione ha carattere relativo anzitutto in quanto non sono riscontrabili obbligazioni in cui sia dovuto esclusivamente un fine utile e non lo sforzo per realizzarlo. Ciò va detto anche per le strette obbligazioni di risultato. In tali obbligazioni, infatti, non è dovuta una specifica attività strumentale, ma il debitore è pur sempre tenuto a ompiegare la prescritta diligenza per conseguire il risultato previsto e più in generale per evitare l’inadempimento».

<sup>360</sup> Significative: Cass., Sez. un., 28 luglio 2005, n. 15781, in *Obbl. contr.* 2006, p. 716 ss.; Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Danno resp.*, 2007, p. 881, sulla quale A. SCALISI, *Professione medica: doveri, divieti, e responsabilità*, p. 965 ss.; Cass. 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

<sup>361</sup> C. CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, 1998, p. 124.

<sup>362</sup> Secondo E. CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell’obbligazione*, Milano, 2007, p. 53, le ragioni e il fondamento dogmatico della distinzione si fondano proprio sul piano della diversa distribuzione dell’onere della prova. A livello giurisprudenziale, per alcune decisioni v.: Cass, 22 maggio 2014, n. 11351, in *www.dejure.it*; Cass. 20 ottobre 2014, n. 22222, cit.

<sup>363</sup> Secondo V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, cit., p. 18, in alcuni casi, è preferibile ritenere che il medico assuma un’obbligazione di risultato negativo (come nel caso di chirurgia estetica), nel



Tuttavia, se per risultato si intende indicare l'opera intellettuale che il prestatore è tenuto a compiere in vista del fine ultimo che il committente si ripromette di conseguire (ossia mezzi tecnici astrattamente e normalmente idonei per consentire al committente medesimo la possibilità di soddisfare le proprie aspirazioni), allora la distinzione tra l'obbligazione di mezzi e l'obbligazione di risultato non ha più ragion d'essere<sup>364</sup>, poiché i mezzi altro non sono che il cosiddetto risultato immateriale dovuto, il quale, inteso in tal senso, non si distingue dall'attività impiegata per ottenerlo<sup>365</sup>.

L'inconsistenza dogmatica<sup>366</sup> della distinzione viene confermata dalla Cassazione anche con riferimento al contenuto dell'obbligazione, poiché un risultato è da considerarsi dovuto in ognuna<sup>367</sup>.

---

senso che egli si obbliga a garantire solo il non verificarsi di un peggioramento delle attuali condizioni del paziente.

<sup>364</sup> Sull'argomento v., invece, DIEZ PICAZO che menziona la differenza tra obbligazioni di mezzi e di risultato in relazione ai doveri di diligenza, in *Fundamentos de Derecho Civil*, II, vol. 1, Barcellona, 1985, p. 80. L'A. in particolare, considera la prestazione di risultato come un *tertium genus* tra quelle di dare e quelle di fare.

<sup>365</sup> Di tale parere Cass. 22 marzo 1968, n. 905, in *Foro it.*, 1968, I, c. 2207. Secondo Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., «La divisione fra obbligazione di mezzi e di risultato non è immune da profili problematici, specialmente se applicata alle ipotesi di prestazione d'opera intellettuale, in considerazione della struttura stessa del rapporto obbligatorio e tenendo conto che un risultato è dovuto in tutte le obbligazioni». In dottrina, sulle riserve sull'effettiva utilità della distinzione, v. A. DI MAJO, *La responsabilità civile*, cit. e L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 156 ss., il quale afferma che «non ha senso una obbligazione in cui non sia dedotto un comportamento produttivo di una utilità destina nata al creditore. Questa utilità è precisamente il risultato dovuto, il bene assicurato dal diritto di credito». Sulla unitarietà dell'obbligazione professionale in quanto, dalla medesima, possono sorgere sia obbligazioni di mezzo che di risultato e sulla unitarietà del rapporto prestazione/ interesse del paziente G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra «obbligazioni di mezzi» e «di risultato»*. *Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Napoli, 1999, p. 88 ss., il quale evidenzia come l'incidenza della distinzione «obbligazioni di mezzi» e «di risultato», non è tale da rompere l'unitarietà del funzionamento del giudizio di responsabilità.

<sup>366</sup> Sul piano dogmatico, la varietà fenomenica delle obbligazioni deve essere pur sempre collocata all'interno dell'unitario schema concettuale di riferimento. Il pericolo, che attraverso la menzionata distinzione venga a rompersi l'unità dell'obbligazione – tanto da far ritenere che considerare il risultato *tout court* può significare non dare rilievo al comportamento del debitore, avvicinando l'obbligazione in garanzia, così da snaturarne la funzione – è avvertito da A. NICOLUSSI, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, p. 574 ss.

<sup>367</sup> Cass. Sez. un., 28 luglio 2005, n. 15781, cit., p. 717, ove prosegue che «in realtà, in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del

La prestazione professionale e la sua esecuzione, come accennato, si parametrano alla figura della diligenza, concetto elastico che integra non una regola giuridica, bensì una norma *standard*, caratterizzata da un contenuto aperto, non rigido ed aderente alla realtà storica che mostra una conoscenza secondo la quale “può essere così o anche altrimenti”<sup>368</sup>. La diligenza assume, nella fattispecie, un duplice significato: parametro di imputazione del mancato adempimento e criterio di determinazione del contenuto dell’obbligazione<sup>369</sup>.

Nella diligenza è quindi compresa anche la perizia<sup>370</sup>, da intendersi come conoscenza ed attuazione delle regole tecniche proprie di una determinata arte o professione<sup>371</sup>, dirette a delimitare l’ambito del rischio consentito e l’ambito di liceità dell’intervento medico<sup>372</sup>.

I giudici della responsabilità professionale<sup>373</sup> stabiliscono che «la

---

risultato, anche se in proporzione variabile, sicché molti autori criticano la distinzione poiché in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo, come l’impegno che il debitore deve porre per ottenerlo. In tal senso la dottrina porta ad esempio proprio l’obbligazione dell’appaltatore, che deve in ogni caso utilizzare idonee procedure e modalità di esecuzione».

<sup>368</sup> Sul concetto di *standard* e sulla concezione tipologica, significativo il contributo di K.-H. STRACHE, *Pensare per standard. Contributo alla tipologia*, trad. it di R. FAVALE e P. FEMIA, Camerino-Napoli, 1995.

<sup>369</sup> Cfr. Trib. Perugia, 31 luglio 2017, n. 1308, cit., secondo cui «nell’obbligazione professionale del medico, dunque, la diligenza non è semplicemente il parametro da utilizzare per valutare l’esattezza dell’adempimento, ma diventa criterio di determinazione del contenuto dell’obbligazione».

<sup>370</sup> Sul concetto di perizia cfr. A. e S. BALDASSARRI, *La responsabilità civile del professionista*, cit., p. 342, secondo i quali «il professionista deve avere una preparazione professionale tale che gli permetta di tenere conto, nello svolgimento della propria prestazione, di quelle nozioni che siano acquisite, per comune senso e consolidata sperimentazione, alla scienza ed alla pratica e che costituiscono perciò il necessario corredo del professionista diligente».

<sup>371</sup> V. Cass., 13 gennaio 2005, n. 583, in *Il civilista*, 2010, 2, p. 86. secondo cui a norma dell’art. 2236 c.c., applicabile anche ai medici, qualora la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d’opera risponde dei danni solo in caso di dolo o colpa grave. Va altresì rivelato che la limitazione di responsabilità professionale del medico chirurgo ai soli casi di dolo o colpa grave, ai sensi dell’art. cit., attiene esclusivamente alla perizia, per la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, con esclusione dell’imprudenza e della negligenza.

<sup>372</sup> M.C. GIORDANO, *Elementi della responsabilità*, cit., p. 9.

<sup>373</sup> Cass. 9 ottobre 2012, n. 17143, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 10, p. 1190 e in *pluris online*.

diligenza esigibile dal medico nell'adempimento della sua prestazione professionale, pur essendo quella "rafforzata" di cui al comma 2 dell'art. 1176 c.c., non è sempre la medesima, ma varia col mutare del grado di specializzazione di cui sia in possesso il medico e del grado di efficienza della struttura in cui si trova ad operare»<sup>374</sup>.

Pertanto, dal medico di alta specializzazione ed inserito in una struttura di eccellenza, è esigibile una diligenza più elevata di quella esigibile, dinanzi al medesimo caso clinico, da parte del medico con minore specializzazione od inserito in una struttura meno avanzata<sup>375</sup>.

La preparazione media costituisce l'essenza del parametro della diligenza, per cui la limitazione di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c. (nelle sole ipotesi di dolo o colpa grave), ricorre solamente per i casi implicanti la risoluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà che risultano sconosciuti, o non ancora sufficientemente studiati, dalla scienza medica<sup>376</sup>.

Rientra indubbiamente tra gli obblighi contrattuali del medico fornire al paziente un'idonea informazione sulla natura della malattia, sul suo decorso e della terapia che intende adottare<sup>377</sup>. Perché il paziente possa

---

<sup>374</sup> Anche nell'ordinamento spagnolo, per la natura dell'atto medico, la diligenza deve essere quella derivata dalla *lex artis* la quale permette di ammettere l'esistenza della colpa medica come qualcosa di distinto dalla colpa generale. Sul tema, cfr. E. LLAMAS POMBO, *Doctrina general de la culpa médica*, in *Estudios sobre responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, Madrid, 2014, p. 39 ss.

<sup>375</sup> Ancora, Cass. 9 ottobre 2012, n. 17143, cit.

<sup>376</sup> Così, Cass. 1° febbraio 2011, n. 2334, cit. V. anche Cass., 10 maggio 2000, n. 5945 in *Diritto giust.* 2000, 19, 51 secondo cui «...tale limitazione di responsabilità attiene esclusivamente all'imperizia, non all'imprudenza e alla negligenza, con la conseguenza che, risponde anche per colpa lieve il professionista che, nell'esecuzione di un intervento o di una terapia medica provochi un danno per omissione di diligenza ed inadeguata preparazione; la sussistenza della negligenza va valutata in relazione alla specifica diligenza richiesta al debitore qualificato dall'art. 1176, comma 2, c.c. ed il relativo accertamento compete al giudice ed è incensurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivato».

<sup>377</sup> Tale obbligo trae origine dal contratto di prestazione medica e pertanto...«Ritenuto dunque che la violazione del dovere di informazione dà luogo ad un'ipotesi di inadempimento contrattuale, l'onere della prova correlativo si distribuirà tra le parti in conformità della consuete norme in materia», di tale orientamento, Cass. 24 settembre 1996 n. 8435, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 1309 e Cass. 19 luglio 1995 n. 7863, in *Giust.*

validamente esprimere il suo consenso<sup>378</sup>, deve aver ricevuto tutte le notizie appropriate in relazione al suo stato di salute<sup>379</sup>.

Sul tema del consenso informato (e di disposizioni anticipate di trattamento)<sup>380</sup> di recente è intervenuta la nuova l. 22 dicembre 2017, n. 219, ribadendone il fondamento<sup>381</sup>. L'art. 1, comma 1, della succitata legge, infatti, enuncia il principio secondo cui nessun trattamento sanitario può essere iniziato, o proseguito, se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne nei casi espressamente previsti dalla legge<sup>382</sup>.

A norma dell'art. 1, comma 7, il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale, o alle buone pratiche clinico-assistenziali. In caso di tali richieste, il medico non

---

*civ. Mass.*, 1995, 1398 Cass. 4 maggio 1994 n. 4285, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 600 e Cass. 29 gennaio 1993, n. 1119, in *Foro it.*, 1993, I, 1469.

<sup>378</sup> La disciplina del consenso informato trova impostazione in una moltitudine di fonti normative nazionali: art. 3, l. 21 ottobre 2005, n. 219 (in materia di attività trasfusionali), art. 6, l. 19 febbraio 2004, n. 40 (sulla procreazione medicalmente assistita) e art. 1 dell' recentissima l. 22 dicembre 2017 n. 219) e internazionali (su tutti, si vedano l'art. 5 della Convenzione di Oviedo e l'art. 3 della Carta di Nizza).

<sup>379</sup> Nell'ordinamento spagnolo, in tema di consenso informato, per una definizione ampia e generale, occorre far riferimento a la *Ley General para los Consumidores y Usuarios* (l. 19 luglio 1984, n. 26) la quale dedica il capitolo IV al diritto all'informazione. Gli artt. 2.1. e 13.1 della stessa legge, derogata dal nuovo *texto refundido* 1/2007, contenevano l'obbligazione di informare i consumatori e il loro corrispettivo diritto ad essere informati in relazione alla prestazione di qualsiasi servizio e delle sue caratteristiche essenziali in maniera veritiera, certa, efficace e oggettiva. In un modo più specifico, in tema di definizione di consenso informato in ambito medico, occorre far menzione a la *Ley General de la Sanidad* (precisamente agli artt. 10.5 e 6 della l. 25 aprile 1986 n. 14). Per un approfondimento sulla natura, sugli elementi e sugli effetti delle informazioni rese al paziente cfr. S. VÁZQUEZ BARROS, *Responsabilidad civil de los médicos (Doctrina, Legislación básica, jurisprudencia Formulario y bibliografía)*, Valencia, 2009, p. 135 ss.

<sup>380</sup> Sul tema, A. BELLELLI *Decisioni di fine vita e disposizioni anticipate di trattamento*, in BIANCA M. (a cura di), *Le decisioni di fine vita*, Milano, 2011.

<sup>381</sup> Entrata in vigore il 31 gennaio 2018 e recante "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento" (c.d. legge sul biotestamento).

<sup>382</sup> Sulle eccezioni alla regola secondo cui il consenso deve essere prestato esclusivamente dal paziente interessato (eccezioni, nello specifico, riguardanti i casi del paziente minore d'età, o incapace, affetto da disturbo mentale, o comunque che versa in condizioni tali da non poter essere interpellato), A. SANTOSUOSSO, *Il consenso informato, tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, Milano, 1996, pp. 133-138.

ha obblighi professionali<sup>383</sup>.

Con riguardo alla natura del consenso informato (art. 1, comma 4), esso viene acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente ed è documentato in forma scritta, attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare<sup>384</sup>. Il consenso informato, in qualunque forma sia espresso, è inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico<sup>385</sup>.

La nuova l. 219/2017 promuove e valorizza la relazione di cura e di fiducia tra operatore sanitario e paziente che si basa, appunto, sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico. Ai sensi dell'art. 5, comma 1, l. 219/2017, infatti, nella relazione tra paziente e medico, rispetto all'evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante, o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta, può essere realizzata una pianificazione delle cure, condivisa tra il paziente e il medico.

Si precisa, inoltre, che in tale relazione sono coinvolti, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile, o il convivente, ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo. Rispetto a tale pianificazione il medico e l'*equipe* sanitaria sono tenuti ad attenersi, qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità.

---

<sup>383</sup> In tempi passati, prevaleva la tutela meramente penalistica con il richiamo alla figura del consenso informato dell'avente diritto (v. art. 50 c.p., secondo cui «non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che può validamente disporne»).

<sup>384</sup> Cfr. R. CATALDI, P.M. STORANI, F. ROMANELLI, S. VAGNONI e C. MATRICARDI, *La nuova responsabilità del medico e della struttura sanitaria, dopo la Riforma Gelli (L. 8 marzo 2017, n. 24)*, cit., p. 53 i quali, in proposito, ricordano come nel nostro ordinamento viga il sistema della libertà della forma del contratto. Gli stessi A. concludono, pertanto, che le parti potranno prestare validamente il consenso nella forma che riterranno più opportuna.

<sup>385</sup> Sulla natura della forma del consenso nell'ambito della sperimentazione umana, cfr. A. BELLELLI, *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, Padova, 1983, pp. 78-79-80.

La pianificazione delle cure può essere aggiornata al progressivo evolversi della malattia, su richiesta del paziente o su suggerimento del medico (art. 5, comma 4).

E' necessario, dunque, che il sanitario acquisisca preventivamente il «consenso consapevolmente prestato»<sup>386</sup> dal paziente, che trova fondamento diretto nelle sue norme costituzionali di cui agli artt. 13 e 32 cost., nonché negli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>387</sup>.

Il consenso informato rappresenta il punto di intersecazione fra i due diritti fondamentali di autodeterminazione e della salute, in ragione dei quali, un trattamento sanitario privo di consenso, costituisce atto illecito<sup>388</sup>. Il quadro normativo è completato inoltre dal versante deontologico, le cui diverse disposizioni del relativo codice tratteggiano la relazione fra medico e paziente come «un'alleanza terapeutica»<sup>389</sup>.

Si tratta del principio che rappresenta il diritto del paziente di scegliere, accettare, o anche rifiutare i trattamenti (diagnostici, terapeutici, ecc.) che vengono proposti, dopo essere stato pienamente informato (salvo sua esplicita rinuncia) sulla diagnosi e il decorso previsto della malattia e sulle alternative terapeutiche (incluso il loro rifiuto) e le loro conseguenze<sup>390</sup>.

---

<sup>386</sup> Così, Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1201 ss., con nota di A. DI MAJO, *La responsabilità da violazione da consenso informato*. Secondo la pronuncia si tratta della «locuzione più propria di quella corrente, giacchè «informato» non è il consenso, ma deve esserlo il paziente che lo presta».

<sup>387</sup> Vanno poi aggiunte numerose fonti internazionali: v. art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 (ratificata con l. 27 maggio 1991, n. 176), art. 5 della Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina del 1997 (ratificata con l. 28 marzo 2001, n. 145), art. 3 della Carta di Nizza dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

<sup>388</sup> Sul consenso del paziente quale presupposto di liceità della prestazione medica, cfr. A. e S. BALDASSARRI, *La responsabilità civile del professionista*, cit., p. 670.

<sup>389</sup> R. FAVALE, *Profili attuali della responsabilità civile medica*, in *Ann. Fac. giur. Univ. Camerino*, 2, 2013, p. 63.

<sup>390</sup> Nell'ordinamento iberico, in tema di responsabilità derivata dalla mancanza di informazione e di consenso informato, cfr. E. REYNAL REILLO, *Consentimiento informado y responsabilidad en el ámbito sanitario*, Pamplona, 2017, p. 207 ss. In particolare, in caso di nascita del figlio con malformazioni, per quanto riguarda il diritto di scelta della madre se interrompere o portare a termine la gravidanza (grazie alla legge spagnola

La giurisprudenza<sup>391</sup> ha posto l'attenzione sul contenuto dell'obbligo di informazione, analitico e, nel contempo, personalizzato, per consentire una reale autodeterminazione nella scelta del trattamento da parte del paziente<sup>392</sup>. A tal proposito, la Cassazione<sup>393</sup> ha elaborato il principio secondo cui la violazione del dovere di informazione può causare due tipi diversi di pregiudizi: un danno alla salute e un danno derivante dalla lesione del diritto di all'autodeterminazione, suscettibili di autonomo risarcimento in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico a cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative (art. 1, comma 3, l. 219/2017)<sup>394</sup>.

In relazione a quanto affermato, la cartella clinica è essenziale strumento per consentire al paziente di avere adeguata e doverosa informazione in merito al suo stato di salute, alla diagnosi, alla cura della sua malattia, in maniera da permettergli scelte consapevoli, sicché questa deve essere chiara, leggibile e contenere tutte le informazioni indispensabili<sup>395</sup>.

---

2/2010 del 3 marzo della salute sessuale, e riproduttiva e dell'interruzione volontaria della gravidanza), l'A. distingue due differenti azioni: la prima posta in essere dai genitori contro i ginecologi responsabili del proseguo della gravidanza poiché, in assenza di informazioni, hanno impedito la scelta di interrompere la gravidanza quando era possibile (*wrongful birth*); la seconda quando colui che reclama è il bambino che nasce con malformazioni, o un suo rappresentante legale (*wrongful life*).

<sup>391</sup> Sull'importanza e sulla natura dell' di informazione, cfr. Cass. 2 febbraio 2010, n. 2354, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 2, 151.

<sup>392</sup> Sul diritto del paziente di autodeterminarsi, cfr. R.F. IANNONE, *La responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco (legge 24/2017)*, cit., p. 123.

<sup>393</sup> Cass. 16 maggio 2013 n. 11950, in *Guida dir.*, 2013, 31, 64; 30 settembre 2014 n. 20547, in *Guida dir.*, 2014, 46, 62 e Cass. 9 febbraio 2010 n. 2847, cit.

<sup>394</sup> In argomento, A. BENVENUTI, *Risarcibilità del danno da violazione del consenso informato, tra autodeterminazione terapeutica e diritto alla salute* (nota a Cass., 31 gennaio 2018, n. 2369, in *Giust. civ. com.*, 2018).

<sup>395</sup> In proposito, Cass. pen. 17 febbraio 2004, n. 13989, in *Foro it.*, 2005, II, 485, ha affermato che «la cartella clinica, della cui regolare tenuta è responsabile il primario, adempie alla funzione di diario della malattia e di altri fatti clinici rilevanti, la cui annotazione deve quindi avvenire contestualmente al loro verificarsi, uscendo al tempo stesso dalla disponibilità del suo autore ed acquistando carattere di definitività, per cui tute

Di conseguenza, non è soggetto ad alcuna valutazione discrezionale l'obbligo di informare il paziente, il quale «comprende tutti gli aspetti diagnostici e prognostici dello stato di salute del paziente e, quindi, anche i rischi meno probabili, purchè non del tutto anomali, in modo da consentirgli di capire non solo il suo attuale stato, ma anche le eventuali malattie che possono svilupparsi, le percentuali di esito fausto ed infausto delle stesse, nonché il programma diagnostico per seguire l'evoluzione delle condizioni del paziente e l'indicazione delle strutture specializzate ove svolgerlo, ovvero di specialisti esperti per formularlo, pur se a tal fine il paziente si deve allontanare dal luogo ove è in cura»<sup>396</sup>.

Il principio dell'obbligo di informazione, dunque, a tutela dell'utente destinatario di trattamenti terapeutici, ha una valenza alquanto estesa dal momento che coinvolge tutte le fasi dell'intervento, aventi carattere autonomo, e soprattutto necessita di essere reiterato nelle ipotesi di variazioni che il medico apporti al programma terapeutico<sup>397</sup>.

L'informazione resa dal medico, in particolare, dovrà essere chiara e intellegibile non solo sul tipo di malattia, ma anche sulla terapia e sull'intervento chirurgico, sulle cure alternative e sulle conseguenze possibili o probabili che possono derivare dall'atto medico<sup>398</sup>.

Le informazioni relative al programma diagnostico terapeutico devono essere veritiere e complete e, se rivestono carattere tale da poter procurare

---

le successive modifiche, aggiunte, alterazioni e cancellazioni integrano falsità in atto pubblico».

<sup>396</sup> Così, Cass. 2 febbraio 2010, n. 2354, cit.

<sup>397</sup> Per Cass. 2 luglio, n. 15698, in *Danno resp.*, 2010, p. 1076 ss., «anche le variazioni del programma operatorio rientrano tra le informazioni che il chirurgo deve fornire al paziente ai fini di un valido consenso informato», Cass. 29 settembre 2009, n. 20806, in *pluris online*.

<sup>398</sup> La l. 14 novembre 2002, n. 41 dell'ordinamento spagnolo, tutela l'autonomia decisionale del paziente, sancisce i diritti e gli obblighi in tema di informazione e documentazione clinica, nonché individua il consenso informato come un principio basilare di «tutte le terapie sanitarie», non distinguendo fra chirurgia volontaria e chirurgia necessaria. Tale legge, al num. 3, afferma che «il paziente o utente ha il diritto di decidere liberamente, una volta ricevuta una adeguata informazione, fra le possibili soluzioni cliniche».



preoccupazioni, devono essere fornite con circospezione, usando terminologie non traumatizzanti e sempre corredate da elementi atti a lasciare la speranza di una, anche se difficile, possibilità di successo, ottemperando così, da un lato, il dovere del medico di informare e, dall'altro, il diritto del malato del sapere<sup>399</sup>.

L'aspetto più rilevante del consenso informato concerne il risarcimento dei danni cagionati dal medico che abbia violato gli obblighi di informazione<sup>400</sup>, entrati nel programma contrattuale<sup>401</sup>. In realtà, la responsabilità e i doveri del medico non riguardano solo l'attività propria e dell'eventuale *équipe* medica che a lui risponda, ma si estendono allo stato

---

<sup>399</sup> E. APPENDINO, M. CALDARALO, D. FIORDALISI, S. GATTO e V. NIZZA, *Responsabilità civile e penale e cartella clinica nell'attività medica chirurgica*, Torino, 2006, p. 25.

<sup>400</sup> Nell'ordinamento iberico, la l. n. 41 del 14 novembre 2002 (*Ley de la autonomía del paciente*) regola basicamente l'autonomia del paziente, dei diritti e delle obbligazioni in materia di informazione e documentazione clinica. Tale legge trova il fondamento costituzionale nel principio di autonomia della volontà della persona e della sua autodeterminazione, così come avviene per il diritto fondamentale al consenso informato a ricevere qualsiasi trattamento sanitario. Per una analisi della citata legge sui diritti del paziente, sull'informazione e documentazione clinica e del consenso informato cfr. VIGURI PEREA, *Una perspectiva comparada de la responsabilidad civil sanitaria*, cit., p. 33 ss. e A. DOMÍNGUEZ LEULMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, cit., p. 89 ss.

<sup>401</sup> La giurisprudenza è univocamente nel senso di riconoscere natura contrattuale agli obblighi di informazione: la Suprema Corte afferma che «la condotta di corretta informazione sul trattamento sanitario, specie quando è ad alto rischio, non appartiene ad un momento podromico esterno al contratto ma è condotta interna del c.d. contratto sanitario ed è elemento strutturale interno al rapporto giuridico che determina il consenso al trattamento sanitario» (Cass. 19, ottobre 2006, n. 22390, in *Danno resp.*, 2007, p. 103 ss.; Cass. 23 maggio 2001, n. 7027, in *Corr. giur.*, 2001, p. 855 ss.; Cass. 29 settembre 2009, n. 20806, in *Resp. civ.*, 2010, p. 92 ss. e Cass., 19 maggio 2011, n. 11005, in *Danno resp.*, 2012, p. 515 ss.). Per il superato orientamento che collocava l'obbligo di informazione nella fase precontrattuale v. Cass. 25 novembre 1994, n. 10014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 937 ss., secondo cui «nel contratto di prestazione d'opera intellettuale tra il chirurgo e il paziente, il professionista anche quando l'oggetto della sua prestazione sia solo di mezzi, e non di risultato, ha il dovere di informare il paziente sulla natura dell'intervento, sulla portata ed estensione dei suoi risultati e sulle possibilità e probabilità dei risultati conseguiti, sia perché violerebbe, in mancanza, il dovere di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.), sia perché tale informazione è condizione indispensabile per la validità del consenso, che deve essere consapevole, al trattamento terapeutico e chirurgico»; Cass. 15 gennaio 1997, n. 364, in *Contratti*, 1997, p. 339 ss. e Cass. 30 luglio 2004, n. 14638, in *Resp. civ.*, 2007, p. 688 ss.

di efficienza e al livello di dotazioni della struttura sanitaria in cui presta la sua attività, traducendosi in un ulteriore dovere di informazione del paziente<sup>402</sup>.

Per tali ragioni è possibile rilevare come, in generale, il Sistema sanitario nazionale che agisce da “professionista” in considerazione della sua complessa organizzazione nell’offrire servizi assistenziali e curativi specifici a favore dell’utente (trovandosi quindi in una posizione strettamente connessa a quella del singolo professionista persona fisica), abbia subito nel corso del tempo una progressiva evoluzione, attuando principi costituzionali, disposizioni codicistiche e legislative.

## **2.2 L’unitarietà e la complessità delle strutture del Sistema sanitario nazionale preposte all’erogazione dei servizi sanitari**

Restando sulla nozione di “professionista”, occorre passare all’esame delle strutture preposte all’erogazione dei servizi sanitari, privati e pubblici, anch’esse, certamente assoggettate ad una serie di obblighi.

L’art. 7, comma 1, della l. 24/2017 (l. Gelli-Bianco), in un’ottica di completa equiparazione della responsabilità della struttura sia essa pubblica che privata, stabilisce che quest’ultima, che nell’adempimento delle proprie obbligazioni si avvalga dell’opera di esercenti la professione

---

<sup>402</sup> Secondo Cass. 16 maggio 2000, n. 6318, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p. 940, «il consenso informato – personale del paziente o di un proprio familiare – in vista di un intervento chirurgico o di altra terapia specialistica o accertamento diagnostico invasivi, non riguardano soltanto i rischi oggettivi e tecnici in relazione alla situazione soggettiva e allo stato dell’arte della disciplina, ma riguardano anche la concreta, magari momentaneamente carente situazione ospedaliera, in rapporto alle dotazioni e alle attrezzature, e al loro regolare funzionamento, in modo che il paziente possa non soltanto decidere se sottoporsi o meno all’intervento, ma anche se farlo in quella struttura ovvero chiedersi di trasferirsi in un’altra. L’omessa informazione sul punto può configurare una negligenza grave, della quale il medico risponderà in concorso con l’ospedale sul piano della responsabilità civile, quindi del risarcimento del danno, ed eventualmente anche sul piano professionale, deontologico-disciplinare».

sanitaria, risponde ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose, anche laddove le prestazioni siano svolte in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale<sup>403</sup>.

Si osserva, infatti, che il medico, oltre che eseguire la prestazione professionale in qualità di dipendente dall'amministrazione sanitaria, in adempimento della relazione di servizio con la struttura sanitaria (ente ospedaliero pubblico), a sua volta diretta contraente con il paziente<sup>404</sup>, e quale diretto contraente del paziente secondo lo schema del contratto d'opera intellettuale *ex art. 2230 c.c. (medico libero professionista)*<sup>405</sup>, può adempiere la propria prestazione in convenzione con il Servizio sanitario nazionale, secondo la normativa di riferimento (l. 23 dicembre 1978, n. 833 e successive riforme), presso strutture pubbliche e private ad esso preordinate<sup>406</sup>.

Il Servizio sanitario nazionale è costituito dal complesso delle funzioni che concorrono a promuovere, a mantenere e a recuperare la salute fisica e psichica di tutta la popolazione. Agisce, dunque, come titolare

---

<sup>403</sup> Prima dell'entrata in vigore della l. 24/2017 il rapporto giuridico instaurato tra ospedale (pubblico) e paziente veniva identificato come extracontrattuale in quanto veniva messo in risalto il principio secondo cui l'attività della pubblica amministrazione, anche nel campo della pura discrezionalità, doveva svolgersi nei limiti posti non solo dalla legge, ma anche dalla norma primaria e fondamentale del *neminem laedere*. Perciò, il comportamento colposo di un dipendente della struttura faceva insorgere la responsabilità diretta di quest'ultima (in tal senso: Cass. 18 marzo 1968, n. 822, in *Foro it.* 1969, voce *Resp. civ.*, 211; Cass. 20 dicembre 1967, n. 2981, in *Foro it.*, 1968, I, 1009 e Cass. 25 luglio 1966, n. 2039, in *Foro it.*, 1967, I, 1004).

<sup>404</sup> Sul tema, F. GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 720.

<sup>405</sup> Secondo S. CRENNÀ, A. DE GAETANO, M. SCIDA e F. RANDAZZO, in *Attività di informativa nei casi di infortunio e malattia lavoro-correlati: terra nullius, terra incognita o terra pericolosa?*, in *Riv. it. med. leg.*, 4, 2016, p. 1759 ss. i medici liberi professionisti assumono la qualifica di esercenti un servizio di pubblica necessità, mentre gli operatori sanitari dipendenti o convenzionati con un ente pubblico ricoprono la funzione di pubblici ufficiali o di incaricati di un pubblico servizio.

<sup>406</sup> A tal proposito, secondo Cass. 8 luglio 2015 n. 14201 in *www.iusexplorer.it*, essere medico di base ed essere convenzionato con il Sistema sanitario nazionale non esclude la possibilità che il lavoro possa configurarsi di natura autonoma in quanto la convenzione non trasforma il medico in dipendente del Servizio sanitario nazionale e «non toglie la possibilità di organizzare in piena autonomia il suo lavoro professionale», tale da non poter escludere l'attività abituale tassabile (nel caso di specie l'assoggettamento dell'imposta IRAP - imposta regionale sulle attività produttive).

dell'interesse al corretto funzionamento del mercato sanitario e si avvale tanto di strutture a gestione pubblica (e, quindi, di organismi di diritto pubblico), quanto di strutture gestite da privati autorizzati a svolgere il servizio in convenzione, sulla base della quale agiscono come soggetti imprenditoriali<sup>407</sup>. Il cittadino che fruisce di una prestazione pubblica sanitaria, affidandosi ai medici di cui la struttura si avvale, instaura un rapporto di natura pubblica con il Sistema sanitario nazionale<sup>408</sup>, istituito per la prima volta con la citata l. n. 833 del 23 dicembre 1978<sup>409</sup>.

Orbene, circa la qualificazione unitaria della struttura sanitaria, pubblica e privata, occorre considerare come, già prima dell'entrata in vigore della l. 24/2017 e del codice del consumo, l'art. 1469-*bis* c.c. definiva professionista «la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che, nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale» conclude un contratto<sup>410</sup>, con conseguente legittimazione a considerare professionista

---

<sup>407</sup> R. FRASCA, *Foro del consumatore e Servizio Sanitario Nazionale*, in M.L. CHIARELLA (a cura di), *I contratti del consumatore e dell'utente tra diritto comune e codificazioni di settore*, Napoli, 2016, p. 220.

<sup>408</sup> La *Ley General de Sanidad* del 25 aprile 1986 n. 14, disciplina il complesso delle attività sanitarie nell'ordinamento spagnolo; per una rassegna generale sulla normativa della sanità spagnola, v. S. VÁZQUEZ BARROS, *Responsabilidad civil de los médicos (Doctrina, Legislación básica, jurisprudencia, Formularios y bibliografía)*, cit., p. 473 ss.; J.M. DE MIGUEL, *En estructura del sector sanitario*, Madrid, 1983; M. EVANGELISTA, *Medicina y sociedad: la Reforma sanitaria*, Madrid, 1981; G. CLAVERO, *Análisis de la situación sanitaria española*, Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, Madrid, 1977 e M.A. DURAN, *Desigualdad social y enfermedad*, Madrid, 1983. Le attività sanitarie nell'ordinamento colombiano sono disciplinate dal Decreto n. 1011 del 2006 che regola el *Sistema obligatorio de garantía de Calidad de la Atención en Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SOGCS)*.

<sup>409</sup> Secondo l'art. 1 della citata legge «il S.s.n. è costituito dal complesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento e al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione».

<sup>410</sup> La giurisprudenza di merito, nondameno, prima che entrasse in vigore il codice del consumo che ha esteso la figura del professionista anche nell'ambito dei servizi pubblici (v. norma di rinvio contenuta nell'art. 101 cod. cons.), aveva esteso la disciplina di cui all'art. 1469-*bis* c.c. anche nel caso in cui il contratto fosse stato concluso con un ente pubblico, chiarendo che «il termine “professionale” è stato utilizzato (non in antitesi ad interesse pubblico ma) in contrapposizione al termine occasionale, cioè per qualificare un'attività che viene svolta in modo sufficientemente durevole e stabile e con un certo apporto organizzativo. Il legislatore ha inoltre espresso a chiare lettere che anche la persona giuridica pubblica, che per definizione persegue finalità di interesse generale, può

non solo l'ente privato (che svolge attività imprenditoriali), ma anche gli enti pubblici, erogatori di servizi, compresi quelli ospedalieri. Sulla base di detta disposizione, infatti, è indiscutibile come «i consumi non sono più un fatto privato, ma un fatto pubblico»<sup>411</sup> e come la tutela dei diritti del consumatore stia diventando una esigenza generalizzata.

Si osserva come il nostro Paese abbia subito una evoluzione<sup>412</sup>, a favore dell'utente, nell'ambito della legislazione socio-sanitaria nazionale, della legislazione socio-assistenziale<sup>413</sup> e previdenziale, nonché nel settore dei servizi nazionali e territoriali del sistema di sicurezza sociale a livello pubblicistico<sup>414</sup>.

Tale processo di rinnovamento, preposto ad assicurare agli utenti i cc.dd. livelli essenziali di assistenza (definiti come l'insieme delle attività che devono essere erogate dal S.s.n.)<sup>415</sup> e sviluppatosi attraverso il

---

svolgere attività professionale o, addirittura, anche imprenditoriale», così, Trib. Palermo, sent. 3 febbraio 1999, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2085.

<sup>411</sup> G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006, p. 6.

<sup>412</sup> Per un inquadramento dell'evoluzione della legislazione sanitaria, cfr., tra i tanti, N. GASPARRO, *Diritto sanitario. Legislazione, organizzazione, amministrazione, economia, etica e lavoro*, in *Il sole 24 ore*, 2009.

<sup>413</sup> In particolare, nel novembre del 2000 è stata promulgata la nuova legge quadro sull'assistenza sociale (la n. 328), dopo più di 50 anni dall'entrata in vigore della Costituzione che aveva fissato i nuovi principi cui avrebbe dovuto far riferimento la legislazione sociale.

<sup>414</sup> Sul fronte transnazionale, con il d.lgs. 4 marzo 2014 n. 38 l'ordinamento italiano ha recepito la direttiva 2011/24/UE concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza e alla cura sanitaria transfrontaliera (disciplinando in materia delle garanzie e mezzi di tutela del paziente, del rimborso dei costi all'assistenza sanitaria transfrontaliera e della cooperazione dell'assistenza sanitaria), in [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it). Per un'attenta disamina del presente decreto, si rinvia a A. ERRANTE PARRINO, *La consumerizzazione del paziente e la direttiva 2011/24 sull'assistenza sanitaria transfrontaliera*, in *Europa dir. priv.*, 1, 2017, p. 329 ss.

<sup>415</sup> Sul tema della tutela della salute del cittadino tra livelli essenziali di assistenza e prestazioni sanitarie, cfr. R. DE MATTEIS, *La responsabilità in ambito sanitario*, cit., p. 53 ss. e T. NICOLAZZI, *Livelli Essenziali di Assistenza*, in *Foro amm. Tar.*, 5, 2002, p. 1744 ss. In base agli artt. 2 (commi 6 e 7) e 3 del d.lgs. 502/1992 sono posti a carico del S.s.n. le tipologie di assistenza, i servizi e le prestazioni sanitarie che presentano, per specifiche condizioni cliniche o di rischio, evidenze scientifiche di un significativo beneficio in termini di salute, a livello individuale o collettivo, a fronte delle risorse impegnate; mentre sono escluse le tipologie di assistenza, i servizi e le prestazioni sanitarie che non rispondono a necessità assistenziale, che non soddisfano i principi dell'efficacia e dell'appropriatezza, e dell'economicità nell'impegno delle risorse.

principio di sussidiarietà<sup>416</sup> (dapprima vericale, poi orizzontale)<sup>417</sup>, ha gradualmente mutato i soggetti erogatori in entità di diritto privato, contrattualizzandone il rapporto giuridico<sup>418</sup> e, progressivamente, assegnando al libero mercato il potere di disciplinare l'erogazione dei servizi<sup>419</sup>, rendendo così più evidente la natura privatistica del rapporto di utenza all'interno di un servizio pubblico<sup>420</sup>.

In sostanza, nella materia dei servizi pubblici, lo Stato abbandona il precedente ruolo diretto ed accentratore, assumendone uno indiretto, di carattere regolatorio, focalizzato sui due obiettivi primari di assicurare il corretto funzionamento dei mercati (promuovendo la concorrenza) ed impedendo l'insorgere di posizioni dominanti e garantire a tutti gli utenti l'erogazione dei servizi essenziali<sup>421</sup>. Al termine del processo di liberalizzazione dei servizi pubblici, si è dunque passati da un modello di gestione autoritaria, ad una gestione indiretta, in funzione di regolazione e controllo, e più vicina al cittadino utente.

Quanto affermato si collega, del resto, alla nuova veste assunta dalla

---

<sup>416</sup> Sul principio di sussidiarietà: M.P. CHITI, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 3, p. 505 ss.

<sup>417</sup> S. MICONI, *L'applicazione del Codice del consumo ai rapporti di utenza del Servizio pubblico*, cit., p. 240, afferma che il principio di sussidiarietà verticale si sostanzia nell'affidamento dell'attività di erogazione dei servizi pubblici dallo Stato agli enti locali; il principio di sussidiarietà orizzontale si sostanzia nel trasferimento del servizio dai pubblici poteri a soggetti privati, con il duplice vantaggio della diminuzione del prezzo dei servizi e dell'aumento della qualità.

<sup>418</sup> S. MICONI, o.u.c. p. 240, nota 8, evidenzia come la privatizzazione dei servizi pubblici si sia sviluppata in tre fasi: 1. sottoposizione al diritto privato degli enti pubblici erogatori del servizio; 2. Trasformazione in società per azioni degli esercenti il servizio (che restano tuttavia in mano pubblica); 3. Privatizzazione sostanziale, con il passaggio ai privati del capitale sociale.

<sup>419</sup> Per tale evoluzione connessa alla modificazione dei rapporti erogatori utente, v. G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 654.

<sup>420</sup> La stessa giurisprudenza costituzionale ha trovato proprio in tale mutamento di natura giuridica dei soggetti erogatori di servizi pubblici, un ulteriore elemento per giustificare la natura privatistica del rapporto intercorrente fra quest'ultimi e gli utenti finali del servizio. Cfr. Corte cost., 30 dicembre 1997, n. 463, in *Giur. cost.*, 1997, p. 4050.

<sup>421</sup> S. MICONI, *L'applicazione del Codice del consumo ai rapporti di utenza del Servizio pubblico*, cit., p. 240.

pubblica amministrazione che, in applicazione dell'art. 11 della l. 7 agosto 1990 n. 241 (in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi)<sup>422</sup>, può agire secondo le regole del diritto privato in tutte le ipotesi in cui non stia esercitando il proprio potere autoritativo<sup>423</sup>.

Gli utenti – specialmente fruitori dei servizi sanitari rispetto ai quali la salute ne costituisce il fondamento dell'esistenza – a prescindere dalla tipologia dell'ente erogatore a cui si rivolgono per ricevere assistenza, hanno interesse a ricevere un servizio che soddisfi determinati parametri (sotto il profilo sia della quantità che della qualità): si parla, in generale, di «diritti di terza generazione» che trovano presupposto proprio nella nuova concezione dell'utente, portatore di veri e propri diritti soggettivi rispetto all'erogazione di servizi pubblici<sup>424</sup>.

La natura lucrativa, che caratterizza oggi le entità erogatrici di un servizio pubblico in generale, porta il rapporto di utenza all'interno dell'alveo dei rapporti negoziali tra soggetti privati, facendo perdere all'erogazione del servizio pubblico quelle caratteristiche che ne giustificavano i privilegi in funzione dell'interesse superindividuale di cui lo stesso era portatore<sup>425</sup>. Qualsiasi disciplina volta a garantire una

---

<sup>422</sup> Secondo tale norma, l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi e nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale e a tali accordi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili.

<sup>423</sup> Sul tema, in particolare, D. MEMMO, *L'attività contrattuale della P.A. e i principi di diritto comune a seguito della legge n. 15 del 2005*, in *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), Bologna, 2007, p. 155 ss.

<sup>424</sup> S. MICONI, *L'applicazione del Codice del consumo ai rapporti di utenza del Servizio pubblico*, cit., p. 241.

<sup>425</sup> Sul tema, v. A. GRECO, *Applicazione del codice del consumo all'utente utilizzatore di servizi pubblici*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 2690, il quale analizza come in passato, invece, veniva considerata la impossibilità di configurare il rapporto tra utente ed erogatore del servizio pubblico in termini di rapporto contrattuale di natura propriamente privatistica poiché per effetto della natura pubblica dell'erogatore, si tendeva a considerare lo stesso quale soggetto portatore di interessi superindividuali e, come tale, da collocare su di un piano diverso ed evidentemente più elevato, rispetto al cittadino che richiedeva l'erogazione del servizio per soddisfare bisogni individuali e personali. Questo

posizione di vantaggio all'erogatore del servizio si sarebbe, infatti, rivelata contraria ai principi costituzionali di uguaglianza<sup>426</sup> e ragionevolezza<sup>427</sup>.

Per effetto di tali modificazioni il rapporto fra erogatore del servizio ed utente dello stesso passa dall'essere incentrato sulla dicotomia Stato-cittadino a quella produttore-consumatore<sup>428</sup>. Ecco dunque che, in tale quadro, lo stesso utente di un servizio pubblico diventa, nei limiti propri dell'applicabilità delle disposizioni in suo favore, soggetto da proteggere rispetto all'erogatore del servizio pubblico (quest'ultimo da intendere quale professionista)<sup>429</sup>.

Richiamando la disciplina consumeristica in tema dei servizi pubblici, il codice del consumo, seppur non menzioni specificamente i servizi sanitari, recependo la disciplina della Carta dei consumatori<sup>430</sup> compie un passo in

---

determinava, di conseguenza, una sottrazione del contratto di pubblica utenza alle normali regole di diritto civile e il rapporto tra utente e l'erogatore del servizio veniva equiparato a quello fra cittadino e pubblica amministrazione nel quale la seconda, lungi dall'operare attraverso lo strumento contrattuale, gestiva l'erogazione del servizio mediante atti amministrativi. Sul punto, v. anche C. IANNELLO, *I pubblici servizi nel panorama della privatizzazione. La qualificazione dell'utente fra consumatore-cliente e cittadino*, in *Dir. publ. eur.*, 2002, p. 224, il quale riferendosi alla struttura dei pubblici servizi che caratterizzava il secolo passato, spiega in maniera estremamente chiara il rapporto utente-erogatore del servizio pubblico.

<sup>426</sup> Sul principio di eguaglianza, cfr. P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 8° ed., Napoli, 2017, p. 56, secondo il quale la eguaglianza formale e quella sostanziale sono in funzione reciproca; entrambe esprimono un unico principio, quello dell'eguaglianza nella giustizia sociale.

<sup>427</sup> In questo senso, G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, p. 200.

<sup>428</sup> D. DE BONIS, *Art. 101*, in G. ALPA, e L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del Consumo. Commentario*, Napoli, 2005, p. 653.

<sup>429</sup> Su tale profilo, S. MICONI, *I contratti dei servizi pubblici*, Padova, 2010, p. 83, secondo la quale «l'utente, in tal mutato contesto, ha iniziato ad essere preso in considerazione dalla normativa comunitaria e nazionale, acquistando un ruolo sempre più determinante sia in senso passivo (come "oggetto" di protezione) che in senso attivo (come "soggetto" legittimato, attraverso specifiche procedure, ad agire per la tutela dei propri interessi)». Considerazioni in tal senso anche in M.S. PIRRUPATO, *Profili di tutela del "diritto alla qualità" dei servizi destinati ai consumatori-utenti*, in P. PERLINGIERI e E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, cit., p. 398 ss.

<sup>430</sup> V. art. 1, comma 2, l. 3 luglio 1998, n. 281 ("Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti") dove viene asserito che: «ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti, come fondamentali, i diritti: a. alla tutela della salute; b. alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi; c. ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; d. all'erogazione di servizi pubblici secondo *standard* di qualità ed efficienza».



avanti attraverso l'introduzione di un'unica norma – l'art. 101 cod. cons., di rinvio alla normativa speciale – che, in riferimento al rapporto privato-utente, richiama il rispetto degli *standard* di qualità predeterminati e adeguatamente resi pubblici<sup>431</sup>.

Si passa, così, dal riconoscimento di un diritto fondamentale che fa capo al consumatore-utente (garantendo il regolare e corretto svolgimento del servizio secondo le finalità delle Carte dei servizi<sup>432</sup>) alla esigibilità, da parte dello stesso, del rispetto di quegli *standard* di qualità che sono stati predeterminati dall'ente di gestione del servizio e adeguatamente resi pubblici dal medesimo<sup>433</sup>.

Ecco, dunque, come l'interessamento del codice del consumo nel disciplinare aspetti relativi ad ambiti non prettamente contrattualistici ma, questa volta, più vicini al settore pubblicistico, spingano a considerare il

---

<sup>431</sup> L'art. 101 cod. cons. sintetizza le peculiarità della disciplina del rapporto di utenza rispetto al rapporto di consumo in generale. Per un approfondimento su tale disposizione normativa, si v. S. MICONI, *L'applicazione del Codice del consumo ai rapporti di utenza del Servizio pubblico*, cit., p. 342 ss. Sul tema, cfr. P. PARIS, in *I servizi pubblici tra efficienza e fini sociali*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 174 ss., il quale fa notare come l'art. 101 cod. cons., chiudendo l'ultima Parte III del codice (dedicata ai rapporti di consumo) e rappresentando l'unica norma che compone il Capo I del titolo V dedicato all'erogazione dei servizi pubblici, nonostante il primo comma della disposizione rinvii alla legislazione nazionale e regionale al fine di garantire i diritti degli utenti nei servizi pubblici, rappresenta una sorta di presa d'atto da parte del legislatore nazionale dell'ormai avvenuto mutamento dei rapporti fra gestore del servizio pubblico ed utente finale dello stesso. Da rapporto fondato sull'esercizio di un potere pubblico, si evolve in una disciplina fondata invece su un rapporto di natura privatistica e, come tale, assoggettabile – nel rapporto utente-gestore del servizio – alle normative di diritto comune.

<sup>432</sup> L'*iter* che ha condotto all'introduzione delle Carte dei servizi pubblici nell'ordinamento italiano muove dalla direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 27 gennaio 1994 (c.d. direttiva Ciampi), tesa a dettare le regole fondamentali in materia di erogazione dei servizi pubblici. Ad essa ha fatto seguito il decreto legge 163/1995 (convertito in legge n. 273/1995) che ha previsto l'obbligo per gli erogatori dei servizi pubblici, di adottare carte dei servizi conformi ai criteri ed alle indicazioni fornite dalla direttiva. Sul tema, v. M. CIRCI, *L'attuazione della carta dei servizi pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 8, p. 790 ss., e ID. *La carta dei servizi pubblici: uno strumento abbandonato o in evoluzione?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 6, p. 636 ss; S. PIAZZA, *La carta dei servizi pubblici come forma di tutela degli utenti*, in *Nuova rass. legisl. dott. giur.*, 2004, 21-22, p. 2489 ss.

<sup>433</sup> In giurisprudenza, i profili generali di applicabilità del codice ai rapporti di utenza di servizi pubblici, era stato correttamente risolto positivamente nella ordinanza del 12 aprile 2009, n. 8093, in *Danno resp.*, 2009, 945.

paziente ugualmente parte debole nel rapporto che egli instaura con le istituzioni erogatrici di servizi pubblici<sup>434</sup>.

L'art. 2, comma 2, lett. g, cod. cons. (rubricato "Diritti dei consumatori"), al riguardo, espressamente stabilisce che «ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti all'erogazione di servizi pubblici secondo *standard* di qualità ed efficienza»<sup>435</sup>.

Con riferimento ai soggetti erogatori dei servizi sanitari, si vengono di conseguenza a delineare una serie di obblighi finalizzati all'adozione di *standard* di qualità, sia generici sia specifici, volti alla concreta attuazione di forme di tutela dei diritti del cittadino-utente, in linea con le indicazioni emergenti dall'art. 14 del d.lgs. 502 del 1992<sup>436</sup>. Dall'altro lato, con riferimento agli utenti del servizio sanitario, prendono corpo una serie di diritti, quali quelli alla tutela della salute e di essere curato, alla scelta del luogo di cura e alla piena e completa informazione<sup>437</sup>.

Il diritto all'erogazione del servizio sanitario secondo *standard* di

---

<sup>434</sup> Anche sul fronte europeo, un ruolo fondamentale viene attribuito al paziente nel mercato dei servizi sanitari: delineare la figura del paziente-consumatore significa dire che il paziente è un consumatore nel mercato dei servizi sanitari. In particolare, quella del paziente-consumatore è un'espressione che evoca la soggettività di diritto privato dei cittadini nel mercato, della quale il consumatore che fruisce dei servizi è l'operatore giuridico economico più rappresentativo. In argomento, e sulla relazione tra soggettività, diritti individuali e meccanismi di funzionamento del mercato, cfr. L. NIVARRA, *Autonomia (bio)giuridica e tutela della persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 719 ss.; sul fenomeno della c.d. "consumerizzazione del paziente", e sull'integrazione europea attraverso il mercato dei servizi sanitari, cfr. A. ERRANTE PARRINO, *La consumerizzazione del paziente e la direttiva 2011/24 sull'assistenza sanitaria transfrontaliera*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, I, p. 329.

<sup>435</sup> Sul punto, v. G. CHINÈ, *Art. 2*, in *Codice del Consumo*, V. CUFFARO (a cura di), 3° ed., Milano, 2012, p. 14, il quale afferma: «Il diritto all'erogazione di servizi pubblici secondo *standard* di qualità e di efficienza configura una posizione soggettiva particolarmente moderna, a fruizione sia individuale che collettiva, azionabile nei riguardi di imprenditori privati nonché di pubbliche amministrazioni. La natura giuridica del soggetto erogatore del servizio pubblico non incide, pertanto, sui livelli della natura garantita ai consumatori».

<sup>436</sup> Art. rubricato "Diritti dei cittadini", in tema di Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'art. 1 della l. 23 ottobre 1992, n. 421, cit.

<sup>437</sup> In aggiunta, al diritto: *a.* di non essere curato; *b.* alla scelta del medico di fiducia e del luogo di ricovero; *c.* di accesso alle strutture convenzionate; *d.* all'informazione; *e.* alla qualità dei servizi e delle prestazioni. Su tali diritti, cfr. R. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari*, cit. p. 96.

qualità generali e specifici, consacrato dalla Carta dei servizi sanitari, penetra nella struttura del rapporto tra utenti e strutture sanitarie (a conferma dell'art. 101, comma 2, cod. cons.), rendendo direttamente esigibile da parte dei pazienti l'attuazione di quegli adempimenti organizzativi che sono diretti a garantire la appropriatezza clinica e organica dell'assistenza sanitaria, i tempi di attesa e di continuità assistenziale oltretutto, la qualità delle prestazioni<sup>438</sup>.

Quanto appena evidenziato, del resto, si collega al percorso legislativo sanitario (che prende avvio con la l. 23 dicembre 1978, n. 833 di costituzione del Servizio sanitario nazionale) il quale è stato scandito nel tempo da diversi interventi normativi: interventi che hanno contribuito a cambiamenti di rilievo in un contesto organizzativo pur sempre retto e ispirato a quei principi di universalismo<sup>439</sup> e di solidarismo alla base della stessa istituzione del Sistema sanitario nazionale<sup>440</sup>.

La legislazione sanitaria italiana, infatti, che fino agli anni Settanta si era caratterizzata per una forte stabilità<sup>441</sup>, ha iniziato, in quegli anni, un

---

<sup>438</sup> Secondo la lettura che è stata accreditata degli accordi contrattuali intercorrenti tra Regioni/Ausl e strutture sanitarie, è possibile intravedere nella regolamentazione del servizio – destinata ad assumere rilevanza esterna nei confronti degli utenti del S.s.n. – quelle che saranno le condizioni di offerta dei servizi sanitari che, per legge (*ex art. 14, comma 4, d.lgs. 502/1992*), spetta alle unità sanitarie e alle aziende individuare e rendere pubbliche, indicando «prestazioni, tariffe e modalità di accesso ai servizi», onde consentire agli utenti di esercitare «il diritto di scelta del luogo di cura [...] nell'ambito dei soggetti accreditati» nel territorio nazionale (*ex art. 8 bis, comma 2, d.lgs. 502/1992*).

<sup>439</sup> Il riferimento è all'art. 38 cost. il quale sancisce «il diritto di ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari al mantenimento e all'assistenza sociale».

<sup>440</sup> Dopo la l. 833/1978, è intervenuta la riforma *bis*, introdotta con il d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 (successivamente modificato con il d.lgs. 7 dicembre 1993, n. 517) che, in attuazione della delega contenuta nella l. 23 ottobre 1992, n. 421, ha provveduto al riordino della disciplina in materia sanitaria e al riassetto istituzionale del Servizio sanitario nazionale all'epoca sollecitato dalle disfunzioni e dai disservizi in quel periodo affliggenti l'attività sanitaria pubblica. Dopo ancora, la riforma *ter* che, con legge-delega 30 novembre 1998, n. 419, ha avviato un programma di razionalizzazione e riorganizzazione del S.s.n., ispirato al principio di sussidiarietà già fatto proprio con il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, conferendo al Governo quattro deleghe per la riforma del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502. Su tale evoluzione normativa, v. R. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari*, cit., p. 11 ss.

<sup>441</sup> Prima del 1978, infatti, il Sistema sanitario nazionale, con l'istituzione delle c.d. Casse mutue e degli enti assicurativi (c.d. società di Mutuo soccorso) garantiva le cure ai

periodo di repentini cambiamenti<sup>442</sup> mossi dall'esigenze di garanzia degli artt. 32 e 117 cost.<sup>443</sup>.

I destinatari del Servizio sanitario nazionale sono stati riconosciuti portatori di una serie di diritti umani, tra cui, oltre quello relativo alla completa informazione, vi rientrano quelli relativi alla scelta del medico di fiducia e del luogo di ricovero, nonché quelli relativi all'accesso alle strutture convenzionate.

Con riguardo a quest'ultima categoria di strutture occorre considerare che i rapporti tra medici convenzionati esterni e le U.s.l. (oggi, convertite in Asl le quali, in generale, rappresentano lo strumento operativo del Sistema sanitario nazionale)<sup>444</sup>, disciplinati dall'art. 48, l. 23 dicembre

---

lavoratori: sul tema cfr. L. GUELPA, *Il servizio medico nelle società operaie di mutuo soccorso e la libertà dei medici: appunti e documenti*, Como, 1904, p. 11 ss. Tali enti, erano basati su una forma di protezione assicurativo-previdenziale in cui il diritto alla tutela della salute era strettamente collegato alla condizione lavorativa e, quindi, non era considerato un diritto di cittadinanza nel senso pieno del termine. Solo chi poteva permetterselo pagava per avere un'assistenza adeguata, con la conseguenza che vi era una generale assenza di protezioni sociali.

<sup>442</sup> Dopo l'entrata in vigore della l. n. 833 del 23 dicembre 1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, infatti, sono state introdotte leggi di "riforma di riforma" (si fa riferimento alla "seconda" riforma sanitaria del 1992-1993 e alla "terza" riforma sanitaria del 1998-1999), con la finalità di rivoluzionare degli aspetti come, ad esempio, quello relativo al controllo delle risorse, prevedendo una concentrazione delle spese e dei servizi, e quello relativo alla previsione di un sempre maggiore intervento del privato e una gestione della sanità sempre più regionalizzata con lo scopo di assistere "più da vicino" il bisognoso di cure. Riguardo a tale ultimo aspetto, una delle finalità della politica di aziendalizzazione delle unità sanitarie locali e degli ospedali e della liberalizzazione del mercato sanitario, concetti alla base delle riforme successive alla legge istitutiva del S.s.n., è quella evidentemente di offrire migliori prestazioni sanitarie agli utenti garantendo, dunque, maggiore tutela e protezione a quest'ultimi. Sul punto, R. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari.*, cit. p. 50 ss.

<sup>443</sup> Lo stesso art. 117 cost. recita: «La Regione emana per le seguenti materie norme legislative nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dallo Stato». Tra le materie sono previste "beneficenza pubblica ed assistenza sanitaria e ospedaliera".

<sup>444</sup> Come è noto, la rete organizzativa del S.s.n. è coordinata e retta dalle Unità sanitarie locali (Usl) che, istituite con la l. n. 833/1978, hanno subito un primo processo di trasformazione con il d.lgs. 517/1933, in quanto da strumenti operativi del Comune sono diventati aziende dotate di personalità giuridica pubblica, di autonomia organizzativa, amministrativa, contabile, gestionale alle quali, successivamente con la riforma sanitaria *ter*, è stata riconosciuta anche un'autonomia imprenditoriale (Asl). Nell'art. 3-*bis* del d.lgs. 502/1992, come modificato dall'art. 1 del d.lgs. 7 giugno 2000, n. 168 si legge «... le unità sanitarie locali si costituiscono in aziende con personalità giuridica pubblica e autonomia imprenditoriale; la loro organizzazione ed il funzionamento sono disciplinati

1978 n. 833 (e dagli accordi collettivi nazionali stipulati in attuazione di tale norma), pur se costituiti con lo scopo di soddisfare le finalità istituzionali del Sistema sanitario nazionale sono, nondimeno, rapporti di lavoro libero-professionale “parasubordinato”, che si svolgono su un piano di parità. Gli enti pubblici, infatti, non esercitano nei confronti del medico convenzionato alcun potere autoritativo, all’infuori di quello di sorveglianza, e non possono incidere unilateralmente sulle posizioni di diritto soggettivo nascenti, per il professionista, dal rapporto di lavoro autonomo, limitandole o degradandole ad interessi legittimi<sup>445</sup>.

È infatti ormai incontestabile l’avvenuto mutamento dei rapporti, in generale, fra gestore pubblico ed utente finale dello stesso<sup>446</sup>. Appare evidente, sul punto, come si sia passati da un rapporto che legava lo Stato al cittadino, inteso quale soggetto amministrativo, ad uno che, al contrario, lega l’operatore commerciale al cittadino inteso quale utente-consumatore<sup>447</sup>.

Sul piano teorico, sia le aziende sanitarie pubbliche (con l’obiettivo del pareggio di bilancio) sia quelle private (con l’obiettivo del profitto) se

---

con atto aziendale di diritto privato, nel rispetto dei principi e dei criteri previsti da disposizioni regionali. L’atto aziendale individua le strutture operative dotate di autonomia gestionale o tecnico-professionale, soggette a rendicontazione analitica». Sul punto, R. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari*, cit., p. 76.

<sup>445</sup> Cfr. Tar di Napoli, 13 febbraio 2012, n. 742, in *Foro amm. TAR*, 2012, 2, p. 549. Orientamento consolidato da Cass. Sez. un., 8 agosto 2001, n. 10960, in *Lav. giur.*, 2002, 1, p. 83 ss. e Cass. Sez. un., 3 agosto 2000, n. 532, in *Giust. civ.*, 2000, p. 1462.

<sup>446</sup> D. DE BONIS, *Art. 101*, in *Codice del consumo. Commentario*, cit., p. 650 ss. In senso contrario si è espresso però A. GRECO, *Applicazione del codice del consumo all’utente utilizzatore di servizi pubblici*, cit., p. 2694, secondo il quale «la tutela dei diritti del consumatore-utente dei servizi pubblici non è disciplinata dalle singole norme del codice del consumo ma trova regolamentazione nelle ulteriori norme di legge che regolano la gestione e l’erogazione di ciascun servizio pubblico a livello statale o regionale».

<sup>447</sup> Sul punto, v. D. DE BONIS, o.u.c., p. 653, il quale evidenzia come tale evoluzione sia caratterizzata dal «mutamento del rapporto tra gli esercenti i servizi pubblici e gli utenti. Tale rapporto perde i connotati tipici di sintesi tra Autorità e libertà, fuoriuscendo dallo schema tradizionale fondato sulla relazione Stato-cittadino, per assumere in modo sempre più marcato i caratteri privatistici del rapporto produttore-consumatore. In sostanza, la posizione del destinatario del servizio non è più antitetica né subordinata a quello del soggetto esercente, ma si colloca sullo stesso piano (c.d. attività paritetica)».

attuano la “logica aziendale” fanno scelte che devono essere, prima di tutto, razionali sul piano dell’efficienza gestionale e quindi efficienti sul piano assistenziale, così da assicurare la tutela e la protezione dell’utente<sup>448</sup>.

Sulla base delle considerazioni testé svolte, emerge un panorama che, pur nella eterogeneità delle strutture sanitarie e dei moduli operativi, riflette un modello di gestione ed erogazione dei servizi sanitari unitariamente informato ai criteri economici propri delle attività organizzative, in relazione alle quali il controllo sull’organizzazione costituisce la via per garantire la qualità del servizio e delle prestazioni<sup>449</sup>.

Il Servizio sanitario nazionale, sin dalle sue origini, è stato informato ad un pluralismo organizzativo che, nell’evoluzione della legislazione sanitaria, ha assunto i caratteri di un sistema “aperto” in quanto caratterizzato dalla presenza di un numero indefinito di operatori in concorrenza tra loro (come stabilito dal d.lgs. n. 502/1992), i quali danno vita ad una composizione fortemente eterogenea per la presenza di strutture, tra loro differenti, sia per tipologie e livelli di assistenza, sia per forme di gestione e moduli organizzativi impiegati<sup>450</sup>.

---

<sup>448</sup> In giurisprudenza, sul principio dell’unitarietà circa la natura pubblica e privata degli enti sanitari, cfr. Tar Catanzaro, 16 maggio 2016, n. 1041, in *www.dirittosanitario.net*, secondo cui «in sede di programmazione sanitaria, è coerente, quindi, la scelta dell’amministrazione di individuare tetti di spesa relativi alle prestazioni erogate dai gestori privati e di individuare la ripartizione territoriale di determinate tipologie di prestazioni concretamente erogate dal settore pubblico e dal settore privato (...). Tale assetto non comporta alcuna disparità di trattamento tra strutture pubbliche e private o violazione dei principi di parità e libera concorrenza che governano il settore sanitario, tale da incidere negativamente sulla qualità del servizio e sul principio di libera scelta da parte del paziente, poiché le strutture pubbliche, a differenza delle strutture private, sono tenute a rendere la prestazione anche nell’ipotesi di superamento dei tetti di spesa, in chiave di tutela del diritto alla salute dei cittadini». In tal senso, in dottrina, v. di R. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari*, cit., p. 206 ss., la quale avanza un modello di responsabilità unitario per le strutture sanitarie, pubbliche e private che fa leva sulla natura dell’attività la quale, diretta alla cura della salute della persona, pone la propria organizzazione al servizio della stessa sulla base della rilevanza costituzionale dell’interesse perseguito nell’esercizio di tali attività.

<sup>449</sup> R. DE MATTEIS, o.u.c., p. 80.

<sup>450</sup> Per una panoramica del contenuto dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA) e dell’assetto organizzativo del S.s.n. che ben rende conto delle novità introdotte nel sistema

A ciò fa da contraltare una componente privatistica dove l'unico elemento di differenziazione tra strutture è rimesso alla natura dello scopo, all'insegna del quale si contrappongono organizzazioni *for profit* ad organizzazioni *no profit*, altrimenti dette del privato sociale (istituti religiosi e fondazioni)<sup>451</sup> ammesse, in virtù dei contratti stipulati con le Regioni, all'erogazione delle prestazioni sanitarie a carico del Sistema sanitario nazionale<sup>452</sup>.

Con la creazione, in particolare, delle "Unità sanitarie locali, costituite in aziende" (Asl), introdotte dall'art. 3-*bis* del d.lgs. 502/1992 (come modificato dall'art. 1 del d.lgs. 7 giugno 2000), quali vere e proprie aziende pubbliche dotate di autonomia imprenditoriale e gestite da potenti "manager della salute" principalmente secondo criteri di efficienza economica e "produttività", si nota in maniera ancor più evidente lo stretto collegamento che emerge tra erogazione di pubblici servizi ed attività imprenditoriale, evidentemente espressa dall'art. 43 cost.<sup>453</sup>.

---

con la riforma sanitaria *ter* (n. 229/1999), v. Tar Puglia, Lecce, 1° giugno 2002, n. 499, in *Foro amm. Tar.*, 5, 2002, p. 1744 ss., con nota di T. NICOLAZZI, *Livelli Essenziali di Assistenza*, cit., ove i giudici amministrativi si soffermano nella sua descrizione e nel tracciare quelle che sono le linee portanti della sua articolazione, ne sottolineano: *a.* il nuovo ruolo assegnato ai soggetti privati operanti nello specifico campo (stante il piano di sostanziale parità fra strutture pubbliche e strutture private); *b.* la sostituzione dell'istituto dell'accreditamento a quello del convenzionamento; *c.* la facoltà dell'assistito di scegliere liberamente fra le strutture pubbliche e quelle private; *d.* l'erogazione di un compenso predeterminato a fronte della prestazione resa in base a tariffe prefissate. I presupposti su cui, dunque, a detta dei giudici del Tar Puglia si regge il sistema, sono quelli di una sostanziale parità tra istituzioni pubbliche e private nella erogazione competitiva delle prestazioni agli assistiti, dal lato dell'offerta del servizio, e, di una libertà di scelta della struttura di fiducia riconosciuta all'utente del servizio, dal lato della domanda (in senso conforme, cfr. Catanzaro, 16 maggio 2016, n. 1041, cit.).

<sup>451</sup> Cfr. V. MAPELLI, *Il sistema sanitario italiano*, Bologna, 1999, p. 113, il quale riferisce di una ridotta percentuale (all'incirca del 24%) di strutture private, operanti nel settore della sanità, delle quali il 19% è rappresentato da enti *no profit*.

<sup>452</sup> Mentre la struttura sanitaria pubblica ha comunque l'obbligo di prestare i servizi sanitari richiesti dall'utente anche oltre la disponibilità del *budget*, diversamente la struttura sanitaria privata, nell'ipotesi in cui le prestazioni richieste vadano oltre il tetto massimo di spesa loro assegnato, non è obbligata ad erogare le prestazioni richieste (v. Cons. Stato, 30 aprile 2003, n. 2253, in *Foro amm. Cds*, 2003, p. 1333).

<sup>453</sup> La dottrina che definisce diritto pubblico in un'accezione oggettiva (o sostanziale) si concentra sul carattere pubblico dell'attività resa, indipendentemente dalla natura pubblica, o privata, del soggetto che la eroga e conferisce rilievo alla prestazione in sé

La conseguenza del fenomeno è l'erosione dei privilegi che le pubbliche amministrazioni, in tutte le forme attraverso le quali si esprimono, mantenevano nei rapporti con il cittadino<sup>454</sup>.

Come già evidenziato, tale evoluzione determina il progresso avvicinamento del rapporto di utenza alle regole generali del diritto privato<sup>455</sup>.

Nel superamento di quella dicotomia tra pubblico e privato che un tempo aveva dato vita ad una "sorta di incomunicabilità tra i due settori"<sup>456</sup>, si è dunque affermata un'ampia nozione di servizio pubblico inteso come «complesso delle prestazioni contrassegnate da rilevante interesse collettivo ed effettuate in favore del cittadino-utente da enti pubblici o da operatori privati, in regime di diritto pubblico o privato»<sup>457</sup>.

Una nozione, di conseguenza, che può essere definita a «valenza orizzontale» in quanto in grado di evidenziare come l'attività espletata nell'ambito dei pubblici servizi si componga, in vario modo e misura, sia di atti espressivi della funzione amministrativa, sia di atti di diritto comune

---

(teoria sostenuta da: A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912, p. 357 ss.; F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911, p. 204). I sostenitori di questa teoria ritengono che essa sia supportata dall'art. 43 cost. che consacra l'esercizio di attività economica a fini sociali anche da parte di soggetti privati, qualificandola, in presenza di specifiche condizioni, come servizio pubblico.

<sup>454</sup> Si osserva infatti come negli anni '50 vi era la tendenza volta a conferire rilievo, nell'ambito di una concezione soggettiva dei pubblici servizi, alla dimensione più spiccatamente amministrativa di erogazione del servizio e nella regolamentazione del rapporto cosicché «qualsiasi rapporto erogativo veniva assimilato al rapporto amministrativo», riconoscendo all'ente erogatore gli stessi privilegi di cui si ammantava la pubblica amministrazione. In tali termini si esprime G. ALPA, *Utenza pubblica e rapporti di diritto privato*, in *I contratti in generale. I contratti atipici*, II, (diretto da) G. ALPA e M. BASSONE, Torino, 1991, p. 473, nel rilevare come si sia creata una sorta di incomunicabilità tra i due settori, quello amministrativo e quello privatistico, che non ha giovato né all'uno né all'altro.

<sup>455</sup> G. BERTI DE MARINIS, *Disciplina del mercato e tutela dell'utente nei servizi pubblici economici*, cit., p. 188.

<sup>456</sup> G. ALPA, *Utenza pubblica e rapporti di diritto privato*, cit., p. 474.

<sup>457</sup> Definizione emergente da una configurazione in chiave unitaria dei servizi pubblici che in dottrina viene proposta come nozione che oramai si impone anche al confronto della importanza assunta dal fenomeno della privatizzazione dei servizi; v. in tale prospettiva di analisi, A. ORICCHIO, *Tutela del consumatore e servizi pubblici*, cit., p. 53.



o paritetici, sia di contratti ad oggetto pubblico ed ancora di operazioni o prestazioni materiali riconducibili variamente ai tipi di manifestazioni appena menzionati<sup>458</sup>.

All'insegna, in conclusione, di una concezione unitaria del servizio pubblico, compreso quello sanitario, nel cui ambito sono ricondotti sia servizi economici in senso proprio, sia quelli assistenziali o culturali, si è imposta l'opera del legislatore volta al profilo funzionale di erogazione di servizi e contrassegnata dalla rilevanza sociale e di pubblica utilità delle prestazioni rese al cittadino-utente<sup>459</sup>.

### **2.3 La nozione di “professionista” secondo il codice del consumo**

Le obbligazioni contrattuali alle quali sono tenute tanto la struttura sanitaria, quanto il medico libero professionista (art. 7, l. 24/2017, commi 1, 2 e 3), si osserva, sorgono nell'ambito dei servizi sanitari, ossia nell'area di un'attività non propriamente commerciale e/o, non operante nei canali distributivi di massa, ancorché esercitata con i caratteri della professionalità<sup>460</sup>.

---

<sup>458</sup> In riferimento all'organizzazione e all'erogazione dei servizi sanitari viene rilevato, a conferma della c.d. “valenza orizzontale” della nozione di servizio pubblico, come l'attività delle aziende-unità sanitarie locali A.u.s.l.) tramite i propri organi o addetti, si svolga sia attraverso l'esercizio di funzioni amministrative, nel caso degli accertamenti e delle certificazioni medico-legali, sia con la stipulazione di negozi di diritto comune per le forniture di medicinali e di materiali sanitari o per appalti in genere, sia mediante il compimento di attività materiale nella cura e riabilitazione degli utenti stessi. In tal senso, cfr. G. CAIA, in *Diritto amministrativo*, (a cura di) L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO e F.G. SCOCA, Bologna, 2005, p. 144 ss.

<sup>459</sup> R. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari*, cit., p. 93.

<sup>460</sup> Tra coloro che avevano sostenuto l'equiparabilità tra consumatori e utenti, cfr. M.S. PIRRUPATO, *Profili di tutela del «diritto alla qualità» dei servizi destinati ai consumatori-utenti*, in P. PERLINGIERI e E. CATERINI, *Il diritto dei consumi*, Napoli, 2007, p. 398 ss. Si nota, infatti, come l'ambito di operatività del codice del consumo si mostra sempre più esteso, volto ad intervenire in diverse aree e situazioni nelle quali l'utente-consumatore si trova in una posizione di svantaggio. Si pensi, ad esempio, alle recenti innovazioni apportate dal d.lgs. 21 febbraio 2014 n. 21 il quale, in attuazione della direttiva 2011/83/UE (sui diritti dei consumatori), modifica sensibilmente il codice del consumo

Si rileva, a tal proposito, che mentre in Spagna il *Texto refundido de la Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* all'art. 148, nell'ambito della responsabilità oggettiva, faccia riferimento esplicito ai servizi sanitari, il codice del consumo italiano, pur facendo menzione, in alcuni suoi articoli, ai rapporti d'utenza, omette citazioni specifiche, relative a suddetta tipologia di servizi<sup>461</sup>. Tuttavia, anche per l'ordinamento italiano, come sarà meglio analizzato, non possono che non essere inclusi tali servizi nelle definizioni derivanti dalla materia consumeristica.

Proseguendo l'analisi sulla nozione di professionista, l'art. 3, comma 1, lett. c del codice del consumo definisce "professionista" «la persona fisica o giuridica, che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario». L'art. 25 della l. 6 febbraio 1996 n. 52, invece, che aveva introdotto gli artt. 1469-*bis* e ss. c.c.<sup>462</sup>, statuiva che «il professionista è la persona fisica o giuridica, pubblica o privata che, nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale, utilizza il contratto... stipulato con il consumatore».

È facilmente intuibile, allora, come il legislatore solo con la nozione fornita dal codice del consumo, al suo art. 3, comma 1, lett. c, non definisca e limiti più il "professionista" come «la persona (...) che nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale, utilizza il

---

(sostituendo gli articoli da 45 a 67 cod. cons., Titolo III, capo I e disciplinando i contratti conclusi tra un professionista e un consumatore). In particolare, la nuova disciplina riguarda i contratti a distanza, stipulati *on-line* o con qualsiasi mezzo di comunicazione, quando non vi è la presenza fisica e simultanea delle parti ed i contratti effettuati fuori dei locali commerciali. Viene altresì disciplinata la vendita a porta a porta, vale dire la vendita in un luogo diverso dai locali del professionista, ma alla presenza fisica e simultanea delle parti.

<sup>461</sup> Sulla rilevanza delle regole privatistiche, quali fonti che disciplinano il rapporto di utenza, A.M. BENEDETTI, *Gli utenti dei pubblici servizi nel diritto privato dei consumatori*, in A. G. GAMBINO (a cura di), *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Torino, 2011, p. 202.

<sup>462</sup> Successivamente, come noto, l'art. 142 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo) ha sostituito gli artt. da 1469-*bis* a 1469-*sexies* c.c. con il nuovo art. 1469-*bis* c.c.

contratto»<sup>463</sup>, adottando, invece, una formula ben diversa, e cioè, «la persona (...) che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale», omettendo la locuzione “contratto”.

Tale inciso, nell'ambito dei servizi sanitari, risolverebbe la questione del rapporto giuridico intercorrente tra utente e medico dipendente (della struttura ospedaliera) il quale, in virtù dell'art. 7 l. 24/2017 (l. Gelli-Bianco), risponde in via extracontrattuale ex art. 2043 (ancorchè fondato da un contratto d'opera professionale, e da “contatto sociale”), nonché tra utente e struttura sanitaria (o sociosanitaria) il cui riferimento giuridico trova riferimento, si è analizzato, nel contratto atipico di ospedalità.

La nozione generale di professionista fornita dall'art. 3, comma 1, lett. c, cod. cons. consente di considerare medico – in quanto esecutore nell'esercizio della propria attività, in questo caso, professionale (e non imprenditoriale) – soggetto forte rispetto all'utente fruitore dei servizi sanitari, a prescindere da un rapporto contrattuale.

Secondo la definizione del codice del consumo, inoltre, il contratto del professionista non è più quello stipulato “nel quadro” dell'attività d'impresa<sup>464</sup>, ma quello stipulato nell'esercizio di essa, e, pertanto, limita la nozione di contratti del professionista a quelli che costituiscono l'oggetto dell'impresa<sup>465</sup>.

La nozione attuale di professionista presente nel codice del consumo, integra la disciplina precedente (contenuta nell'art. 1469-*bis* c.c.), prevedendo che la normativa si applica anche a chi agisce non in prima persona, ma in quanto intermediario dell'altro, e cancella l'inciso “pubblico e privato”, relativo alla persona giuridica. Di conseguenza, ad esempio, viene eliminato ogni riferimento esplicito al caso in cui la

---

<sup>463</sup> Così, letteralmente, l'art. 1469-*bis* prima dell'intervento dell'art. 142 del codice del consumo.

<sup>464</sup> Così l'art. 25 della l. 6 febbraio 1996 n. 52 che ha introdotto gli artt. 1469-*bis* c.c. ss.

<sup>465</sup> M. LIGUORI, G. CANNAVÒ e M. ORRICO, *La responsabilità medica. Dalla pratica alla teoria processuale*, Rimini (Maggioli), 2011, p. 201.

Pubblica amministrazione autorizzi o predisponga contratti di diritto privato con i consumatori<sup>466</sup>.

Si ritiene, peraltro, che tale mancanza sia dovuto al fatto che il significato dell'inciso sia già ricompreso nella formula generale "persona giuridica". La qualità di professionista, dunque, oltre che alle persone giuridiche private, viene generalmente riconosciuta anche alle persone giuridiche pubbliche che svolgono attività d'impresa, come nel caso, nell'ambito dei servizi pubblici sanitari, delle Asl<sup>467</sup>.

La Suprema Corte<sup>468</sup>, poi, anche se al diverso fine dell'applicazione della disciplina di cui agli artt. 1469-*bis* c.c. (relativa ai contratti del consumatore)<sup>469</sup>, ha chiarito definitivamente che «deve essere considerato professionista tanto la persona fisica, quanto quella giuridica, sia pubblica che privata, che, invece, utilizza il contratto (avente ad oggetto la cessioni di beni o la prestazione di servizi) nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale», aggiunge, in un'ottica estensiva, che «perché ricorra la figura del "professionista" non è necessario che il contratto sia posto in essere nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, essendo sufficiente che venga posto in essere per uno scopo connesso all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale». Secondo tale impostazione assumerebbero la qualifica di professionista, di conseguenza, non solo la struttura sanitaria organizzata, che ha messo a

---

<sup>466</sup> Sullo stretto collegamento fra erogazione di pubblici servizi ed attività imprenditoriale, evidentemente espressa dall'art. 43 cost., G. BERTI DE MARINIS, *Disciplina del mercato e tutela dell'utente nei servizi pubblici economici*, cit., p. 188 ss.

<sup>467</sup> E. GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, Milano, 2002, p. 179. Al riguardo, la Cassazione ha stabilito che la nozione di professionista non deve intendersi come riferita solo ad un'attività imprenditoriale, ma anche a quella di libero professionista: di tale avviso, Cass., 9 novembre 2006 n. 23892, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, p. 11 e Cass., 13 giugno 2006 n. 13643, in *Giust. civ.*, 2007, p. 1175 ss.

<sup>468</sup> Cass., 25 luglio 2001, n. 10127, in *Contratti*, 2002, p. 338 ss., con nota di I. CASERTA, *La nozione di «consumatore» secondo la Cassazione*, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 685 ss. e con nota di F. DI MARZIO, *Ancora sulla nozione di «consumatore» nei contratti*, in *Giur. it.*, 2002, II, c. 543 ss.

<sup>469</sup> Sul diritto dei contratti e tutela del consumatore, E. GUERINONI, *I contratti del consumatore. Principi e regole*, Torino, 2011, p. 1 ss.

disposizione una serie complessa di servizi collegati alla permanenza del paziente nella clinica, ma anche i singoli medici, che hanno prestato la propria attività professionale nell'ambito dello svolgimento di detti servizi<sup>470</sup>.

La Consulta<sup>471</sup>, inoltre, in conformità al testo della direttiva 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori<sup>472</sup> e agli orientamenti in ambito comunitario della Corte di giustizia<sup>473</sup>, ha esteso la nozione di “professionista” a tutti quei soggetti – quali

---

<sup>470</sup> Evidentemente, la giurisprudenza che ha stabilito che la nozione di professionista non deve intendersi come riferita solo ad un'attività imprenditoriale ma anche a quella di libero professionista (Cass., 9 novembre 2006 n. 23892, cit. e Cass., 13 giugno 2006 n. 13643, cit.), appoggia la dottrina che ha distinto fra atti della professione ed atti relativi alla professione in modo da garantire la copertura delle norme a tutela del consumatore anche a tutti quegli atti che, sebbene compiuti nell'ambito di un'attività economica, si pongono come meramente strumentali rispetto ad essa. Sul tema cfr. F. NAPPI, *Bürgerschaft (e fideiussione) «a prima richiesta» fra diritto comune e disciplina delle condizioni generali del contratto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, p. 538 ss.; U. COREA, *Ancora in tema di nozione di «consumatore» e contratti a scopi professionali: un intervento chiarificatore*, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2119 ss.; G. PIZZOLANTE, *La nozione di «consumatore» nel diritto comunitario e nel diritto italiano*, in *Dir. comm. int.*, 2003, p. 334 ss.; G. LENER, *Le clausole abusive nei contratti del mercato finanziario*, in E. GABRIELLI e G. LENER, *I contratti del mercato finanziario*, in *Trattato dei contratti* (diretto da), P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, I, Torino, 2004, p. 133 ss.

<sup>471</sup> Corte cost., 22 novembre 2002, n. 469, in *Danno resp.*, 2003, 7, p. 701, con nota di C. PERFUMI, *La nozione di consumatore tra ordinamento interno, normativa comunitaria ed esigenze del mercato*, in *Giur. cost.*, 6, 2002 e in *Arch. civ.*, 2003, p. 136.

<sup>472</sup> Direttiva del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, pubblicata in G.U. n. L095 del 21 aprile 1993. Con pronuncia del 15 marzo 2012, n. 453, in *Giust. civ.*, 2012, I, 1129, la Corte di giustizia chiarisce la finalità della direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/13/CEE, la quale si limita a imporre agli Stati membri un'armonizzazione parziale e minima delle legislazioni nazionali relativamente alle clausole abusive, riconoscendo quindi loro la possibilità di garantire un livello di tutela per i consumatori più elevato di quello previsto dalla direttiva stessa – come risulta del resto dal suo art. 8 – che prevede espressamente la possibilità per gli Stati membri di «adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla [...] direttiva, disposizioni più severe, compatibili con il Trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore».

<sup>473</sup> Nel settore sanitario, ad esempio, l'impostazione secondo cui la nozione di professionista non deve intendersi solo riferita alla sola struttura sanitaria, in quanto può essere riferita anche al libero professionista che vi presta la propria attività professionale, risulta conforme a quanto affermato da Corte giust. CE, 27 giugno 2000, in *Foro it.*, 2000, 4, p. 413 ss., la quale afferma che nell'applicare le disposizioni di diritto nazionale relative a un contratto stipulato tra professionista e un consumatore, il giudice nazionale deve interpretarle evitando una distribuzione delle cause che allontani il processo dalla sede del consumatore.

professionisti, piccoli imprenditori e artigiani – che in forma individuale o collettiva agiscono comunque per scopi connessi all’attività economica, quantunque senza finalità di lucro<sup>474</sup>.

Sulla base di quanto esposto, può confermarsi come il codice del consumo fornisca una nozione generale di professionista, avente la finalità di includere diverse situazioni giuridiche nelle quali un soggetto si mostra comunque più “forte” rispetto ad una parte debole del rapporto giuridico costituita, quest’ultima, nell’ambito dei servizi sanitari, dalla figura dell’utente<sup>475</sup>.

Di conseguenza, l’erogatore di un servizio, sia pubblico che privato, non può che non ricadere nella definizione di professionista e, in quanto tale, si ritiene giustificabile l’applicabilità delle regole del codice del consumo all’utente dei servizi sanitari che rispetti i requisiti che rendano lo stesso consumatore<sup>476</sup>.

Ancora, sul piano giurisprudenziale, elementi di estendibilità della figura di professionista, emergono in una pronuncia<sup>477</sup> con la quale la Corte aveva avuto modo di soffermarsi sulla figura del professionista, ai sensi dell’art. 3, lett. c, cod. cons.<sup>478</sup>.

---

<sup>474</sup> M. LIGUORI, G. CANNAVÒ e M. ORRICO, *La responsabilità medica. Dalla pratica alla teoria processuale*, cit., p. 202.

<sup>475</sup> Secondo Cass. 24 novembre 2008 n. 27911, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 11, 1673, e Cass. 26 febbraio 2009 n. 4745, in *www.dejure.it* «le specifiche previsioni relative ad alcune categorie di contratti contenute nel codice del consumo rispondono all’esigenza di apprestare una più forte tutela al consumatore in situazioni di particolare debolezza in cui egli si trova nel concludere contratti, ma certamente non limitano l’applicabilità della normativa di tutela del consumatore alle sole categorie di contratti previste dal codice del consumo. La disposizione di tutela del consumatore dettata dall’art. 33, comma 2, lett. u, cod. cons., si applica infatti al contratto tra consumatore e professionista ed ad ogni contratto, nessuno escluso, che abbia ad oggetto, per quanto interessa qui, un servizio offerto dal professionista, di cui il consumatore è ammesso a fruire su base contrattuale».

<sup>476</sup> G. BERTI DE MARINIS, *Disciplina del mercato e tutela dell’utente nei servizi pubblici economici*, cit., p. 216.

<sup>477</sup> Cass., ord. 9 giugno 2011, n. 12685, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1, p. 201.

<sup>478</sup> La definizione di professionista, a differenza di quella di consumatore, è una nozione ampia, in quanto indica sia le persone fisiche sia le persone giuridiche che agiscono nell’esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigiana o professionale. In argomento, E. CAPOBIANCO, *Annotazione sub art. 3*, in *Codice del consumo annotato con la giurisprudenza*, 2009, p. 22; G. DE CRISTOFARO e ZACCARIA A.,

In particolare, restando fuori del settore della pubblica utenza, poneva in luce il quesito se l'avvocato che conclude un contratto d'opera professionale intellettuale fosse da considerarsi un professionista e, dopo aver ripercorso i tratti caratterizzanti la nozione di consumatore, giungeva ad una risposta affermativa. La Suprema Corte, infatti, riprendeva i principi generali contenuti a livello europeo nella direttiva 93/13/CEE sulla base della quale, non limitando il suo ambito di applicazione alle «attività commerciali», ma anche a quelle di natura imprenditoriale, artigianale o professionale, affermava espressamente la sua applicabilità a qualsiasi contratto stipulato tra professionista e consumatore (fatta eccezione per alcuni contratti espressamente previsti).

Sulla scorta di quanto analizzato dalla Cassazione, risulta evidente che la normativa consumeristica trova applicazione non solo per l'imprenditore *ex art. 2082 c.c.*, ma anche per coloro che non sono imprenditori e quindi anche per il professionista d'opera intellettuale *ex art. 2229 c.c.*, quale è l'avvocato e il medico<sup>479</sup>. Dottrina autorevole<sup>480</sup> ha ritenuto, infatti, che la professione intellettuale, consiste in quelle attività, di particolare pregio per il loro carattere intellettuale, che trovano il loro elemento qualificante proprio nella prestazione dell'opera puramente creativa, a significare la peculiarità che si ravvisa nell'apporto offerto dall'intelligenza e dalla cultura del professionista medesimo.

---

in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2013, p. 80. In giurisprudenza: Cons. Stato, 17 febbraio 2012, n. 853, in *Foro amm.*, 2012, 410 e Cons. Stato, 4 ottobre 2011, n. 5435, in *Foro amm.*, 2011, 3154.

<sup>479</sup> La stessa pronuncia consolida l'orientamento prevalente che include in tale categoria la professione del medico che rientra dunque nella previsione *ex art. 3, lett. c*, cod. cons., con la conseguenza che il foro da applicarsi per il consumatore-cliente-paziente sia quello della propria residenza. Il paziente, in particolare, quale parte debole del rapporto contrattuale, risulta destinatario degli obblighi di prestazione del contratto e sussiste responsabilità *ex art. 1218 c.c.* da contatto sociale in caso di inadempimento dell'obbligazione gravante sul sanitario. L'onere di provare l'esatto adempimento incombe su quest'ultimo.

<sup>480</sup> G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 58.

## 2.4 L'equiparazione della nozione di utente a quella di consumatore e la sua tutela secondo le disposizioni del codice del consumo

Si passa ora in rassegna la figura dell'utente-consumatore, nel rapporto tra medico-professionista e paziente-utente, secondo una impostazione consumeristica.

Prima della l. 30 luglio 1998 n. 281 (Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti)<sup>481</sup> l'Italia era stata uno dei pochissimi Paesi europei in cui la figura dell'utente, come fruitore di un servizio, non era affatto presente in alcuna disposizione di legge o regolamento, neppure nelle norme di derivazione continentale, nelle quali si apprestava una tutela sempre maggiore al consumatore, quale parte debole contrattuale<sup>482</sup>. La legge succitata, in particolare, riconosce formalmente all'art. 2, lett. *a*, per la prima volta, la nozione di utente, equiparandola a quella di consumatore<sup>483</sup>.

---

<sup>481</sup> Pubblicata in G.U., 14 agosto 1998, n. 189.

<sup>482</sup> Sulla necessità di una normativa di settore favorevole per la tutela del consumatore rispetto a quella contenuta nel codice civile (v. 1469-*bis* prima della riforma), si rinvia a L. MEZZASOMA, *Il consumatore e il professionista*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA e S. CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014, p. 13 ss. Sul tema v. anche V. BARELA, *Nuove fisionomie di consumatori e professionisti. Un'ipotesi applicativa: network marketing*, in *Comparaz. dir. civ.*, 2017, p. 1-19 e E. GUERINONI, *I contratti del consumatore*, Torino, 2011, p. 15, secondo cui la definizione di consumatore che si rinviene nei testi di derivazione comunitaria «è residuale e negativa, poiché è fondata su ciò che questo soggetto non è, essendo lo stesso caratterizzato da tre elementi, due normativamente espressi, il terzo – essendone un corollario – ricavato dai precedenti: *a.* positivo, l'essere persona fisica; *b.* negativo, l'assenza di professionalità; *c.* l'agire per soddisfare bisogni della sfera privata (personali e/familiari)».

<sup>483</sup> Sul punto, V. ZENO ZENCOVICH, *La tutela del consumatore*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, 1988, p. 2; G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, Padova, 2007, p. 263 ss.; P. FAVA, *Il contratto*, Milano, 2012, p. 300, il quale, analizzando le differenze intercorrenti tra la figura del consumatore e quella dell'utente, afferma che «è corretto ritenere che il termine "utente" venga impiegato dal legislatore per designare le persone fisiche che usufruiscono di servizi pubblici, concludendo i relativi contratti per scopi estranei all'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta. Deve ritenersi, pertanto, che il consumatore stia all'utente come il *genus* alla *species*».



Con riguardo alla figura giuridica del consumatore<sup>484</sup>, si evidenzia come negli ultimi anni il codice del consumo abbia subito notevoli cambiamenti, dovuti sia dal necessario recepimento di direttive europee<sup>485</sup> sia della manifestazione di rinnovate esigenze di allargamento delle tutele consumeristiche a nuove fattispecie e a nuovi soggetti<sup>486</sup>.

Il codice civile, prima che intervenisse il codice del consumo volto alla tutela della parte debole contrattuale considerava consumatore, in una accezione generale (e allo stesso tempo come parte debole del rapporto contrattuale, secondo la definizione di cui all'art. 1469-*bis* c.c.), la persona fisica che agiva «per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta»<sup>487</sup>. Tale interpretazione letterale della norma, induceva a restringere l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina a tutela del consumatore alle sole persone fisiche agenti per scopi imprenditoriali, o professionali, dalla categoria di consumatori<sup>488</sup>.

---

<sup>484</sup> Sulla nozione di consumatore si è sviluppato un ampio dibattito in dottrina, v. tra i tanti, P.F. GIUGGIOLI, *Il contratto del consumatore*, in (diretto da) SACCO R., *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2012, p. 80 ss.; F. LUCCHESI, *sub art. 3*, in G. VETTORI (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, 2007, p. 23; G. CHINÈ, *sub art. 3*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, Milano, 2008, p. 14; G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, cit., p. 3 ss.; ID, *I diritti dei consumatori e il "Codice del consumo" nell'esperienza italiana*, in *Contr. impr./Eur.*, 2006, p. 2 ss.; A. PLAIA, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale ed integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, in *Foro it.*, 2, 2003, p. 340 ss.; G. FABBRIS, *Consumatore e mercato. Le nuove regole*, Milano, 1995; C. PACI, *La tutela del consumatore nella legislazione e nella giurisprudenza*, Maggioli, Rimini, 1997; V. ZENO ZENCOVICH, *voce Consumatore (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988 e E. GABRIELLI e A. ORESTANO, *Contratti del consumatore*, Milano, 1985, p. 225.

<sup>485</sup> Come ad esempio: direttiva 84/450 CEE relativa alla pubblicità ingannevole (modificata dalla direttiva sulla pubblicità comparativa 97/55/CE e modificata dalla direttiva sulle pratiche commerciali scorrette 2005/29/CE); direttiva sulle clausole vessatorie nei contratti conclusi con i consumatori (direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993) e direttiva sulla vendita e sulle garanzie dei beni di consumo (direttiva 1999/44/CEE). Per una disamina della disciplina della pubblicità ingannevole, cfr. E. GUERINONI, *I contratti del consumatore*, cit., p. 76 ss.

<sup>486</sup> E. LABELLA, *Tutela della microimpresa e "terzo contratto"*, in *Eur. dir. priv.*, 4, 2015, p. 857.

<sup>487</sup> Cfr. E. GUERINONI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Contratti*, 2002, p. 524.

<sup>488</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3° ed., cit., p. 523.

Si escludeva<sup>489</sup>, di conseguenza, la possibilità di considerare consumatori le persone giuridiche, nonché tutte quelle persone fisiche (quali, ad es., piccoli artigiani, piccoli imprenditori, ecc.), che, pur contrattando per perseguire finalità connesse alla propria attività commerciale, sovente si trovano in una posizione di debolezza nei confronti di operatori commerciali i quali, per potere economico, possono essere definiti nei loro confronti quali contraenti forti<sup>490</sup>.

La Corte di giustizia, a tal proposito, aveva già avuto modo di chiarire che la *ratio* della direttiva 93/13/CEE – concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori<sup>491</sup> – è quella di tutelare ogni consumatore e, dunque, anche non persona fisica<sup>492</sup>. Secondo un A., a tal proposito, «è stata la nostra legge nazionale»<sup>493</sup> a dare un'interpretazione

---

<sup>489</sup> Ad es., Giud. pace Milano, 24 febbraio 2009, in *Giud. pace*, 2010, p. 259, negava l'applicabilità della disciplina del codice del consumo all'avvocato che concluda un contratto di utenza telefonica al fine di dotare il proprio studio professionale del servizio di telefonia fissa. Secondo le autorità giudicanti, l'utente (così come il consumatore) poteva beneficiare del sistema protettivo delineato dal codice del consumo soltanto ove fosse una persona fisica che agisce esclusivamente per scopi estranei all'attività professionale eventualmente svolta.

<sup>490</sup> Si veda, per ulteriori spunti circa la rilevanza che vanno assumendo le piccole e medie imprese quali contraenti da distinguere rispetto ai “professionisti forti”, la proposta di regolamento europeo sulla vendita [COM(2011)635 def.] che, all'art. 7, dopo aver ribadito che l'applicabilità dell'emanando regolamento doveva essere riservata ai rapporti nei quali almeno una delle parti sia un professionista, precisa che nei rapporti fra professionisti il regolamento in parola potrà applicarsi quando le parti del contratto siano un professionista ed una PMI. Sul punto, v. F. TRUBIANI, *Proposta di un regolamento opzionale comune in tema di compravendita (CESL) e tutela delle PMI*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 12 ss.; G. D'AMICO, *Il diritto comune europeo della vendita*, in *Contratti*, 2012, p. 624 ss. In generale, sulla proposta di regolamento, si rinvia alle Relazioni dei Professori P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, tenuta al Convegno “*La compravendita. Realtà e prospettive*”, celebratosi a Terni il 29 maggio 2014; A. LUMINOSO, *Relazione introduttiva*, ivi; G. D'AMICO, *La proposta di Regolamento europeo sulla vendita*, ivi.

<sup>491</sup> Recepita nel nostro ordinamento giuridico con la l. 6 febbraio 1996 n. 52.

<sup>492</sup> Corte giust., 22 novembre 2001, CC-541/99 e 542/99, in *Corr. Giur.*, 2002, p. 445 ss., con nota di R. CONTI, *La corte CE a tutto campo sulla nozione di consumatore e sulla portata della dir. 93/13 CEE in tema di clausole abusive*, e in *resp. civ. prev.*, 2002, p. 54 ss., con nota di P. SANNA, *La controversa nozione di consumatore ex art. 1469-bis c.c. tra esegesi e ed ermeneutica*.

<sup>493</sup> Così, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3° ed., cit., p. 523.

restrittiva<sup>494</sup>, così che l'intenso dibattito<sup>495</sup> seguito dagli interventi della giurisprudenza comunitaria ha indotto, parte della dottrina, ad interpretare estensivamente la direttiva 93/13/CEE<sup>496</sup>.

Nell'ordinamento spagnolo, invece, in termini definitivi, l'art. 3 del *Texto Refundido de la Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* contiene una nozione completa e precisa in quanto stabilisce che sono consumatori e utenti le persone fisiche che agiscono per scopi estranei alla loro attività commerciale, imprenditoriale o professionale nonché [...] le persona giuridiche e gli enti privi di personalità giuridica che agiscono senza scopo di lucro in un ambito estraneo a un'attività commerciale o industriale<sup>497</sup>.

---

<sup>494</sup> Si veda, a tal proposito, Corte cost., 22 novembre 2002, n. 469, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 967 ss., con nota di P. VIOLANTE, *L'interpretazione "conforme" della nozione di consumatore*, la quale, ha dichiarato non fondata la «questione di legittimità costituzionale dell'art. 1469-bis, comma 2, c.c., nella parte in cui non equipara al consumatore le piccole imprese e quelle artigiane, in riferimento agli artt. 3, 25, comma 1, e 41 cost.». Secondo la Corte, dunque, è legittima la limitazione dell'ambito di applicazione della normativa europea sulla tutela dei consumatori alle sole persone fisiche.

<sup>495</sup> Cfr., tra gli altri, P. MENGOZZI, *La nozione di consumatore, la direttiva CEE 93/13 ed il diritto italiano*, in *Contr. impr./Eur.*, 2002, p. 54 ss.; F. ASTONE, *Art. 1469-bis, 2° comma. Ambito di applicazione soggettiva. La nozione di «consumatore», e «professionista»*, in G. ALPA e S. PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2003, p. 162 ss.; A.M. AZZARRO, *Tutela del «consumatore» e regolazione del mercato*, in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 237 ss.; L. DELLI PRISCOLI, *«consumatore», «imprenditore debole» e principio di uguaglianza*, in *Contr. Impr/Eur.*, 2003, p. 749 ss.; E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim.*, 2003, p. 1149 ss.

<sup>496</sup> La Corte di giustizia delle Comunità europee, in varie pronunce, ha fornito indicazioni utili ai fini dell'individuazione dell'esatto significato da attribuire alle espressioni che si utilizzano in tema di consumo. La tendenza generale emergente da tali pronunce è quello di un certo rigore nell'individuare la figura del consumatore e del professionista. La Corte, in alcuni casi, non ha mancato di sottolineare la portata restrittiva della nozione di consumatore. Si vedano, in proposito, le pronunce: del 3 luglio 1997 (C-269/95), in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, p. 344; del 7 marzo 1996 (C-192/94), in *Foro it.*, 1996, IV, c. 357; del 14 luglio 1994 (C-353/92) in *Boll. CEE*, n. 22/94; del 19 gennaio 1993 (C-89/91), in *Raccolta*, 1993, I, p. 139. Per una sintetica rassegna delle pronunce più significative della Corte di giustizia delle Comunità europee in materia, v. fra gli altri, A. PALMIERI, *Comm. a sent. 22 novembre 2001 (C-541/99 e C-542/99)*, in *Foro it.*, IV, 2001, c. 501

<sup>497</sup> Letteralmente art. 3, comma 2 de la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*: *son también consumidores a*

Il procedimento di estensione circa la definizione del consumatore in ambito strettamente contrattuale, nelle diverse discipline, è stato introdotto nel nostro ordinamento giuridico con la l. 6 febbraio 1996 n. 52<sup>498</sup>, la quale ha novellato il codice civile con il capo XIV-bis (artt. 1469-bis – 1469-sexies) del libro IV – titolo II – relativo ai “contratti del consumatore”, oggi trasfuso, come è noto, nel d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo)<sup>499</sup>. Ci si può quindi rendere facilmente conto del lento sgretolarsi della figura giuridica del contraente lato *sensu* inteso (come inteso precedentemente dall’originario art. 1469-bis c.c.), con lo scopo di definire più dettagliatamente il consumatore nei diversi ambiti come, ad esempio, in quello della compravendita, del turismo<sup>500</sup>, assicurativo, bancario e finanziario<sup>501</sup>.

---

*efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial (“sono consumatori con effetti della presenta norma anche le persone giuridiche e gli enti senza personalità giuridica che operano senza fine di lucro nell’ambito di un’attività commerciale o imprenditoriale”).*

<sup>498</sup> Che recepiva la direttiva 93/13/CEE cit., in tema di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

<sup>499</sup> Cfr. F. DI MARZIO, *Intorno alla nozione di «consumatore» nei contratti*, in *Giust. civ.*, 2001, p. 2157 e S. KIRSHEN, *Art. 3, comma 1, lett a in Codice del consumo. Commentario*, G. ALPA e L. ROSSI CARLEO (cura di), 2005, Napoli, p. 59, la quale, riferendosi alla tesi che tenta di dare una interpretazione estensiva della definizione di consumatore ex art. 3 cod. cons, afferma che questa, «nonostante le pregevoli intenzioni, è fondata su argomenti interpretativi che, nel negare forza vincolante alle definizioni legislative, perseguono esigenze di tutela sostanziale, discostandosi però in maniera eccessiva da un rigido dettato normativo che non lascia alcun dubbio sulla natura fisica della persona consumatore».

<sup>500</sup> Si parla, ad esempio, specificamente nel settore turistico, di *tour operator*, con riferimento al predisponente/venditore, di “pacchetti viaggio tutto compreso” o, ancora, di consumatore, di risparmiatore, di utente di servizi bancari e finanziari, a seconda del diverso contratto o della diversa operazione posta in essere dalle parti. Sul contratto di viaggio turistico si veda, G. MINERVINI, *Il contratto turistico*, in *Riv. dir. comm.*, LXXII, I, 1974, p. 276 ss.; S. MONTICELLI, *Il contratto di viaggio*, in ID., G. CIURNELLI, G. ZUDDAS (a cura di), *Contratto d'albergo. Contratti di viaggio. Contratti del tempo libero*, Milano, 1994, p. 141 ss.; G. TASSONI, *Il contratto di viaggio*, Milano, 1998, p. 4 ss.; P. BATTILANI, *Vacanze di pochi, vacanze di tutti: l'evoluzione del turismo europeo*, Bologna, 2009, p. 11 ss.; S. CATERBI, *Il danno da vacanza rovinata. Dal volo cancellato all'overbooking: responsabilità e risarcimento*, Milano, 2010, pp. 1-23; E. GRAZIUSO, *La vendita di pacchetti turistici. Aspetti sostanziali, processuali e risarcitori*, Milano, 2013, pp. 1-11.

<sup>501</sup> Per una panoramica della nozione di «banca-assicurazione», quale fenomeno di integrazione e dialogo dei settori bancario e assicurativo (esplicitosi attraverso la

Nel campo privatistico si nota come, con l'evolversi delle strutture socio-economiche e l'affermarsi del diritto privato europeo, si stia assistendo ad una lenta ma sostanziale modifica dei connotati tipici della materia contrattuale<sup>502</sup> e, di conseguenza, un ruolo di particolare interesse è rivestito, di conseguenza, dallo *status*<sup>503</sup> di consumatore e di utente, in un'ottica prevalentemente giuridica, scevra da quei connotati di carattere socio economico che lo avevano caratterizzato sino al recepimento della direttiva di riferimento<sup>504</sup>. L'art. 3 del codice del consumo, in particolare, individua i soggetti ed i beni che rimangono assoggettati alle regole protettive previste dal codice di settore<sup>505</sup>.

Con riguardo ai soggetti, in sintonia con una tecnica legislativa di matrice comunitaria<sup>506</sup>, il codice del consumo, soddisfa proprio nei suoi primi articoli le esigenze definitorie volte a dare maggiore certezza al proprio ambito di applicazione<sup>507</sup>. Si osserva, in particolare, che l'art. 3,

---

sovrapposizione e complementarità dei prodotti e servizi sanitari), cfr. AA.VV., L. MEZZASOMA, A. BELLUCCI, A. CANDIAN, P. CORRIAS, S. LANDINI e E. LLAMAS POMBO (a cura di), *La Banca-Assicurazione*, 2017, Napoli.

<sup>502</sup> Sul tema delle forme di conclusione del contratto nell'ordinamento iberico, al fine di promuovere la protezione del consumatore nei diversi settori, cfr. H. SOSA OLÀN, *La contractación a distancia ante la directiva de los derechos de los consumidores del año 2011: su transposición al derecho español*, DRA M.J. VAQUERO PINTO e A. ÁVILA DE LA TORRE (diretto da), *Reflexiones sobre derecho privado patrimonial*, Vol. IV, 2015, Salamanca, p. 415.

<sup>503</sup> In tal senso, quello di «consumatore» non può essere considerato uno *status* il quale, al contrario, richiede l'immodificabilità e la stabilità della situazione in cui viene a trovarsi un soggetto quale parte di un determinato gruppo. Di tale opinione, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3° ed., cit. p. 511.

<sup>504</sup> Ci si riferisce, in particolare, alla direttiva 2011/83/UE cit., sui diritti dei consumatori.

<sup>505</sup> L'art. 3 cod. cons., lett. a così come modificato dal d.lgs. 23 ottobre 2007 n. 221, definisce consumatore e utente: «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta».

<sup>506</sup> V., ad esempio, l'impulso del Libro Verde sulla tutela dei consumatori, presentato dalla Commissione di Bruxelles il 2 ottobre 2001 (in COM(2001) 531 def.), dove uno degli obiettivi è stato quello dell'armonizzazione o della semplificazione in materia di protezione dei consumatori e di migliorare la cooperazione tra le autorità pubbliche incaricate dell'attuazione pratica degli aspetti attinenti alla protezione dei consumatori.

<sup>507</sup> G. CHINÈ, *Art. 3*, in *Codice del consumo*, V. CUFFARO (a cura di), 3° ed., Milano, 2012, p. 16.

lett. *a*, cod. cons.<sup>508</sup>, rispetto al previgente art. 1469-*bis* c.c., pone accanto alla nozione di consumatore il sostantivo “utente”, così da considerare utente come consumatore «qualificato»<sup>509</sup> di uno specifico bene rappresentato dal servizio pubblico.

Dal punto di vista giuridico, la definizione così strutturata rappresenta un importante traguardo, in quanto si uniforma alla linea di tendenza esplicitata nel nostro Paese nel testo della legge generale sui diritti dei consumatori e degli utenti – l. 30 luglio 1998, n. 281 – la quale, come accennato, accanto a quella di consumatore, fa appunto la sua prima apparizione la nozione di “utente”<sup>510</sup>.

Venendo più da vicino alla nozione di “utente”, si osserva come il concetto di “utenza” evochi un’utilizzazione (di servizi) comune<sup>511</sup>. Quando il bene erogato è rappresentato da un servizio, teso a soddisfare un interesse collettivo (la cui fruizione da parte del singolo non impedisce l’utilità e la fruizione da parte della collettività), la tutela dell’utente non può che coincidere con la tutela del consumatore<sup>512</sup>.

Nell’ambito della nuova configurazione dei servizi pubblici, finalizzati al soddisfacimento di bisogni primari dell’utente, accanto alla figura di quest’ultimo, si possono individuare altri due soggetti: lo Stato e gli enti erogatori e ciascuno dei quali è portatore di un interesse diverso, che

---

<sup>508</sup> L’art. 3 cod. cons., così come modificato dal d.lgs. 23 ottobre 2007 n. 221, definisce consumatore e utente: «la persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta».

<sup>509</sup> S. MICONI, *L’applicazione del Codice del consumo ai rapporti di utenza del Servizio pubblico*, cit., p. 237.

<sup>510</sup> In merito, v. M.S. PIRRUPATO, *Profili di tutela del diritto «alla qualità» dei servizi destinati ai consumatori-utenti*, in P. PERLINGIERI e E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, cit., p. 398 ss.; E. CAPOBIANCO, *Art. 3*, in *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, cit., p. 16.

<sup>511</sup> S. MICONI, *L’applicazione del codice del Consumo ai rapporti di utenza del Servizio pubblico*, cit., p. 237.

<sup>512</sup> L’equiparazione del consumatore all’utente, seppur consolidata nel diritto comunitario, per l’ordinamento italiano rappresenta una novità che deriva proprio dall’evoluzione della normativa comunitaria (v. Libro Verde sulla tutela del consumatore nella UE) alla quale è conseguita quella nazionale (si considerino la l. n. 52/1996 in materia di clausole abusive e la l. n. 281/1998 che conteneva una prima regolamentazione dedicata al consumatore). Sul tema, cfr. S. MICONI, o.u.c., p. 237 ss.

delineano il c.d. triangolo dei servizi pubblici<sup>513</sup>. Lo Stato, in particolare, è titolare dell'interesse collettivo sotteso all'erogazione del servizio e responsabile della sua protezione e realizzazione. Gli enti erogatori sono titolari dell'interesse al corretto funzionamento del mercato, in una logica di profitto e gli utenti, infine, hanno interesse a ricevere un servizio che soddisfi determinati parametri (tanto sotto il profilo della qualità, come sotto il profilo della quantità)<sup>514</sup>.

L'equiparazione della figura dell'utente a quella del consumatore<sup>515</sup>, dunque, impone l'utilizzazione dei medesimi criteri al fine di verificare l'applicabilità all'utente della normativa di favore contenuta nel codice del consumo<sup>516</sup>.

Quanto ai beni, l'art. 3, lett. e cod. cons., stabilisce che «è prodotto [...] qualsiasi prodotto destinato al consumatore, anche nel quadro di una prestazioni di servizi»<sup>517</sup>. In ambito sanitario, di conseguenza, non

---

<sup>513</sup> Secondo un'efficace espressione impiegata in dottrina: cfr. AA.VV., *Il triangolo dei servizi pubblici. L'organizzazione economica dei servizi fra i governi locali, imprese erogatrici e cittadini utenti*, Padova, 1999; AA.VV., *Relazioni triangolari nell'economia dei servizi pubblici*, in *Econ. pubb.*, 2000, 5, p. 47 ss.

<sup>514</sup> Per un'analisi sui distinti rapporti intercorrenti tra i soggetti nell'ambito dei servizi pubblici, si rimanda a S. MICONI, *L'applicazione del codice del Consumo ai rapporti di utenza del Servizio pubblico*, cit., p. 241.

<sup>515</sup> Dello stesso tenore si mostra l'art. 3 del *Texto Refundido de la Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* dell'ordinamento spagnolo, secondo cui sono consumatori e utenti le persone fisiche che agiscono per scopi estranei alla loro attività commerciale, imprenditoriale o professionale. Sono inoltre consumatori ad affetto di tale norma le persona giuridiche e gli enti privi di personalità giuridica che agiscono senza scopo di lucro in un ambito estraneo a un'attività commerciale o industriale.

<sup>516</sup> L. MEZZASOMA, *Il consumatore e il professionista*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA e S. CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, cit., p. 27.

<sup>517</sup> Nell'ordinamento spagnolo, in giurisprudenza, la sent. 1° luglio 1997 del Tribunale Supremo, cit., conferma il principio secondo cui il paziente è un vero e proprio utente che utilizza i servizi sanitari, inclusi, tra quelli sanitari, quelli che fa riferimento l'attuale art. 148, paragrafo secondo, del *Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (approvato con *Real Decreto Legislativo 1/2007* del 16 novembre). La sentenza, in particolare, riguardo alla colpa medica, fa riferimento alla responsabilità civile di tipo oggettiva e distingue tra quello che è la responsabilità di un medico come professionista che realizza una'attività scientifica e quello che è la responsabilità del centro sanitario in cui si sviluppa la sua attività lavorativa: al medico non può che esigersi un adempimento conforme alla *lex artis*, data la sua obbligazione di

sembrano sussistere ostacoli all'applicazione della disciplina di cui gli artt. 114-127 cod. cons. (relativi alla responsabilità del produttore) al caso del danno provocato dal farmaco o dal dispositivo medico difettoso: la stessa definizione di prodotto offerta dal codice di consumo, comprendendo “ogni bene mobile”, annovera certamente, nell'ambito dei servizi sanitari, anche i medicinali<sup>518</sup>.

D'altra parte, appare evidente che la natura dell'oggetto del contratto – sia esso un bene o un servizio – non condiziona assolutamente la sussistenza di una situazione di debolezza negoziale la quale impone all'ordinamento a proteggere con gli stessi strumenti sia il consumatore che l'utente<sup>519</sup>.

La differenza che porta a distinguere le figure di utente e di consumatore emerge proprio nella circostanza per cui, mentre solitamente il consumatore è la persona fisica che acquista un bene per soddisfare scopi estranei all'attività professionale svolta, l'utente è la persona fisica che richiede l'erogazione di un servizio al fine di soddisfare interessi non connessi all'attività economica dallo stesso esercitata<sup>520</sup>. Mutuando quanto affermato nello specifico ambito delle prestazioni dei servizi sanitari, si

---

mezzi, mentre per la struttura sanitaria si tratta di una responsabilità distinta che può essere valutata in termini di responsabilità oggettiva, in *www.laleydigital.es*. Sulla applicabilità della responsabilità oggettiva (art. 25, l. 26/1984, ora art. 148 l. 1/2007), cfr. anche Audencia de Provincial de Zaragoza, sent. 10 novembre 2000, n. 679/2000, RJ 2001/1494 che considerava i pazienti come utenti di servizi sanitari ai quali applicare, pertanto, la disciplina della l. 26/1984. Sul tema della responsabilità oggettiva, cfr. C. DÍAZ RAGAÑÓN, *Responsabilidad objetiva y nexa causal en el ambito sanitario*, 2006, Granada.

<sup>518</sup> Sulla definizione di “farmaco” e “dispositivo medico” come prodotti, F. CAROCCIA, *La responsabilità per danno da prodotto farmaceutico*, in *Ann. Fac. giur. Camerino*, 2, 2013, p. 2.

<sup>519</sup> In questi termini, ancora, L. MEZZASOMA, *Il consumatore e il professionista*, cit., p. 27.

<sup>520</sup> Sulla differenza tra le due figure, cfr. L. MEZZASOMA, *Consumo y Constitución*, relazione al convegno *Derecho privado y constitución - Homenaje al profesor Pietro Perlingieri*, Bogotá, 2 e 3 ottobre 2013. Sul tema, S. MICONI, *L'applicazione del codice del Consumo ai rapporti di utenza del Servizio pubblico*, cit., p. 238, definisce utente come consumatore «qualificato» di uno specifico bene rappresentato dal servizio pubblico.



osserva come il soggetto possa assumere sia lo “*status*” di utente (quale fruitore dei servizi sanitari consistenti nell’assistenza, nella cura e nella diagnosi), sia di consumatore (nel caso in cui egli sia utilizzatore di prodotti farmaceutici o di dispositivi medici)<sup>521</sup>.

Non si riscontrano difficoltà, nondimeno, ad attribuire la qualità di consumatore anche all’utente di servizi pubblici<sup>522</sup> – come quelli erogati dagli enti nell’ambito del Servizio sanitario nazionale – il quale, per l’effetto, sarà ammesso a beneficiare delle discipline consumeristiche applicabili nei suoi rapporti con l’erogatore del servizio stesso<sup>523</sup>, essendo irrilevante la natura giuridica dell’ente<sup>524</sup>. Ed anzi, proprio la realizzazione di finalità pubbliche sottese all’erogazione del servizio<sup>525</sup>, rende evidente come la posizione dell’utente meriti di essere tutelata in maniera ancor più penetrante proprio al fine di vedere concretamente realizzati tali interessi

---

<sup>521</sup> La nozione di “farmaco” è contenuta nell’art. 1 d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219 che, attuando la direttiva la 83/2001/CEE (come modificata ed integrata dalla direttiva 2003/63/CE), ha introdotto nell’ordinamento italiano il codice comunitario concernente i medicinali per uso umano. La direttiva 2001/83/CEE mira a creare un sistema di “controllo su tutta la catena di distribuzione dei medicinali, dalla loro fabbricazione o importazione nella Comunità fino alla fornitura al pubblico, così da garantire che i medicinali stessi siano conservati, trasportati e manipolati in condizioni adeguate”. Sull’argomento, cfr. L. KLESTA, *Produzione di medicinali e dispositivi medici*, in *Trattato di biodiritto* (diretto da) S. RODOTÀ, P. ZATTI, *Le responsabilità in medicina*, A. BELVEDERE e S. RIONDATO (a cura di), Milano, 2011, p. 588 ss.; D. DI LORETO, *I dispositivi medici tra regolamentazione di sicurezza e responsabilità*, in *Danno resp.*, 2007, 193 ss.

<sup>522</sup> Nell’ambito dei servizi pubblici, «proprio perché soprattutto l’esercizio della funzione amministrativa vede l’amministrazione in posizione di superiorità, il problema principale diviene necessariamente quello della tutela del destinatario di essa, il quale si configura automaticamente come parte più debole, per definizione individuata ancor oggi nel soggetto privato», M.A. STEFANELLI, *La tutela dell’utente di pubblici servizi*, cit. p. 41.

<sup>523</sup> V. ZENO ZENCOVICH, *La tutela del consumatore*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, p. 2; G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, Padova, 2007, p. 263; E. CAPOBIANCO, *Art. 3*, in *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, cit., p. 16; G. CHINÈ, *Art. 3*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, cit., 2012, p. 17.

<sup>524</sup> Di tale avviso, S. KIRSCHEN, *Art. 3, Definizioni*, in *Codice del consumo, Commentario*, G. ALPA e L. ROSSI CARLEO (a cura di), Napoli, 2005, p. 49, la quale rileva che l’art. 3 cod. cons., «non riguarda la sola persona fisica che consuma un bene, ma anche l’utente che usufruisce di un servizio, sia esso pubblico o privato».

<sup>525</sup> In tema, cfr. P. PIRAS, *I servizi pubblici tra efficienza e fini sociali*, in *Dir. Amm.*, 1996, p. 174.

che, spesso, hanno rilevanza costituzionale (come, nell'ambito sanitario, quello costituito dal diritto alla salute)<sup>526</sup>.

Nello specifico, un riconoscimento generale dell'utente quale fruitore dei servizi sanitari erogati da enti del Sistema sanitario nazionale, inteso quest'ultimo come l'insieme di servizi pubblici di settore (seppur gestiti anche da enti privati), all'interno del codice del consumo è rintracciabile, come si è avuto modo di ricordare, nella disposizione di cui all'art. 2 cod. cons., il quale individua i c.dd. «diritti fondamentali dei consumatori»<sup>527</sup>.

Tra tali diritti vengono menzionati quelli «alla tutela della salute» (lett. a); alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi» (lett. b); quelli «all'erogazione dei servizi pubblici secondo *standard di qualità e sicurezza*» (lett. g)<sup>528</sup>. La disposizione in parola rappresenta la trasposizione all'interno del codice del consumo dell'art. 1 della succitata legge generale sui diritti dei consumatori e degli utenti 30 luglio 1998, n. 281<sup>529</sup>, il quale, nonostante non trovi la sua origine nel recepimento di

---

<sup>526</sup> Cfr. M.A. STEFANELLI, *La tutela dell'utente di pubblici servizi*, Padova, 1994, p. 116 la quale asserisce che, pur non essendo possibile considerare posizioni omologhe quelle dell'utente e del cittadino, da un lato, e quelle dell'utente e del cliente, dall'altro, non si deve tuttavia trascurare che «essendo comunque queste posizioni in qualche misura analoghe, ci si dovrà necessariamente confrontare con esse e, pertanto, nell'ipotizzare forme e rimedi giustiziali per proteggere le situazioni giuridiche (attuali o solo potenziali) spettanti all'utente del servizio pubblico, non si potrà prescindere dall'esame, o almeno dalla considerazione, degli strumenti di tutela apprestati dall'ordinamento per tutte queste figure».

<sup>527</sup> S. MICONI, *L'applicazione del Codice del Consumo ai rapporti di utenza del servizio pubblico*, cit. p. 237.

<sup>528</sup> Secondo G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, cit., p. 19, «essere consumatori oggi vuol dire partecipare: al processo produttivo, al processo economico, al processo sociale, al processo politico. Più che il *diritto dei consumi*, oggi, a buon titolo, si può descrivere il *diritto dei consumatori*». L'A. fa notare come l'ultima espressione sia contrassegnata da uno «straordinario fervore legislativo e da un intenso programma di interventi», sia in ambito comunitario, sia nei singoli paesi europei, sia, soprattutto, nel nostro paese.

<sup>529</sup> Secondo cui «in conformità ai principi contenuti nei trattati istitutivi delle Comunità europee e nel trattato sull'Unione europea nonché nella normativa comunitaria derivata, sono riconosciuti e garantiti i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti, ne è promossa la tutela in sede nazionale e locale, anche in forma collettiva e associativa, sono favorite le iniziative rivolte a perseguire tali finalità, anche attraverso la disciplina dei rapporti tra le associazioni dei consumatori e degli utenti e le pubbliche amministrazioni».

disposizioni comunitarie<sup>530</sup>, per la prima volta riconosce nel nostro ordinamento la sussistenza dei diritti garantiti ai consumatori<sup>531</sup>.

L'art. 2 cod. cons., a ben vedere, acquista una notevole importanza poiché, pur esulando dall'elencazione di diritti aventi natura economica, include tra i diritti dei consumatori posizioni giuridiche ampiamente tutelate e riconosciute dalla Costituzione<sup>532</sup> (le cui norme, è bene ribadirlo, hanno applicazione diretta<sup>533</sup> e dunque non necessitano di essere ripetute in disposizioni di rango ordinario per acquistare effettiva cogenza<sup>534</sup>). La norma, in particolare, include tra i diritti dei consumatori quello che si concretizza nell'erogazione di servizi pubblici secondo *standard di qualità*

---

<sup>530</sup> Va tuttavia segnalato come, nonostante non siano stati emanati atti normativi comunitari a carattere cogente nei confronti degli Stati membri, non sono mancati atti comunitari che, pur non avendo carattere vincolante, si sono posti quale fonte di ispirazione per l'emanazione della disposizione nazionale in parola. Sul punto, G. ALPA, *I diritti dei consumatori e il «Codice del consumo» nell'esperienza italiana*, in *Contr. impr. eur.*, 2006, 1, p. 18 ss.; G. VETTORI, *Art. 2*, in *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, in E. CAPOBIANCO e G. PERLINGIERI (a cura di), cit., p. 11.

<sup>531</sup> Per un'attenta analisi di tali diritti, Cfr. R. COLAGRANDE, *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, p. 700 ss.; E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori e la legge 30 luglio 1998, n. 281*, in *Contratti*, 1999, p. 938 ss.; G. ALPA, *Art. 1*, in G. ALPA e V. LEVI (a cura di), *I diritti dei consumatori e degli utenti*, Milano, 2001, p. 4 ss.; ID., *La codificazione del diritto dei consumatori. Aspetti di diritto comparato* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 244; S. BENUCCI, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, p. 162 ss.; V. CUFFARO, *La tutela dei diritti*, in N. LIPARI (a cura di), *Tratt. dir. priv. europ.*, IV, 2° ed., Padova, 2003, p. 701.

<sup>532</sup> Sul punto, v. G. ALPA, *La codificazione del diritto dei consumatori. Aspetti di diritto comparato*, cit., p. 241.

<sup>533</sup> Proprio a tal proposito, la dottrina che si è espressa in senso critico nei confronti di tale disposizione ha evidenziato come l'interpretazione che della stessa ha fornito la dottrina «manifesta l'avversione verso l'applicazione diretta delle norme costituzionali nei rapporti intersoggettivi e si attribuisce esclusivamente al legislatore ordinario il compito di attuare gli indirizzi meramente programmatici contenuti nel testo costituzionale». Così, espressamente, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 514.

<sup>534</sup> Si pensi all'art. 2 comma 2, lett. *f*, cod. cons. che riconosce fra tali diritti quello «alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti», già riconosciuto ad ogni individuo (e chiaramente anche ai consumatori) dall'art. 18 cost. o, ancora, al disposto della lettera *a* della medesima disposizione che riconosce ai consumatori il diritto fondamentale alla salute che trova ampio e formale riconoscimento nell'art. 32 cost. Sulla rilevanza delle norme di rango costituzionale per la tutela del contraente debole, v. P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, cit., p. 9 ss.

ed *efficienza* (art. 2, comma 2, lett. g) e ciò implica che, una volta riconosciuto ai consumatori ed agli utenti il diritto di usufruire dei servizi pubblici efficienti, sia quantomeno arduo affermare l'estraneità della materia rispetto alle tutele consumeristiche<sup>535</sup>.

Le considerazioni sopra svolte in merito alla disposizione dell'art. 2 cod. cons., trovano conferma nello stretto collegamento tra la norma in questione e l'art. 101 cod. cons.<sup>536</sup>, il quale sintetizza le peculiarità della disciplina del rapporto di utenza rispetto al rapporto di consumo in generale<sup>537</sup>. Il primo comma di tale articolo, in particolare, rinvia la disciplina alla legislazione nazionale e regionale al fine di garantire i diritti degli utenti nei servizi pubblici, specificati nell'art. 2 cod. cons. La disposizione in parola è stata interpretata quale chiaro indice di una sostanziale equiparazione fra consumatore ed utente nell'ambito degli stessi diritti<sup>538</sup>.

Nonostante si tratti di una norma di rinvio, la dottrina<sup>539</sup>, in definitiva, ha fatto notare come la portata delle disposizioni sia di più ampia portata:

---

<sup>535</sup> Sul punto, D. DE BONIS, *Art. 101*, in *Codice del consumo. Commentario*, cit., p. 653, il quale evidenzia come il rapporto tra gli esercenti i servizi pubblici e gli utenti «perde i connotati tipici di sintesi tra Autorità e libertà, fuoriuscendo dallo schema tradizionale fondato sulla relazione Stato-cittadino, per assumere in modo sempre più marcato i caratteri privatistici del rapporto produttore-consumatore. In sostanza, la posizione del destinatario del servizio non è più autentica, né subordinata a quello del soggetto esercente, ma si colloca allo stesso piano (c.d. attività paritetica)».

<sup>536</sup> Mette in relazione l'art. 2, comma 2, lett. g, cod. cons. con l'art. 101 cod. cons., D. MEMMO, *Art. 2* in *Codice ipertestuale del consumo*, M. FRANZONI (diretto da), Torino, 2008, p. 13.

<sup>537</sup> S. MICONI, *L'applicazione del Codice del consumo ai rapporti d'utenza del Servizio pubblico*, cit., p. 242.

<sup>538</sup> D. DE BONIS, *Art. 101*, in *Codice del Consumo. Commentario*, cit., p. 650 ss. In senso contrario si è espresso però A. GRECO, *Applicazione del codice del consumo all'utente utilizzatore dei servizi pubblici*, cit., p. 2694, secondo il quale, proprio in applicazione della suddetta normativa e del rinvio dalla stessa effettuato alle specifiche disposizioni nazionali e regionali, «la tutela dei diritti del consumatore-utente dei servizi pubblici non è disciplinata dalle singole norme del codice del consumo ma trova regolamentazione nelle ulteriori norme di legge che regolano la gestione e l'erogazione di ciascun servizio pubblico a livello state o regionale».

<sup>539</sup> V. F.R. FELEPPA, *Art. 101*, in *Codice del consumo*, (a cura di) V. CUFFARO, Milano, 2015, p. 557.

attraverso l'art. 101 cod. cons.<sup>540</sup> il legislatore ha voluto inquadrare lo stesso rapporto fra utente e gestore del servizio pubblico all'interno dei rapporti di consumo<sup>541</sup> fornendo, in questo modo, ulteriori conferme alla possibilità di applicare la disciplina consumeristica anche in tale settore economico<sup>542</sup>.

#### **2.4.1 Riferimenti delle nozioni di utente e di consumatore nell'ordinamento colombiano e spagnolo**

Si è osservato come le nozioni di utente e consumatore, nell'ordinamento italiano, ai sensi della norma di rinvio contenuta nello stesso codice del consumo, art. 101, comma 1<sup>543</sup> e ai sensi di indizi definitivi forniti dall'art. 3 del cod. cons., lett. *a* da ultimo analizzati, siano equiparabili. L'unica differenza che farebbe distinguere le due figure si rinviene nel fatto che, mentre solitamente il consumatore è la persona fisica che acquista un bene per soddisfare scopi estranei all'attività professionale svolta<sup>544</sup>, l'utente, come nel caso dei servizi sanitari, è la

---

<sup>540</sup> Tale norma, che chiude la parte III del codice del consumo (dedicata ai rapporti di consumo), rappresenta l'unica norma che compone il Capo I del Titolo V dedicato all'erogazione dei servizi pubblici.

<sup>541</sup> Non sembra causale l'inclusione della disposizione menzionata all'interno della parte III del codice del consumo che, come detto, si riferisce alla disciplina dei rapporti di consumo.

<sup>542</sup> Sul punto, cfr. S. MICONI, *L'applicazione del Codice del consumo ai rapporti d'utenza del Servizio pubblico*, cit., p. 238, la quale evidenzia come l'attuale configurazione e regolamentazione dei servizi pubblici è il risultato di un lungo processo di trasformazione che ha determinato il passaggio da una situazione di monopolio, nella quale il servizio pubblico era attività ad esclusivo appannaggio statale, alla successiva liberalizzazione ed apertura alle regole del mercato.

<sup>543</sup> La cui disposizione, in relazione alla specifica modalità del rapporto di utenza, ivi menzionato, consente allo Stato ed alle Regioni, nell'ambito delle rispettive competenze, di dettare norme che applichino i principi stabiliti dal Codice del consumo tenendo conto delle peculiarità del servizio pubblico e delle modalità di espletamento dello stesso,

<sup>544</sup> E' il caso, ad esempio, del paziente consumatore che acquista e utilizza prodotti farmaceutici. Sulla necessità di proteggere la catena di fornitura legale dall'ingresso di medicinali falsificati e sull'opportunità di responsabilizzare il produttore, imponendogli di utilizzare solo sostanze attive fabbricate e distribuite secondo le buone prassi di fabbricazione e distribuzione per le sostanze attive, cfr. C. CAMPIGLIO, *La lotta all'infiltrazione di medicinali falsificati nel mercato UE*, in *Dir. del comm. intern.*, 2014, p. 191. La definizione di farmaco è contenuta nell'art. 1 d. lgs. 24 aprile 2006, n. 219 che,

persona fisica che richiede l'erogazione di un servizio, al fine di soddisfare interessi non connessi all'attività economica dallo stesso espletata. La tutela del consumatore, dunque, quale parte contrattuale debole, si è aperta alla visione di una tutela globale dei suoi rilevanti interessi, siano essi beni o servizi<sup>545</sup>.

Applicando specificamente tali nozioni in ambito sanitario, possiamo giungere alla conclusione che sarà consumatore il paziente che acquista i prodotti sanitari e i dispositivi medici con lo scopo di essere curato e ricevere da essi effetti benefici<sup>546</sup>. Utente, invece, è il paziente-utente che fruisce dei servizi sanitari sia privati che pubblici del Sistema sanitario nazionale. In entrambe le ipotesi, il paziente-utente è contraente debole all'interno del rapporto giuridico con la conseguenza che, in ambedue i casi, ciò che richiama all'attenzione è la tutela del diritto alla salute all'interno del contratto di consumo<sup>547</sup>.

---

attuando la direttiva la 83/2001/CEE (come modificata ed integrata dalla direttiva 2003/63/CE), ha introdotto nell'ordinamento il Codice comunitario concernente i medicinali per uso umano.

<sup>545</sup> In questa prospettiva, G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1996.

<sup>546</sup> Sul tema della responsabilità per danni cagionati da farmaci, si segnalano: M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da Franzoni, II ed., Milano, 2010, p. 659 s.; L. LA BATTAGLIA, *Danno da prodotto farmaceutico difettoso e prova liberatoria*, in *Danno resp.*, 2002, p. 984 ss.; A. QUERCI, *Responsabilità per danno da farmaci: quali i rimedi a tutela della salute?*, ivi, 2012, p. 353 s. Il contenzioso relativo alla produzione di farmaci si è sviluppato, in Italia, nell'alveo dell'art. 2050 c.c.; una recente pronuncia, tuttavia, ha visto l'applicazione della disciplina della responsabilità per danno da prodotti difettosi ai farmaci secondo regole e principi del codice del consumo: v. Trib. Sassari, 12 luglio 2012, reperibile in *www.ilcaso.it*. In tema di definizione di prodotto medico, l'ordinamento spagnolo distingue tra prodotti sanitari (*productos sanitarios*) e prodotti farmaceutici (*medicamentos*) e, nell'attualità, si possono identificare nel Paese iberico circa 10.000 gruppi di prodotti sanitari, i quali includono circa 500.000 prodotti distinti (come ad esempio: incubatrici, occhiali, lenti a contatto, prodotti ortopedici, protesi auditive, valvole cardiache, preservativi,...). Per un elenco esaustivo dei prodotti sanitari usati nel mercato, cfr. M. GILI SALDAÑA, *El producto sanitario defectuoso en derecho español*, Barcellona, 2008, p. 24.

<sup>547</sup> Sulla tutela del consumatore quale principio generale del contratto, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2° ed., Milano, 2000, p. 394 secondo il quale «la disciplina dei contratti del consumatore ha ormai mutato il vecchio quadro normativo fondato sull'assioma della intoccabilità dell'atto di autonomia privata. Tale disciplina, infatti, introduce il principio del controllo sostanziale del contratto quale regola che tutela il contraente non in ragione delle sue particolari condizioni o qualità ma in ragione della

Interessante risulta, a tal proposito, la disciplina consumeristica dell'ordinamento spagnolo e dell'ordinamento colombiano, in tema di estensione degli effetti delle normative sulla protezione dei consumatori. La legge di riferimento per l'ordinamento spagnolo è il *Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y Usuarios* (approvato dal Decreto Legislativo Reale del 16 novembre 2007, n. 1); per l'ordinamento colombiano la normativa di riferimento è l'*Estatudo del Consumidor* (l. 1480 del 2011)<sup>548</sup>.

Come si nota dai titoli delle normative consumeristiche, la legge spagnola<sup>549</sup> aggiunge espressamente il sostantivo “*usuario*” (utente), mentre la legge colombiana (nonché il codice del consumo italiano) omette tale referenza, ponendo solo il sostantivo “consumatore”. Aldilà dei termini letterali, tuttavia, come si analizza di seguito, gli effetti protettivi contenuti nelle normative di riferimento hanno una portata estensiva sia al consumatore che all'utente ed, in particolare, al paziente.

Nell'*Estatudo del Consumidor* la nozione di consumatore la si incontra nell'art. 5, n. 3, secondo cui è consumatore o utente la persona naturale o giuridica che, come destinatario finale, sfrutta o utilizza un determinato prodotto, qualsiasi sia la sua natura, per la soddisfazione di una necessità propria, privata, familiare o domestica e professionale che non sia legata intrinsecamente alla sua attività economica.

---

sua soggezione al potere di regolamentazione del contratto detenuto dai produttori e distributori di beni e servizi».

<sup>548</sup> L'ambito di applicazione del presente Statuto è descritto nell'art. 2, il quale afferma che le norme contenute nella presente legge sono applicabili, in generale, alle relazioni di consumi e alla responsabilità dei produttori e fornitori nei confronti del consumatore in tutti i settori dell'economia rispetto ai quali non esista una regolazione normativa speciale.

<sup>549</sup> In Spagna, la legislazione dei consumatori e degli utenti si basa sull'art. 51 della Costituzione spagnola la quale affida ai poteri pubblici la garanzia alla difesa dei consumatori e degli utenti, proteggendoli mediante sistemi di efficacia, salute e sicurezza. La Costituzione spagnola è stata una delle prime al mondo ad inserire una norma a difesa del consumatore e, ancora prima della sua entrata in vigore – sebbene non si potesse parlare di una vera e propria tutela – sono state emanate leggi che avevano come obiettivo di curare gli interessi dei consumatori (per es. l. 110 del 20 giugno 1963 in tema di difesa del consumatore contro abusi derivati dalla internazionale limitazione della concorrenza).

Dalla definizione appena riportata e considerando il n. 8 dell'art 5, che include nella locuzione prodotto tutti i “beni e servizi”, si evidenzia una chiara intenzione del legislatore di includere come destinatario delle norme contenute nel *Estatuto del Consumidor* anche il settore dei servizi, compresi quelli medici, seppur non li citi esplicitamente<sup>550</sup>, come invece accade nella legge consumeristica spagnola. L'art. 2 dell'*Estatuto del consumidor*, tuttavia, afferma che le norme poste all'interno di esso si applicano alle “relazioni di consumo” e ciò lascerebbe intendere che la Ley 148 del 2011 non ha per oggetto il consumo ma, per l'appunto, “le relazioni”, senza definire espressamente cosa debba intendersi con tale locuzione<sup>551</sup>. L'*Estatuto del consumidor*, in altre parole, lascerebbe intendere la volontà del legislatore di regolare le “relazioni del mercato dei beni”, ma non dei servizi.

Un'attenta analisi di alcuni suoi articoli, porta a pensare che anche i servizi siano protetti, posto che, nell'attualità, il mercato dei servizi costituisce un settore importantissimo dell'attività economica colombiana, ponendosi come centro di gravità dell'economia che tradizionalmente ruota intorno all'impresa e alla produzione dei beni<sup>552</sup>. In materia, infatti, la letteratura<sup>553</sup> chiarisce come la relazione del mercato dei beni sia una relazione giuridica comprendente tutti coloro che producono beni o servizi ricomprendendo anche coloro che li offrono e li immettono sul mercato. In questo modo, la relazione del consumo comprende tutte le tappe, circostanze e attività destinate a collocare nel mercato sia beni che servizi per essere utilizzati dal consumatore o dall'utente.

Da questo punto di vista, la relazione di consumo, come vincolo

---

<sup>550</sup> L.F. GIRALDO GÓMEZ, *Responsabilidad civil por la prestación del servicio médico, a la luz de la nueva regulación de protección al consumidor*, in *Criterio Juridico*, Santiago de Cali, v. 13, 1, 2013, p. 219.

<sup>551</sup> In tal senso, v. A. GIRALDO LÓPEZ, C. GERMÁN CAYCEDO e R. EDUARDO MADRIÑÁN, *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor*, Legis, 2012, p. 31.

<sup>552</sup> C. WEINGARTEN, *Derecho del consumidor*, Universidad de Buenos Aires, 2007.

<sup>553</sup> A. JUAN RINESSI, *Relación de consumo y derechos del consumidor*, Buenos Aires, 2006.



obbligatorio di fonte contrattuale o extracontrattuale<sup>554</sup>, esistente tra un produttore ed un consumatore, suppone uno squilibrio tra i due soggetti della relazione<sup>555</sup>: da un lato, il produttore o fornitore che è parte forte per la sua professionalità; dall'altro, il consumatore, parte vulnerabile della relazione a causa della sua mancanza di professionalità, la quale giustifica la sua protezione ad opera dell'ordinamento giuridico, attraverso lo strumento denominato, con precisa definizione, "diritto del consumatore" (e non diritto del consumo)<sup>556</sup>.

La "relazione" del consumo, contenuta nell'*Estatuto del consumidor*, si riferisce a qualcosa di complesso e presuppone, dunque, non solo la presenza del consumatore e dell'utente, ma anche di un produttore o prestatore di beni e servizi: l'art. 5 della *Ley* n. 148 del 2011, infatti, chiarisce che l'altra parte della relazione del consumo è colui che, in modo abituale, diretto o indiretto, offre, somministra, distribuisce o commercializza prodotti (beni o servizi) con o senza fine di lucro. La relazione di consumo, si riferisce, così, a tutte le attività dirette a soddisfare la domanda dei beni e dei servizi per i destinatari finali che sono il consumatore e l'utente<sup>557</sup>, e il consumatore finale (o destinatario finale) è colui il quale usufruisce del bene o del servizio al fine di soddisfare le proprie necessità di carattere privato o personale<sup>558</sup>. In altre parole, è «colui

---

<sup>554</sup> G. VILLALBA, "Los contratos de consumo en el derecho colombiano y en el derecho comparado", in *Rev. Investigación y Reflexión*, 2011, p. 175 ss.

<sup>555</sup> A. JUAN RINESSI, *Relación de consumo y derechos del consumidor*, cit., p. 2.

<sup>556</sup> D. RUSCONI, *Esencia del derecho del consumidor*, in D. RUSCONI (coordinato da), *Manual del derecho del consumidor*, Buenos Aires, 2015, p. 1 ss., il quale evidenzia notevoli differenze terminologiche tra la nozione di "diritto di consumo" e quella di "diritto dei consumatori", nonostante vengano utilizzate dalla giurisprudenza, spesso, in maniera colloquiale e indistinta. Ad esempio, nell'atto di consumo i soggetti tutelati potrebbero essere tanto i consumatori, che i professionisti e l'atto di consumo potrebbe riguardare più da vicino problematiche derivanti dalle relazioni commerciali, che però non rifletterebero la reale dimensione dei conflitti che derivano dalle relazioni consumatore-professionista.

<sup>557</sup> M.L. FERNÁNDEZ MUÑOZ, *La transposición del modelo de consumo al campo médico-sanitario*, 2013, p. 515.

<sup>558</sup> L. LARA e J. ECHAIDE, *Consumo y derecho. Elementos jurídicos-privados de Derecho del consumo*, Madrid, 2006.

che utilizza beni o servizi senza intenzione di ottenere un profitto né di ampliare il processo di produzione o di commercializzazione dei beni o servizi destinati al mercato [...]. E' colui che si pone nel momento finale di un circuito economico, per approfittare dei beni e dei servizi che si producono e distribuiscono nel mercato»<sup>559</sup>.

Da quanto sopra analizzato, si potrebbe sostenere che il paziente-utente di servizi sanitari si inquadri nella definizione legale di *consumidor* in quanto non estraneo alla regola secondo cui “il destinatario finale” dei servizi sanitari, è comunque parte debole di una relazione del consumo, nel caso di specie, nell’ambito di servizi sanitari.

Nonostante dunque el *Estatudo del consumidor* colombiano non contenga espliciti riferimenti ai servizi sanitari, la dottrina<sup>560</sup> si muove verso una completa assimilazione degli stessi alla più ampia nozione dei servizi. Anche se ci sono state critiche anteriori in merito a tale possibile assimilazione<sup>561</sup>, infatti, non deve perdersi il punto di vista secondo cui le norme protettrici del consumatore sono rivolte alla difesa dei soggetti più deboli nella società e alla conservazione della loro libertà ed autonomia<sup>562</sup>.

La possibilità di applicare la disciplina di protezione al paziente non dipende unicamente dalla classificazione del consumatore, ma anche dalla classificazione della sua controparte: il professionista, la cui definizione

---

<sup>559</sup> A. JUAN RINESSI, op. cit., p. 516.

<sup>560</sup> C. WEINGARTEN, *Derecho del consumidor*, Universidad de Buenos Aires, 2007, cit.; V. MONSALVE CABALLERO e D. NAVARRO REYES, *El consentimiento informado en la praxis medica: responsabilidad civil y derecho de consumo*, Pontificia Universidad Javeriana y Temis, Facultad de Ciencia Jurídicas, 2014, p. 98.

<sup>561</sup> A. LAMBOLEY, “*Le consumérisme dans le champ sanitaire*”. *Un concept dépasse?*, in *Études de droit de la consommation*. Liber amicorum Jean Calais-Aulo, Paris, 2004. In particolare, le critiche che fanno venir meno l’assimilazione del paziente al consumatore, che muovono secondo una visione umanista, sostengono che non si può banalizzare il servizio medico, dal momento che i medici si formano con una coscienza, oltre che scientifica, di umanità, di aiuto alla salute della paziente. Non si può dunque banalizzare la professione medica attribuendo alle prestazioni mediche comportamenti consumeristici, come se la salute fosse una compravendita. Invece, nel caso di una operazione chirurgica estetica, l’adempimento del medico si potrebbe assimilare ad un comportamento consumeristico e quindi, il paziente, sarebbe consumatore a tutti gli effetti.

<sup>562</sup> Sulla tutela del consumatore nei servizi pubblici, cfr. R. LORENZETTI e C. LIMA MÁRQUES, *Contratos de servicios a los consumidores*, Buenos Aires, 2005.

include qualunque persona (fisica o giuridica) che, con un obiettivo patrimoniale, esercita una attività abituale (durevole e non occasionale) e organizzata<sup>563</sup>.

Nonostante l'erogazione del servizio sanitario faccia parte della categoria dei servizi pubblici, nondimeno può essere assoggettata alle norme del diritto del consumatore, non solo per le particolarità della prestazione che coinvolge la presenza di imprese private con chiari obiettivi economici, ma, soprattutto, e in maniera ancor più preponderante, perché una semplice osservazione della realtà mostra che «gli utenti spesso si trovano disarmati di fronte al potere dei servizi pubblici e che dunque hanno la necessità di protezione, al pari dei consumatori»<sup>564</sup>.

Affinché possano ritenersi applicabili le norme di protezione del *Estatudo del consumidor* occorre dunque che si costituisca una *relazione giuridica di consumo* e, inoltre, occorre tener presente che nella definizione di fornitore (di servizi) di cui si parla nel nuovo Estatuto, si includono le attività realizzate con o senza fine di lucro («*con o sin ánimo de lucro*»<sup>565</sup>). La normativa, infatti, non fa allusioni ad alcun tipo di esclusione rispetto ai servizi prestati da liberi professionisti con evidenti finalità di lucro (nessuna distinzione pertanto, nell'ambito sanitario, tra strutture pubbliche e private). Allo stesso modo, nessun riferimento viene fatto alla natura (civile o commerciale) che deve avere l'oggetto della relazione di consumo; circostanza, questa, che lascia un vuoto colmabile solo con l'opera dell'interprete<sup>566</sup>.

Le norme del nuovo *Estatudo del Consumidor*, in definitiva, regolano anche le relazioni di consumo dove l'oggetto contrattato è la prestazione di un servizio poiché, sulla base dell'art. 5, n. 8 (dove si indica che il prodotto è il bene o servizio) si include anche il servizio medico. In quest'ultimo

---

<sup>563</sup> Y. AUGUET, (coordinata da), *Droit de la consommation*, Paris, 2008.

<sup>564</sup> J. CALAIS AULOY e F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Paris, 2003, p. 5.

<sup>565</sup> Art. 5, num. 11, *Estatudo del Consumidor*.

<sup>566</sup> M.L. FERNÁNDEZ MUÑOZ, *La transposición del modelo de consumo al campo médico-sanitario*, cit., p. 520.

caso, nello specifico, l'atto medico presuppone una relazione di consumo la quale implica un vincolo di assistenza nella tutela della salute del paziente a sua volta generatrice di un'obbligazione di mezzo<sup>567</sup>.

Nell'ordinamento spagnolo, nell'attualità, non esiste una normativa specifica che regola la relazione medico-paziente nei servizi sanitari<sup>568</sup>. La Ley 14 novembre 2002 n. 41, infatti, regola i principi basici riguardanti i diritti del paziente in materia di informazione e di documentazione clinica senza, quindi, contenere una completa ed esaustiva regolamentazione in relazione ad aspetti pratici per una effettiva tutela del paziente (ad esempio, in tema dei danni in caso di risarcimento, di assicurazione obbligatoria, del regime contrattuale o extracontrattuale della responsabilità della struttura e del sanitario).

Tuttavia, a differenza del codice del consumo italiano<sup>569</sup>, la normativa consumeristica spagnola prevede un sistema congiunto di responsabilità non solo dei prodotti, ma anche dei servizi difettosi, compresi quelle sanitari<sup>570</sup>.

---

<sup>567</sup> In questo senso, Corte Suprema de Justicia, 5 marzo 1940; Corte Suprema de Justicia, 26 noviembre 1986 e Corte Suprema de Justicia, 30 gennaio 2001, in [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es).

<sup>568</sup> Per approfondimenti sulla relazione medico-paziente, cfr. S. VÁZQUEZ BARROS, *Responsabilidad civil de los médicos (Doctrina, Legislación básica, jurisprudencia Formulario y bibliografía)*, cit., p. 65 ss.; J.M. MARTÍN BERNAL, *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes. Problemática jurídica de la relación médico-paciente*, cit. e C.I. JARAMILLO J., *Responsabilidad civil médica: La relación médico-paciente. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (1°ed: 2002; 2°ed.: 2011), Bogotá. In particolare, la dottrina ha studiato a lungo il contenuto della relazione che lega il paziente con il medico, tanto da attribuirgli origine contrattuale o origine extracontrattuale. Sul tema, dunque, sono sorte varie posizioni dottrinali con lo scopo di pervenire a una giustificazione, quanto più certa, per spiegare la natura di tali relazioni. La dottrina che riconosce la sussistenza di un contratto all'interno del rapporto medico-paziente, dopo averne analizzato la natura, i requisiti ed il contenuto, in alcuni casi riconosce un contratto di servizio, in altri d'opera. Tuttavia, nello stesso tempo, si può considerare l'esistenza di una responsabilità del medico di tipo extracontrattuale, come conseguenza della relazione che in ogni momento può avere con il suo paziente.

<sup>569</sup> Come è noto, la disciplina del codice del consumo italiano, nel Titolo della parte IV del codice del consumo, tratta della responsabilità (del produttore) da prodotto difettoso.

<sup>570</sup> Sul punto, cfr. P. GONZÁLES POVEDA, *La responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos*, in M. PEREDA, G. POVEDA, DE ÁNGEL YAGÜEZ, SIERRA GIL DE LA CUESTA e SANTOS BRIZ, *Tratado de la Responsabilidad civil*, Barcelona, 2008.

In particolare, in tema di responsabilità specifica da servizi difettosi riferimenti normativi vengono individuati negli artt. 147 e 148 del *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (TRLCU)<sup>571</sup> i quali, inseriti nel Capitolo II (rubricato “Danni causati da altri beni e servizi”) della TRLCU, prima della Riforma, erano inseriti nel testo previgente della l. 19 luglio 1984 n. 26 *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (LCU) agli artt. 28 e 25.

In particolare, l’art. 148, par. 2, TRLCU (precedente art. 28.2 LCU), a differenza del sistema generico di responsabilità da servizi difettosi di cui all’art. 147 TRLCU per colpa con inversione dell’onere probatorio<sup>572</sup>, in materia di responsabilità civile (oggettiva), include sotto al suo regime proprio i servizi sanitari<sup>573</sup>, menzionandoli espressamente<sup>574</sup>.

Tale articolo della TRLCU disciplina il regime speciale di responsabilità che si qualifica come oggettivo (limitato alla quantità di 3.005.060,05 euro) poiché non si basa sul criterio di imputazione della colpa e con inversione dell’onere della prova<sup>575</sup>, con la conseguenza che il danneggiante risponde dei danni a prescindere che la colpa abbia concorso

---

<sup>571</sup> Approvato con Decreto Reale 16 novembre 2007, n. 1.

<sup>572</sup> Secondo detto regime di responsabilità, i prestatori di servizi sono responsabili dei danni e dei pregiudizi causati ai consumatori e agli utenti, salvo che provino che abbiano adempiuto secondo le esigenze e i requisiti stabiliti dalla normativa e che abbiano usato le dovute attenzioni e diligenze che esige la natura del servizio.

<sup>573</sup> Con l’espressione “servizi sanitari”, particolarmente ampia, si includono tutti i servizi che hanno per oggetto la salute di una persona o di un animale; servizi medici, ospedalieri, farmaceutici, e veterinari, pubblici e privati. Sul tema, M.A. PARRA LUCÁN, *Daños por productos y proteccion de los consumidores*, Barcellona, 1990, p. 354.

<sup>574</sup> Tale articolo, oltre ai servizi sanitari, include a detto regime di responsabilità, i servizi di riparazione e di mantenimento di elettrodomestici, ascensori e veicoli a motore, servizi di riabilitazione e riparazione di case, servizi di revisione o installazione di gas e elettricità. In argomento, M.G. SALDAÑA, *El producto sanitario defectuoso en Derecho español*, cit., p. 88 ss.

<sup>575</sup> Secondo DIAZ REGANON e C. GARCIA ALGALÀ, *El regimen de la pueba en la responsabilidad civil medica. Hechos y Derechos*, Pamplona, 1996, p. 357 ss., tuttavia, la colpa costituisce il parametro per determinare «i livelli esigibili di purezza, efficacia e sicurezza (art. 148 TRLCU)» rispetto ai quali si risponderebbe identificando il difetto (in mancanza dei citati livelli di purezza, efficacia e sicurezza) con la colpa.

o meno, nella condotta pregiudizievole, alla causazione del danno<sup>576</sup>. Risulta, pertanto, «intrascendente giuridicamente»<sup>577</sup> l'elemento della colpevolezza e della negligenza del danneggiante per questo tipo di responsabilità e il presupposto è il corretto uso o consumo dei servizi da parte degli utenti<sup>578</sup>. La struttura sanitaria, in particolare, deve garantire i livelli di sicurezza ed efficacia, tali da assicurare la possibilità di controlli tecnici di qualità, così da impedire conseguenze negative sulla salute dell'utente<sup>579</sup>.

È evidente, dunque, come il legislatore spagnolo abbia voluto sottomettere i servizi sanitari al regime speciale di responsabilità di cui all'art. 148 TRLCU, anziché al regime generale di responsabilità contemplato nell'art. 147 TRLCU, prevedendo il risarcimento in tutti i casi in cui siano provati il danno e il nesso causale, fino al limite economico fissato dall'articolo stesso. In questo modo, ha voluto assicurare la garanzia risarcitoria in caso di qualsiasi pregiudizio, o danno, derivato dall'utilizzo di tali specifici servizi, riferito tanto nell'ambito assistenziale di tipo privato, che pubblico<sup>580</sup>.

---

<sup>576</sup> R. DE ÁNGEL YÁGUEZ, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Madrid, 1999, pp. 191-255. Sul tema della colpa medica nell'ordinamento spagnolo, cfr. E. LLAMAS POMBO, *Prueba de la culpa médica en España*, in *Instituciones de derecho civil*, Lima-Buenos Aires, 2, 2000 e C.I. JARAMILLO J., *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*, Bogotá, Colombia 2010.

<sup>577</sup> J.C. GALÁN CORTES, *Responsabilidad civil médica*, 3° ed., Pamplona, 2011, p. 280.

<sup>578</sup> Come ha avuto modo di chiarire il Tribunale supremo, 11 febbraio 1998, l'attribuzione della responsabilità oggettiva non ha niente a che vedere con la condotta prudente o imprudente della parte alla quale si imputa la responsabilità.

<sup>579</sup> Art. 28.1 LCU, ora art. 148, par. 1° TRLCU. Si considerano soggetti al regime di responsabilità di tipo oggettiva i servizi sanitari, quelli di riparazione e mantenimento di elettrodomestici, ascensori e veicoli a motore, servizi di riabilitazione e riparazioni di edifici, servizi di revisione, o installazione di gas e elettricità e quelli relativi ai mezzi di trasporto. In argomento, M.G. SALDAÑA, *El producto sanitario defectuoso en Derecho español*, cit., 2008, p. 88 ss.

<sup>580</sup> E. MOURE GONZÁLES, *Estafilococos y otros intrusos. El paciente ante las infecciones intrahospitalarias. Virtualidad del régimen de responsabilidad del artículo 148 del Real Decreto Legislativo 1/2007*, in *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 45, 2013, p. 31.

In giurisprudenza, un significativo passo in avanti nell'enunciazione del principio "di inclusione" dei servizi medici nella materia consumeristica si ebbe con la sentenza del 1° luglio 1997<sup>581</sup>, a partire della quale si è affermato, nell'ordinamento iberico, un criterio di giudizio assodato uniforme e stabile che considera il paziente quale vero utente dei servizi sanitari<sup>582</sup>. In questa pronuncia, che segnò l'inizio di una nuova fase, il

---

<sup>581</sup> A. PANIZA FULLANA, *La responsabilidad civil medico-sanitaria y la L.G.D.C.U.*, - *Comentario a las sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Julio de 1997 y 21 de julio de 1997*, in *Ar.C.-mayo-1998*, n. 3, p. 13 ss., Il caso riguardava un paziente che, dopo essersi sottoposto ad una operazione al ginocchio, viene affetto da una grave infezione che costrinsero i medici ad imputare la gamba sinistra. Il danno venne dunque identificato con l'amputazione dell'arto inferiore poiché, come afferma il Tribunale supremo, si è tratto di un risultato (conseguenza diretta dell'intervento) non cercato né voluto e che degenerò il processo curativo (il fondamento giuridico della pronuncia si basava proprio "sull'imprevisto evitabile"). Con questa pronuncia, il Tribunale supremo afferma la responsabilità di tipo oggettiva, stabilita dall'art. 148 del *Texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios* (precedente art. 28 della *Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios*) della struttura sanitaria, diversa da quella del singolo medico, poiché limita l'ambito di questa responsabilità all'ente pubblico o privato sanitario per i danni e pregiudizi prodotti nel funzionamento dei servizi sanitari. La struttura sanitaria, infatti, avrebbe dovuto garantire i livelli di qualità, di controllo e di sicurezza così come stabiliti nell'art. 28.2 *Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios*, in [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es).

<sup>582</sup> La dottrina è giunta ad affermare che l'atto medico sorge da quello che generalmente viene denominato contratto di prestazione dei servizi medici, assimilandolo dunque nella più ampia categoria dei contratti di prestazione dei servizi nel diritto civile (sul tema, v. J. FERNANDEZ COSTALES, *El contrato de servicios hospitalarios y la responsabilidad hospitalaria. Comentario a la sentencia del T.S. dell'11 novembre 1991*, cit., p. 414 ss.). Tuttavia, emergono casi ed eccezioni a questa regola generale in virtù dei quali la responsabilità del medico è di carattere extracontrattuale. Alcuni esempi di casi in cui la responsabilità del medico è di carattere extracontrattuale sono: quando il contratto stipulato tra medico e paziente è nullo; quando la relazione tra medico e paziente è imposta coattivamente a quest'ultimo da un'imposizione legale o amministrativa; quando l'attenzione del medico a un incapace trova luogo senza tuttavia informare il tutore o il rappresentante legale; quando il servizio medico è prestato dal sanitario spontaneamente senza intervento alcuno della volontà del paziente (esempio del medico che interviene per aiutare la vittima in caso di incidente di quest'ultima per la strada pubblica),... In questi casi, si osserva, la responsabilità medica è extracontrattuale per assenza del consenso da parte del paziente o dei suoi rappresentanti (curatori o tutori) dato che riceve la prestazione medica per motivi di urgenza, imposizioni legali e della amministrazione. La regola generale di responsabilità dei medici, dunque, per l'ordinamento iberico, è di tipo contrattuale e nello specifico si tratta di una forma speciale di contratto denominato "di Assistenza medica", il quale contiene tutti gli elementi comuni essenziale del contratto in generale (capacità, consenso -proprio o del rappresentante-, oggetto lecito, causa lecita, soggetto). Sulla responsabilità civile medica, in generale, e sugli elementi comuni all'atto giuridico medico contrattuale e extracontrattuale, cfr. M.L. BONILLA ARRIAGA, *La*

Tribunale supremo, dopo aver specificato che alla luce del tenore letterale dell'art. 1 del TRLCU<sup>583</sup> il ricorrente sia “persona fisica” che utilizza “servizi”, ha riconosciuto allo stesso la qualifica di “utente” (utente) a prescindere dalla natura, pubblica o privata, individuale o collettiva, di chi li produce, li somministra o li facilita<sup>584</sup>. Conformemente al sistema di “garanzie e responsabilità”, stabilito dal VIII Capitolo del testo normativo, l'utente ha quindi diritto ad essere risarcito dei danni e pregiudizi subiti, dimostrando che gli stessi sono stati causati dall'utilizzo dei servizi<sup>585</sup>.

Infatti, anche se la responsabilità oggettiva del medico presuppone la eliminazione del requisito della dimostrazione della colpa da parte sua, deve comunque dimostrare il nesso casuale tra l'evento dannoso e la condotta dell'esercente la professione (*relación de causalidad entre el resultado dañoso y la conducta del profesional de la medicina*)<sup>586</sup>.

La giurisprudenza del Tribunale Supremo, in relazione alla considerazione e applicazione della *Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios* in ambito sanitario, prima di arrivare a quanto

---

*responsabilidad civil de los médicos*, M.J. VAQUERO PINTO e A. ÁVILA DE LA TORRE (diretto da), *Reflexiones sobre derecho privado patrimonial*, Vol. I, Salamanca, 2010-2011, p. 61 ss.

<sup>583</sup> In particolare, detto articolo, che contiene una norma di carattere generale, richiamando alcuni principi generali della Costituzione spagnola, ha per oggetto quello di stabilire il regime giuridico di protezione dei consumatori e degli utenti nell'ambito delle competenze dello Stato.

<sup>584</sup> Secondo l'art. 3, l. 41/2002 cui il paziente è la persona che richiede assistenza sanitaria e che si trova in una situazione di cura professionale per il mantenimento o per il recupero della salute; l'utente, invece, è la persona che utilizza i servizi sanitari di educazione e promozione della salute, di prevenzione di malattie e di informazione sanitaria. Secondo J.C. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, cit., p. 291, la differenza non deve rinvenirsi dal momento che il paziente, inevitabilmente, in generale è utente dei servizi sanitari.

<sup>585</sup> Tale regime di responsabilità oggettivo può essere superato quando concorrono circostanze qualificabili come caso fortuito o forza maggiore. Sul tema, J.C. GALÁN CORTÉS *Responsabilidad civil médica*, o.u.c., p. 279.

<sup>586</sup> M.A. PARRA LUCÁN, *Daños por productos y proteccion de los consumidores*, cit., p. 354; R. FERNÁNDEZ, *La responsabilidad médica-sanitaria y del personal sanitario al servicio de la Administración Publica*, Valencia, 1997, p. 87; A. SÁNCHEZ GÓMEZ, *Contratos de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Madrid, 1998, p. 262. Il requisito del nesso di causalità è imprescindibile per l'imputazione della responsabilità, sia che si utilizzi il criterio oggettivo che soggettivo di responsabilità (Tribunale Supremo, 11 febbraio 1998).



appena affermato, ha tuttavia subito un'evoluzione che può ravvisarsi in tre fasi distinte<sup>587</sup>.

La prima tappa, che va dal 1984 (data in cui si promulgò *Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios*) al 1994 si caratterizzava per un'assenza totale di riferimento alla citata legge per la protezione degli utenti e consumatori, in relazione alle risoluzioni relative alla responsabilità civile medico-sanitaria. Nelle fattispecie concrete, in particolare, i ricorrenti non invocavano, presumibilmente, questo corpo normativo e i tribunali, d'altro canto, lo ignoravano<sup>588</sup>.

La seconda tappa, che va dal 1994 al 1997, si connotava per i primi riferimenti alla *Ley General para la defensa de los Consumidores y usuarios* anche se, tuttavia, il Tribunale supremo non la riteneva ancora applicabile all'ambito sanitario<sup>589</sup>.

La terza tappa, infine, inizia con la citata pronuncia del 1° luglio 1997, di cui si è già parlato, la quale costituisce un fondamento importantissimo tale da produrre un netto cambio di orientamento giurisprudenziale sulla

---

<sup>587</sup> J.C. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, cit., p. 281 ss.

<sup>588</sup> Nonostante la LCU faccia esplicito riferimento ai servizi sanitari, la giurisprudenza consolidata, sosteneva infatti che l'obbligazione dell'esercente la professione fosse di mezzi, su base della colpa e quindi non oggettiva. Sul tema, cfr., J.C. GALÁN CORTÉS, *Derecho de consumo y los productos y servicios de la salud*, in *Responsabilidad civil y patrimonial del Estado*, M.P. CASTAÑO DE RESTREPO (coordinato da), Tomo I, Bogotá, 2003, p. 7 ss.

<sup>589</sup> Detta fase, che inizia con la sent. del 22 luglio 1994, n. 793, in J.R. 1994/6581, anche se riconosceva il carattere oggettivo della responsabilità stabilita nell'art. 28.2 della *Ley General para la defensa de los Consumidores y usuarios*, sosteneva che in alcun modo essa risultasse essere applicabile al campo della responsabilità medica. Il Tribunale supremo affermava che anche se indubbiamente la Ley 26/1984, del 19 luglio, *General para la defensa de los Consumidores y Usuarios* era una specie di legge "macro" che ha la caratteristica di principio generale informatore dell'ordinamento, la sua applicazione, proprio per questa sua attitudine, doveva tuttavia stare in stretta relazione con i precetti contenuti nei testi legali settoriali (chiamati a regolare i casi specifici, come nel caso della legislazione commerciale, penale, processuale e le norme sulla sicurezza industriale, igiene e salute pubblica). La sua applicazione, quindi, è concorrente e condizionata alla primazia dei menzionati precetti normativi di settore. Di conseguenza, nell'ambito della responsabilità medica non si doveva escludere neppure l'applicazione della responsabilità per colpa, fondata sulla negligenza, disciplinata dagli artt. 1101 e 1902 del codice civile, J.C. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, cit., p. 282 ss.

responsabilità medico civile, oggi consolidato e pacifico<sup>590</sup>, poiché attribuisce alla struttura sanitaria, a differenza del medico (il quale, come diretto autore del danno, risponderà comunque solidalmente ex art. 132 TRLCU) una responsabilità di tipo oggettivo sulla base dell'art. 28.2 LCU (nell'attualità, art. 148 LGDC)<sup>591</sup>. Infatti, l'art. 28.2 della LCU circoscriveva il riferimento dei "servizi sanitari" agli aspetti fondamentali (organizzativi) di detto servizio (e delle relative prestazioni) senza aggiungere i danni imputabili direttamente alle prestazioni mediche propriamente dette dei singoli sanitari<sup>592</sup> (per quest'ultimi, essendo le relative obbligazioni di mezzi e non di risultato, si applica la responsabilità fondata sulla negligenza per inosservanza della *lex artis ad hoc*)<sup>593</sup>.

---

<sup>590</sup> Seguirono tale orientamento, ad esempio: Tribunale Supremo, 6 maggio 1998, n. 394, in R.J. 1998/2934; 18 giugno 1998, n. 667/1998, in R.J. 1998/5290; 9 dicembre 1998, n. 1146, 1998/9427, in R.J. 1998/9427; 24 settembre 1999, n. 766/1999, in R.J. 1999/7272; 3 dicembre 1999, n. 1045/1999; in R.J. 1999/8532; 19 giugno 2001 n. 642/2001, in R.J. 2001/4974; 29 novembre 2002, n. 1152/2002, in R.J. 2002/10404; 15 settembre 2003, n. 830/2003, in R.J. 2002/6418; 7 ottobre 2004, n. 944/2004, in R.J. 2004/6692; 17 novembre 2004, n. 1108/2004; in R.J. 2004/7238; 5 gennaio 2007, n. 1377/2007, in R.J. 2007/552; 16 aprile 2007, n. 415/2007; in R.J. 2007/3552; 19 ottobre 2007, n. 1163/2007, in R.J. 2007/7308; 4 dicembre 2007, n. 1242/2007, in R.J. 2008/251; 20 giugno 2008, n. 602/2008, in R.J. 2008/4260 in [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es). In tutte queste pronunce si dichiara l'applicabilità del derogato art. 28.2 de la LCU (art. 148, paragrafo secondo, del vigente Testo di riforma della LCU) quando si esige la responsabilità della struttura sanitaria per i servizi prestati.

<sup>591</sup> Dello stesso orientamento, Tribunale Supremo, Sala civil, sección primera, 4 marzo 2013 n. 138/2013, in R.J. 2013/2167, in [aranzadi.aranzadidigital.es](http://aranzadi.aranzadidigital.es), il quale ha affermato che i presupposti ai fini dell'applicazione della LCU devono proiettarsi su aspetti funzionali del servizio sanitario e non si possono imputare direttamente alle operazioni del singolo medico (nel caso di specie, dopo una operazione chirurgica andata a buon fine, il paziente subì un infarto ma non furono dimostrate le prove del mal funzionamento del servizio sanitario e, dunque, il giudicante non ritenne applicabile la LCU).

<sup>592</sup> In questo senso, Tribunale Supremo, 5 gennaio 2007, n. 1377 cit. 4 dicembre 2007, n. 1242, in R.J. 2008/251, cit., le quali affermano che la *Ley General para la defensa de los Consumidores y usuarios* si riferisce alla responsabilità di chi somministra o facilita i servizi ai consumatori o utenti quando si dimostri che non abbiano compiuto le esigenze regolamentarie e le accuratezze richieste per la natura del servizio (art. 26 LGCU) e alla responsabilità da danno originati dall'uso dei servizi che per la loro propria natura o per disposizione regolamentare, includano necessariamente la garanzia dei livelli determinati di purezza, efficacia, o sicurezza in condizioni oggettive di determinazione e presuppongano controlli tecnici, professionali, o sistematici di qualità (art. 28 LGCU), al cui regime si considerano ricompresi, tra gli altri, i servizi sanitari, in [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es).

<sup>593</sup> J.C. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, cit. p. 293. Sul tema della *lex artis ad hoc* come componente normativa, L. MORILLAS CUEVA (diretto da) e J.M.

Nel caso di responsabilità del singolo operatore sanitario, infatti, troverà applicazione l'attuale art. 147 del Decreto legislativo reale 1/2007 che, come già affermato, regola il regime generale di responsabilità il quale, con una redazione simile a quella dell'ormai derogato art. 26 della LCU, stabilisce un sistema di responsabilità per colpa con inversione dell'onere della prova, nel caso di danni causati agli utenti da parte dei prestatori di servizi<sup>594</sup>. Quest'ultimi, dunque, saranno responsabili dei danni e dei pregiudizi causati ai consumatori ed agli utenti, salvo che provino che hanno compiuto secondo i requisiti stabiliti normativamente e che abbiano usato le diligenze e le attenzioni che esige la natura del servizio<sup>595</sup>.

Secondo la giurisprudenza, il regime di responsabilità oggettiva di cui al derogato art. 28 LCU stabilita dalla legislazione dei consumatori è applicato unicamente agli ospedali, alle cliniche e centri sanitari quando prestano servizi che per la loro natura, o disposizione regolamentare, debbano rispettare i livelli richiesti dall'art. 148 TRLCU (di purezza, efficacia o sicurezza all'esito di controlli tecnici e professionali)<sup>596</sup>.

---

SUÁREZ LÓPEZ (coordinato da), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Madrid, 2009, p. 177 ss.

<sup>594</sup> La sent. 1° luglio 1997 del Tribunale supremo, in R.J. 1997/5471 cit., si mostrò inizialmente contraria ad attribuire detta responsabilità oggettiva alla responsabilità civile medico-sanitaria, sul presupposto che l'obbligazione del personale sanitario era una obbligazione di mezzi, su base colposa e non oggettiva a differenza, invece, della struttura sanitaria alla quale può attribuirsi la responsabilità di tipo oggettivo. In particolare, la pronuncia distingue tra quella che è la responsabilità di un medico come professionista che realizza una attività scientifica e quello che è la responsabilità del centro sanitario in cui si sviluppa la sua attività lavorativa: al medico non può che esigersi un adempimento conforme alla *lex artis*, data la sua obbligazione di mezzi, mentre per la struttura sanitaria si tratta di una responsabilità distinta che può essere valutata in termini di responsabilità oggettiva. Analizza la sentenza in tali termini, J.C. GALÁN CORTES, *Responsabilidad civil médica*, cit., p. 278.

<sup>595</sup> M.G. SALDAÑA, *El producto sanitario defectuoso en Derecho español*, cit., 2008, p. 88.

<sup>596</sup> Così, Tribunale supremo, 27 settembre 2010, in [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es).

### *Capitolo 3.*

## **La tutela del contraente debole e la responsabilità medico-sanitaria**

### **3.1 L'inadempimento medico-sanitario e la diradazione della linea di demarcazione tra *neminem laedere* e obbligazione contrattuale in punto dell'onere della prova**

Nell'ambito del diritto civile, le principali norme di riferimento dalle quali possono desumersi i principi cardine che regolano la responsabilità del medico-sanitario, sono costituite dai seguenti articoli: 1176 (diligenza dell'adempimento), 1218 (responsabilità del debitore), 2043 (risarcimento per fatto illecito), 2230 (prestazione d'opera intellettuale) e 2236 (responsabilità del prestatore d'opera)<sup>597</sup>. Nel caso in cui la prestazione del professionista sia ricondotta in una obbligazione contrattuale, il sanitario viene preso in considerazione come soggetto negoziale che stipula con il paziente un contratto avente ad oggetto “una prestazione d'opera intellettuale” (art. 2230 c.c.) che, se non eseguita correttamente, lo assoggetta ad obbligo risarcitorio a norma dell'art. 1218 c.c. In tale ultimo caso, come ha avuto modo di osservare la Suprema Corte<sup>598</sup>, l'inadempimento in ambito medico-sanitario si concretizza nella possibile verifica di un duplice evento dannoso, conseguenza dell'intervento praticato: l'aggravamento di una situazione patologica preesistente, ovvero l'insorgenza di nuove patologie.

I danni in questione, subiti dal paziente ed imputabili alla struttura sanitaria, devono scaturire dall'inadempimento professionale degli obblighi assunti da quest'ultima nei confronti del primo, quale che sia la

---

<sup>597</sup> R. CATALDI, P.M. STORANI, R. CATALDI, F. ROMANELLI, S. VAGNONI E C. MATRICARDI, La nuova responsabilità del medico e della struttura sanitaria, dopo la Riforma Gelli (L. 8 marzo 2017 n. 24), cit. p. 41.

<sup>598</sup> Cass., 13 ottobre 2017, n. 24073, in *Giust. civ. Mass.*, 2017; Cass., 8 luglio 2010, n. 16123 in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 7-8, p. 1024 e Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576, cit.

qualificazione del contratto stipulato tra paziente e struttura<sup>599</sup>.

L'inadempimento<sup>600</sup>, quale presupposto della responsabilità nel settore professionale del medico-sanitario concerne, infatti, l'inosservanza di determinati obblighi nei confronti degli aventi diritto, obblighi costituiti, in primo luogo, dal dovere di informazione, indispensabile per un consenso informato da parte del paziente, a cui si aggiunge quello di diligenza professionale, da valutarsi avendo riguardo alla natura dell'attività esercitata (art. 1176, comma 2 c.c.<sup>601</sup>)<sup>602</sup>. In questo senso, configurando la prestazione professionale come di mezzi, è possibile affermare che la negligenza giustifichi la condanna nella misura in cui riduce la possibilità di sopravvivenza, di guarigione, di successo dell'intervento sanitario<sup>603</sup>.

Il perimetro della responsabilità medico-sanitaria può anche sostanzarsi in una condotta di carattere omissivo: basti pensare all'ipotesi in cui, nel corso di un trattamento terapeutico o di un intervento, venga a palesarsi

---

<sup>599</sup> Secondo S. AMARI, *Commento alla legge Gelli (responsabilità civile del medico)*, in *www.neldiritto.it*, 2017, l'accettazione del paziente da parte della struttura sanitaria, pubblica o privata, darebbe vita a un contratto di prestazione atipico di ospitalità o di assistenza sanitaria, così In giurisprudenza, secondo Trib. Pisa, 8 agosto 2017, n. 1007, in *redazioni Giuffrè*, «Il ricovero in una struttura deputata a fornire assistenza sanitaria, avviene sulla base di un contratto tra il paziente ed il soggetto che gestisce la struttura e l'adempimento di detto contratto, per quanto riguarda le prestazioni di natura sanitaria, è regolato dalle norme che disciplinano la corrispondente attività del medico nell'ambito del contratto d'opera professionale».

<sup>600</sup> Sull'inadempimento dell'obbligazione, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 2° ed., Milano, 2012, p. 1 ss.

<sup>601</sup> Questa norma impone al professionista una diligenza particolarmente qualificata dalla perizia e dall'impiego degli strumenti tecnici adeguati al tipo di attività dovuta. Va però tenuto presente che il criterio applicabile è pur sempre quello della normale diligenza, in quanto il professionista deve impiegare la perizia e i mezzi tecnici adeguati allo *standard* professionale della sua categoria. Secondo Cass., 7 giugno, 2011, n. 12274, in *Giur. it.*, 2011 (con nota di E. CARBONE, *Rischio statistico e colpa medica*), infatti, la presunzione di colpa alla quale ai sensi dell'art. 1218 c.c. è gravato il medico nei confronti del paziente che ne invochi la responsabilità professionale, può essere superata dal sanitario dimostrando che l'insuccesso dell'intervento sia dipeso da un evento imprevedibile e non prevenibile con l'uso dell'ordinaria diligenza da lui esigibile.

<sup>602</sup> Cfr. Cass., 16 novembre 2012, n. 20216, in *Diritto giust.*, 2012, la quale ha ribadito un concetto chiave in merito alla diligenza professionale, il quanto, il professionista medio, di cui all'art. 1176, comma 2 c.c., non è il professionista mediocre, ma è il «professionista bravo».

<sup>603</sup> R. DE FAZIO, *Brevi annotazioni in tema di nesso causale*, nota a App. Torino, 10 febbraio 1997, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 1095.

una situazione potenzialmente rischiosa per la salute del paziente che il medico poteva e doveva evitare usando tutti gli accorgimenti necessari ad impedirne il verificarsi<sup>604</sup>. Costituisce, in tal senso, specifico dovere professionale del sanitario scegliere, a parità di effetti terapeutici, il trattamento che comporta meno rischi per la salute del paziente<sup>605</sup>.

Essendo, dunque, oggetto della prestazione sanitaria, non un risultato, ma un'attività professionale (sia pure proiettata verso il fine ultimo della guarigione, il che farebbe venir meno, da questo punto di vista, la linea di demarcazione tra obbligazione di mezzi e di risultato), il mancato ripristino dell'integrità psico-fisica del paziente non può di per sé essere valutato come inadempimento<sup>606</sup>, il quale può scaturire solo dalla mancata prestazione di un'attività professionale adeguata allo scopo. In altri termini, «non esegue la “prestazione dovuta” solo chi non ha spiegato l'attività promessa con la dovuta diligenza»<sup>607</sup>.

Tanto considerato, va ora analizzato in che modo la differenza tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale incida sul diverso atteggiarsi dell'onere della prova, a seconda che il paziente-utente citi in

---

<sup>604</sup> Afferma espressamente Cass. 22 ottobre 2014 n. 22331, in *Foro it.*, 2015, 3, I, p. 999, «Non è pensabile che l'obbligo di vigilanza e protezione del malato sia dovuto solo al fine di prevedere alcuni rischi e non altri e (...) in quanto “obbligo di protezione” scaturente dal contratto (art. 1374 c.c.) (...) non va adempiuto solo se si tratti di prevenire il rischio “a” e non il rischio “b”, ma va adempiuto in qualunque caso, al fine di prevenire tutti i rischi potenzialmente incombenti sul degente, alla sola condizione che rientrino nello spettro della prevedibilità». La Cassazione, nel caso in esame, aveva ritenuto responsabile la struttura sanitaria per non aver vigilato su un paziente che, allontanatosi dalla clinica, aveva tentato il suicidio, considerando il rischio suicidio uno dei tipici che accadono negli ambienti ospedalieri.

<sup>605</sup> Cass., 8 settembre 1998, n. 8875, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 1867, la quale aggiunge che «da ciò consegue che, ove egli opti per un trattamento terapeutico, o per un metodo d'intervento rischioso, e la situazione pericolosa si determina, ed egli non riesce a superarla senza danno, la colpa si radica già nella scelta iniziale».

<sup>606</sup> Viceversa, poiché nel caso di obbligazione di risultato l'oggetto dell'obbligazione è il risultato, considerato come prodotto necessario alla condotta del debitore, per aversi adempimento occorre il raggiungimento di quel determinato risultato (inteso, quest'ultimo, come oggetto della pattuizione tra le parti). Se il risultato non si realizza l'obbligazione è quindi inadempita e nel caso di obbligazioni di risultato, l'inadempimento è in *re ipsa*. Sul tema C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 71 ss.

<sup>607</sup> Così, M. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, cit., p. 943.

giudizio il medico-sanitario o la struttura sanitaria o sociosanitaria.

L'art. 7, comma 3, l. 24/2017, come analizzato, configura due ipotesi di responsabilità civile per l'esercente la professione.

Nel caso in cui l'esercente la professione sanitaria abbia agito nei confronti del paziente nell'adempimento di obbligazione contrattuale, è il debitore (medico) che, per essere esente da responsabilità, deve dimostrare che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, cioè l'assenza di colpa (art. 1218 c.c.)<sup>608</sup>. Il paziente, in tal caso, deve limitarsi ad allegare l'inadempimento del medico e, quindi, la colpa di quest'ultimo<sup>609</sup>.

Nel caso in cui, invece, l'esercente la professione sanitaria risponda ex art. 2043 c.c., sarà il creditore (paziente) che deve dimostrare, in positivo, la natura colposa della condotta lesiva del suo diritto. In particolare, in questa seconda seconda ipotesi, graverà sul paziente l'onere di provare il nesso causale tra la condotta ed il danno (non essendo sufficiente l'allegazione dell'inadempimento qualificato)<sup>610</sup>. Stando alle disposizioni codicistiche generali appena richiamate, emerge dunque una sostanziale differenza dell'onere della prova nel caso delle due forme di responsabilità.

Nel caso in cui l'obbligazione sanitaria costituisca obbligazione di mezzi<sup>611</sup>, l'insuccesso non è automaticamente riconducibile

---

<sup>608</sup> Secondo M. BILANCETTI, o.u.c., p. 945, la colpa si "sintetizza" in relazione alle varie fasi considerate: *i.* diagnosi errata e conseguente terapia errata; *ii.* Diagnosi corretta e scelta errata della terapia; *iii.* Diagnosi corretta, scelta appropriata della terapia ma esecuzione errata della terapia stessa; *iiii.* terapia inadeguata per prognosi errata.

<sup>609</sup> U. PERFETTI, *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del Consenso informato*, p. 359 ss., il quale, evidenza, come meno chiaro è invece su chi gravi l'onere della prova del nesso di causalità.

<sup>610</sup> A. SCALERA, *Errore diagnostico: al medico e alla struttura spetta la prova dell'irrelevanza causale*, in *Ridare.it*, 2017.

<sup>611</sup> Secondo C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, cit., p. 72, la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato non rileva ai fini dell'applicazione della disciplina generale delle obbligazioni e della responsabilità contrattuale ma ai fini della identificazione della prestazione dovuta.

all'inadempimento. L'esistenza di quest'ultimo è, comunque, indispensabile per fondare il diritto al risarcimento del danno. L'inadempimento è, in definitiva, sempre oggetto di prova nelle "obbligazioni di comportamento"<sup>612</sup>, sulla base del principio generale di cui all'art. 2697 c.c., e non può che ricadere su chi ne assume l'esistenza<sup>613</sup>.

Di conseguenza, sulla base di tale principio, una volta qualificata l'obbligazione del professionista come obbligazione di mezzi<sup>614</sup>, ne deriva che per far valere in giudizio la responsabilità contrattuale dovuta a inadempimento il paziente-utente danneggiato non possa limitarsi a dimostrare l'evento dannoso. Egli dovrà, altresì, allegare sia il nesso causale esistente tra l'evento ed il comportamento del professionista, sia che quest'ultimo non ha adempiuto il proprio obbligo di prestare i mezzi tecnici idonei, o li abbia prestati con imprudenza o negligenza<sup>615</sup>.

---

<sup>612</sup> Espressione con la quale M. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, cit., p. 941, fa ricomprendere la categoria delle obbligazioni di mezzo.

<sup>613</sup> L. ALBANESE, *La responsabilità contrattuale del medico libero professionista: tra condotte omesse ed oneri probatori non assolti*, in *Resp. civ. prev.*, 3, 2018, p. 935 ss. Secondo l'art. 2697 c.c. «chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda». Si osserva che negli artt. 2697 ss. c.c. non vi è alcun riferimento alla distinzione tra l'onere dell'allegazione e quello della prova, né tanto meno, si afferma che sull'attore può gravare un mero onere di allegazione, mentre al convenuto spetta fornire le prove dell'infondatezza della richiesta risarcitoria. Sulle diverse tesi della ripartizione dell'onere della prova cfr. G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, cit., p. 72 ss.

<sup>614</sup> La distinzione tra obbligazione di mezzi e obbligazioni di risultato viene criticata dalla dottrina (con riguardo all'area medica, cfr. E. QUADRI, *La responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Danno resp.*, 1999, p. 1165 ss.; per un panorama di tali critiche, cfr. P. IAMICELI, *La responsabilità civile del medico*, in P. CENDON (a cura di), *La responsabilità civile* Torino 1998, 343 p. ss.) e, oggi, ritenuta di valenza puramente descrittiva, anche in giurisprudenza, almeno fino alla fine degli anni Novanta risultava da questa accolta e applicata (Così, *ex multis*, Cass. 15 gennaio 1997 n. 364, in *giur. it.*, 1998, p. 37). E, ad essa, si ricollegava un diverso regime degli oneri della prova, nelle azioni risarcitorie da inadempimento.

<sup>615</sup> A e S. BALDASSARRI, *La responsabilità civile del professionista*, cit., p. 421.



Posto, dunque, che anche in ipotesi di inadempimento contrattuale occorre che l'inadempimento sia colpevole per poter ritenere responsabile il debitore *ex art. 1218 c.c.*, si rileva l'identità del ruolo della colpa rispetto ai due tipi di responsabilità<sup>616</sup>. La colpa, in altre parole, funge da criterio di imputazione del fatto illecito (*art. 2043 c.c.*), così come dell'inadempimento contrattuale (*art. 1218 c.c.*). In tale ordine di idee, ecco come non sembra individuarsi una precisa differenziazione tra l'azione contrattuale ed extracontrattuale, trattandosi, in entrambi i casi, di obbligazioni di mezzi<sup>617</sup>.

Detto in altri termini, il fatto che in tale categoria di rapporti obbligatori sia a carico del creditore la dimostrazione (in ipotesi di responsabilità extracontrattuale) o l'allegazione (in ipotesi di responsabilità contrattuale) del comportamento non diligente del debitore (quale elemento costitutivo della responsabilità), rappresenta non una eccezione, ma una concreta applicazione del principio generale dell'onere della prova

---

<sup>616</sup> Sul dibattito relativo al ruolo attribuito alla colpa nell'inadempimento ai fini della configurazione della responsabilità contrattuale, si veda la lucida ricostruzione fatta da C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., p. 11 ss.

<sup>617</sup> Di tale opinione, A e S. BALDASSARRI, o.u.c., p. 420. Sul tema si veda F.D. BUSNELLI, *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, p. 784 ss.; F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 79 ss.; P. RESCIGNO, *Obbligazioni, (diritto privato). Nozioni generali*, voce dell'*Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 206; G. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991 p. 17 ss.; G. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, voce dell'*Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1990; ID., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (Una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1081 ss.; si veda però, più di recente, ID., *Colpa contrattuale: un falso concetto?*, in *Contr. impr.*, 2004, p. 13 ss. In giurisprudenza, secondo trib. Ivrea, 15 aprile 2016, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it) «tanto in caso di responsabilità extracontrattuale in cui la parte danneggiata, in presenza di un fatto storico qualificabile come illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c., ha l'onere della prova degli elementi costitutivi di tale fatto, del nesso di causalità, del danno ingiusto e della imputabilità soggettiva (v. *ex multis* Cass., 11 gennaio 2008 n. 390), quanto anche in tema di responsabilità contrattuale, grava sul danneggiato l'onere di fornire la prova dell'esistenza del danno lamentato e della sua riconducibilità al fatto del debitore, in quanto l'art. 1218 c.c., che pone una presunzione di colpevolezza di inadempimento, non modifica l'onere della prova che incombe sulla parte che abbia agito per l'accertamento di tale inadempimento, allorché si tratti di accertare l'esistenza del danno».

(art. 2697 c.c.)<sup>618</sup>. Ciò, sotto un profilo strutturale<sup>619</sup>, assimila, nel settore della responsabilità medico-sanitaria, la responsabilità contrattuale con quella extracontrattuale ove, in quest'ultimo caso, in assenza di specifici rapporti preesistenti, chi adduce di aver subito un danno da una condotta del terzo, è tenuto a fornire la prova dell'illecito nei termini indicati dall'art. 2043 c.c.<sup>620</sup>.

La giurisprudenza<sup>621</sup>, tuttavia, nel caso di responsabilità contrattuale e senza distinguere tra prestazioni di mezzi e prestazioni di risultato, ha stabilito che il paziente-creditore ha l'onere solamente di allegare il contratto ed il relativo inadempimento o inesatto adempimento, non essendo tenuto a provare la colpa della struttura sanitaria e della relativa gravità<sup>622</sup>. Resta sempre a carico del sanitario l'onere di provare l'esatto

---

<sup>618</sup> Secondo L. ALBANESE, *La responsabilità contrattuale del medico libero professionista: tra condotte omesse ed oneri probatori non assolti*, cit., p. 935 ss., nell'ipotesi di responsabilità contrattuale, «il disposto dell'art. 1218 c.c. esonera il creditore dell'obbligazione che si afferma non adempiuta (o non esattamente adempiuta) dall'onere di dimostrare la colpa del debitore, ma non dal provare il nesso eziologico tra la condotta di quest'ultimo e il danno per cui si chiede di essere ristorati, dovendo trovare applicazione, per l'appunto, il generale principio di cui all'art. 2697 c.c.».

<sup>619</sup> Sulla distinzione delle due forme di responsabilità, cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 3° ed., Milano, 2006, p. 455, il quale sostiene che mentre la responsabilità contrattuale discende dalla violazione di un "obbligo preesistente", l'illecito aquiliano è sanzione di un «danno che consegua da ogni lesione di situazioni soggettive che non si configuri come violazione di un obbligo».

<sup>620</sup> Con la conseguenza che incombe in ogni caso sul paziente, il quale assuma di aver subito un danno, l'onere di dimostrare la difettosa o inadeguata prestazione professionale, l'esistenza del danno lamentato ed il rapporto causale tra gli ultimi due. Di tale parere, M. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, cit., p. 944.

<sup>621</sup> Cass. Sez. un. 11 gennaio, 2008, n. 577 cit. e, da ultimo, Cass. 18 maggio 2017, n. 12490, in [www.rivistaresponsabilitamedica.it](http://www.rivistaresponsabilitamedica.it). In particolare, Cass. Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, ha riconosciuto l'incostistenza della distinzione poiché tale *summa divisio* contrasta con l'unitarietà della disciplina generale della responsabilità contrattuale che non consente la diversificazione dei criteri di imputazione. La distinzione non ha quindi ragion d'essere nell'ambito della responsabilità sanitaria in considerazione del rapporto obbligatorio (contrattuale) e tenendo conto che un risultato è comunque dovuto in tutte le obbligazioni (nell'ambito sanitario, il risultato richiesto al medico è quello di prestare la propria attività con diligenza e perizia). In argomento, R.F. IANNONE, *La responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco (legge 24/2017)*, cit., p. 74 ss.

<sup>622</sup> Cfr. anche Cass. Sez. un., 30 ottobre 2011, n. 13533, cit., la quale, con uno spostamento dell'asse dall'originaria configurazione dell'obbligazione medica come obbligazione di mezzi, verso quella di risultato, con i conseguenti effetti favorevoli al paziente sul piano degli oneri probatori, ha stabilito che l'onere probatorio a carico

adempimento<sup>623</sup>.

Anche altra recente pronuncia della Cassazione ha chiarito che, in ipotesi di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, è a carico dell'attore paziente danneggiato l'onere di allegare l'inadempimento, con la precisazione che, quest'ultimo, deve essere "qualificato"<sup>624</sup>.

A tal ultimo proposito, sul piano probatorio, secondo un orientamento pacifico<sup>625</sup>, l'inadempimento allegato dal paziente-danneggiato non può mai essere generico, ma deve essere "qualificato" nel senso di presentarsi come astrattamente idoneo alla produzione del danno subito, aspetto questo che attua un ulteriore temperamento tra le due diverse figure di responsabilità sanitaria<sup>626</sup>. Quanto appena affermato impone infatti, al danneggiato, di indagare su quale sia stata, potenzialmente e in concreto, l'inadempimento del medico, con tutte le difficoltà che ciò pone in tema di vicinanza dell'onere della prova<sup>627</sup>.

Per contro, il debitore convenuto è gravato dall'onere di provare il fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, puntualizzando altresì, in tale prospettiva, che eguale criterio di riparto deve ritenersi applicabile anche nel caso in cui sia dedotto non

---

dell'attore è limitato alla prova del titolo contrattuale e basta la mera «allegazione» per quanto riguarda l'inadempimento o anche l'inesatto adempimento.

<sup>623</sup> Sul tema, M.L. RUFFINI GANDOLFI, *In tema di responsabilità medica: tra incertezze giurisprudenziali e dubbi suscitati dalla legge Balduzzi*, cit., p. 293 ss. la quale evidenzia l'incerta sorte delle recenti pronunce della Cassazione in materia di oneri della prova nel settore della responsabilità medico-sanitaria.

<sup>624</sup> Cass., 13 ottobre 2017, n. 24073, cit.

<sup>625</sup> Cass., 12 dicembre 2013, n. 27855, in *Diritto giust.*, 2013; Cass. Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576, cit. e Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit. In dottrina, G. COMANDÈ, *Le "regioni" della responsabilità sanitaria e il governo del risarcimento*, in AA.VV., *Liber Amicorum per Francesco Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, Vol. I, Milano, 2008, pp. 532-533.

<sup>626</sup> Il requisito della qualificazione dell'inadempimento, farebbe diminuire il netto *discrimen* tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Di tale opinione, I. RICCETTI, *L'obbligo di vigilanza esigibile dai gerocomi: teoria e pratica a confronto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2017, p. 845.

<sup>627</sup> Sull'onere della prova del nesso di causa, gravante sulla struttura sanitaria e sull'esercente la professione sanitaria anche dopo la l. Gelli-Bianco, v. D. SPERA, *Responsabilità sanitaria contrattuale ed extracontrattuale nella Legge Gelli-Bianco: da premesse fallaci a soluzioni inappaganti*, in *Ridare.it.*, 13 aprile 2017.

l'inadempimento dell'obbligazione, ma anche il suo inesatto adempimento. In questo secondo caso, al creditore istante sarà ovviamente sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza<sup>628</sup>.

Ancora, la giurisprudenza ha più volte affermato come il debitore, per liberarsi dalla responsabilità, debba dimostrare che l'inadempimento, pur sussistendo, non sia stato eziologicamente rilevante nella determinazione dell'evento dannoso<sup>629</sup>.

Nondimeno, a fronte dell'allegazione dell'attore dell'inadempimento od inesatto adempimento, a carico del sanitario con cui il paziente abbia assunto obblighi personali, o dell'ente, resta sempre l'onere probatorio relativo al grado di difficoltà della prestazione<sup>630</sup>. In tale ultima ipotesi, in applicazione dell'art. 2236 c.c., il sanitario risponderà del pregiudizio arrecato solo nelle ipotesi di dolo e colpa grave<sup>631</sup>. La categoria degli interventi di difficile esecuzione (riconducibile all'art. 2236 c.c.), in particolare, è stata fatta coincidere con i casi clinici caratterizzati da eccezionalità o da straordinarietà, perché non adeguatamente studiati e sperimentati dalla scienza, oppure perché suscettibili di soluzioni

---

<sup>628</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581 cit. e Cass., 12 dicembre 2013, n. 27855, cit.

<sup>629</sup> Cass. 13 ottobre 2017, n. 24073, cit.; Cass. Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.; Cass. 14 febbraio 2008, n. 3520, in *Diritto giust.*, 2008.

<sup>630</sup> Cass., 9 novembre 2006, n. 23918, cit. secondo cui spetta al prestatore d'opera dimostrare la rilevante difficoltà della prestazione (v. anche Cass. 23 aprile 2002, n. 5928, in *Danno resp.*, 2003, p. 753, con nota di A.M. BENEDETTI, *La deriva dell'eccezione d'inadempimento: da rimedio sospensivo a rimedio criptorisolutorio?*, *ivi*, p. 754 ss.) affinché possa ritenersi applicabile l'art. 2236 c.c. come *favor* riconosciuto ai liberi professionisti. Cfr. anche Cass. 22 novembre 2012, n. 20586, in *Diritto giust.*, 23 novembre 2012, con nota di A. GRECO, *La complessità dell'intervento non esclude la responsabilità del medico*, nella quale è stato affermato che un intervento chirurgico di norma routinario non può mai ritenersi «di speciale difficoltà» per il solo fatto che nel corso di esso si verificano delle complicanze. Sulla rilevanza della natura della prestazione del medico (nella ripartizione dell'onere della prova, in tema di colpa e del rapporto causale), cfr. M. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, cit., p. 951.

<sup>631</sup> R.F. IANNONE, *La responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco (legge 24/2017)*, cit., p. 178.

molteplici ma incompatibili tra loro<sup>632</sup>.

Secondo le Sezioni unite<sup>633</sup>, la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione che comporta la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà non influisce, tuttavia, sulla distribuzione dell'onere della prova<sup>634</sup>, ma va apprezzata per la valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, gravando in ogni caso sul sanitario la prova dell'esatto adempimento (in questo caso rapportato alla particolare difficoltà della prestazione)<sup>635</sup>.

Sul tema dell'individuazione del criterio di ripartizione dell'onere della prova, si osserva come la giurisprudenza<sup>636</sup> abbia creato la regola della c.d. vicinanza della prova, la quale configura un'eccezione rispetto alla regola

---

<sup>632</sup> E. MIGLIACCIO, *Corsi e ricorsi in tema di prova della responsabilità medica*, in *Dir. di fam. e delle pers.*, 2, 2014, p. 589.

<sup>633</sup> Cfr. Cass. Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit. il cui intento era quello indubbiamente di superare la distinzione tra interventi di facile e difficile esecuzione, legittimando, di fatto, il paziente soltanto ad allegare il comportamento astrattamente idoneo ad arrecare il danno (senza, dunque, essere chiamato a dimostrare alcun nesso causale tra comportamento omissivo/commissivo del sanitario e danno conseguente). In argomento, M.F. VITA DELLA CORTE, *Criteri di accertamento del nesso di causalità nell'illecito omissivo: il "più probabile che non spazza via ogni certezza"*, in [www.rivistaresponsabilitamedica.it](http://www.rivistaresponsabilitamedica.it).

<sup>634</sup> Giacchè incombe in ogni caso al medico dare la prova della particolare difficoltà della prestazione (Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ. prev.* 2007, 9, 1824). Neanche l'art. 2236 c.c. rileva ai fini della ripartizione dell'onere della prova laddove, la norma in questione, implica solamente una valutazione della colpa del professionista, in relazione alle circostanze del caso concreto. In argomento, D. CHINDEMI, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria pubblica e privata*, cit., p. 282.

<sup>635</sup> M. DE LUCA, *La nuova responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, Roma, 2012, p. 195. In giurisprudenza, tra le altre, Cass. 20 ottobre 2014, n. 22222, cit.

<sup>636</sup> Cfr. Cass., 21 giugno 2004, n. 11488, in *Danno resp.*, 2005, 1, 23 ss. secondo cui, in ossequio al principio di vicinanza della prova, l'onere della prova va posto «a carico del soggetto nella cui sfera si è prodotto l'inadempimento e che è quindi in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore». Vedi anche Cass. Sez. un., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 2, p. 440 ss., con nota di A. VALLEBONA, *L'onere probatorio circa i requisiti dimensionali per la tutela reale contro il licenziamento: le sezioni unite cambiano idea*, che in una causa relativa all'estinzione del rapporto di lavoro subordinato per licenziamento, ha stabilito che il peso della prova viene ripartito facendo riferimento al principio della riferibilità o vicinanza, o disponibilità del mezzo (è più facile al debitore dimostrare il fatto positivo di avere adempiuto che non al creditore di dimostrare l'opposto fatto negativo); principio riconducibile all'art. 24 cost., che connette al diritto di azione in giudizio il divieto di interpretare la legge in modo da renderne impossibile o troppo difficile l'esercizio (Corte cost., 21 aprile 2000, n. 114).

generale di cui al citato art. 2697 c.c.

Tale principio supplisce alla carenza probatoria mediante criteri indiziari e presuntivi, di cui può avvalersi il soggetto debole del rapporto, nei confronti della parte prossima alla fonte di prova e in posizione tecnicamente privilegiata<sup>637</sup>.

Secondo tale principio, finalizzato ad incoraggiare il paziente alla riparazione dei danni subiti, l'onere della prova deve essere ripartito tenendo conto in concreto della possibilità, per l'una o per l'altra parte, di provare circostanze che ricadono nelle rispettive sfere d'azione. Di conseguenza, è ragionevole gravare dell'onere probatorio la parte a cui è più vicino il fatto da provare (ossia, nel caso di specie, alla struttura/medico, date le condizioni di debolezza emotiva e di estraneità alle tecniche della scienza medica in capo al paziente).

Specificamente sul terreno della responsabilità del medico-sanitaria, il principio della vicinanza della prova viene declinato nel senso che il paziente che agisce in giudizio deducendo l'inadempimento, o l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria, deve provare il contratto di ospitalità (e/o il fatto generatore del contatto sociale), potendosi limitare ad allegare l'inadempimento della struttura e/o del sanitario, o meglio, a dedurre qualificate inadempienze, in tesi idonee a porsi come causa, o concausa del danno<sup>638</sup>. Resta, poi, a carico del debitore convenuto l'onere di dimostrare che nessun rimprovero di scarsa diligenza, o di imperizia, può essergli mosso<sup>639</sup>.

Può affermarsi, che sul piano probatorio, grazie al criterio della "vicinanza della prova" del rapporto eziologico tra intervento maldestro

---

<sup>637</sup> Tale principio è criticato da parte della dottrina, soprattutto in tema di adempimento contrattuale, nella parte in cui viene posto a carico del debitore l'onere di provare l'esattezza: aspetto, questo, che si discosta dalla lettera del dato legislativo fornito dagli artt. 1218 e 2697 c.c. Cfr. in proposito, M. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, Milano, 2012 e U. CARNEVALI, *Inadempimento ed onere della prova*, in *contratti*, 2002.

<sup>638</sup> Cass. 21 luglio 2011, n. 15993, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 2, p. 641.

<sup>639</sup> Sul punto, U. PERFETTI, *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del Consenso informato*, cit., p. 359 ss.

del medico e pregiudizio patito dall'infemo, teso ad incoraggiare il paziente alla riparazione dei danni subiti, la linea di demarcazione tra *neminem laedere* (a cui è chiamato il medico dipendente) e obbligazione contrattuale (assunta dalla struttura e dal medico con cui il paziente abbia assunto obblighi contrattuali), ancora una volta, tende, in termini realistici, a diradarsi<sup>640</sup>.

Tant'è che in dottrina<sup>641</sup> si ipotizza che «la giurisprudenza, dando spazio al c.d. principio di vicinanza della prova e al meccanismo presuntivo noto con il brocardo *res ipsa loquitur*<sup>642</sup>, potrebbe essere indotta a sollevare dall'onere di fornire una piena prova di tutti gli elementi costitutivi della responsabilità della controparte, anche il paziente che agisce in via aquiliana nei confronti dell'esercente la professione sanitaria, così finendo, tra l'altro, per colmare una di quelle differenze tra il regime della responsabilità della struttura e quello della responsabilità del medico che dovrebbero far sì che le pretese risarcitorie da *malpractice* si concentrino sulla prima e non sul secondo»<sup>643</sup>.

---

<sup>640</sup> Cfr. L. NOCCO, *La responsabilità civile nella "Riforma Gelli"*, cit., p. 1483, secondo cui «il discutibile principio della vicinanza della prova potrebbe continuare ad indurre ad una ripartizione degli oneri probatori non in linea con gli schemi extracontrattuali, tradendo gli obiettivi e la *ratio* della riforma».

<sup>641</sup> Così, M. FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. «Legge Gelli-Bianco»): profili civilistici (seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2017, p. 784. In senso conforme cfr. A. BARBARISI, *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in *I contratti*, 2, 2017, p. 219, secondo cui «non è da escludere che, anche nell'ambito di un'eventuale ricostruzione della responsabilità (del medico strutturato) in chiave extracontrattuale, si possa giungere, alla luce del principio di vicinanza della prova ed al meccanismo della *res ipsa loquitur*, a delineare un assetto probatorio diverso da quello che vorrebbe sempre e comunque il paziente gravato della prova della colpa del medico».

<sup>642</sup> G. GRANELLI, *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, cit., p. 410 ss.

<sup>643</sup> Cfr. invece, U. PERFETTI, *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del Consenso informato*, cit., p. 359 ss., secondo il quale i principi e le regole elaborati dalla giurisprudenza nel quadro della ritenuta responsabilità contrattuale del medico derivante da contatto sociale e applicabili, pertanto, sia in caso di preesistenza di un contratto d'opera professionale, sia, in difetto, in applicazione -appunto- della teorica del contatto sociale, risultano ora, dopo la nuova l. Gelli-Bianco, richiamabili solo ricorrendo la prima ipotesi (contratto d'opera) dovendosi fare ricorso, per la seconda, ai principi e regole propri della responsabilità extracontrattuale.

La nuova l. 24/2017, che prevede il doppio sistema di responsabilità, da questo punto di vista non sembra, dunque, aver stravolto l'ordine preconstituito delle cose<sup>644</sup>. L'aver sottratto al rapporto giuridico fra medico dipendente e paziente la disciplina ruotante attorno all'art. 1218 c.c., non implica un aggravamento dell'onere probatorio posto che, ove ritenuto applicabile il criterio della "vicinanza alla prova", il creditore che agisca in via extracontrattuale, deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della responsabilità della controparte<sup>645</sup>. Mentre il debitore convenuto è sempre gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dalla corretta esecuzione dell'intervento<sup>646</sup>.

Il principio della vicinanza della prova e dell'inversione dell'onere della prova, dunque, si pongono a tutela del paziente danneggiato e, d'altro canto, «innegabilmente penalizzerebbero la classe medica, spingendola verso preoccupanti derive comportamentali ispirate alla medicina difensiva»<sup>647</sup>.

Tale principio che privilegia le "presunzioni giurisprudenziali" (in correlazione con gli artt. 2729 c.c. e 116 c.p.c.)<sup>648</sup>, anche a seguito della l. 24/2017 potrebbe continuare ad indurre una ripartizione degli oneri probatori non in linea con gli schemi propriamente extracontrattuali, con la

---

<sup>644</sup> R. CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria*, cit., p. 479.

<sup>645</sup> Cfr. M. BONA, *La responsabilità medica civile e penale dopo il Decreto Balduzzi*, Rimini, 2013, p. 172, il quale evidenzia che il doppio regime di responsabilità non determina nessun stravolgimento delle consolidate regole in materia di riparto degli oneri probatori, in quanto l'inversione dell'onere della prova avrebbe continuato a sussistere in virtù del principio della vicinanza della prova.

<sup>646</sup> D. CHINDEMI, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria pubblica e privata*, cit., p. 279.

<sup>647</sup> Di tale opinione, P. FRATI, F.B. BUSARDÒ, E. DE DOMINICIS e V. FINESCHI, *La Riforma legislativa della responsabilità sanitaria: ovvero le convergenze parallele del dualismo interpretazione versus applicazione*, cit., p. 340 ss.

<sup>648</sup> Cfr. Cass. 21 luglio 2011, n. 15991, in *Resp. civ. prev.* 2011, 12, 2496, secondo cui «in seno alla fattispecie di responsabilità disciplinata dagli artt. 2043 ss. c.c., il giudice del merito valuterà comparativamente le prove addotte da ciascuna delle parti...», senza peraltro escludere, «...caso per caso, tanto ragionamenti presuntivi quanto la regola della prossimità e disponibilità della fonte di prova».



conseguenza di dare spazio ad una ripartizione degli oneri probatori non del tutto coincidente con quanto prescritto dalla regola generale *ex art. 2697 c.c.*, il quale richiede, invece, come analizzato, all'attore di provare i fatti su cui si fonda il diritto fatto valere<sup>649</sup>.

### **3.1.1 L'accertamento del nesso causale e i criteri elaborati dalla giurisprudenza a favore del paziente-danneggiato**

Elemento costitutivo del diritto di risarcimento è, come è noto, il nesso di causalità<sup>650</sup>, il quale costituisce elemento di accertabilità dell'evento

---

<sup>649</sup> Cfr. G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, cit., p. 93 il quale evidenzia che «quanto al principio di riferibilità o di vicinanza della prova, la sua generalizzazione rischia di risolversi in una violazione dell'art. 2697 (...). Dunque, l'argomento della vicinanza della prova, se applicato a tutti i casi di responsabilità medica, sembra determinare una violazione del principio per cui l'attore deve provare i fatti su cui si fonda la propria domanda. Dunque, è sostenibile che non ci siano elementi a sostegno della generalizzata rilevanza del principio di vicinanza».

<sup>650</sup> Come osserva F. AGNINO, *Nesso di causalità: prova per presunzioni e concorso di cause*, in *Ridare.it*, 2, 2018, nella responsabilità civile, la causalità assolve alla duplice finalità di fungere da criterio di imputazione del fatto illecito, nonché di regola operativa per il successivo accertamento dell'entità delle conseguenze pregiudizievoli del fatto (che si traducono in danno risarcibile). Essa va, pertanto, scomposta nelle due fasi corrispondenti al giudizio sull'illecito (nesso condotta/evento) e al giudizio sul danno da risarcire (nesso evento/danno). Sul tema, fra i tanti, F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967; P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1966, P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, 1960; R. PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007; D. NICOTRA e B. TASSONE, *Autonomia e diversità di modelli nell'accertamento del nesso causale*, in *Danno resp.*, 2007, p. 325 ss.; G. FACCI, *Il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in AA.VV., *La responsabilità sanitaria*, F. PECCENINI (a cura di), Torino-Bologna, 2007, p. 81 ss.; R. BORDON, *Il nesso di causalità*, Torino, 2006; L. NOCCO, *Causalità: dalla probabilità logica (nuovamente) alla probabilità statistica, la Cassazione civile fa retromarcia*, in *Danno resp.*, 2006, 12, p. 1239 ss.; M. BONA, *(Itinerari della giurisprudenza) «Nesso di causa»*, in *Danno resp.*, 2006, pp. 395-403; AA.VV., *Il nesso di causa nel danno alla persona*, a M. BONA (cura di), Milano, 2005; M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, 2° ed., Padova, 2005; M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances di sopravvivenza è accolto in Cassazione*, in *Danno resp.*, 2005, 1, pp. 49-56; G. IADECOLA, *Diversità di approccio tra Cassazione civile e Cassazione penale in tema di responsabilità medica*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 113 ss.; F. STELLA, *A proposito di talune sentenze civili in tema di causalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 1159 ss.; U. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova, 2004, pp. 209-245; M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, Napoli, 2004; G. CIPRIANI, *Il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, pp. 1104-1123; M. BONA, *Il nesso di causa nella responsabilità civile del medico e del datore di lavoro a confronto con il decalogo delle Sezioni Unite Penali sulla causalità omissiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2003, pp. 361-416; G. FACCI, *Il*

dannoso<sup>651</sup>. Esso, in particolare, viene definito come «quella relazione tra due eventi che identifica l'uno come conseguenza dell'altro»<sup>652</sup>.

La rilevanza del nesso di causalità (giuridica) tra inadempimento e danno, è sancita dalla norma che prevede la risarcibilità di tutti i danni che sono conseguenza diretta e immediata dell'inadempimento (art. 1223 c.c.)<sup>653</sup>. Tale ultima norma si applica anche alla responsabilità extracontrattuale, in virtù del richiamo effettuato, nell'ambito dei fatti illeciti (libro IV, titolo IX), dall'art. 2056, comma 1 c.c. («Valutazione dei danni»), secondo cui «il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c.»<sup>654</sup>.

Il nesso causale, si osserva, assume connotati peculiari proprio nell'ambito della responsabilità medico-sanitaria, in quanto la prestazione sanitaria interviene in una condizione di salute già compromessa<sup>655</sup>. Per

---

*nesso di causalità e la funzione della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, pp. 144-145; AA.VV., *I fatti illeciti. III. Causalità e danno*, G. VISINTINI (a cura di), Padova, 1999; P. ZIVIZ, *Il risarcimento per la perdita di chances di sopravvivenza*, in *Resp. civ. prev.*, pp. 705-711 e A. VENEZIANO e E. GIANCOTTI, *La causalità nella responsabilità extracontrattuale*, in *La responsabilità civile*, P. CENDON (a cura di), Torino, 1998, Vol. IX, p. 1 ss.

<sup>651</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., p. 142.

<sup>652</sup> Così, C.M. BIANCA, o.u.c., p. 142.

<sup>653</sup> Letteralmente l'art. 1223 c.c.: «Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta». Tale causalità viene definita «giuridica», e determina gli eventi da porre a fondamento del danno risarcibile. Una dottrina minoritaria e risalente nega che l'art. 1223 c.c. abbia un fondamento causalistico: tra questi, si rinvia a F. CARNELUTTI, *Perseverare diabolicum (a proposito del limite della responsabilità per danni)*, in *Foro it.*, 4, 1952, p. 99 ed a P. SCHLESINGER, *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 346.

<sup>654</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., p. 142. Sul tema, R.F. IANNONE, *La responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco (legge 24/2017)*, cit., p. 94, il quale rileva che a differenza della causalità riferibile a una condotta positiva, dove l'accertamento del nesso causale presuppone la spiegazione di quanto si è verificato, nel caso della causalità omissiva, il decorso degli avvenimenti, non essendo influenzato dall'azione di un soggetto (che non esiste), può essere giustificata in base a una ricostruzione logica e quindi si tratta di una causalità costruita su ipotesi e non su certezze.

<sup>655</sup> È interessante notare che, in generale, le difficoltà rilevate in sede di accertamento del nesso causale hanno indotto Cass., 18 aprile 2005, n. 7997, in *Corr. giur.*, 2006, p. 257 ss., ad affermare che: «(...) nulla di definito emerge dalle fonti legislative, penali e civili, sul tema della causalità (...) e che, in realtà, quello del nesso causale, problema ermeneutico, pressoché insolubile sul piano della dogmatica giuridica pura, pare destinato

tale motivo, potrebbero sorgere delle difficoltà nello stabilire se il peggioramento delle condizioni di salute sia eziologicamente riconducibile alla condotta (omissiva o commissiva) del medico<sup>656</sup>, oppure se si sarebbe verificato indipendentemente da essa<sup>657</sup>.

La Corte di Cassazione ha dunque elaborato una serie di regole *ad hoc* proprio sul delicato tema dei criteri di accertamento e valutazione del nesso di causalità.

La teoria *sine qua non* (o della condizione necessaria)<sup>658</sup> identifica la causa in tutti quegli antecedenti senza i quali un dato evento non si verifica. Per la sussistenza del nesso causale, inoltre, è sufficiente che il danno derivi dallo svolgimento dell'attività medico-sanitaria, non necessariamente da determinate condotte colpose<sup>659</sup>.

Tale regola contrasta evidentemente con il principio legislativo dell'immediatezza di cui al menzionato art. 1223 c.c. secondo cui "il

---

inevitabilmente a risolversi entro i (più pragmatici) confini di una dimensione "storica", o, se si vuole, di politica del diritto».

<sup>656</sup> G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, cit., p. 84, mette in evidenza come le prestazioni sanitarie siano connotate da aleatorietà, ossia da incertezza sugli sviluppi ed esiti delle cure e trattamenti, dove il comportamento diligente, prudente e perito del debitore non può, di per sé, realizzare l'interesse del debitore. Dunque la mancanza di beneficio per il creditore non dimostra di per sé la violazione degli obblighi del debitore, in quanto può dipendere da circostanze estranee alla sfera d'azione di quest'ultimo, ad esempio dall'alea terapeutica.

<sup>657</sup> N. DE LUCA, M. FERRANTE e A. NAPOLITANO, *La responsabilità civile in ambito sanitario*, cit., p. 772.

<sup>658</sup> Cfr., ad es., Cass., 6 aprile 2006, n. 8096, in *Riv. giur. polizia*, 2006, 6, 739 e Cass. 21 dicembre 2010, n. 16123, cit. le quali, nell'accertare il nesso di causalità, il giudice deve applicare il principio della *condicio sine qua non*, di cui agli artt. 40 (che enuncia il principio di causalità) e 41 c.p. (che enuncia il principio delle concause) temperato da quello della regolarità causale. Secondo il principio dell'c.d. regolarità casuale il nesso di causalità va inteso in modo da ricomprendere anche i danni indiretti e mediati che si presentino come effetto. Ai fini del sorgere dell'obbligazione di risarcimento dunque, dal combinato disposto delle due norme summensionate emerge, da un lato, che l'azione del soggetto deve porsi come condizione necessaria dell'evento; dall'altro lato, che le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità se da sole sono in grado determinare l'evento. Per approfondimenti, cfr. R. CATALDI, P.M. STORANI, F. ROMANELLI, S. VAGNONI e C. MATRICARDI, *La nuova responsabilità del medico e della struttura sanitaria, dopo la la Riforma Gelli (L. 8 marzo 2017, n. 24)*, cit., p. 119 ss.

<sup>659</sup> G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, cit., p. 81.

risarcimento del danno per inadempimento deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta” (con conseguente esclusione che la causa del danno possa essere fatta risalire ad origine remote)<sup>660</sup>.

La giurisprudenza<sup>661</sup>, in ambito della responsabilità sanitaria e con riguardo l'accertamento della causalità (materiale)<sup>662</sup> di cui agli artt. 40 e 41 c.p., ha stabilito che il nesso eziologico presuppone che la condotta (commissiva od omissiva) della struttura e/o del medico, si ponga come antecedente necessario, anche in concorso con altri, della verifica dell'evento dannoso<sup>663</sup>.

---

<sup>660</sup> Il nesso di causalità materiale di cui agli artt. 40 e 41 c.p. verte sulla riconducibilità della condotta all'evento dannoso: deve considerarsi causa dell'evento «ogni comportamento antecedente (prossimo, intermedio, remoto) che abbia generato, o anche solo contribuito a generare l'evento», così, Cass., 12 settembre 2013, n. 20904, in *Guida dir.*, 2013, 43, 59. Il nesso di causalità giuridica (art. 1223 c.c.), invece, intercorre tra condotta illecita/evento dannoso e i danni da essi derivanti, ed è volto a selezionare le conseguenze risarcibili in favore del danneggiato (attiene dunque al *quantum*, determinabile in base all'art. 1223 c.c., che pone il limite delle “conseguenze immediate e dirette”). Cfr., su tutte, Cass., Sez. un., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Foro it.*, 94, 2, pp. 341/342 e 355/356. In dottrina, cfr. M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, in *Commentario c.c. Scialoja Branca*, sub art. 2043, 2056-2059, Bologna-Roma, 2004, p. 22 ss.; G. ALPA, M. BESSONE, V. ZENO ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, in *Trattato Rescigno*, 14, IV, Torino, 1999, p. 63 ss.; G. ALPA, *La responsabilità civile*, Milano, 1999, p. 316 ss., G. VISINTINI, *Trattato breve delle responsabilità civile*, Padova, 1999, 589 ss.; M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità materiale e il concorso di cause*, in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999, p. 301 ss. e A. VENEZIANO e E. GIANCOTTI, *La causalità nella responsabilità nella responsabilità extracontrattuale*, in P. CENDON (a cura di), *La responsabilità civile*, IX, Torino, 1998, p. 1 ss.

<sup>661</sup> Cass. 12 settembre 2013, n. 20904, cit.

<sup>662</sup> Secondo M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità materiale e il concorso di cause*, in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, cit., p. 306 ss., la causalità materiale è insita nel fatto illecito, mentre la causalità giuridica collega quest'ultimo con un fattore esterno, ovvero con le conseguenze pregiudizievoli che dall'illecito derivano.

<sup>663</sup> Cfr. la nota sent. Cass. pen., Sez. un., 11 settembre 2002 n. 30328 (c.d. sentenza Franzese), nell'ambito di un procedimento penale, dove veniva coinvolto un medico accusato di omicidio improprio, per aver causato la morte ad un paziente, in *Riv. it. dir. proc. it.*, 2002, 1133, commentata da R. BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale. Tra teoria e prassi*, Milano, 2004, p. 68 ss e p. 201 ss e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 246, con nota di M. CAPECCHI, *Nesso di causalità e perdita di chances: dalle Sezioni unite penali alle Sezioni unite civili*. La pronuncia in questione, tenuto conto che il nesso di causalità materiale va determinato a norma degli articoli 40 e 41 c.p., passa dalla «seria ed apprezzabile possibilità di successo» all'«alta ed elevata credibilità

In quest'ordine di idee, chi si affida alle cure del medico deve dimostrare, ove intenda conseguire la condanna del professionista intellettuale, o della struttura sanitaria e sociosanitaria, al ristoro dei danni per *mala praxi*, non solo il contratto e l'aggravamento della situazione patologica, ma anche il nesso causale tra l'evento infausto e l'attività del convenuto<sup>664</sup>. Resta a carico dell'obbligato (sia esso il sanitario o la struttura) la prova che la prestazione professionale, anche ove fosse stata eseguita in modo diligente, non avrebbe impedito l'esito infausto in quanto costituente un evento imprevisto ed imprevedibile (art. 1218 c.c.)<sup>665</sup>.

Il principio della *condicio sine qua non*<sup>666</sup>, inquadrante la relazione tra

---

razionale» e dalla probabilità statistica, alla probabilità logica. Nello specifico: *a.* si afferma la necessità che il nesso di condizionamento sia accertato con canoni di certezza processuale non dissimili da quelli utilizzati per gli altri elementi; *b.* si prendono le distanze sia dalla «seria ed apprezzabile probabilità di successo», quindi dalle leggi statistiche, sia dal «grado di probabilità prossimo alla certezza»; *c.* si precisa che nel giudizio controfattuale la legge statistica può soltanto rappresentare il punto di partenza di un più complesso giudizio di «probabilità logica», che rispetto alla probabilità statistica consente la verifica aggiuntiva dell'attendibilità dell'impiego della legge statistica al singolo evento, valutato secondo tutte le circostanze del caso concreto.

<sup>664</sup> Cfr. Cass., 24 maggio 2006, n. 12362, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 5, secondo cui «In tema di responsabilità dell'ente ospedaliero per inesatto adempimento della prestazione sanitaria, inquadrabile nella responsabilità contrattuale, è a carico del danneggiato la prova dell'esistenza del contratto e dell'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie), nonché il relativo nesso di causalità con l'azione o l'omissione dei sanitari, restando a carico di quest'ultimi la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile». In senso conforme: Cass. 11 novembre 2005, n. 22894, in *Danno resp.*, 2006, p. 214, secondo cui «sul punto la giurisprudenza di legittimità -condivisa da questo Collegio- ritiene pacificamente che la prova del nesso di causalità tra l'azione od omissione e l'evento sia a carico del danneggiato (...). E questo principio non soffre deroga in materia di responsabilità medica, restando a carico del paziente la prova dell'esistenza del contratto e dell'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'azione o dell'omissione» e Cass. 28 maggio 2004, n. 10297, *Giur. it.*, 2005, p. 1413. Di recente, Cfr. Cass. 27 settembre 2017 n. 9670, cit. e Trib. Milano, 23 agosto 2016, in *Rass. dir. farm.*, 6, 2016, p. 1304, secondo cui qualora il danneggiato agisca nei confronti del medico senza allegare l'esistenza di un contratto (d'opera professionale) con lo stesso concluso, deve ritenersi che il rapporto che si instaura con il professionista abbia natura extracontrattuale.

<sup>665</sup> Cass., 12 settembre 2013 n. 20904 cit. e, più di recente, Cass., 20 marzo 2015 n. 5590, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 6, 1907 (che richiama espressamente Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577 cit.).

<sup>666</sup> Sulle teorie della *condicio sine qua non*, F. PIRAINO, *il nesso di causalità*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2018, p. 399 ss.

condotta e danno secondo la logica del rapporto causa/effetto, nell'area medica-sanitaria evidenzia tuttavia tutti i suoi limiti, non offrendo certezze in ordine alla prova in una pluralità di casi suscettibili di frequente verifica, dovute al carattere probabilistico delle conoscenze scientifiche su cui si basa il giudizio<sup>667</sup>.

Parte della dottrina<sup>668</sup>, di conseguenza, ha sottolineato come non vi fosse la necessità di dimostrare il nesso casuale (artt. 40 e 41 c.p.), soprattutto laddove il rapporto tra il medico (con il quale il paziente abbia assunto obblighi contrattuali) e il paziente abbia natura contrattuale<sup>669</sup>. In tal caso, per agevolare il paziente sul piano dell'onere della prova, si è affermata la possibilità di ritenere presunto il nesso eziologico<sup>670</sup>.

---

<sup>667</sup> Che il nesso di causalità debba essere dimostrato in maniera rigorosa è stato ribadito da Cass. pen., Sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, in *Danno resp.*, 2003, p. 195, con commento di A. DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezze e accertamento*.

<sup>668</sup> R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, cit., p. 398 ss.

<sup>669</sup> Con la conseguenza che una volta dimostrato l'inadempimento del sanitario, materializzato nella non conformità della sua prestazione alle regole di comportamento riassunte nel modello dell'art. 1176, comma 2 c.c. (salva ovviamente la prova liberatoria dell'assenza di colpa, sotto specie di causa non imputabile dell'impossibilità della esattezza oggettiva della prestazione medica), il paziente/creditore debba limitarsi a provare i danni che sono conseguenza diretta e immediata, ex art. 1223 c.c., dell'inadempimento; diversamente, in ipotesi di responsabilità extracontrattuale il paziente deve provare oltre al danno ingiusto, materializzabile nella lesione del diritto alla salute, anche la colpa del medico ed il rapporto causale tra il comportamento medico e la lesione del diritto alla salute (c.d. causalità naturale, identicamente rilevante ai fini civili e penali secondo il disposto degli artt. 40 e 41 c.p.), per poi procedere ad individuare le conseguenze dannose risarcibili per il richiamo dell'art. 2056 all'art. 1223 c.c. In tali termini, R. DE MATTEIS, *o.u.c.*, p. 398 ss.

<sup>670</sup> In tal caso, dunque, si rappresenterebbe una responsabilità di tipo oggettivo: in questi termini, Cass., 13 ottobre 2017, n. 24073, cit., secondo cui «in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale, 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» (v. anche Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.; e Cass., 12 dicembre 2013, n. 27855 in *Diritto giust.* 2013).

Sul punto, erano intervenute le Sezioni unite della Cassazione<sup>671</sup>, stabilendo come il creditore sia semplicemente tenuto ad allegare e provare (ossia dedurre in giudizio) l'esistenza del contratto *ex art. 1218 c.c.*, ad allegare l'evento astrattamente idoneo a produrre il danno lamentato<sup>672</sup>, scaturente dall'esecuzione del rapporto curativo, senza necessità della prova del nesso di causalità. Secondo tale interpretazione, nel caso in cui si accerti che la condotta della struttura e/o del medico costituisce un antecedente causale astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato dal paziente, ma permanga l'incertezza circa la causa effettiva del danno, tale incertezza ricade sulla struttura e/o sul medico<sup>673</sup>. Spetterà al convenuto, infatti, «dimostrare o che inadempimento non vi è stato o che esso, pur essendo sussistente, non è stato la causa efficiente dei danni lamentati dall'attore»<sup>674</sup>.

Ciò comporta che anche «il mero dubbio sull'esattezza dell'inadempimento ricade necessariamente a carico dei convenuti»<sup>675</sup>. A tutela del paziente, dunque, le Sezioni unite<sup>676</sup> hanno affermato che la prova del nesso di causalità fra l'aggravamento della patologia (o

---

<sup>671</sup> Cass. Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit. La lite, che ha dato impulso a tale decisione, trae origine dall'azione di risarcimento danni proposta dal paziente a seguito dell'epatite C di cui era stato vittima per effetto delle trasfusioni praticategli in occasione di un intervento chirurgico. La Suprema Corte, in particolare, cassava la sentenza di merito che aveva posto a carico del paziente l'onere di provare che al momento del ricovero egli non fosse già affetto da epatite. I giudici di merito in quell'occasione, infatti, respinsero la domanda di risarcimento perché l'attore non riuscì a dimostrare (*ex art. 2697, comma 2, c.c.*) l'episodio costitutivo della pretesa dedotta nel processo civile, rappresentato dal rapporto eziologico fra l'empotrasfusione e la malattia epatica.

<sup>672</sup> Nello specifico, in ambito medico l'evento dannoso viene inteso come: *i.* la persistenza della patologia per cui si era richiesta la prestazione curativa; *ii.* L'aggravamento di detta patologia; *iii.* L'insorgenza di una nuova patologia diversa da quella oggetto della prestazione curativa (cfr. Cass. Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.; Cass., 16 gennaio 2009 n. 975, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 1, p. 68).

<sup>673</sup> Tale orientamento, tuttavia, è discredito da Cass. 26 febbraio 2013, n. 4792, in *Giust. civ. Mass.*, 2013 e da Cass., 18 luglio 2013, n. 17573, in *Dir. giust.*, 2013, secondo cui la disposizione di cui all'art. 2697 c.c., ponendo a carico dell'attore la prova degli elementi costitutivi della propria pretesa, non permette di ritenere che l'asserito danneggiante debba farsi carico della "prova liberatoria" rispetto al nesso di causa.

<sup>674</sup> Cass. Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

<sup>675</sup> Cass. 31 marzo 2016, n. 6209, cit.

<sup>676</sup> Cass. Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

l'insorgenza di nuove patologie) e l'azione o l'omissione dei sanitari non deve gravare sul paziente, bensì sul medico<sup>677</sup>.

Restando, tuttavia, sul tema dell'onere della prova del nesso causale, con una pronuncia recentissima<sup>678</sup> la Cassazione ha stabilito che il principio di vicinanza dell'onere della prova, di cui si è discusso nel precedente paragrafo, non coinvolge il nesso causale fra la condotta dell'obbligato e il danno lamentato dal creditore, rispetto al quale si applica la distribuzione dell'*onus probandi* di cui all'art. 2697 c.c. Tale disposizione, ponendo a carico dell'attore la prova degli elementi costitutivi della propria pretesa non permette, dunque, di ritenere che l'asserito danneggiante debba farsi carico della "prova liberatoria" rispetto al nesso di causa. Secondo tale orientamento giurisprudenziale, consolidatosi nei giudizi di risarcimento del danno da responsabilità medico-sanitaria, spetta al paziente danneggiato la dimostrazione del nesso causale tra la condotta del medico e il danno lamentato.

La giurisprudenza<sup>679</sup>, inoltre, nell'ottica di avvantaggiare il paziente-utente danneggiato sul difficile tema dell'accertamento della causalità omissiva<sup>680</sup>, ha creato la regola probatoria della "preponderanza

---

<sup>677</sup> Cfr. da ultimo, tuttavia, Cass., 19 luglio 2018, n. 19204, con nota di M. SUMMA, *Spetta al paziente danneggiato la dimostrazione del nesso causale tra la condotta del medico e il danno lamentato* in *Dir. giust.*, 128, 2018, p. 8, secondo la quale nei giudizi di risarcimento del danno da responsabilità medica, compete al paziente che si assuma danneggiato dimostrare l'esistenza del nesso causale tra la condotta del medico e il danno del quale chiede il risarcimento. In tale contesto, si osserva, il principio di vicinanza dell'onere della prova sancito dalle Sezioni unite non coinvolge il nesso causale fra la condotta dell'obbligato e il danno lamentato dal creditore, rispetto al quale si applica la distribuzione dell'*onus probandi* di cui all'art. 2697 c.c.

<sup>678</sup> Cass., 19 luglio 2018, n. 19204, in *Diritto giust.*, 2018.

<sup>679</sup> Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, cit.; Cass., 8 luglio 2010, n. 16123, cit.; Trib. Napoli, 10 luglio 2017, n. 7968, in *Ridare.it*, 2017. Sul tema, v. R. CAMPIONE, *L'accertamento del nesso eziologico nel contesto delle azioni di responsabilità*, in *Giur. comm.*, 2017, 1, p. 97.

<sup>680</sup> Per la causalità commissiva, il criterio utilizzato dalla giurisprudenza per stabilire se la condotta della struttura sanitaria (o del medico, ex art. 1228 c.c.) possa essere qualificata come antecedente causale senza il quale l'evento non si sarebbe verificato, è quello della causalità c.d. umana, N. DE LUCA, M. FERRANTE e A. NAPOLITANO, *La responsabilità civile in ambito sanitario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 4, 2017, p. 773.



dell'evidenza<sup>681</sup> (o “del più probabile che non”) la quale sostituisce il giudizio fondato sulla certezza o estrema verosomiglianza (“oltre il ragionevole dubbio”)<sup>682</sup>.

Nelle ipotesi di responsabilità medico-sanitaria, infatti, si pone in evidenza l'esigenza di tutelare il paziente allo scopo di evitare il rigetto della domanda risarcitoria, qualora non sia stata raggiunta la prova del fatto costitutivo sostanziatesi nel legame tra lesioni personali e *mala praxis*. L'autorità giudicante, in tal caso, non potendo trarre ausilio dalla rassicurante verità garantita dalle leggi universali, si «lascia trascinare»<sup>683</sup> dalla prova fondata sull'evidenza delle circostanze<sup>684</sup>.

In ossequio alla regola della “preponderanza dell'evidenza” (o “del più probabile che non”)<sup>685</sup>, essendo l'esercente la professione e l'ente

---

<sup>681</sup> Regola divenuta di costante applicazione a partire da Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 323, con nota di L. LOCATELLI: *Causalità omissiva e responsabilità civile del medico: credibilità razionale o regola “del più probabile che non”?*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 35, con nota di M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due «dimensioni di analisi»: non è censurabile la decisione del giudice del merito, il quale abbia ritenuto “più probabile che non” l'esistenza del nesso di causalità tra comportamento omissivo del sanitario e le lesioni subite dal paziente. Principio confermato da Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, cit., con nota di R. SIMONE, *Equivoci della causalità adeguata e contaminazione dei modelli di spiegazione causale*; v. altresì G. IADECOLA, *La spiegazione del nesso causale “più probabile che non” nelle pronunce della Cassazione: una possibile svolta verso (auspicato) posizioni di maggior equilibrio nella responsabilità civile del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, p. 849 ss.; ID., *La causalità nella responsabilità civile del medico*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2057 ss. Per la giurisprudenza successiva: Cass., 18 giugno 2012, n. 9927, in *Giust. civ.*, 2013, 2, I, p. 381.*

<sup>682</sup> R. CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria*, cit., p. 475. Secondo tale regole, nello specifico, incombe sul paziente l'onere di dimostrare che un tempestivo o diverso intervento da parte del sanitario avrebbe evitato l'aggravamento patologico o l'insorgenza di una nuova malattia.

<sup>683</sup> Così, R. CALVO, o.u.c., p. 475.

<sup>684</sup> Sulla tematica, cfr. A. FIORI, *Il criterio di probabilità nella valutazione medico-legale del nesso causale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1991, p. 34 secondo cui «Nessun stupore può dunque provocare la constatazione che, nella concreta esperienza medico-legale, il traguardo di diagnosi eziologiche che possono avvalersi del tranquillizzante criterio di sostanziale certezza è confinato ad un numero contenuto di casi, mentre in altre evenienze è indispensabile ricorrere a differenti criteri, basati sulla connessione logica dei dati, sull'esperienza, sulle conoscenze medico-biologiche, per giungere, al più, a giudizi di probabilità».

<sup>685</sup> Cfr. Cass. 22 ottobre 2013, n. 23933, in *Foro it.*, 2013, 12, I, 3419 che ha ribadito l'applicazione, in ambito civile, «della preponderanza dell'evidenza o del più probabile

ospedaliero tenuti a espellere l'attività professionale secondo i canoni di diligenza e perizia scientifica (configurandosi, l'obbligazione medica, come obbligazione di mezzi) il giudice, accertata l'omissione di tale attività, può ritenere che tale mancanza sia stata di per sé causa dell'evento lesivo<sup>686</sup>.

In altri termini, nel caso di mancata attuazione della condotta "dovuta" la sussistenza della relazione eziologica non può che essere ipoteticamente dedotta alla stregua di un criterio di prevedibilità oggettiva (desumibile da regole statistiche o leggi scientifiche)<sup>687</sup>, verificando se il comportamento omesso poteva, o meno, ritenersi idoneo – in quanto causalmente efficiente – ad impedire l'evento dannoso<sup>688</sup>. Con siffatto criterio, il rapporto

---

che non», precisando che il giudice civile potrà affermare l'esistenza del nesso causale tra illecito e danno «anche soltanto sulla base di una prova che lo renda probabile, a nulla rilevando che tale prova non sia idonea a garantire una assoluta certezza al di là di ogni ragionevole dubbio».

<sup>686</sup> In tema di comportamenti omissivi del personale medico, Cass. 26 gennaio 2010, n. 1538, in *Dir. econ. assicur.*, 2010, 4, 1263, ha avuto modo di pronunciarsi sulla tenuta della cartella clinica. In particolare, con specifico riguardo alle gravi lacune nella cartella clinica riscontrate dagli ausiliari, si richiama il principio secondo cui «in tema di responsabilità professionale del medico le omissioni nella tenuta della cartella clinica al medesimo imputabili rilevano, sia ai fini della figura sintomatica dell'inesatto adempimento, per difetto di diligenza, in relazione alla previsione generale dell'art. 1176 comma 2 c.c., sia come possibilità di fare ricorso alla prova presuntiva, poiché l'imperfetta compilazione della cartella non può, in linea di principio, tradursi in un danno nei confronti di colui il quale abbia diritto alla prestazione sanitaria»; cfr., al riguardo, anche Corte d'Appello di Napoli 26 aprile 2017, n. 1813, in *www.dejure.it*. Sul tema della cartella clinica e per una critica sull'orientamento giurisprudenziale secondo cui, in virtù del principio di vicinanza o di prossimità della prova, la difettosa tenuta della cartella clinica, non solo non esclude il nesso eziologico tra la condotta del medico e il danno patito, ma consente di ritenerlo accertato tramite il ricorso a presunzioni, cfr. V. OCCORSIO, *Cartella clinica e responsabilità medica*, P. CENDON (diretto da), Milano 2011.

<sup>687</sup> Per una definizione di "leggi scientifiche" e "leggi statistiche" alle quali può far ricorso il giudice nell'accertamento del nesso causale, cfr. M. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, cit. p. 67 e D. CHINDEMI, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria pubblica e privata*, cit., p. 383, il quale sostiene inadeguato enunciare il grado di probabilità statistico mediante coefficienti numerici (c.d. "probabilità statistica"), apparendo più corretto enunciarli in termini qualitativi (c.d. "probabilità logica").

<sup>688</sup> Cass., 8 luglio 2010, n. 16123, cit. Cfr. anche Cass. pen., 11 marzo 2008, n. 10795 (con nota di I. SARDELLA, *Quale responsabilità della struttura per i gesti auto lesivi del paziente: giurisprudenza di merito e di legittimità a confronto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 2, p. 1056), la quale ritiene che la "prevedibilità" debba essere intesa come

eziologico tra intervento maldestro e pregiudizio patito dall'infermo verrebbe a fondarsi non già sul complesso degli indizi raccolti nel corso dell'istruttoria – qualificati dai tratti esterni della gravità, precisione e concordanza – bensì su una regola statistica<sup>689</sup>, che andrebbero a surrogare i predetti indizi nella formazione della decisione<sup>690</sup>. Di conseguenza, deve escludersi dalla serie causale l'omissione di quella condotta che non sarebbe riuscita, in alcun modo, ad evitare l'evento<sup>691</sup>.

### **3.2 La copertura assicurativa obbligatoria per le strutture e per gli esercenti la professione sanitaria**

Ancor prima dell'entrata in vigore della l. Gelli-Bianco e del decreto Balduzzi era discussa l'opportunità di un intervento organico in materia di assicurazione della responsabilità civile in relazione all'attività medica-sanitaria delle strutture e degli esercenti le professioni sanitarie<sup>692</sup>, affinché

---

“rappresentabilità” dell'evento, mentalmente prospettabile alla luce delle conoscenze di settore. Per una rassegna esaustiva dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale sulla prevedibilità, cfr. C. BRUSCO, *La colpa penale e civile: la colpa medica dopo la l. 8 marzo 2017, n. 24 (Legge Gelli-Bianco)*, cit., p. 254 ss.

<sup>689</sup> Secondo C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, cit., p. 147, la formula “del più probabile che non” implica che «il danno si considera derivante da un fatto se le probabilità che il danno sia la conseguenza di quel fatto siano maggiori delle probabilità che non lo siano». L'A. pone l'esempio del paziente che muore dopo aver ricevuto una cura sbagliata: il danno si considera causato dalla colposa prestazione medica se le probabilità che la cura giusta avrebbe evitato la morte sono superiori al 50%.

<sup>690</sup> R. CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria*, cit., p. 476.

<sup>691</sup> Cass. 13 ottobre 2017, n. 24073, cit. In tale circostanza, la Corte affermò che l'esame biptico era richiesto come attività necessaria, proprio per confermare od escludere eventuali patologie del paziente, trattandosi di una condotta eziologicamente rilevante rispetto alla successiva scelta terapeutica di asportazione dell'organo, totale, invece che solo parziale. In senso conforme, in applicazione del principio “del più probabile che non”, Cass. Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, cit. e Cass., 8 luglio 2010, n. 16123, cit.

<sup>692</sup> La l. 24/2017 completa, sul piano legislativo, il sistema dell'assicurazione obbligatoria e si pone come l'ultimo atto normativo di un processo di lungo periodo che ha inizio alla fine degli anni Sessanta, con il d.P.R. 27 marzo 1969, n. 130, rubricato “Stato giuridico dei dipendenti ospedalieri”. Tale decreto, all'art. 29, introduce l'obbligo per le amministrazioni ospedaliere di garantire il personale dipendente dalle eventuali

l'utente danneggiato, che lamentasse un danno alla propria salute, o a quello di un proprio congiunto, potesse ottenere un ristoro per equivalente pecuniario<sup>693</sup>.

Lo strumento principale a cui la nuova l. 8 marzo 2017 n. 24 affida la centralità del sistema del risarcimento danni, tra crisi generale della sanità, incremento del contenzioso ed esigenza di evitare che gli effettivi danneggiati restino privi di tutela, risiede nell'art. 10 il quale, finalmente, stabilisce l'obbligo di assicurazione per la responsabilità civile verso terzi<sup>694</sup>, o di altre analoghe misure<sup>695</sup>.

Gli elementi necessari del contratto di assicurazione<sup>696</sup>, come noto, sono il premio – consistente nella somma di denaro che l'assicurato è tenuto a pagare – e l'obbligo dell'assicuratore di risarcire il danno lamentato dal danneggiato, strettamente connesso al rischio assicurato<sup>697</sup>. A tal riguardo, si osserva che l'art. 10, comma 7 l. 24/2017, nonostante rimandi ai decreti

---

conseguenze derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi, mediante la stipula di idonea copertura assicurativa. Sul tema, M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, cit., p. 34 e A. DURANTE, *L'assicurazione di responsabilità del professionista*, in *Resp. civ. prev.*, 1968, p. 119 ss. Mette in evidenza l'atteggiamento ondivago del legislatore sull'adozione dell'assicurazione obbligatoria, M. ANTINOZZI, *Riflessi assicurativi della responsabilità sanitaria*, in *Assicurazioni*, 1984, I, p. 38 ss.

<sup>693</sup> Su tale necessità, si rimanda a N. DE LUCA, *Assicurazione della responsabilità medica*, in *Assicurazioni*, 2008, I, p. 465 ss (p. 466, nt. 2); I. PARTENZA, *La nuova responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria*, Pisa, 2017, p. 29 ss.

<sup>694</sup> L'art. 1917 c.c. ("Assicurazione della responsabilità civile") definisce l'assicurazione r.c. l'attività nella quale «l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto. Sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi (comma 1)». Sulla funzione del contratto di assicurazione (secondo la "teoria indennitaria" e del "bisogno eventuale") cfr. L. FARENGA, *Manuale di diritto delle assicurazioni private*, Torino, 2014, p. 151 ss.

<sup>695</sup> Il riferimento legislativo alle «misure analoghe» all'assicurazione va inteso come alla c.d. autoassicurazione, ossia la ritenzione del rischio, con stanziamenti sui propri bilanci da parte della struttura. In argomento, M.T. CAMERA, *La previsione della copertura assicurativa obbligatoria per strutture ed operatori sanitari*, cit., p. 227. In argomento cfr. anche G. ROMAGNOLI, *Autoassicurazione della responsabilità medica: compatibilità con i principi di diritto interno ed europeo*, in *Danno resp.*, 2015, 4, p. 329.

<sup>696</sup> Sulla nozione giuridica del contratto di assicurazione, cfr. L. FARENGA, *Manuale di diritto delle assicurazioni private*, cit., p. 151 ss.

<sup>697</sup> M.T. CAMERA, *La previsione della copertura assicurativa obbligatoria per strutture ed operatori sanitari*, cit., p. 228.

attuativi la disciplina dei processi e dei requisiti minimi e uniformi dei contratti di assicurazione e le regole uniformi per la gestione del rischio clinico, ad oggi, non sono stati ancora emessi.

La novella all'art. 10 comma 1 ribadisce l'obbligo delle strutture sanitarie e sociosanitarie di essere provviste di idonea copertura assicurativa per la responsabilità civile verso terzi, nonché verso i prestatori d'opera. Tale obbligo, a tutela dei pazienti-utenti e di tutto il personale, come lo stesso comma afferma, era già previsto dall'art. 27, comma 1-*bis*, d.l. 24 giugno 2014 n. 90 (convertito in l. 11 agosto 2014, n. 114)<sup>698</sup>. Tale ultimo intervento normativo, si osserva, si è reso necessario per sopperire alle lacune introdotte dal d. Balduzzi il quale, in tema di obbligo assicurativo, non aveva esteso tale obbligo alle strutture sanitarie<sup>699</sup>.

Ad ogni modo, rispetto all'art. 27, comma 1-*bis*, del summenzionato d.l. 24 giugno 2014 n. 90, l'art. 10 l. 24/2017 precisa che la copertura assicurativa, o equivalente obbligatoria, deve risultare idonea a garantire il patrimonio assicurato anche per i danni cagionati dal personale, a qualunque titolo, operante presso le strutture (sanitarie o sociosanitarie, pubbliche o private), compresi coloro che svolgono attività di formazione, aggiornamento, nonché di sperimentazione e di ricerca clinica<sup>700</sup>.

---

<sup>698</sup> L'art. 27 comma 1-*bis* dispone per le aziende sanitarie, sia pubbliche che private, nonché per ciascuna struttura o ente che, a qualunque titolo, renda prestazioni sanitarie a favore di terzi, l'obbligo di fornire idonea copertura assicurativa per il personale sanitario dipendente.

<sup>699</sup> Sul punto, per un'analisi critica, cfr. M. GAGLIARDI, *Profili di rilevanza assicurativa nella Riforma «Balduzzi»: poca coerenza e scarsa attenzione al sistema*, cit., p. 772 ss.

<sup>700</sup> A tutela del paziente, già il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni in l. 14 settembre 2011, n. 148, aveva previsto l'obbligatorietà dell'assicurazione secondo cui «il professionista è tenuto a stipulare idonea assicurazione per i rischi derivati dall'esercizio dell'attività professionale» e, in attuazione di tale disposizione, il d.l. 15 settembre 2012, n. 158, convertito in l. 8 novembre 2012, n. 189 (decreto Balduzzi) all'art. 3, comma 2, per agevolare l'accesso alla copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie stabilisce l'idoneità dei relativi contratti in conformità a determinati criteri. Sulle difficoltà degli operatori a trovare una copertura

Si osserva, dunque, come la stessa legge precisa, innovando il regime previgente, che le strutture sanitarie e sociosanitarie sono tenute a stipulare, con oneri a proprio carico, idonee coperture assicurative non solo a tutela del proprio patrimonio, ma anche a tutela di quello degli esercenti le professioni sanitarie di cui le stesse si servono<sup>701</sup>. Tale secondo assunto, si riferisce alle ipotesi nelle quali gli esercenti siano ritenuti responsabili anche in proprio – come chiarito all’art. 7, comma 3, l. n. 24/2017, a titolo di illecito aquiliano – per le prestazioni rese a terzi<sup>702</sup>.

Grazie all’introduzione dell’obbligo della stipula di idonee coperture assicurative da parte delle strutture viene dunque garantita la loro r.c. verso terzi per la responsabilità sia per “fatto proprio” (*deficit* gestionale, carenza organizzativa, infezione nosocomiale, etc.)<sup>703</sup>, sia per fatto compiuto dagli operatori di cui la struttura si avvale, secondo il modello dell’assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta, *ex art.* 1891 c.c.<sup>704</sup>.

L’introduzione della copertura assicurativa obbligatoria delle strutture si caratterizza, certamente, come elemento di tutela dell’utente danneggiato che chiede il risarcimento dei danni a seguito di interventi infausti da parte

---

assicurativa, M. RODOLFI, *Il sostegno alle vittime nell’evoluzione del sistema indennizzi (Legge 08/03/2017, n. 24), Guida al diritto, Il Sole 24 ore*, 2017, 15, p. 64.

<sup>701</sup> In particolare, le polizze di assicurazione potranno prevedere una copertura a favore del patrimonio della struttura, sia per condotte dell’esercente connotate da colpa, lieve o grave, sia anche da dolo. Sul punto, v. M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (ddl Gelli)*, in *Danno resp.*, 2017, p. 86.

<sup>702</sup> N. DE LUCA, G.M. D’AIELLO e F. SCHIAVOTTIELLO, *L’assicurazione della responsabilità civile in ambito sanitario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 4, 2017, p. 790. L’obbligo di copertura si impone anche in capo alle strutture sanitarie e sociosanitarie per le prestazioni rese dagli esercenti la professione sanitaria, alle stesse legati in regime di libera professione intramuraria, ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale, nonché attraverso la telemedicina

<sup>703</sup> Sotto questo profilo è apparsa opportuna, in sede di passaggio al Senato, l’aggiunta del lemma “anche”, non presente nella versione approvata dalla Camera in prima lettura, e senza il quale non sarebbe risultato esplicitamente l’obbligo di garantire anche il rischio della r.c. per “fatto proprio della struttura”.

<sup>704</sup> In tale direzione, L. BUGIOLACCHI, *Le strutture sanitarie e l’assicurazione per la r.c. verso terzi: natura e funzione dell’assicurazione obbligatoria nella l. n. 24/2017 (Legge «Gelli-Bianco»)*, in *Resp. civ. prev.*, 3, 2017, p. 1032 ss.

dei sanitari o della struttura<sup>705</sup>, ma anche per essere strumento che, in ragione della natura ed oggetto della garanzia (che comprende anche la copertura, come ricordato, secondo lo schema dell'art. 1891 c.c., dei medici dipendenti) svolge una funzione di “tranquillizzazione”<sup>706</sup> del personale medico, in una prospettiva nella quale si è indubbiamente ritenuto più equo canalizzare la responsabilità, derivante da un giudizio di responsabilità del sanitario, verso le strutture, vale a dire verso quei soggetti più solvibili e che appaiono meglio in grado di prevenire il rischio di eventi avversi<sup>707</sup>.

La struttura, in definitiva, deve accollarsi non solo i costi economici della propria responsabilità *ex art.* 1218 c.c., ma anche dei danni cagionati a terzi dagli esercenti la professione sanitaria, nonché dei danni che questi ultimi sono tenuti a risarcire ai terzi, rispondendo del proprio operato *ex art.* 2043 c.c., a meno che tali danni non siano dovuti a colpa grave o dolo<sup>708</sup>.

Da questo punto di vista, a tutela della “persona assistita”<sup>709</sup>, non è

---

<sup>705</sup> L'assicurazione della responsabilità civile (o assicurazione contro la responsabilità civile) per brevità definita spesso r.c. (disciplinata dall'art. 1917 c.c.) è, infatti, una tipica forma di assicurazione del patrimonio. Nelle assicurazioni di cure mediche (c.d. assicurazioni sanitarie) l'obbligazione dell'assicuratore consiste nel tenere indenne il patrimonio dell'assicurato dagli oneri economici (spesso ingenti) determinati dalle spese necessarie per curare una malattia o un infortunio. Anche questa operazione rientra dunque nella tipologia delle assicurazioni del patrimonio. Sul tema, L. FARENZA, *Manuale di diritto delle assicurazioni private*, cit., p. 229.

<sup>706</sup> Espressione utilizzata da L. BUGIOLACCHI, *Le strutture sanitarie e l'assicurazione per la r.c. verso terzi: natura e funzione dell'assicurazione obbligatoria nella l. n. 24/2017 (Legge «Gelli-Bianco»)*, cit., p. 1032 ss.

<sup>707</sup> M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, cit. p. 42. Con l'obbligo assicurativo si evita il ricorso alla c.d. medicina difensiva cui fanno capo alcuni sanitari timorosi di essere citati in giudizio nel prescrivere esami, visite specialistiche ed analisi in eccesso o non necessarie o non utili per la cura del paziente. Tale comportamento del sanitario, eccessivamente cautelare (per non incorrere a qualche denuncia), è quindi basato sulla diffidenza e non sulla fiducia del rapporto instaurato tra il sanitario e la persona assistita e, oltre a costituire una violazione del codice deontologico, produce anche effetti negativi per l'aumento di tempo di una adeguata terapia e per una maggiore spesa sanitaria, M.T. CAMERA, *La previsione della copertura assicurativa obbligatoria per strutture ed operatori sanitari*, cit., p. 225.

<sup>708</sup> P. CORRIAS, *La copertura obbligatoria dei rischi relativi alla responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 6, 2017, p. 749.

<sup>709</sup> Nel novellato codice deontologico dei medici chirurgici e degli odontoiatri del 18 maggio 2014, è stata sostituita la parola «paziente» con la locuzione «persona assistita».

affatto esagerato, come è stato affermato dai primi commentatori, sostenere che «l'introduzione dell'obbligo assicurativo, con tutti i suoi annessi e connessi, costituisca autentico centro gravitazionale della riforma»<sup>710</sup>. La nuova legge, infatti, attribuisce un ruolo fondamentale all'attività di c.d. "gestione del rischio clinico"<sup>711</sup> il quale, nel settore sanitario, rappresenta l'oggetto dell'assicurazione ed è inteso come la probabilità che il paziente sia vittima di un evento avverso, ossia che subisca un danno o un disagio imputabile alle cure prestategli, che prolunghino la degenza, causando il peggioramento delle condizioni di salute o la morte<sup>712</sup>.

Al fine di realizzare un contenimento dei costi assicurativi, di individuare i profili di rischio e di adottare tutte quelle attività atte a prevenirlo, una corretta gestione del rischio clinico da parte delle compagnie assicurative diviene, dunque, essenziale<sup>713</sup>. In tale prospettiva, anche con lo scopo di migliorare la capacità di programmazione delle risorse finanziarie e di accantonamento delle riserve da parte delle strutture<sup>714</sup>, assume un ruolo centrale il Centro regionale per la gestione del

---

<sup>710</sup> In questo senso, testualmente, M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (ddl Gelli)*, cit., p. 75 ss.

<sup>711</sup> Basti pensare al rilievo dato dal comma 2 dell'art. 1, l. 24/2017 secondo cui «la sicurezza delle cure si realizza anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche ed organizzative». In ambito sanitario, il *risk management* (che nella letteratura economica rappresenta il sistema di gestione dei rischi di un'azienda) è costituito dall'insieme di due attività: il *risk management* aziendale (gestione dei rischi attraverso una pianificazione); il *clinical risk management* (prevenzione dei rischi nelle aree di attività). In argomento, R.F. IANNONE, *La responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco (legge 24/2017)*, 2017, cit., p. 61 ss.

<sup>712</sup> Cfr. l. 8 novembre 2012, n. 189, art. 3-bis (Gestione e monitoraggio dei rischi sanitari), di conversione del decreto Balduzzi, a partire del quale le attività necessarie alla gestione del rischio clinico sono state rese obbligatorie nelle aziende sanitarie.

<sup>713</sup> R.F. IANNONE, *La responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco (legge 24/2017)*, cit., p. 60 ss.

<sup>714</sup> L. VELLISCIG, *Autoassicurazione e rischio sanitario. Riflessioni critiche alla luce dell'esperienza statunitense*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 681 rileva che «il limite che oggi si riscontra nelle prassi interessate è quello per cui alcune strutture sanitarie, proprio per l'assenza di competenze adeguate, sembrano accantonare risorse utilizzando il criterio del costo dei premi pagati gli anni precedenti».



rischio sanitario (art. 2, comma 4, l. 24/2017) il quale, preposto a raccogliere dalle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche e private, i dati regionali sui rischi ed eventi avversi e sul contenzioso, può offrire informazioni e dati che possono rivelarsi molto utili per le strutture sanitarie, onde ottenere un quadro ed una rappresentazione del rischio da assumere<sup>715</sup>. Il rischio clinico<sup>716</sup>, rapportato alla responsabilità dell'operatore sanitario e della struttura sanitaria, in particolare, va ricondotto: da parte dell'esercente la professione sanitaria, ad un comportamento non corretto per l'inosservanza delle regole professionali da eseguire; da parte della struttura, ad una insufficiente ed inadeguata organizzazione<sup>717</sup>.

---

<sup>715</sup> L. BUGIOLACCHI *Le strutture sanitarie e l'assicurazione per la r.c. verso terzi: natura e funzione dell'assicurazione obbligatoria nella l. n. 24/2017 (Legge «Gelli-Bianco»)*, cit., p. 1032.

<sup>716</sup> Sul ruolo fondamentale all'attività c.d. "gestione di rischio" si v. l'art. 2, al comma 4 cit. il quale prevede che in ogni Regione venga istituito il «Centro per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente», il quale raccoglie dalle strutture pubbliche e private «i dati regionali sui rischi ed eventi avversi e sul contenzioso» affinché vengano trasmessi all'Osservatorio nazionale sulle buone pratiche in sanità, di cui all'art. 3 della legge. Già la legge di stabilità 2006 (l. 208/2015), in realtà, all'art. 539, comma 1, prevede un elenco di attività nelle quali deve declinarsi la funzione del *risk management*. Sulla gestione del sinistro in ambito sanitario, cfr. R.F. IANNONE, *La responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco (legge 24/2017)*, cit., p. 62 ss. e R. MARTUSCELLI, *Linee guida: percorsi dal merito alla legittimità per delineare profili di un diritto penale della medicina*, cit., p. 1, il quale sottolinea come «come viviamo in una società complessa in cui si registra l'aumento dei fattori di rischio conseguenti alle diverse attività umane, tanto che le diverse democrazie più avanzate si sono dotate di strumenti di controllo e prevenzione del rischio (...), tanto, in campo sanitario, ha suscitato la necessità di sviluppare un insieme di attività di rilevazione e gestione del rischio, definite nel complesso *risk management*, con l'obiettivo di prevenire e, comunque, ridurre per quanto possibile il verificarsi dell'errore medico, anche se i dati attualmente disponibili non appaiono sufficienti a dare un quadro completo ed esaustivo del fenomeno».

<sup>717</sup> I rischi non sono valutabili se determinati da eventi straordinari ed imprevedibili, sono valutabili *ex ante* ed il sanitario e la struttura devono informare il paziente su di essi per consentirgli, tenuto conto dell'età, del contesto sociale di appartenenza e delle condizioni di salute, di comprendere il suo stato di salute, le eventuali infermità che possono svilupparsi, il programma diagnostico da seguire e l'eventuale esito delle prestazioni erogate.

Ma la portata dell'innovazione della l. 24/2017 si comprende meglio se si ricorda l'ulteriore obbligo di copertura imposto in capo agli esercenti la professione sanitaria, operanti a qualunque titolo in strutture sanitarie o sociosanitarie<sup>718</sup>. Nello specifico, la normativa fa riferimento al personale medico e all'esercente la professione sanitaria che svolga la libera professione (art. 10, comma 2) al di fuori di una delle strutture sanitarie e sociosanitarie, che presti la sua opera all'interno della struttura in regime libero professionale (c.d. intramoenia), che si avvalga della struttura nell'adempimento della propria obbligazione contrattuale assunta con il paziente<sup>719</sup>.

Tale obbligo imposto agli esercenti la professione, infatti, permette di garantire l'efficacia all'azione diretta del soggetto danneggiato, nonché l'efficacia alle azioni recuperatorie di rivalsa (in sede civile) o di responsabilità amministrativa (innanzi alla Corte dei conti per danno erariale) della struttura o dell'assicuratore<sup>720</sup>, dovendo stipulare, con oneri

---

<sup>718</sup> Sull'obbligo di assicurazione delle strutture sanitarie pubbliche e private, cfr. D. CHINDEMI, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria pubblica e privata*, cit., p. 625 ss.

<sup>719</sup> Secondo l'art. 10, comma 2, in particolare, tale obbligo è esteso al sanitario: che offre, nell'ambito della posizione ricoperta, la sua competenza professionale in base al ruolo di appartenenza e con un rapporto di totale disponibilità lavorativa; che svolge attività di formazione permanente professionale per migliorare le sue competenze ed abilità cliniche e tecniche sulla base del progresso scientifico, nonché che svolge attività di aggiornamento successivo al corso di laurea per adeguare le conoscenze professionali per tutto l'arco della vita professionale (cfr. d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, art. 16-bis); che svolge attività di sperimentazione e di ricerca clinica per ragioni di ricerca di nuove terapie; al sanitario che espleta attività libero professionale intramurario nell'ambito della struttura in cui presta lavoro (cfr. l. 29 dicembre 1996, n. 662, art. 1, commi 10 e 11, nonché successiva l. 8 novembre 2012, n.189, la quale, all'art. 2, ha provveduto ad una ricognizione straordinaria degli spazi disponibili); che svolge attività professionale in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale mediante un atto pattizio (convenzione); che esercita l'attività attraverso la telemedicina (consistente, quest'ultima, nell'erogazione di servizi di assistenza sanitaria tramite il ricorso a tecnologie innovative in cui il sanitario e l'assistito non si trovano nella stessa località facilitando, in tal modo, l'accesso alle prestazioni sul territorio e consentendo un'adeguata assistenza nelle aree remote e disagiate).

<sup>720</sup> L'impresa di assicurazione ha diritto di rivalsa verso l'assicurato (l'esercente la professione sanitaria) nel rispetto dei requisiti minimi stabiliti con decreto ministeriale di cui al comma 6 dell'art. 10 da emanarsi entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge di riforma (art. 12, comma 3). L'art. 10 si limita ad enunciare l'oggetto

a proprio carico, un'adeguata polizza di assicurazione per dolo e colpa grave (art. 10, comma 3, l. 24/2017)<sup>721</sup>.

La stipula dell'idonea copertura assicurativa delle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche e private, deve contenere elementi conoscitivi relativi al massimale e alla franchigia<sup>722</sup>. La l. 24/2017, tuttavia, rimanda ai regolamenti di attuazione la determinazione dei requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche e private, e per gli esercenti le professioni sanitarie, ove dovranno essere individuate classi di rischio a cui far corrispondere massimali differenziati (art. 10, comma 6, l. 24/2017)<sup>723</sup>.

---

delle garanzie assicurative obbligatorie senza prevedere tuttavia il contenuto delle medesime. Il compito di definire la disciplina di dettaglio (ossia, in sostanza, il contenuto obbligatorio minimo della clausolazione e l'individuazione dei massimali minimi per classi di rischio), è affidato al citato decreto di cui al comma 6 dell'art. 10, di competenza del Ministro dello sviluppo economico, che dovrà essere emanato nel termine di concerto con il Ministro della salute e con quello dell'economia, previa intesa con la conferenza permanente Stato-Regioni, nonché sentiti l'Ivass, l'Ania e le associazioni nazionali rappresentative delle strutture sanitarie dei medici, nonché di quelle di tutela dei cittadini e pazienti.

<sup>721</sup> Sui possibili profili di responsabilità amministrativa dei vertici delle aziende sanitarie nella scelta degli strumenti alternativi alla copertura assicurativa, cfr. G. ROMAGNOLI, *Autoassicurazione della responsabilità medica: compatibilità con i principi di diritto interno ed europeo*, cit., p. 329.

<sup>722</sup> Sul tema della prescrizione del contraente, del premio e dell'attività assicurativa, cfr. A. DONATI e G. VOLE PUTZOLO, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2009, p. 113 ss. Il legislatore si è preoccupato, inoltre, di stabilire all'art. 10, comma 4, l. 24/2017, che le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private rendono palese le garanzie assicurative stabilendo, mediante pubblicazione sul sito internet, che venga resa nota la denominazione dell'impresa che presta la copertura assicurativa della responsabilità civile verso i terzi e verso i prestatori d'opera di cui al comma 1, indicando per esteso i contratti, le clausole assicurative ovvero altre analoghe misure che determinano la copertura assicurativa.

<sup>723</sup> V. SELINI, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in *Danno resp.*, 3, 2017, p. 306, «rinviene una potenziale criticità del sesto comma dell'art. 10, il quale, rimandando a un decreto futuro le definizioni delle garanzie assicurative e delle misure alternative, lascia le nuove previsioni in una situazione di pericolosa incertezza, certamente non favorevole per un mercato assicurativo già poco stabile e competitivo».

### 3.2.1 La tipizzazione della clausola *claims made* nel contratto assicurativo medico-sanitario (art. 11, l. 24/2017)

Una delle questioni più dibattute in tema di assicurazione della responsabilità professionale, è costituita dal peculiare atteggiarsi del sinistro, che non sempre si consuma istantaneamente, ma vede emergere il danno secondo una sequenza temporale non predefinibile<sup>724</sup>. Alla luce di tale stato di cose, a livello assicurativo, è sorta la prassi di introdurre nelle polizze di assicurazione della responsabilità professionale e, in particolare, nell'area della responsabilità sanitaria, le c.d. clausole *claims made* (letteralmente “a richiesta fatta”)<sup>725</sup>.

Siffatte clausole sono elaborate al fine di adattare lo schema negoziale dell'art. 1917 c.c. alle peculiarità dell'attività del professionista sanitario, con particolare riferimento alla valutazione dell'elemento del rischio e della durata della garanzia assicurativa. Ai sensi dell'art. 1917 c.c., comma 1, lo ricordiamo, l'assicuratore, verso il corrispettivo di un premio, si obbliga a tenere indenne l'assicurato di quando questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare al terzo per la “responsabilità dedotta in contratto”<sup>726</sup>.

---

<sup>724</sup> A. ANTONUCCI E F. MOLITERNI, *Rischio ed assicurazione nell'attività sanitaria*, in A. BELVEDERE e S. RIONDATO (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, in *Tratt. Bio-diritto* Rodotà-Zatti, Milano, 2011, p. 689.

<sup>725</sup> R. CAVALLO BORGIA, *L'assicurazione di responsabilità civile*, in R. CAVALLO BORGIA (a cura di), *Responsabilità e assicurazione*, in *Tratt. resp. civ.*, Franzoni, Milano, 2007, p. 83, fa notare che «l'esigenza di inserire all'interno del contratto detta clausola, così denominata *claims made*, è sorta, principalmente, al fine di determinare con certezza il momento del sorgere del sinistro. Il problema si è posto, in particolare, con riferimento a tutti quei casi in cui il sinistro si articola in più fasi, temporalmente distinte tra loro. E' l'esempio dell'assicurazione di responsabilità civile dei professionisti ovvero dell'assicurazione di responsabilità civile da prodotti difettosi»

<sup>726</sup> Sulla portata della locuzione «fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione» cfr. M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, p. 74 ss.; N. DE LUCA, *L'attuazione del rapporto assicurativo*, in R. CAVALLO BORGIA (a cura di), *Responsabilità e assicurazione*, in *Tratt. resp. civ.*, cit., p. 105 ss. e M. GAGLIARDI, «Atipicità» dell'assicurazione tra prassi assicurativa e copertura dei nuovi rischi, in G. COMANDÈ (a cura di), *gli strumenti della precauzione*, Milano, 2006, p. 193 ss. e, in giurisprudenza, Cass., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Giur. comm.*, 2017, 6, p. 983 (con nota di: P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni unite: un'analisi a tutto campo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, p. 656 ss., A. GUARNERI, *Le*

La norma, evidentemente, ha accolto il meccanismo c.d. *loss occurrence*<sup>727</sup>, secondo il quale con il contratto di assicurazione vengono garantiti all'assicurato, da parte dell'impresa di assicurazione, i sinistri verificatesi durante l'arco di vigenza della polizza, indipendentemente dal momento in cui essi vengono denunciati<sup>728</sup>.

La clausola *claims made*, quale elemento indefettabile dei contratti di assicurazione della responsabilità professionale medico-sanitaria, opera per una maggiore tutela dell'utente-paziente danneggiato che chiede di essere risarcito ed è preordinata a risolvere il problema derivante dallo iato temporale che può venirsi a creare tra il momento causativo del danno e quello in cui viene promossa l'azione risarcitoria.

Rispetto a quanto stabilito dall'art. 1917 c.c., comma 1, la copertura assicurativa con clausola *claims made* (c.d. pura) opera a condizione che la richiesta risarcitoria e la denuncia del sinistro siano formulate dal terzo e trasmesse all'assicuratore durante la vigenza della polizza<sup>729</sup>, ma non rilevando il fatto fonte di responsabilità (potendo, la richieste risarcitorie e le denunce del sinistro, essere riferite anche a fatti pregressi).

---

*clausole claims made c.d. miste tra giudizio di vessatorietà e di meritevolezza*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1238 ss. e S. VERNIZZI, *Le Sezioni Unite e le coperture assicurative «retroattive»*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 861) secondo cui tale limite temporale non si può identificare con la richiesta di risarcimento, bensì alla vicenda storica di cui l'assicurato deve rispondere.

<sup>727</sup> F. CESARINI, *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle «coverage trigger disputes»*, in *Dir. econ. assicur.*, 2010, p. 3 ss.

<sup>728</sup> Sul punto, M.T. CAMERA, *L'efficacia temporale della garanzia assicurativa*, cit., p. 233. Alcuni ritengono possibile la deroga dello schema *loss occurrence* rinvenibile dalla lettura dell'art. 1932 c.c. il quale dichiara inderogabili, se non in senso più favorevole all'assicurato, soltanto i commi 3 e 4 dell'art. 1917 c.c., lasciando, così, ampio spazio all'autonomia negoziale. Di tale opinione: A. LUBERTI, *Clausola claims made: un minoritario (e condivisibile) indirizzo giurisprudenziale*, in *Corr. merito*, 2010, p. 11 e E. BOTTIGLIERI, *Dell'assicurazione contro i danni, Commentario Schlesinger*, Milano, 2010, p. 271 ss.

<sup>729</sup> F. ONNIS CUGIA, *Responsabilità civile del medico, responsabilità della struttura sanitaria e contratto di assicurazione dopo la Legge Balduzzi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1751.

Sussiste, inoltre, *clausola claims made* c.d. mista o impura che, invece, limita l'operatività della polizza alle richieste di risarcimento pervenute da parte del danneggiato, durante il periodo di validità del contratto, a condizione che anche la vicenda storica da cui si è originato l'evento dannoso si sia verificata nel medesimo arco temporale, con possibilità di prevedere un effetto retroattivo della garanzia, temporalmente predeterminato (in genere due o tre anni dalla stipula del contratto)<sup>730</sup>.

Venendo alla nuova normativa, la l. 24/2017 introduce un ulteriore elemento di novità sotto il profilo della tutela dell'assistito e detta una importante regola proprio per la definizione del contenuto delle polizze di assicurazione nell'ambito della responsabilità medico-sanitaria. Più nello specifico, con riguardo all'efficacia temporale, l'art. 11 riconosce definitivamente la legittimità delle polizze con *clausola claims made*, nel settore medico-sanitario, nella sua forma c.d. pura<sup>731</sup>, spostando, di conseguenza, la *clausola claims made*, quale modello contrattuale elaborato dalla prassi assicurativa, dal terreno dell'atipicità a quello della sua tipizzazione<sup>732</sup>.

---

<sup>730</sup> V. FERRARI, *I contratti di assicurazione contro i danni e sulla vita*, in *Tratt. dir. civ. del C.N.N.P.* Perlingieri, Napoli, 29, 2011, p. 168.

<sup>731</sup> Per ulteriori approfondimenti sulle tipologie delle clausole *claims made* (miste, pure e i diversi *wording* negoziali), L. LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, in *Resp. civ. prev.* 2014, 3, p. 830. Sulla genesi storica della clausola cfr. V. CESARINI, *Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. econ. assicur.*, 2007, p. 799 ss. e M. MAZZOLA, *La copertura assicurativa claims made: origine, circolazione del modello e sviluppi normativi*, in *Eur. dir. priv.*, 3, 2017, p. 1012. Tramite le polizze assicurative *claims made* ("a richiesta fatta") c.d. pura, in particolare, la copertura del rischio viene temporalmente delimitata, garantendosi la responsabilità civile esclusivamente per le istanze di risarcimento che giungano per la prima volta all'assicurato dopo il perfezionamento del contratto, e dunque nel periodo di operatività della garanzia stessa, ma a prescindere dal momento in cui il danno sia stato causato. Sussiste una clausola c.d. impura o mista che, invece, limita l'operatività della polizza alle richieste di risarcimento pervenute da parte del danneggiato durante il periodo di validità del contratto, a condizione che anche la vicenda storica da cui si è originato l'evento dannoso si sia verificata nel medesimo arco temporale.

<sup>732</sup> G. MIOTTO, *Dalle Sezioni Unite alla Legge Gelli: la claims made dall'atipicità alla tipizzazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1390B. Sulla natura della clausola *claims made* nel contratto di assicurazione, cfr. M. GAZZARA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, Napoli, 2016, p. 88 ss. E' bene precisare che, comuauae, solo l'attuazione

L'art. 11, l. 24/2017 stabilisce che la garanzia assicurativa deve prevedere un'operatività temporale anche per eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo, purchè denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza. Il nuovo regime temporale, si osserva, non incide sugli elementi tipici del contratto di assicurazione<sup>733</sup> in quanto non elimina, né modifica, la natura del contratto, limitandosi, invece, a condizionare l'ambito di efficacia temporale della copertura assicurativa<sup>734</sup>.

Potremmo dunque giungere alla conclusione che, in base al combinato disposto degli artt. 1917 c.c. e 11, l. 24/2017, se il fatto generatore di responsabilità si verifica durante la vigenza del contratto, sarà sempre coperto a prescindere dall'epoca in cui viene denunciato. Per i fatti verificatisi nei nove anni precedenti alla stipula del contratto, la copertura opera se denunciati durante la vigenza del contratto<sup>735</sup>.

L'uso sempre più frequente della clausola *claims made* o “a richiesta fatta” nel contratto di assicurazione della responsabilità civile professionale ha indotto il formante giurisprudenziale<sup>736</sup> ad interrogarsi sul fondamento e

---

dei decreti attuativi preposti a fissare i requisiti minimi delle polizze potrà fornire un quadro più completo, anche a livello di operatività della clausola di estensione della garanzia assicurativa.

<sup>733</sup> Sul tema, L. FARENGA, *Manuale di diritto delle assicurazioni private*, cit., p. 151 ss.

<sup>734</sup> M.T. CAMERA, *La previsione della copertura assicurativa obbligatoria per strutture ed operatori sanitari*, p. 234.

<sup>735</sup> D. CHINDEMI, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria pubblica e privata*, cit. p. 636.

<sup>736</sup> Ad eccezione delle sentenze emesse nel 2016 dalle Sezioni Unite, nonché della recente sentenza, Cass. 28 aprile 2017, n. 10506, in *Ridare.it*. (con nota di U. CARNEVALI, *La clausola claims made e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità*, in *Contratti*, 2017, p. 383 ss.), le principali decisioni della Corte di vertice in materia di clausola *claims made*, possono ricondursi a: Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, in *Giur. it.*, 2006, p. 254 ss.; Cass. 22 marzo 2013, n. 7273, in *Contratti*, 2013, p. 884 ss., con nota di M. GAZZARA, *Annullamento del contratto di assicurazione per reticenza*, ivi; Cass., 17 febbraio 2014, n. 3622, in *Giur. it.*, 2014, p. 803 ss., con nota di F.A. MAGNI, *Più ombre che luci nel nuovo intervento della Suprema Corte sulla clausola claims made nei contratti di assicurazione*, in *Giur. it.*, 4, 2014, pp. 803-813.

sui limiti di tali clausole<sup>737</sup>.

In realtà, il problema relativo alla loro liceità, o meno, era stato oggetto di contrastanti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, ancor prima della tipizzazione prevista nell'art. 11, l. 24/2017<sup>738</sup>.

In un primo momento<sup>739</sup>, la Cassazione ha ritenuto la clausola *claims made* di carattere vessatorio poiché, rilevando la natura atipica del contratto di assicurazione, non sarebbe rientrante nella fattispecie astratta e tipica prevista dall'art. 1917 c.c.

Successivamente, mutando il suo precedente indirizzo<sup>740</sup>, la Suprema Corte ha precisato che la clausola *claims made*, pur non essendo vessatoria di per sé, può essere dichiarata nulla ex art. 2965 c.c., «quando sia applicabile la disciplina di cui al d.lgs. 206/2005, ossia quando si realizzi, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto». In sostanza, secondo la Cassazione, la validità della clausola deve essere oggetto di una indagine caso per caso da parte del giudice, sul piano della meritevolezza degli interessi, alla luce della postulata necessità che il contratto assicurativo realizzi le finalità e

---

<sup>737</sup> G. FACCI, *Le clausole claims-made ed i c.d. «fatti noti» nella successione di polizze*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 760 ss., secondo cui «a seguito della pronuncia delle Sezioni unite, si è formata una articolata elaborazione giurisprudenziale, culminata con recenti interventi della Cassazione, assai “demolitivi” del sistema *claims made*. Senza considerare, inoltre, che sulle polizze della r.c. professionale era già intervenuta l’Autorità garante per la concorrenza e il mercato, la quale aveva auspicato – a fronte di possibili vuoti di copertura della garanzia delle polizze *claims made* – l’introduzione, per le imprese assicuratrici, di un obbligo di legge di offrire sul mercato anche polizze prive della clausola c.d. *claims made*».

<sup>738</sup> Sulle perplessità circa la liceità della clausola *claims made*, cfr. F. CESARINI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, in *Dir. econ. assicur.*, 2011, p. 501; V. ALLAVENA, *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2016, p. 952 ss.

<sup>739</sup> Cass. 15 marzo 2005, n. 5624 cit., con note di R. SIMONE, *Assicurazione claims made, sinistro (latente) e dilatazione (temporale) della responsabilità civile* e di C. LANZANI, *Clausole claims made: legittime, ma vessatorie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 153.

<sup>740</sup> Cass., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140 cit. e Cass. Sez. un., 2 dicembre 2016, n. 24645, in *Assicurazioni* 2016, p. 9140, *Ex multis*, M. FERMEGLIA, *Le Sezioni Unite confermano se stesse sulla natura della clausola claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 619 ss. e App. Torino, 14 luglio 2016, n. 1201.



l'utilità per le quali l'assicurato lo ha inteso stipulare<sup>741</sup>. Il vero *punctum dolens*<sup>742</sup> consiste, in altre parole, nell'individuare il limite oltre il quale i contraenti non potevano spingersi senza alterare l'essenza del contratto di assicurazione.

Con una recente pronuncia<sup>743</sup>, la Suprema Corte, offrendo ulteriori spunti di riflessione in materia di clausola *claims made* nell'ambito della responsabilità medico-sanitaria, ha sollevato una questione problematica in termini di coerenza rispetto al dato normativo di recente emanazione (art. 11, l. 24/2017).

In proposito, è stato affermato che «la clausola c.d. *claims made*», inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile stipulato da una azienda ospedaliera, per effetto della quale la copertura esclusiva è prestata solo se tanto il danno causato dall'assicurato, quanto la richiesta di risarcimento formulata dal terzo, avvenga nel periodo di durata dell'assicurazione, è un patto atipico immeritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, comma 2 c.c.<sup>744</sup>, in quanto realizza un ingiusto e sproporzionato vantaggio dell'assicuratore e pone l'assicurato in una condizione di interminata e non controllabile situazione»<sup>745</sup>. Il ragionamento della Suprema Corte, come si può facilmente dedurre, è volto a tutelare il paziente danneggiato il quale, avendo subito ripercussioni da un errore del medico, o dalla negligenza di un professionista, potrebbe anche non attivarsi immediatamente.

---

<sup>741</sup> M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, cit., p. 76.

<sup>742</sup> Così, testualmente, Cass. Sez un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit.

<sup>743</sup> Cass. 28 aprile 2017, n. 10506, cit.

<sup>744</sup> Sul giudizio di meritevolezza nel mercato assicurativo, cfr. L. MEZZASOMA, *Meritevolezza e trasparenza con riferimento alla distribuzione di prodotti assicurativi*, in L. MEZZASOMA, A. BELLUCCI, A. CANDIAN, P. CORRIAS, S. LANDINI e E. LLAMAS POMBO (a cura di), *La Banca-Assicurazione*, cit., p. 177 ss. e V. RIZZO, *Principio di trasparenza e tutela del "contraente debole"*, p. 47 ss, in L. MEZZASOMA, A. BELLUCCI, A. CANDIAN, P. CORRIAS, S. LANDINI, E. LLAMAS POMBO (a cura di), *La Banca-Assicurazione*, cit.

<sup>745</sup> Sulla valutazione di meritevolezza dell'atto, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3° ed., Napoli, 2006, p. 337.

Ciò accade, soprattutto, nell'ambito dell'assicurazione medica dove esistono alcune patologie postume e latenti, evidenti solo a distanza di tempo<sup>746</sup>. Allo stesso modo, l'errore di un professionista potrebbe essere noto solo a polizza ormai scaduta, con la conseguenza che la richiesta risarcitoria potrebbe essere avanzata con ritardo rispetto alla vigenza della polizza assicurativa.

In definitiva, ciò che avvicina la decisione da ultimo segnalata ai precedenti arresti delle Sezioni unite, pur nella diversità dell'esito decisorio, è la necessità di operare, in tema di clausola *claims made*, un vaglio di meritevolezza dell'assetto di interessi<sup>747</sup>, in concreto, onde accertare se tale clausola sia diretta a soddisfare e realizzare gli interessi dell'assicurato<sup>748</sup>. In tal senso, è corretto affermare che la meritevolezza è un giudizio e deve investire non il contratto, ma il risultato con esso perseguito.

La questione è delicata, in quanto il problema, in realtà, è quello di stabilire la «bontà» dell'assicuratore, cioè la sua utilità per l'assicurato. Su questo piano la valutazione riguarda la meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti attraverso la clausola in esame (art. 1322 c.c.): una

---

<sup>746</sup> Si discorre di “danni lungolatenti”, ossia di danni che vedono una notevole distanza tra il verificarsi dell'evento (inadempimento del professionista) e il danno in concreto (data la considerevole difficoltà di individuare per ciascuna ipotesi il fatto generatore del danno). Così S. LANDINI, *L'assicurazione della responsabilità civile verso i prestatori d'opera*, in *L'assicurazione della responsabilità civile verso prestatori d'opera e «nuovi danni al lavoratore»*, S. LANDINI, M.P. MONACO e C. SILVESTRI (a cura di), Napoli, 2016, p. 17. Sui danni “lungolatenti” cfr. anche L.T. MARSELLA, A. FEOLA e E. BERNARDEL, *Luci ed ombre delle polizze assicurative per responsabilità professionale medica con clausola claims made*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 715 ss.

<sup>747</sup> Per un'analisi del giudizio di meritevolezza concernente la clausola *claims made*: G.VOLPE PUTZOLU, *Assicurazione responsabilità civile dei professionisti e clausola claims made. La sentenza della Suprema Corte a sezioni unite*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2016, p. 317 ss., A. GUARNERI, *Le clausole claims made c.d. miste tra giudizio di vessatorietà e giudizio di meritevolezza*, cit. p. 1238 ss.; G. FACCI, *Le clausole claims made e la meritevolezza di tutela*, ivi, 2016, p. 1136 ss.; R. FORNASARI, *La meritevolezza della clausola claims made*, ivi, 2017, p. 1372 ss. e M.C. PERCHINUNNO, *Il controllo di meritevolezza nelle clausole claims made*, in *Contratto impr.*, 33, 2017, p. 746 ss.

<sup>748</sup> M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, cit., p. 77.

valutazione imposta dalla constatazione che esse innestano nel contratto una nota non conforme al tipo legale»<sup>749</sup>.

### 3.2.2 L'azione diretta del paziente-utente danneggiato

Strettamente connesso all'istituto del sistema assicurativo obbligatorio si pone l'azione diretta del danneggiato, disciplinata dall'art. 12 della l. Gelli-Bianco<sup>750</sup>, quale presidio teso a rafforzare il sistema di tutele del paziente-utente<sup>751</sup>. Tale azione si mostra modellata su quella già da tempo prevista nel settore della responsabilità civile automobilistica (art. 144 cod. ass.)<sup>752</sup> e permette ai pazienti-utenti danneggiati di agire direttamente anche nei confronti delle compagnie di assicurazione (della struttura sanitaria o del professionista), fermo comunque l'obbligo di tentare previamente la mediazione obbligatoria di cui

---

<sup>749</sup> E. DEL PRATO, *Assicurazione della responsabilità professionale e tutela del professionista contro clausole vessatorie e pratiche commerciali scorrette*, in *Ann. SISDIC*, 2017, p. 1.

<sup>750</sup> Ai sensi dell'art. 12, l. 24/2017 l'azione diretta è riconosciuta al danneggiato «nei confronti dell'impresa di assicurazione che presta la copertura assicurativa alle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche e private di cui al comma 1 dell'art. 10 e all'esercente la professione sanitaria di cui al comma 2 del medesimo art. 10». In proposito, M. GAGLIARDI, *Profili di rilevanza assicurativa nella riforma "Balduzzi": poca coerenza e scarsa attenzione al sistema*, cit. p. 775, si interroga «se la responsabilità medica o sanitaria sia oggi paragonabile alla r.c. auto, soprattutto nel senso di sottosistema della responsabilità civile dotato di una certa autonomia di disciplina, in cui più precisamente la disciplina della responsabilità viene disegnata anche in funzione del nuovo obbligo di assicurazione (...)».

<sup>751</sup> Secondo Cass. 5 dicembre 2011, n. 26019, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1526 e ID., 20 aprile 2007, n. 9516, le disposizioni di legge che consentono al danneggiato di agire direttamente nei confronti dell'assicuratore del responsabile civile, in quanto proprie di uno statuto normativo speciale, costituiscono norme di carattere eccezionale.

<sup>752</sup> L'azione diretta alla vittima di danni derivante dalla circolazione stradale era stata introdotta dalla l. n. 990/1969 sull'assicurazione obbligatoria della r.c. auto, ed ora prevista dall'art. 144 cod. ass. Su tale ultima disposizione, v. tra i tanti, M. ROSSETTI, *sub. art. 144*, in *Commentario breve di diritto delle assicurazioni*, a cura di G. VOLPE PUTZOLU, II ed., Padova, 2013, p. 574 ss.; A. SPENA, *sub. art. 144*, in *Il codice delle assicurazioni private*, II, (diretto da) CAPRIGLIONE F., Padova, 2007, p. 464 ss.; M. TOGLIATTO, *Procedure liquidative*, in *Commentario al codice delle assicurazioni*, (a cura di) M. BIN, Padova, 2006, p. 425 ss.; A. LA TORRE, *Azione diretta e assicurazione*, in *Scritti di diritto assicurativo*, Milano, 1979, p. 507 ss.

all'art. 5 del d.lgs. 28/2010<sup>753</sup>.

Le disposizioni dell'art. 12 si applicano a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 6 dell'art. 10, con il quale sono determinati i requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e sociosanitarie e per gli esercenti le professioni sanitarie<sup>754</sup>. In virtù dell'art. 12, comma 2, non sono opponibili al danneggiato, per l'intero massimale di polizza, le eccezioni derivanti dal contratto diverse da quelle stabilite dal decreto di cui all'art. 10, comma 6<sup>755</sup>: eventuali limitazioni di responsabilità e franchigia diverse da quelle stabilite nel decreto attuativo, potranno essere quindi fatte valere dall'assicuratore nei confronti della struttura<sup>756</sup>.

Entrambe le discipline (azione diretta per responsabilità r.c. auto e azione diretta per responsabilità medico-sanitaria civile) muovono dalla logica di bilanciamento tra esigenze creditorie e di salvaguardia del patrimonio del debitore, nonché dalla finalità di garanzia di un'adeguata tutela risarcitoria del danneggiato per il tramite della diretta "aggressione", da parte di questo, di un soggetto – l'impresa di assicurazione – normalmente solvibile<sup>757</sup>.

---

<sup>753</sup> O, in via alternativa, dell'espletamento di un accertamento tecnico preventivo di cui all'art. 696-bis c.p.c. Su tali profili processuali del sistema, si rinvia a M.A. ZUMPARO, *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 4, 2017, p. 280 ss.

<sup>754</sup> Sulle problematiche relative all'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'impresa di assicurazione, cfr. D. CHINDEMI, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria pubblica e privata*, cit., p. 640 ss.

<sup>755</sup> Per BUGIOLACCHI, *Le strutture sanitarie e l'assicurazione per la r.c. verso terzi: natura e funzione dell'assicurazione obbligatoria nella l. n. 24/2017 (Legge «Gelli-Bianco»)*, cit., p. 1032 ss., «la particolarità del regime di inopponibilità delle eccezioni contrattuali che è presente nella l. 24/2017, è che l'inopponibilità non è tendenzialmente assoluta, ma pare limitata, nel senso che saranno opponibili al terzo danneggiato quelle eccezioni, derivanti dal contratto, ulteriori e diverse rispetto a quelle che verranno stabilite dal citato decreto di cui al comma 6 dell'art. 10».

<sup>756</sup> D. CHINDEMI, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria pubblica e privata*, cit., p. 642.

<sup>757</sup> M.P. GASPERINI, *L'azione diretta nei confronti dell'impresa assicuratrice*, in G. CARPANI, G. FARES (a cura di), *Guida alle nuove norme sulle responsabilità nelle professioni sanitarie*, cit., p. 239.

Tale diritto dell'utente danneggiato evidentemente è funzionale ad un più celere e sicuro ristoro del danno subito<sup>758</sup>, finalità, quest'ultima, logicamente collegata al regime obbligatorio previsto per il sistema assicurativo<sup>759</sup>. La previsione dell'azione diretta del danneggiato sarebbe, infatti, priva di effettività allorché la struttura sanitaria non fosse dotata di una polizza assicurativa, ma avesse optato, ad esempio, per un regime di autoassicurazione<sup>760</sup>.

Di conseguenza, in tale ultimo caso, la scelta dell'azienda sanitaria peserebbe in termini negativi sul soggetto danneggiato, al quale sarebbe precluso il diritto di esercitare l'azione diretta, potendo lo stesso contare sul solo accantonamento di riserve operato dalle strutture<sup>761</sup>. In tal guisa, inoltre, tale azione diviene ontologicamente non praticabile allorché la struttura sanitaria abbia adottato (art. 10, comma 1) «altre misure analoghe per la responsabilità civile verso terzi e verso i prestatori d'opera».

In ambito medico-sanitario, l'azione diretta del danneggiato è esercitata entro il limite del massimale nei confronti dell'impresa di assicurazione

---

<sup>758</sup> Già dottrina risalente, G. FANELLI, *I problemi fondamentali dell'assicurazione della responsabilità civile per i rischi della strada con riferimento al progetto governativo*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, p. 598, in tema di azione diretta, rilevava come le assicurazioni obbligatorie e l'attribuzione dell'azione diretta, il diritto formale del danneggiato al risarcimento si trasforma nella sicurezza sostanziale della riparazione, contribuendo così a sdrammatizzare il rapporto ed accelerando la traduzione in termini di civile confronto dell'accesa contrapposizione degli interessi in gioco.

<sup>759</sup> Sul tema delle procedure liquidative, dell'azione diretta e dell'indennizzo diretto, cfr. L. FARENGA, *Manuale di diritto delle assicurazioni private*, cit., p. 241 ss.

<sup>760</sup> In proposito, cfr. M. GAGLIARDI, *I riflessi dell'autoassicurazione (e dell'obbligo di assicurazione) sul mercato e sulle logiche assicurative*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 1219 ss., osserva come «le forme di autoassicurazione delle aziende sanitarie e delle Regioni (...) si basano soprattutto sulla autovalutazione di rischi che, almeno in una prima fase, potrebbe non risultare necessariamente obiettiva o fondata su una serie sufficiente di dati e, per di più, di dati rilevanti». Con l'autoassicurazione l'assicurato, invece che trasferire il rischio all'esterno, sull'impresa assicurativa, procede autonomamente ad accantonare le riserve necessarie a far fronte a potenziali richieste di danni.

<sup>761</sup> M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, cit., p. 89. Cfr. anche L. VELLISCIG, *Autoassicurazione e rischio sanitario. Riflessioni critiche alla luce dell'esperienza statunitense*, cit., p. 666 ss., spec. p. 674, il quale offre un quadro completo delle dinamiche autoassicurative, assicurative e di gestione diretta del rischio, affermando che astrattamente il fattore che guida le scelte effettuate dalle aziende sanitarie di alcune regioni è quello dell'efficienza economica.

che presta la copertura assicurativa alla struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica e privata e all'esercente la professione sanitaria, senza preventivamente dover citare quest'ultimi<sup>762</sup>.

La l. Gelli-Bianco introduce, dunque, anche per la responsabilità medico-sanitaria, una disciplina che si discosta da quella dell'assicurazione ordinaria della responsabilità civile di cui all'art. 1917 c.c., il quale non prevede l'azione diretta del terzo danneggiato nei confronti dell'assicuratore del danneggiante, ma solo la possibilità che il danneggiante richieda all'assicuratore di adempiere direttamente l'obbligazione indennitaria nei confronti del danneggiato (art. 1917, comma 2 c.c.)<sup>763</sup>.

Con riguardo alla legittimazione soggettiva, tale azione ne individua una tutela rafforzata. Nel disciplinare la legittimazione attiva all'azione diretta, l'art. 12 della l. 24/2017, infatti, recupera la medesima nozione di "danneggiato" utilizzata dall'art. 144 c.a., con la conseguenza che, così come per la responsabilità civile automobilistica, anche in materia di

---

<sup>762</sup> Sulla base dell'art. 12, comma 4, l. 24/2017, inoltre, come accade nell'ambito della r.c. auto, all'attribuzione dell'azione diretta nei confronti dell'assicuratore del responsabile, si accompagna anche la partecipazione, a titolo di litisconsorte necessario (art. 102 c.p.c.), della struttura sanitaria o dell'esercente la professione sanitaria nel giudizio promosso dal danneggiato nei confronti dell'impresa assicuratrice. Sull'istituto del litisconsorzio necessario, cfr., in generale, G. COSTANTINO, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli, 1979; ID., voce *Litisconsorzio*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, 1990; G. FABBRINI, voce *Litisconsorzio*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 810 ss.; V. DENTI, *Appunti sul litisconsorzio necessario*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, p. 14 ss.; S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile*, Milano, 1993; L. ZANUTTIGT, *Litisconsorzio*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 41 ss.

<sup>763</sup> Secondo la dottrina dominante in materia di r.c. auto, l'attribuzione dell'azione diretta nei confronti dell'assicuratore del danneggiante comporta che alla semplice legittimazione del danneggiato a richiedere e ricevere la prestazione, secondo quanto prescritto dal citato art. 1917, comma 2 c.c., si aggiunga la legittimazione a richiedere tale prestazione direttamente in giudizio. Pertanto, in generale, si ritiene che il danneggiato sia titolare di un diritto autonomo di natura sostanziale nei confronti dell'assicuratore, cui corrisponde l'obbligo di quest'ultimo di pagare a lui direttamente il risarcimento. Di tale opinione, G. CASTELLANO, *Assicurazione obbligatoria dei veicoli a motore e dei natanti*, in *Digesto IV ed., Disc. priv., Sez. civ.*, I, 1987, p. 369; L. STANGHELLINI, *I diritti del danneggiato e le azioni di risarcimento nella assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, Milano, 1990, p. 37; M. FERRARO, *Il sistema dell'assicurazione dei veicoli a motore: verso la riforma*, in *Ass.* 1990, I, p. 716; A. ALIBRANDI, *Assicurazione obbligatoria rca e surroga assicurativa*, in *Arch. circolaz.*, 1992, p. 641.

responsabilità medico-sanitaria può ritenersi che per danneggiato debba intendersi non solo il paziente che abbia direttamente subito gli effetti pregiudizievoli della condotta dolosa o colposa dell'esercente la professione sanitaria (“strutturato” ovvero libero professionista), ma anche qualunque soggetto che lamenti un danno, patrimoniale e non, eziologicamente riconducibile all'evento avverso<sup>764</sup>.

Invero, ancorchè faccia valere la responsabilità aquiliana *ex art. 2043 c.c.* della struttura o del medico dipendente, il soggetto danneggiato diverso dal paziente può agire direttamente nei confronti dell'impresa assicuratrice in forza dell'obbligo, di fonte legale, gravante sulla struttura e sul libero professionista, di provvedersi di copertura assicurativa mediante stipula di una polizza per responsabilità civile verso «terzi»<sup>765</sup>. In altri termini, l'obbligo assicurativo *ex lege* della struttura sanitaria e del libero professionista sanitario riguarda qualunque danno derivante dall'attività medico-sanitaria, ricomprendendo sia i danni da responsabilità contrattuale recati al paziente, sia i danni da responsabilità extracontrattuale recati ad altri soggetti.

Mutuando, dunque, anche con riferimento a tale aspetto, i risultati dell'esperienza applicativa dell'azione diretta r.c. auto, può affermarsi la sussistenza di una legittimazione attiva in capo al coniuge ed ai parenti del paziente<sup>766</sup>, i quali potranno agire *iure hereditario* in caso di morte, nonché

---

<sup>764</sup> Per una più ampia trattazione di tali profili problematici, cfr. M. HAZAN, *L'azione diretta verso l'assicuratore (e il regime delle eccezioni e della rivalsa)*, in F. GELLI, F. HAZAN e D. ZORZIT (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit., p. 612 ss.

<sup>765</sup> In base a quanto stabilito, infatti, dall'art. 10, comma 1, l. 24/2017, le strutture sanitarie sono obbligate a stipulare polizze che garantiscono la loro r.c. verso terzi, sia che si tratti di responsabilità “per fatto proprio” (carezza organizzativa, infezione nosocomiale, etc.), sia per fatto compiuto dai soggetti menzionati i quali, nella qualità di operatori di cui la struttura si avvale al fine di adempiere alle prestazioni contrattualmente assunte con il paziente, in caso di eventuale condotta colposa generano, mediante il meccanismo di cui all'art. 1228 c.c., generano la responsabilità “vicaria” della struttura.

<sup>766</sup> Tale legittimazione, ai sensi della l. 20 maggio 2016, n. 76, spetta anche al soggetto eventualmente legato al paziente da unione civile, ossia al convivente *more uxorio*, cui la giurisprudenza riconosce il diritto al risarcimento patrimoniale e non patrimoniale da fatto

*iure proprio* per far valere il diritto al ristoro del danno patrimoniale e non patrimoniale prodottosi nella rispettiva sfera giuridica<sup>767</sup>.

Va segnalato, inoltre, come la possibilità di esperire l'azione risarcitoria direttamente nei confronti dell'impresa assicuratrice del danneggiante, non esclude, naturalmente, che il soggetto interessato possa convenire in giudizio la struttura sanitaria o il professionista responsabile, introducendo un'azione "normale"<sup>768</sup>.

A tal proposito, il rapporto tra azione diretta e azione "ordinaria" è stato oggetto di plurimi arresti della giurisprudenza di legittimità (sempre con riguardo all'azione diretta r.c. auto), la quale ha avuto modo di affermare come l'azione diretta non sia preclusa al danneggiato laddove questi abbia precedentemente agito nei confronti del solo responsabile del danno<sup>769</sup>, ed inoltre che il danneggiato possa proporre le due azioni anche cumulativamente, nell'ambito dello stesso processo, in ragione della connessione oggettiva sussistente tra le stesse.

La connessione deriva, nella fattispecie, dalla comunanza di *petitum* tra le domande, entrambe aventi ad oggetto il risarcimento del danno, mentre diverso è il titolo, costituito dalla legge relativamente all'azione diretta, dal fatto illecito, relativamente all'azione "ordinaria" (riconducibile ad inadempimento contrattuale in caso di azione per responsabilità medico-sanitaria esercitata dal paziente, ad illecito extracontrattuale in caso di

---

illecito, purchè sia dimostrata la stabilità della relazione e la mutua assistenza morale e materiale (così, sempre in materia di danni da sinistri stradali, Cass., 7 giugno 2011, n. 12278, in *Resp. civ.*, 2011, p. 629; Cass., 16 settembre 2008, n. 23725, in *Danno resp.*, 2008, p. 1170; Cass., 28 marzo 1994, n. 2988, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 1366).

<sup>767</sup> La giurisprudenza, ad es., in materia di RC auto, ha riconosciuto la legittimazione all'azione diretta contro l'impresa di assicurazione anche al datore di lavoro, in relazione al pregiudizio subito per l'invalidità temporanea del dipendente (v., ad es., Cass. 15 settembre 2003, n. 13549, in *Arch. giur. circolaz.*, 2004, p. 922 e, più recentemente, Trib. Milano 19 settembre 2016, in *De jure*).

<sup>768</sup> M.P. GASPERINI, *L'azione diretta nei confronti dell'impresa assicuratrice*, cit., p. 245.

<sup>769</sup> Cfr. Cass., 28 maggio 2007, n. 12376, in *Guida dir.*, 2007, 10, 38, la quale esclude che la previa proposizione dell'azione *ex art.* 2054 c.c. nei confronti del responsabile civile, comporti un'implicita rinuncia a valersi dell'azione diretta.



azione esercitata da soggetto danneggiato, diverso dal paziente-utente)<sup>770</sup>. L'obbligazione del responsabile e quella dell'impresa di assicurazione sono legate dal vincolo di solidarietà entro il limite del massimale, con tutto ciò che ne consegue in punto di applicabilità della disciplina propria delle obbligazioni solidali<sup>771</sup>.

Anche in caso di contenzioso in materia medico-sanitaria, dunque, ben potrà il danneggiato agire in giudizio chiedendo la condanna al risarcimento del danno nei confronti del responsabile e della compagnia assicuratrice, in solido tra loro. Si avrà, in questo caso, proposizione cumulativa di due diverse azioni fondate, rispettivamente, sugli artt. 1218 e 1228 c.c. (o 2043 c.c.), e sull'art. 12 della l. 24/2017<sup>772</sup>.

Ai sensi del comma 5 dell'art. 12, infine, l'azione diretta del danneggiato contro l'impresa di assicurazione è soggetta ad un termine di prescrizione pari a quello dell'azione contro la struttura o il professionista sanitario responsabile. Aldilà della diversa formulazione testuale, la nuova normativa sulla responsabilità medico-sanitaria continua a muoversi sulla scia del legislatore della r.c. auto<sup>773</sup>, assoggettando l'azione diretta al medesimo termine prescrizione dell'azione "ordinaria"<sup>774</sup>, coerentemente

---

<sup>770</sup> M.P. GASPERINI, *L'azione diretta nei confronti dell'impresa assicuratrice*, cit., p. 245.

<sup>771</sup> Sulla disciplina delle obbligazioni solidali in caso di proposizione dell'azione diretta in via successiva rispetto all'azione contro il responsabile, cfr. F. MARTINI e M. RODOLFI, *sub. art. 144*, in *Codice delle assicurazioni private*, A. CANDIAN e G. CARRIERO (a cura di), Napoli, 2014, p. 624.

<sup>772</sup> In tal senso, con riferimento al rapporto tra azione aquiliana e azione diretta r.c. auto, v. Cass., 12 febbraio 1998, n. 1471, in *Arch. giur. circ.*, 1998, p. 333.

<sup>773</sup> Sui dubbi interpretativi di tale disposizione, sul tema della prescrizione, cfr. N. DE LUCA, G.M. D'AIELLO e F. SCHIAVOTTIELLO, *L'assicurazione della responsabilità civile in ambito sanitario*, cit., p. 806, secondo i quali tali perplessità non possono essere risolte con l'ausilio della corrispondente previsione in materia di r.c.a.

<sup>774</sup> A tal proposito, si evidenzia che il termine di prescrizione del diritto da esercitare verso la struttura non coincide con quello da esercitare verso gli operatori sanitari, stante la diversa natura della responsabilità di tali soggetti: contrattuale per la struttura e, di norma, extracontrattuale per gli esercenti la professione sanitaria (che non abbiano assunti obblighi contrattuali con il paziente). In tale contesto, la novella introduce un sistema secondo il quale l'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore del danneggiante si prescrive in dieci anni se l'azione principale è esercitata verso la struttura sanitaria, in cinque anni se è esercitata verso l'esercente. Quando l'azione è

con l'idea di fondo per cui il danneggiato, nell'aggredire direttamente la compagnia assicuratrice, fa valere, entro il limite del massimale della polizza, il medesimo diritto che vanta nei confronti del responsabile<sup>775</sup>.

### 3.3 Aspetti sulla risarcibilità dei danni alla luce della l. 24/2017

In merito alla risarcibilità del danno, va osservato come la l. 24/2017 preveda la possibilità di personalizzare il medesimo, attraverso modalità c.d. "depunitive"<sup>776</sup>.

Nello specifico, il più volte richiamato art. 7, comma 3, della l. 24/2017, prevede che nella determinazione del risarcimento del danno subito dal paziente, il giudice debba tener conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria, alla luce delle buone pratiche clinico-assistenziali e delle raccomandazioni previste dalle linee guida, nonché dell'art. 590-*sexies* c.p. (responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario)<sup>777</sup>.

In tal caso, se non sussistono i presupposti per l'affermazione della responsabilità penale del medico, perché imperito ma comunque osservante delle linee guida, il risarcimento potrà essere diminuito, pur

---

contestualmente esercitata nei confronti sia della struttura che dell'esercente, l'eventuale prescrizione del diritto verso l'esercente la professione sanitaria non assume rilievo concreto nei confronti dell'assicuratore, che sarà comunque obbligato a tenere indenne e a garantire la struttura sanitaria. In tal senso, N. DE LUCA, G.M. D'AIELLO e F. SCHIAVOTTIELLO, o.u.c., p. 807.

<sup>775</sup> M.P. GASPERINI, *L'azione diretta nei confronti dell'impresa assicuratrice*, cit., p. 245.

<sup>776</sup> D. CHINDEMI, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria pubblica e privata*, cit., p. 651. Per una panoramica sul sistema risarcitorio alla luce del nuovo art. 7, comma 3, l. 8 marzo 2017, n. 24 e sulla personalizzazione del risarcimento del danno, cfr. U. PERFETTI, *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del Consenso informato*, cit., p. 359 ss.

<sup>777</sup> In argomento, N. DE LUCA, G.M. D'AIELLO e F. SCHIAVOTTIELLO, *L'assicurazione della responsabilità civile in ambito sanitario*, cit., p. 751 ss.

mantenendo ferma la responsabilità civile nei confronti del danneggiato<sup>778</sup>. Questa determinazione della misura del pregiudizio risarcibile sulla base degli elementi desumibili dalla condotta dell'operatore sanitario ex art. 7 comma 3, deve essere coordinata con il comma successivo, il quale stabilisce che il danno<sup>779</sup> conseguente all'attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell'esercente la professione, è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private (emanato con d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209)<sup>780</sup>.

Le ipotesi di risarcimento scaturenti da responsabilità extracontrattuale (a cui è chiamato a rispondere il medico dipendente), come noto, sono previste dagli articoli 2043 c.c. e seguenti del codice civile. L'art. 2043 c.c., nello specifico, prevede il risarcimento del danno patrimoniale scaturente da fatto illecito<sup>781</sup>, mentre l'articolo 2059 c.c. prevede il risarcimento del danno non patrimoniale<sup>782</sup>, sempre scaturente da fatto

---

<sup>778</sup> Sui danni derivanti da responsabilità medica, cfr. P. RUSSO e S. ROSSI, *I nuovi danni da responsabilità medica*, Milano, 2013 e M. SELLA, *La quantificazione dei danni da malpractice medica*, Milano, 2009.

<sup>779</sup> Analizza le tipologie di tutela e le loro sfumature funzionali in ragione della natura patrimoniale o non patrimoniale del danno, G. ANZANI, *Il danno non patrimoniale da fatto illecito*, in *Il caso, rivista online*, 2016, 15 dicembre 2016, p. 2.

<sup>780</sup> Sulla necessità di coordinamento dei commi 3 e 4 della norma in commento insiste più volte C. MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, cit., p. 754 ss.

<sup>781</sup> Come noto, esso si compone del danno emergente e del lucro cessante: sul lucro cessante v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., p. 132, secondo cui, a differenza del danno emergente, esso è un danno che concerne una ricchezza non conseguita dal danneggiato. Sul danno emergente: A.TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, ed. XIX, Milano, 2009, p. 855 ss. si riferisce al danno emergente in termini di «diminuzione del patrimonio del danneggiato (in conseguenza, ad esempio, della distruzione di una sua cosa, della riduzione del suo valore d'uso e/o del suo valore di scambio, ecc...)»; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), Milano, 1991, p. 636 ss. specifica trattasi esso di «diminuzione economica in sé considerata»; secondo L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA e F.D. BUSNELLI, *Diritto civile*, in *Obbl. Contr.*, III, Torino, 1999 p. 154, il danno emergente «è quello che deriva dal fatto stesso dell'inadempimento» e F. GALGANO, *Diritto privato*, ed. X, Padova, 1999, p. 212 ne parla in termini di «perdita subita dal creditore».

<sup>782</sup> Esso viene inteso come categoria unitaria che comprende le sottocategorie di danno biologico, morale ed esistenziale ed è definito danno atipico perché risarcibile solo nei casi stabiliti dalla legge e nelle ipotesi in cui derivi dalla lesione di diritti inviolabili tutelati. In argomento, D. CHINDEMI, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria*

illecito e relativo, dunque, alla responsabilità extracontrattuale<sup>783</sup>.

Come si analizzerà subito a seguire, tuttavia, la l. Gelli-Bianco conferma la risarcibilità del danno non patrimoniale anche in ipotesi di inadempimento contrattuale (a cui è chiamata a rispondere tanto la struttura sanitaria, quanto il medico con cui il paziente abbia assunto obbligazioni contrattuali, ex art. 7, comma 3)<sup>784</sup>.

A tutela del paziente-utente danneggiato, infatti, l'obiettivo da perseguire, nella liquidazione del danno non patrimoniale, è sempre quello di individuare una somma risarcitoria congrua: vale a dire un importo che, a prescindere da chi siano i soggetti danneggianti ed alla stregua della coscienza sociale, si presti a tradurre in termini economici il complessivo nocumento patito dalla vittima nella propria sfera personale<sup>785</sup>.

Prevedendo l'art. 7, comma 4, l. 24/2017 che il risarcimento del danno (conseguente all'attività della struttura e dell'esercente la professione) operi sulla base delle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, in tema di risarcimento del danno alla salute<sup>786</sup>, è

---

*pubblica e privata*, cit., p. 649 ss. In giurisprudenza, in merito alla quantificazione dei danni non patrimoniali, cfr. il principio ribadito da Cass., 23 settembre 2013, n. 21716, in *Diritto giust.*, 2013, 24 settembre, secondo cui il carattere unitario della liquidazione del danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. preclude la possibilità di un separato ed autonomo risarcimento di specifiche fattispecie di sofferenza patite dalla persona (danno alla vita di relazione, danno estetico, danno esistenziale, ecc.) che costituirebbero vere e proprie duplicazioni risarcitorie.

<sup>783</sup> Sui profili risarcitori del danno da responsabilità medica, cfr. D. CHINDEMI, o.u.c., p. 649 ss.

<sup>784</sup> Secondo C.M. BIANCA, *Il diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., p. 123, il significato di danno si specifica in tre distinte nozioni: come evento lesivo; come effetto economico negativo; come liquidazione pecuniaria dell'effetto economico negativo.

<sup>785</sup> V. ROSSETTI, *Il danno non patrimoniale. Cos'è, come si accerta, come si liquida*, Milano, 2010, p. 151, il quale afferma che «il principio secondo cui il risarcimento deve coprire tutto il danno, e nulla più del danno, impone che la liquidazione del danno non patrimoniale sia “equa”: che essa, cioè, né si riduca ad una somma di denaro che, anche secondo la coscienza comune, appaia irrisoria rispetto alla gravità del pregiudizio; né, per converso, ammonti a cifre astronomiche per modesti inconvenienti».

<sup>786</sup> La norma sancisce 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 articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, integrate, ove necessario, con la procedura di cui al comma 1 del predetto art. 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per

possibile affermare che il sistema di valutazione previsto dal codice delle assicurazioni, inizialmente confinato al campo dei sinistri stradali, sia ora esteso al settore della responsabilità medico-sanitaria, secondo quanto previsto dall'art. 3, comma 3 del decreto Balduzzi<sup>787</sup> e ribadito, da ultimo, appunto, dalla l. Gelli-Bianco<sup>788</sup>. In questi casi, si nota, è la legge a prevedere specifici criteri di liquidazione (artt. 138 e 139 cod. ass.), con la conseguenza che tali tabelle normative si pongono in termini di specialità rispetto all'art. 1226 c.c.<sup>789</sup>.

Data, infatti, l'esigenza che l'ordinamento assicuri una tutela per quanto possibile eguale delle vittime, mediante l'adozione di parametri unitari che valgano a garantire una valutazione uniforme del danno risarcibile, è stato ritenuto opportuno ricavare tale criterio di uniformità dalla recente legge sulle assicurazioni private attraverso l'estensione della sua applicazione anche nel campo della responsabilità medica<sup>790</sup>.

La nuova disciplina ha dettato, nello specifico, i criteri di liquidazione dei danni biologici da circolazione stradale, suscettibili di accertamento

---

tener conto delle fattispecie da esse non previste afferenti alle attività di cui al presente articolo». Sui criteri di liquidazione del danno non patrimoniale, cfr. L.A. SCARANO, *La quantificazione del danno non patrimoniale*, Torino, 2013.

<sup>787</sup> Secondo cui «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 codice delle assicurazioni private 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 tenere conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti all'attività di cui al presente articolo».

<sup>788</sup> Il contenuto delle due disposizioni è pressochè identico: le uniche differenze risiedono sul fatto che l'art. 7, comma 4, l. Gelli-Bianco prevede l'estensione del risarcimento del danno conseguente all'attività non solo all'esercente la professione ma anche alle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche e private; con riferimento al danno risarcibile, rispetto al decreto Balduzzi, l'art. 7 l. 24/2017 elimina l'assunto "biologico".

<sup>789</sup> Di tale opinione G. CHIRIATTI, *L'applicazione temporale delle tabelle di Milano e di quelle normative (artt. 130 e 139 cod. ass.)*, in *Ridare.it*, 2018, secondo cui, sulla base dei criteri risarcitori di cui agli artt. 137 e 138 cod. ass., il concetto di "equità" assume dei contorni specifici proprio nella responsabilità civile in ambito automobilistico e sanitario.

<sup>790</sup> Sulle opportunità delle modalità di definizione dei risarcimenti e di approvazione di tabelle che, riducendo la discrezionalità delle valutazioni giurisdizionali del danno biologico, rendessero più certo e stimabile in anticipo l'ammontare del risarcimento del danno dovute alle compagnie, cfr. P. FRATI, P. FRATI, F.B. BUSARDÒ, E. DE DOMINICIS e V. FINESCHI, *La Riforma legislativa della responsabilità sanitaria: ovvero le convergenze parallele del dualismo interpretazione versus applicazione*, cit., p. 0340B ss.

medico-legale, prevedendo l'adozione di una tabella unica nazionale che distingue il danno biologico<sup>791</sup> a seconda che si tratti di lesioni di lieve, o di non lieve entità, e mediante l'applicazione di determinati parametri riferiti all'invalidità della vittima<sup>792</sup>. Il riferimento agli artt. 138 e 139 cod. ass. priv. ha la funzione, pertanto, di introdurre nel sistema della responsabilità medico-sanitaria un criterio di quantificazione dell'ammontare del risarcimento che, pur essendo meccanicamente determinato, può essere eccezionalmente aumentato avuto riguardo alle condizioni soggettive del danneggiato, o all'incidenza della menomazione su specifici aspetti dinamico-relazionali personali. Si tratta in tutti e due i casi di una personalizzazione, a tutela del paziente-danneggiato, giustificata dalla necessità di adeguare la misura del risarcimento all'effettività del danno subito<sup>793</sup>.

Secondo la disposizione di cui all'art. 7, comma 4, l. 24/2017, le tabelle ex artt. 138 e 139 cod. ass. le quali distinguono, rispettivamente, l'ipotesi di «danno biologico per lesioni di non lieve entità» (art. 138) e quella di «danno biologico per lesioni di lieve entità» (art. 139)<sup>794</sup>, sono estese a ogni tipo di danno subito dal paziente (non solo biologico), dando luogo,

---

<sup>791</sup> Sul danno biologico risarcibile ai sensi dell'art. 2059 c.c., cfr. A. FASANO, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 232 ss., spec. p. 245: l'A. rappresenta l'esigenza di quantificare in maniera uniforme le voci di lesione alla salute o danno biologico, spesso non attuata dai tribunali.

<sup>792</sup> La riforma delle tabelle di Milano, ispirata all'esigenza di voler tradurre nella prassi i principi enucleati a seguito dell'intervento monofilattico della Cassazione con le sentenze c.d. San Martino del 2008 – che hanno ridefinito il danno non patrimoniale –, prevede la personalizzazione del danno biologico e di quello morale. In argomento, G. CHIRIATTI, *L'applicazione temporale delle tabelle di Milano e di quelle normative (artt. 130 e 139 cod. ass.)*, cit., *passim*.

<sup>793</sup> U. PERFETTI, *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del Consenso informato*, cit., p. 359 ss.

<sup>794</sup> Secondo l'art. 139 cod. ass., per lesioni di "lieve entità" si intendono le lesioni che comportano menomazioni alla integrità psicofisica comprese tra 1 e 9 punti percentuali. Per lesioni di "non lieve entità" (art. 138 c.a.) si intendono, invece, quelle che comportano menomazioni alla integrità psicofisica, comprese tra 10 e 100 punti percentuali. Nelle more, tuttavia, dell'approvazione della tabella di cui all'art. 138 cod. ass. (rimasto ancora inattuato), per la quantificazione dei pregiudizi di non lieve entità il giudice dovrà utilizzare le tabelle di Milano anche in ambito automobilistico e sanitario.

per quanto riguarda la responsabilità della struttura sanitaria e degli operatori sanitari, a una liquidazione forfettaria<sup>795</sup>.

Se si analizza, infatti, più da vicino il comma 4 dell'art. 7, ci si rende conto come il legislatore abbia voluto eliminare l'aggettivo "biologico" dalla tipologia dei danni risarcibili, rispetto alla disciplina previgente di cui all'art. 3 del decreto Balduzzi mantenendo, così, un'accezione generale di danno<sup>796</sup>.

Poiché, tuttavia, le tabelle previste dagli artt. 138 e 139 cod. ass. si riferiscono al solo "danno biologico", rimane dubbio<sup>797</sup> come debba essere risarcito l'eventuale danno non patrimoniale, che sfugge a qualunque logica tariffaria in quanto valutabile solo in riferimento alla situazione soggettiva di ciascun paziente<sup>798</sup>.

Altro aspetto innovativo della l. Gelli-Bianco, rispetto alla l. Baduzzi che prevedel'applicazione degli artt. 138 e 139 cod. ass. al solo danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria (art. 3), la nuova l. 24/2017 ne estende espressamente l'applicabilità anche

---

<sup>795</sup> E. MOSCATI, *La nuova responsabilità sanitaria: prime impressioni di un civilista*, cit., p. 170.

<sup>796</sup> N. DE LUCA, G.M. D'AIELLO e F. SCHIAVOTTIELLO, *L'assicurazione della responsabilità civile in ambito sanitario*, cit., p. 785.

<sup>797</sup> Ad incrementare le varie diatribe interpretative, si osserva, gli articoli che prevedono l'adozione delle tabelle normative di valutazione del danno non patrimoniale da lesione alla salute provocate da sinistri stradali e da responsabilità sanitaria, sono stati recentemente oggetto di una riforma attuata con la l. 4 agosto 2017, n. 124 (legge annuale per il mercato e la concorrenza, pubblicato in G.U. il 14 agosto ed entrata in vigore il 29 agosto) attraverso l'art. 1, comma 17, per quanto riguarda l'art. 138 cod. ass., e tramite il successivo comma 19 per quel che concerne l'art. 139. In particolare, le rubriche degli artt. 138 e 139 cod. ass., non più riferite al danno biologico, sono state sostituite con la nuova denominazione «danno non patrimoniale per lesioni di lieve entità (art. 139)» e «danno non patrimoniale per lesioni di non lieve entità (art. 138)». Per una completa disamina della l. 4 agosto 2017, n. 124, cfr. P. ZIVIZ, *Le modifiche al sistema tabellare di cui agli artt. 138 e 139 cod. ass. introdotte dalla legge sulla concorrenza*, in *Resp. civ. prev.*, 5, 2017, p. 1774B ss. In particolare, la l. 24 agosto 2017, al fine di garantire il diritto delle vittime dei sinistri a un pieno risarcimento del danno non patrimoniale effettivamente, prevede che appositi d.P.R. adottino Tabelle Uniche Nazionali per il risarcimento del danno non patrimoniale per lesioni di non lieve entità (art. 138) e per lesioni di lieve entità (art. 139).

<sup>798</sup> In particolare, rappresenta l'incertezza della disposizione, E. MOSCATI, *La responsabilità civile della struttura e dell'operatore*, cit., p. 170.

all'attività della struttura, sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata<sup>799</sup>. Tanto il medico, responsabile in via extracontrattuale, quanto la struttura, responsabile contrattualmente, devono, dunque, essere parimenti assoggettati ai criteri risarcitori previsti dalle tabelle introdotte dai citati artt. 138 e 139 cod. ass., pur trattandosi di forme di responsabilità differenti<sup>800</sup>, con conseguente venir meno del doppio binario per la liquidazione dei danni, derivanti da *malpractice* medica<sup>801</sup>.

Da questo punto di vista, la l. 24/2017 sembra aver implicitamente risolto il problema del risarcimento del danno non patrimoniale derivante da inadempimento contrattuale che, nel settore medico-sanitario, si è visto gravare sulla struttura o sull'esercente la professione con cui il paziente abbia assunto obbligazioni contrattuali<sup>802</sup>. Infatti, come precedentemente osservato, la norma sul danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.)<sup>803</sup> è dettata nell'ambito della disciplina della responsabilità extracontrattuale<sup>804</sup>. Questa

---

<sup>799</sup> La disposizione introdotta dal decreto Balduzzi contenuta nell'art. 3, comma 3, così recita: «il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, integrate, ove necessario, con la procedura di cui al comma 1 del predetto art. 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste afferenti alle attività di cui al presente articolo».

<sup>800</sup> E. MOSCATI, in *La nuova responsabilità sanitaria: prime impressioni di un civilista*, cit., p. 170, fa notare come questa liquidazione forfettaria del danno appaia compatibile con la natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria, mentre lo è, forse un poco meno, per quanto riguarda la responsabilità civile degli esercenti la professione sanitaria. Infatti, la diversa natura giuridica delle due responsabilità avrebbe dovuto comportare anche l'applicazione di diversi criteri a seconda che si trattasse di struttura sanitaria, ovvero di operatori sanitari.

<sup>801</sup> Secondo E. MOSCATI, o.u.c., p. 170, invece, la differente natura giuridica delle due responsabilità, avrebbe dovuto comportare anche l'applicazione di diversi criteri a seconda che si trattasse di struttura sanitaria o di operatori sanitari.

<sup>802</sup> Sul danno non patrimoniale contrattuale, tra gli altri, C. AMATO, *Danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., agg.*, VI, Torino, 2011, p. 302; F. TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008 e V. TOMARCHIO, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2009.

<sup>803</sup> Sul problema della risarcibilità del danno non patrimoniale, cfr. A. FASANO, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 87 ss.

<sup>804</sup> Secondo il principio generale di tale norma, il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge e, tali casi, si riconducono a quelli in cui il fatto generatore del danno ha natura di reato (art. 185, comma 2, c.p.). Solo la sussistenza



collocazione, in particolare, in passato era giustificata principalmente dall'idea che i danni morali risarcibili erano esclusivamente quelli derivanti da reato<sup>805</sup>.

Il danno non patrimoniale derivante dall'inadempimento dell'obbligazione e in particolare di quella avente fonte contrattuale<sup>806</sup>, è stato ritenuto tradizionalmente, sia in dottrina che in giurisprudenza<sup>807</sup>, non

---

di un interesse pubblico penalmente tutelato, dunque, rende possibile la protezione giuridica di un interesse privato relativo ad un bene non patrimoniale: in tal senso A. DE CUPIS, voce *Danno (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, v. IX, p. 619. Fra le disposizioni di legge si ricordano, tuttavia, l'art. 94 cod. cons. ai sensi del quale è risarcibile il "danno derivante alla persona dall'inadempimento o dalla inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico", e gli artt. 1681 e 2087 c.c.

<sup>805</sup> Nel senso che la norma sul danno non patrimoniale coprirebbe solo l'area extracontrattuale, v. G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p. 231, il quale reputa che il problema della riparabilità del danno non patrimoniale conseguente all'inesecuzione del contratto andrebbe risolto sulla base esclusiva della disciplina dell'inadempimento.

<sup>806</sup> Si v. a questo proposito F. MACARIO e C. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contratti*, 2010, 7, 701 ss.; P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010; M. FRANZONI, *Il danno morale e il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Resp. civ.*, 2009, 7, p. 581 ss.; ID., *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 2009, 18 ss.; F. TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008; M. TESCARO, *Il risarcimento del danno non patrimoniale in sede contrattuale*, in *Resp. civ.*, 2005, 8-9, 736 ss.; V. ROPPO, *Trattato del contratto*, I-VI, Milano, 2007; G. VETTORI, *Il danno non patrimoniale fra illecito e contratto*, in *Riv. dir. priv.* 2007, 2, 235 ss.; A. LIBERATI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Padova, 2004; C. AMATO, *Il danno non patrimoniale da contratto*, in *Il "nuovo" danno non patrimoniale*, (a cura di) G. PONZANELLI, Padova, 2004; E. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2004; R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.* 1957, I, p. 313 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Danno non patrimoniale e inadempimento*, in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984, p. 109 ss.; M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 127 ss.; A. DE CUPIS, *Il danno*, I, Milano, 1979, p. 127 ss.; F. BILOTTA, *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale*, in *Giur. it.*, 2001, 6, p. 1159 ss.; O. RAZZOLINI, *Tutela contrattuale e danno non patrimoniale nel rapporto di lavoro*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 6; A. DALMARTELLO, *Danni morali contrattuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1933, I, p. 33 ss.

<sup>807</sup> Sotto il vigore del codice civile del 1865 la dottrina e la giurisprudenza erano pienamente concordi nell'escludere il risarcimento del danno morale in tema di colpa contrattuale (in questo senso, C.F. GABBA, *Risarcibilità dei danni morali*, in *Questioni di diritto civile*, II, 2° ed., Torino 1911, p. 234 ss.; L. COVIELLO, *L'articolo 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, p. 313 ss.; Corte d'Appello Milano, 11 maggio 1920, in *Foro it.*, 1920, I, 554 ss., con nota di P. CARADONNA). L'argomento decisivo, ai fini dell'esclusione del risarcimento, era

risarcibile: l'idea dell'irrisarcibilità era basata sull'assunto che il contratto potesse soddisfare solamente interessi di matrice economica<sup>808</sup>.

Tale assunto, giustificava la collocazione dell'art. 2059 c.c. nell'ambito della disciplina dei fatti illeciti. Se, infatti, la responsabilità contrattuale si determina esclusivamente in base alle conseguenze dell'inadempimento dell'obbligazione, ne consegue che la rilevanza e la risarcibilità del danno non patrimoniale non possono che dipendere dalla violazione di interessi non patrimoniali incidenti sull'economia del contratto ed influenti sulla definizione dei termini dello scambio<sup>809</sup>.

In questo ordine di idee, dunque, le norme di riferimento sulla risarcibilità del danno da inadempimento erano quelle di cui all'art. 1223 e 1218 c.c., le quali si identificavano chiaramente con un pregiudizio di

---

rappresentato dall'art. 1227 c.c. nel quale il termine *danno* era da intendersi in senso economico come perdita effettivamente sofferta e come lucro cessante. Sostenevano l'opinione contraria A. MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale: (danno morale)*, Milano, 1917, P. CALAMANDREI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali nella nuova legislazione penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931, p. 172, il quale non escludeva che l'affermazione contenuta nell'art. 185 c.p. potesse ripercuotersi oltre che sull'art. 1151 c.c. anche sulle norme concernenti il risarcimento dei danni in materia contrattuale; A. DALMARTELLO, *Danni morali contrattuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1933, p. 53 ss. secondo il quale «per affermare che l'art. 1227 esclude la risarcibilità del danno morale contrattuale, occorre dimostrare che il legislatore ha tenuto presente questa specie di danni e li ha volutamente esclusi dal concetto di danno risarcibile, poiché se si trattasse di un'entità giuridica non prevista e non considerata dal legislatore, allora è chiaro, che il non esser stata inclusa nell'idea di danno risarcibile, non implicherebbe di per sé esclusione del risarcimento». Sotto il vigore del codice civile del 1942 si confermò l'orientamento sfavorevole al risarcimento del danno non patrimoniale contrattuale. Al tradizionale argomento relativo alla patrimonialità del contratto e della prestazione oggetto dell'obbligazione si aggiunse la considerazione che il nuovo articolo 2059 c.c. trovava applicazione, in ragione della sua collocazione sistematica, solamente nella materia extracontrattuale: vedi R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale, (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, p. 315 s., secondo il quale «l'art. 2059 si pone e risolve la questione dei danni morali proprio, e soltanto, nella sfera della responsabilità aquiliana».

<sup>808</sup> Cfr., invece, Corte giust. UE 13 ottobre 2011 (causa 83/10), in *Nuova giust. civ.*, 2012, I, p. 213, che ha dichiarato che il danno suscettibile di risarcimento, ai sensi dell'art. 12 del regolamento n. 261/2004, può essere un danno di natura non solo materiale, ma anche morale.

<sup>809</sup> M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 127 ss.

carattere patrimoniale<sup>810</sup>. E' storicamente indubitabile, infatti, che le norme avessero, al tempo dell'emanazione del codice civile, un significato esclusivamente patrimonialistico.

Tuttavia, i cambiamenti verificatisi nella società dal dopoguerra ad oggi, ed in particolare le nuove funzioni acquisite nel tempo dallo strumento contrattuale, soprattutto sul versante della realizzazione della personalità, hanno legittimato un'interpretazione alternativa più vicino al dettato costituzionale<sup>811</sup>.

La riconosciuta risarcibilità del danno biologico ha così dato largo ingresso al danno non patrimoniale da inadempimento<sup>812</sup>. Si pensi, ad esempio, alle lesioni personali provocate da una mal fatta operazione chirurgica o alla violazione della dignità professionale del lavoratore a causa di demansionamento<sup>813</sup> o, ancora, al danno alla salute provocato

---

<sup>810</sup> Secondo F. AZZARRI, *Responsabilità del medico e paradigma dei danni non patrimoniali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 1036 ss., l'art. 1223 c.c. sancisce che il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore (come il mancato guadagno), in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta, riconducendo, tuttavia, tra le perdite e le mancate utilità, anche i pregiudizi non patrimoniali determinati dalla lesione dei diritti inviolabili.

<sup>811</sup> F. BILOTTA, *I pregiudizi esistenziali: il cuore del danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite del 2008*, in *Resp. civ.* 2009, 1, p. 45 ss., nel commentare le sentenze dell'11 novembre 2008 nn. 26972/26975 del 2008, in *Foro it.*, 2009, I, c. 128, afferma «le decisioni dimostrano prima di tutto che ormai la dimensione esistenziale è entrata nel cuore della responsabilità civile a tal punto che, anche la causa del contratto, da sempre connotata per la sua caratura economica, oggi si colora di non patrimonialità al punto da essere la chiave di volta per il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento».

<sup>812</sup> Cfr. Cass. Sez. un. 11 novembre 2008, n. 26972 cit., secondo la quale l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consente ora di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali. Analogamente, Cass., 29 novembre 2010, n. 24143, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 11, 1522.

<sup>813</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 22 febbraio 2010, n. 4063, in *Dir. fam. pers.* 2010, 3, 1234: in sede di risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla lesione dei diritti, oggetto di tutela costituzionale, inerenti alla persona del lavoratore, occorre, ai fine di non duplicare il risarcimento, discriminare i meri pregiudizi dai danni risarcibili (nella specie, il danno era stato riannodato agli aspetti di "vissuta e credibile mortificazione" derivanti dalla sostanziale privazione di mansioni). V. anche Cass. Sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Foro it.* 2006, 9, I, 2334.

dalle precarie condizioni di lavoro<sup>814</sup>.

Già la dottrina che si mostrava favorevole alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, in particolare, valorizzava nelle proprie argomentazioni l'art. 1174 c.c., ai sensi del quale se è vero che la prestazione deve essere suscettibile di valutazione economica, è altresì vero che essa deve corrispondere ad un interesse anche non patrimoniale del creditore (come è il caso del diritto alla salute *ex art. 32 cost.*)<sup>815</sup>. Si precisava, inoltre, che valore della prestazione e danno risarcibile fossero entità diverse tra loro e che, di conseguenza, per un verso, la lesione di interessi non patrimoniali potesse dare luogo a conseguenze patrimoniali e, per altro verso, che la lesione di interessi patrimoniali potesse avere, per il creditore, conseguenze sul piano personale<sup>816</sup>.

Sul piano giurisprudenziale, le note pronunce della Cassazione, c.d. di San Martino<sup>817</sup>, avevano rilevato come gli artt. 1218 e 1223 c.c.

---

<sup>814</sup> Sulla responsabilità contrattuale del datore di lavoro per il danno biologico subito dal lavoratore a causa dell'eccessivo carico del lavoro, v. Cass. 5 febbraio 2000, n. 1307, in *Mass. giur. lav.* 2000, 1169 con nota di G. SANTORO PASSARELLI, il quale rileva che la valutazione giudiziale della responsabilità datoriale non può spingersi fino a sindacare l'esercizio del potere dell'imprenditore di organizzare la propria azienda. La sentenza pone a carico del lavoratore la prova dell'inadempimento del datore di lavoro.

<sup>815</sup> F. BILOTTA, *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale*, in *Foro it.*, 2001, 2, p. 1159 ss. (nota a G.d.P. Milano, 18 dicembre 2000). Sulla patrimonialità della prestazione oggetto dell'obbligazione vedi G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, p. 197 ss.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, 3° ed., t. I, Milano, 1954, p. 51 ss.; C. DONISI, *Verso la "depatrimonializzazione" del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss.; P. RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato) a) Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, spec. p. 186.

<sup>816</sup> In questo senso, M. GIORGIANNI, *Obbligazione (Diritto privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, IX, Torino, 1965, p. 29, il quale sostiene che non vi sia correlazione tra la patrimonialità della prestazione e patrimonialità del danno prodotto dall'inadempimento e che di conseguenza non si possa trovare il fondamento della necessità della patrimonialità della prestazione nella patrimonialità del danno. Sul punto anche G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione* cit., p. 227, il quale esclude che il debitore insoddisfatto abbia comunque diritto di ricevere, a titolo di risarcimento, il valore economico della prestazione dovutagli.

<sup>817</sup> Ci si riferisce, in particolare, a Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, n. 26973, n. 26974 e n. 26975, cit. La Suprema Corte ha ritenuto che l'art. 1218 c.c., nella parte in cui dispone che il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, non può solo essere riferito al solo danno patrimoniale,

consentissero di risarcire anche il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale<sup>818</sup>. Con tali pronunce, per la prima volta<sup>819</sup>, la Cassazione ha affrontato e risolto, positivamente, il tema del danno non patrimoniale derivante dall'inadempimento dell'obbligazione, attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.<sup>820</sup>. In tal caso la Corte ha ritenuto che la regola della risarcibilità dei diritti inviolabili, come il diritto alla salute, dovesse ricavarsi dal coordinamento degli artt. 2059-1218-1223 c.c. e 2 cost.

Quanto affermato, si osserva, riguarda tanto più da vicino le ipotesi di responsabilità sanitaria in cui il rapporto contrattuale struttura sanitaria-utente ha per oggetto la tutela di interessi non patrimoniali, costituzionalmente garantiti, quali quelli legati all'integrità psicofisica<sup>821</sup>.

Da questo punto di vista, in definitiva, poiché l'art. 7 comma 4, stabilisce che il danno conseguente all'attività sanitaria e socio-sanitaria, pubblica e privata, e dell'esercente la professione sanitaria sia risarcito sulla base delle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 cod. ass., viene ammessa la risarcibilità del danno non patrimoniale (biologico) anche nel caso di

---

ma deve ritenersi comprensivo del danno non patrimoniale, qualora l'inadempimento abbia determinato la lesione di diritti inviolabili della persona.

<sup>818</sup> Per un'ampia panoramica sul danno non patrimoniale da inadempimento, L. RIPA, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2013; C. BONA, *Studio sul danno non patrimoniale*, Milano, 2012; M. ASTONE, *Danni non patrimoniali. Art. 2059*, Milano, 2012.

<sup>819</sup> Sull'evoluzione concettuale della categoria generale di "danno non patrimoniale" antecedente alle sentenze dell'11 novembre 2008, cfr. R. CATALDI, P.M. STORANI, F. ROMANELLI, S. VAGNONI e C. MATRICARDI, *La nuova responsabilità del medico e della struttura sanitaria, dopo la la Riforma Gelli (L. 8 marzo 2017, n. 24)*, cit., p. 141 ss.

<sup>820</sup> Secondo le sentenze della Corte di Cassazione nn. 26972 e 26975 del 2008, cit., «l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consente di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è legittimo il risarcimento dei danni non patrimoniali. Dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione di diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale, comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale od extracontrattuale».

<sup>821</sup> Sul punto cfr. le note sentenze c.d. di San Martino le quali hanno stabilito che il danno non patrimoniale costituisce un modello unitario, del quale le singole categorie hanno solo valenza descrittiva (Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, cit.).

responsabilità contrattuale, superando, in questo modo, le incertezze derivanti, in ambito contrattuale, dalla mancanza di una norma analoga all'art. 2059 c.c. (la quale si riferisce specificamente al risarcimento del danno non patrimoniale sempre scaturente da fatto illecito e relativo alla responsabilità extracontrattuale)<sup>822</sup>.

Per completezza espositiva, si osserva che, nel caso di illecito costituente reato *ex art.* 185 c.p., comma 2, la risarcibilità del danno non patrimoniale prescinde dal rilievo, costituzionale o meno, del diritto leso<sup>823</sup>. In tal caso, infatti, è sufficiente la lesione di qualsiasi interesse della persona tutelato dall'ordinamento, ancorché privo di rilevanza costituzionale, costituendo, la tutela penale, sicuro indice di rilevanza dell'interesse leso<sup>824</sup>.

Rispetto alle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 cod. ass. la valutazione equitativa trova spazio nella possibilità che il giudice aumenti entro un certo limite l'importo del risarcimento con «equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato» (art. 138, comma 3 cod. ass.)<sup>825</sup>.

---

<sup>822</sup> D. CHINDEMI, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria pubblica e privata*, cit., p. 649.

<sup>823</sup> Cass., 9 marzo 2012, n. 3718, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 3, 300. Nella specie i giudici hanno ritenuto corretta la decisione di merito che aveva liquidato in favore della vittima di lesioni personali il danno non patrimoniale derivato dal fatto di avere dovuto, a causa delle lesioni, abbandonare il lavoro svolto da anni, ed adattarsi a svolgerne un altro del tutto diverso.

<sup>824</sup> D. CHINDEMI, o.u.c., p. 657.

<sup>825</sup> Cfr. Cass. 18 febbraio 2010, n. 3906, in *Giust. civ. Mass.* 2010, 2, 234, secondo la quale il valore vincolante della definizione legislativa del danno biologico risultante dagli artt. 138 e 139 d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (codice delle assicurazioni), non avente carattere innovativo in quanto sostanzialmente ricognitiva e confermativa degli indirizzi giurisprudenziali in materia, impone, nella liquidazione del danno, un obbligo motivazionale congruo ed adeguato, che dia conto, ai fini del risarcimento integrale del danno alla persona e della sua personalizzazione, sia delle componenti a prova scientifica medico-legale, sia di quelle che incidono sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato (che attengono anche alla perdita della capacità lavorativa generica e di attività socialmente rilevanti ovvero anche meramente ludiche, ma comunque essenziali per la salute o la vita attiva).

Nell'ambito del danno non patrimoniale, per una sua quantificazione, anche se l'art. 7, c. 4, l. 24/2017 non lo menzioni, è rilevante il danno biologico<sup>826</sup>. Occorre dunque tener conto della lesione psicofisica sotto il duplice aspetto della invalidità temporanea e permanente, suscettibile, quest'ultima, di valutazione nel momento in cui l'assistito, dopo la cessazione dell'invalidità temporanea, non abbia acquisito la sua completa validità<sup>827</sup>. Il giudice, nella determinazione del danno dell'utente di servizi sanitari leso, tiene conto della situazione di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa, della struttura sanitaria e sociosanitaria in cui l'esercente la professione sanitaria ha operato. Il valore economico attribuito ai punti di invalidità, inoltre, varia a seconda dell'età del soggetto e del grado di invalidità dell'utente, secondo meccanismi percentuali prestabiliti: maggiore è l'invalidità, maggiore sarà il risarcimento secondo un meccanismo più che proporzionale; di contro, maggiore è l'età del paziente danneggiato, minore sarà l'entità del risarcimento<sup>828</sup>.

---

<sup>826</sup> Sul danno alla persona come danno all'integrità psico-fisica, cfr. A. FASANO, *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 87 ss. Il danno biologico è definito dalla l. 5 marzo 2001, n. 57, all'art. 5, comma 3, come «lesioni temporanee e permanenti all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica una incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico relazionale di vita del danneggiato indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito» (art. 138, comma 2 c.a.). Inoltre è stabilito che «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» (art. 139, comma 2, c.c.).

<sup>827</sup> Il danno biologico, quale danno da lesione del diritto inviolabile alla salute, ha trovato riconoscimento nella sentenza della Corte costituzionale 14 luglio 1986, n. 184, che ha richiamato l'art. 32 cost. a tutela della salute, prescindendo dal reddito o dal patrimonio del danneggiato. Riguardo al danno non patrimoniale, Cass. Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26973, in *Foro it.*, 2009, 1, p. 120, ha chiarito che tale danno «è categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate. In particolare, non può farsi riferimento ad una generica sottocategoria denominata danno esistenziale perché, attraverso questa, si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nell'atipicità (...) tale situazione non è voluta dal legislatore ordinario, né è necessitata dall'interpretazione costituzionale dell'art. 2059 c.c. che rimane soddisfatta dalla tutela risarcitoria di specifici valori della persona, presidiati da diritti inviolabili, secondo costituzione».

<sup>828</sup> Sul tema del risarcimento del danno biologico nell'assicurazione obbligatoria r.c. auto, cfr. L. FARENGA, *Manuale di diritto delle assicurazioni private*, cit., p. 230 ss.

### 3.3.1 Il Fondo di garanzia come strumento aggiuntivo per un'effettiva tutela del paziente

A tutela dell'utente danneggiato, la disciplina dell'obbligatorietà dell'assicurazione in campo medico-sanitario, trova ulteriore definizione attraverso l'istituzione del Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria (sulla falsariga del Fondo di garanzia per le vittime della strada, *ex art. 285 cod. ass.*)<sup>829</sup>.

Tale strumento, in particolare, è previsto dall'art. 14 della l. 24/2017, il quale concorre a formare il sistema complessivo di tutela dell'utente danneggiato che, se lesa, intende agire per il ristoro dei danni subiti<sup>830</sup>. In tal senso, il binomio che la riforma Gelli-Bianco auspica, assicurazione obbligatoria-azione diretta, è supportato dalla creazione di tale apposito Fondo e «sembra dare sostanza all'intendimento di far sì che i danneggiati vengano quantomeno agevolati nell'ottenere il risarcimento commisurato al pregiudizio subito»<sup>831</sup>.

Sul piano della contribuzione del Fondo l'art. 14, comma 2, precisa che esso è alimentato grazie al versamento di un contributo annuale dovuto dalle imprese di assicurazione autorizzate all'esercizio delle assicurazioni per la responsabilità civile per i danni causati da responsabilità sanitaria e la gestione delle risorse del Fondo è demandata alla Concessionaria dei

---

<sup>829</sup> Nel quale è previsto che il Fondo intervenga ogni qualvolta il responsabile del sinistro sia privo di copertura assicurativa. Sulla natura, qualificazione giuridica e funzione del Fondo di garanzia per le vittime delle strade, al quale si ispira fortemente il Fondo di garanzia previsto dalla l. 24/2017, si rinvia a L. BUGIOLACCHI, *Il Fondo di Garanzia per le vittime della strada e le azioni di risarcimento nei suoi confronti nelle ipotesi di cui alle lettere a, b, d, d-bis e d-ter dell'art. 283, D.Lgs. 7.9.2005, n. 209*, in G. BONILINI, U. CARNEVALI e M. CONFORTINI (a cura di), *Codice della responsabilità civile e rc auto*, Torino, 2015, p. 2803 ss.

<sup>830</sup> M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, cit., p. 91, attribuisce a tale Fondo una funzione fortemente solidaristica non potendo sempre, il danneggiato, contare sul corretto e completo funzionamento del meccanismo assicurativo. A questo proposito cfr. anche Corte cost., 29 dicembre 1981, n. 202, in *Foro it.*, 1982, I, c. 1 ss., la quale ha precisato che il Fondo di garanzia «esula dallo schema tipico della responsabilità aquiliana avendo piuttosto la natura di un indennizzo, più rispondente ai principi di solidarietà».

<sup>831</sup> A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Le novità (ancora mascherate) dell'assicurazione della responsabilità sanitaria*, in *Foro it.*, 5, 2017, c. 197.



servizi assicurativi pubblici (Consap), tramite apposita convenzione con il Ministero della Salute.

Anche in questo ambito, in guisa analoga alla previsione dedicata all'obbligo di assicurazione, sarà necessario attendere l'adozione di una disciplina secondaria, di natura regolamentare, al fine di completare il quadro della materia<sup>832</sup>. In particolare, tale regolamento sarà tenuto a definire la misura del contributo annuale dovuto dalle imprese assicurative, le modalità di versamento di tale contributo, nonché le modalità di intervento, il funzionamento e il regresso del Fondo di garanzia nei confronti del responsabile del sinistro (*ex art. 14, comma 2*)<sup>833</sup>.

Il Fondo di garanzia, ai sensi dell'art. 14, comma 3, concorre al risarcimento del danno nei limiti delle effettive disponibilità finanziarie a cui è chiamato a risarcire il danno da responsabilità civile, anche a seguito di azione diretta del danneggiato, nei casi previsti dal comma 7: *a.* qualora il danno sia di importo eccedente rispetto ai massimali previsti dai contratti di assicurazione stipulati dalla struttura o dall'esercente la professione sanitaria<sup>834</sup>; *b.* qualora la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata ovvero l'esercente la professione sanitaria risultino assicurati presso un'impresa che al momento del sinistro si trovi in stato di insolvenza o di liquidazione coatta amministrativa o vi venga posta successivamente; *c.* qualora la struttura o l'esercente la professione sanitaria siano sprovvisti di copertura assicurativa per recesso unilaterale

---

<sup>832</sup> In particolare, le modalità della contribuzione e la sua misura, nonché l'esatto funzionamento del Fondo verranno resi noti con decreto da emanarsi, entro centoventi giorni dall'entrata in vigore dalla legge, a cura del Ministero della salute, di concerto con il Ministero dello sviluppo economico e con il Ministero dell'economia e delle finanze, sentite la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le province autonome di Trento e Bolzano. Sul tema, C. ALTOMARE, *Il Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria*, in *Il civilista, Officina del diritto*, 2017, cit., pp. 84-85.

<sup>833</sup> In argomento, C. CHESSA, *Il fondo di garanzia per i danni derivati da responsabilità sanitaria dopo la «legge Gelli»*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 759 ss.

<sup>834</sup> In tal caso, la legittimazione passiva del Fondo (per il danno ultramassimale) concorrerà con quella dell'impresa assicuratrice della struttura o del professionista sanitario (per il danno inframassimale).

dell'impresa assicuratrice o per la sopravvenuta inesistenza o cancellazione dall'albo dell'impresa assicuratrice.

Come è facile dedurre dal tenore della norma, lo scopo dell'istituzione di tali fondi nell'ambito delle assicurazioni obbligatorie, è quello di intervenire nelle ipotesi in cui, per vari motivi, l'assicurazione non possa operare o, anche se obbligatoria, non sia stata stipulata<sup>835</sup>.

Il Fondo di garanzia non concorre illimitatamente al risarcimento del danno bensì nei limiti delle effettive disponibilità finanziarie. In concreto, la misura del contributo sarà determinata ed aggiornata con cadenza annuale con apposito decreto del Ministro della salute, di concerto con quello dello sviluppo economico e dell'economia e delle finanze, in relazione alle effettive esigenze del Fondo di garanzia.

Sul piano ricostruttivo, la scelta normativa tesa ad istituire un Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria si pone in linea di continuità rispetto alla l. Balduzzi, pur se si possono cogliere alcune differenze. In particolare, per alcune categorie di rischio professionale, l'art. 3, l. 189/2012 aveva introdotto il Fondo di garanzia al fine di garantire accesso alle coperture assicurative a prezzi sostenibili ed accessibili ed aveva espressamente disposto che tale fondo venisse alimentato dal contributo sia dei professionisti sanitari (volontariamente), che delle imprese di assicurazione autorizzate all'esercizio dell'assicurazione di responsabilità civile professionale.

La misura del contributo per le imprese assicuratrici era determinata in misura percentuale ai premi incassati nel precedente esercizio. In tal modo, si osserva, si creava un sistema nel quale i costi venivano sopportati da una comunità di soggetti diversa e più ampia rispetto a quella dei soggetti potenzialmente responsabili in base ai corretti criteri di imputazione della

---

<sup>835</sup> L. BUGIOLACCHI, *Le strutture sanitarie e l'assicurazione per la r.c. verso terzi: natura e funzione dell'assicurazione obbligatoria nella l. n. 24/2017 (Legge «Gelli-Bianco»)*, cit., p. 1032 ss.

responsabilità<sup>836</sup>.

La previsione che poneva l'obbligo di contribuzione anche a carico dei professionisti del settore sanitario, invece, come analizzato, è venuta meno nella l. 24/2017.

In conclusione, il Fondo di garanzia può dirsi che rappresenta una forma integrativa di garanzia tendente a tutelare il danneggiato ogni volta che si verificano sinistri destinati, per vari motivi, a restare privi della garanzia obbligatoria *ex lege*<sup>837</sup>. Può quindi ritenersi che, in estrema sintesi, la sua stessa introduzione conferma la funzione fortemente solidaristica di ogni ipotesi di assicurazione obbligatoria r.c., in una prospettiva di sicurezza sociale<sup>838</sup>.

### **3.4 L'applicabilità dell'art. 33 lett. u cod. cons. in materia del foro del consumatore. La giurisprudenza**

Uno degli istituti mutuabili dalla disciplina del codice del consumo, a tutela dell'utente di prestazioni sanitarie, è quello contenuto nell'art. 33 lett. u, cod. cons., relativamente alla regola del foro inderogabile del consumatore<sup>839</sup> che, nell'ambito della tutela dell'utente nei servizi sanitari,

---

<sup>836</sup> In punto di criticità della disciplina del Fondo di garanzia prevista dalla l. 189/2012, cfr. M. GAGLIARDI, *Profili di rilevanza assicurativa nella riforma Balduzzi: poca coerenza e scarsa attenzione al sistema*, cit., p. 773.

<sup>837</sup> Sul tema, in dottrina, si v. R. PARTISANI, *Le assicurazioni obbligatorie*, in M. FRANZONI (a cura di), *Diritto delle assicurazioni*, Bologna, 2016, p. 184.

<sup>838</sup> In argomento, si v. anche A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014, p. 659.

<sup>839</sup> Sulle diverse interpretazioni dottrinali della norma in parola, che negano o affermano l'effettiva introduzione di un foro esclusivo per il consumatore, v. E. CÈSARO (a cura di), *I contratti del consumatore. Commentario al Codice del consumo (D. lgs. 6 settembre 2005 n. 206)*, 4° ed., Padova, 2007, p. 315 ss., In giurisprudenza, con provvedimento del 26 settembre 2008, n. 24257 (ord.), in *Foro it.*, 2009, I, 1111, la Cassazione aveva statuito l'applicabilità della normativa consumeristica di cui all'art. 33, lett. u, cod. cons., nei confronti di un avvocato, per un giudizio instaurato dal professionista nei confronti del proprio cliente per competenze professionali, rilevando la

ne rappresenta un strumento di protezione aggiuntivo.

Tale disposizione normativa fa riferimento ad una garanzia processuale<sup>840</sup> a favore di colui che intende agire in giudizio in caso di danno alla salute per inadempimento medico-sanitario<sup>841</sup>. La questione attiene sostanzialmente alla possibilità per il danneggiato, a fronte di un mancato o inesatto adempimento della prestazione sanitaria di citare l'ospedale (o il singolo esercente la professione) davanti al tribunale del luogo dove risiede, *ex art. 33, lett. u, cod. cons.*, senza necessità di applicare, invece, i normali criteri di cui agli artt. 19 e 20 c.p.c.<sup>842</sup>.

La giurisprudenza, in linea generale, ha riconosciuto o meno

---

prevalenza di detto foro esclusivo e speciale rispetto a quelli facoltativi di cui all'art. 20 c.p.c.

<sup>840</sup> La disposizione in esame risponde all'esigenza di garantire effettività alla tutela giurisdizionale del consumatore prevedendo l'inserimento (molto frequente nella prassi prima dell'entrata in vigore dell'art. 1469-*bis* del codice civile, oggi riprodotto nell'art. 33 lett. *u* cod. cons.) da parte del professionista di clausole tese a fissare nel proprio domicilio la sede del foro competente, con la conseguenza che simili pattuizioni hanno spesso comportato per il consumatore la necessità di instaurare il giudizio presso fori distanti da quello legale con conseguenti aggravii di costi e difficoltà tecniche nel concreto esercizio della difesa processuale. Tale *ratio* è riconosciuta anche da Corte di giustizia CE 27 giugno 2000, in *Giur. it.*, 2001, I, 9, con nota di T. TORRESI, *Problematiche consumeristiche all'esame del giudice comunitario e del giudice nazionale*, la quale afferma che la clausola sanzionata dalla norma in esame rientra tra quelle «che hanno lo scopo o l'effetto di sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali da parte del consumatore».

<sup>841</sup> Il principio della competenza inderogabile del foro del consumatore, di cui all'art. 33 cod. cons., è stato sancito in via interpretativa da Cass. 8 febbraio 2012, n. 1875, in *Foro it.*, 2012, I, 1426 ss., al fine di assicurare al contraente debole (il consumatore) una maggiore tutela avverso la predisposizione del contenuto contrattuale da parte del contraente forte (professionista): soltanto al consumatore è rimessa la facoltà di derogare unilateralmente a tale regola con l'introduzione della domanda davanti al giudice competente secondo i criteri generali di cui agli artt. 18, 19, 20 c.p.c. Per approfondimenti, G. LIPARI, *Il "foro del consumatore" al vaglio delle Sezioni Unite. Dimensione intertemporale e portata precettiva dell'art. 1469 bis, 3 co., n. 19 c.c.*, in *Giust. civ.*, 2004, p. 2701 ss.

<sup>842</sup> Tali criteri, come è e noto, fanno riferimento al luogo in cui ha sede la persona giuridica convenuta ed a quello in cui è sorta e doveva essere eseguita l'obbligazione dedotta in giudizio. La Suprema Corte, con ordinanza n. 8093 del 2 aprile 2009, cit., emessa in sede di decisione di un regolamento di competenza, interveniva per la prima volta sul tema dell'applicabilità del foro del consumatore alla controversia, in tema di responsabilità medica, fra l'utente del servizio sanitario nazionale ed una struttura in esso incardinata. Per una approfondita disamina di tale provvedimento, cfr. R. FRASCA, *Foro del consumatore e Servizio Sanitario Nazionale*, cit., p. 218 ss. e F. GARATTI, *Alla ricerca di una nozione unitaria di consumatore*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 956.

l'applicabilità del foro esclusivo speciale del consumatore nell'ambito della responsabilità medica qualificando la nozione di "professionista", cioè in base alla definizione della struttura sanitaria pubblica del Sistema sanitario nazionale (o convenzionata) secondo l'art. 3, lett. c, cod. cons. che si è avuto modo di approfondire<sup>843</sup>.

Richiamando la disciplina consumeristica generale, finalizzata alla protezione del contraente debole nel suo rapporto asimmetrico<sup>844</sup> con il

---

<sup>843</sup> In generale, dati i numerosi orientamenti, talvolti controversi, che sono precedentemente emersi soprattutto in giurisprudenza, in materia di applicazione del foro del consumatore, hanno indotto parte della letteratura a prospettare l'emersione nel nostro ordinamento di un ennesimo sottosistema, ovvero il c.d. "Diritto processuale dei consumatori". V. ZENO ZENCOVICH e M.C. PAGLIETTI, *Diritto processuale dei consumatori*, Milano, 2009. In senso contrario, P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra normative di settore e codice del consumo*, in G. CAVAZZONI, L. DI NELLA e L. MEZZASOMA e V. RIZZO (a cura di), *Il diritto dei consumi: realtà e prospettive*, Napoli, 2008, p. 11 ss.; in un'ottica più generale, ID., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006, p. 5 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, cit., p. 159, ove si osserva che ogni sottosistema «non ha una autonomia, né è concepibile separatamente dall'ordinamento nel suo complesso, come unità indivisibile» (cfr. p. 208).

<sup>844</sup> Il contratto asimmetrico, in generale, è così definito poiché regola relazioni tra parti con differente potere contrattuale, dovuto ad un fisiologico squilibrio derivante dal mercato; si può quindi parlare di asimmetria sia nei rapporti tra impresa-consumatore, sia nei rapporti tra solo professionisti. Si veda, su tale tematica, F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 663 ss.; G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 743 ss.; V. ROPPO, *I singoli contratti*, in G. VISINTINI, *Trattato della responsabilità contrattuale*, II, Padova, 2009, p. 1 ss.; ID., *Il contratto del duemila*, 3<sup>ed.</sup>, Torino, 2011, p. 91 ss.; A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, Ann. V, Milano, 2012, p. 370 ss.; è da segnalare che alcuni autori hanno circoscritto all'interno della più ampia categoria del contratto asimmetrico il c.d. terzo contratto riferito alla sola fattispecie di debolezza contrattuale nei rapporti tra imprese: cfr. R. PARDOLESI, *Prefazione*, in G. COLANGELO (a cura di), *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, p. 12 ss.; C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei «reticolari»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 555 ss.; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 515 ss.; A. GIANOLA, *Terzo contratto*, in *Digesto disc. priv., sez. civ., agg.*, IV, Torino, 2009, p. 507 ss.; E. MINERVINI, *Il «terzo contratto»*, in *Contratti*, 2009, p. 493 ss.; E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contr. Impr.*, 2009, p. 120 ss.; R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010, *passim*, in part. p. 35 ss.; G. AMADIO, *Il contratto asimmetrico: l'ipotesi del*

professionista (rappresentati nello specifico da paziente e sanitario<sup>845</sup>), si presume vessatoria, fino a prova contraria, la clausola che abbia per oggetto o per effetto di «stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o di domicilio elettivo del consumatore (art. 33, comma 2, lett. *u.*, cod. cons.)»<sup>846</sup>, stante la presupposta maggiore difficoltà (tanto pratica, quanto economica) per il consumatore-paziente di instaurare una causa in un luogo lontano dalla sua residenza o dal suo domicilio<sup>847</sup>.

A questo riguardo, le Sezioni unite della Cassazione<sup>848</sup> hanno affermato come la disposizione in parola «si interpreta nel senso che il legislatore, nelle controversie tra consumatore e professionista, ha stabilito la competenza territoriale esclusiva del giudice del luogo in cui il consumatore ha la residenza o il domicilio elettivo, presumendo vessatoria la clausola che prevede una diversa località come sede del foro competente, ancorchè coincidente con uno di quelli individuabili sulla base del funzionamento dei vari criteri di collegamento stabiliti dal codice di

---

*terzo contratto*, *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2014, p. 141; per un quadro generale del dibattito si veda, soprattutto, G. GITTI e G. VILLA, *il terzo contratto*, Bologna, 2008, *passim*.

<sup>845</sup> In particolare, sulla rilevanza delle asimmetrie informative in ambito sanitario, si rimanda a M. GORGONI, *Il medico non ha solo il diritto ma anche la potestà di curare*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1535 ss.

<sup>846</sup> Sulla nullità delle clausole vessatorie, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 388.

<sup>847</sup> Nella legislazione iberica, in tema di vessatorietà delle clausole (oggi, disciplinate dall'art. 82 della nuova l. 16 novembre 2007 n. 1), ai sensi dell'art. 10, n. 1, lett. *c* della derogata *Ley general* 19 luglio 1984 n. 26 *para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, le clausole, condizioni o disposizioni riguardanti in modo generale l'offerta o la promozione di prodotti o di servizi devono essere conformi alla buona fede e garantire un giusto equilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti, ciò che, in ogni caso, esclude l'uso di clausole abusive. In forza dell'art. 10, n. 4, della citata legge (ora confluito nell'art. 83, l. 1/2007), le clausole abusive, definite come clausole che danneggiano il consumatore in modo sproporzionato e ingiusto o che causano uno squilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti a danno dei consumatori, sono nulle.

<sup>848</sup> Cass. Sez. un., 1° ottobre 2003, n. 14669, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2693 ss., con nota di G. LIPARI, *Il "foro del consumatore" al vaglio delle S.U. Dimensione intertemporale e portata precettiva dell'art. 1469, bis, 3°co., n. 19 c.c.*, in *Giur. it.*, 2004, p. 729 ss.

procedura civile per le controversie nascenti dal contratto»<sup>849</sup>. In altri termini, la natura vessatoria della clausola che fissa il foro competente in un luogo diverso da quello di residenza o domicilio del consumatore, rende quest'ultimo il foro esclusivo davanti al quale incardinare le controversie di natura consumeristica<sup>850</sup>.

Ancora, la Cassazione<sup>851</sup> ha stabilito che «...il d.lgs. n. 206 del 2005, art. 33, comma 1, nel delineare le condizioni di applicazione delle norme generali sui contratti del consumatore, se letto alla stregua delle definizioni contenute nell'art. 3, non esclude da tale ambito contratti che, pur intervenendo tra un consumatore e un professionista, non abbiano natura di «contratti di massa»<sup>852</sup>, come è il caso dei servizi sanitari»<sup>853</sup>.

---

<sup>849</sup> In materia di controversie tra professionisti e consumatori, con il d.lgs. 130 del 2015 l'ordinamento italiano recepisce la Direttiva 2013/11/EU del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori (che modifica il Regolamento CE n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE). In argomento, G. RECINTO, *Foro del consumatore e clausola di predeterminazione dell'organismo ADR: le novità derivanti dal DLGS 130 del 2015 e l'occasione per ripensare la relazione tra strumenti di deflazione del contenzioso, da un lato, e giustizia, statale o privata, dall'altro*, 2015, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), p. 8.

<sup>850</sup> In tale prospettiva, v. anche Trib. Napoli, 6 dicembre 2007 n. 11429, in *Il civilista*, 2010, 2, p. 86 e in *obblig. e contr.*, 5, 2008, secondo cui la disposizione di cui all'art. 33, comma 2, lett. u, cod. cons., escluderebbe l'applicabilità di tutti i fori alternativamente concorrenti, tra cui pure quelli ex art. 20 c.p.c. Nello stesso senso, v. anche Trib. di Roma, 30 maggio 2002, in *Giur. di merito*, 2003, 1986 ss., con nota contraria di R. ODORISIO, *Competenza territoriale e controversie relative ai contratti del consumatore*. Secondo l'A., «la disposizione in esame si limita a sancire la presunzione di vessatorietà della clausola inserita nel contratto del consumatore che preveda come giudice territorialmente competente un giudice di un luogo diverso da quello di residenza o domicilio eletto del consumatore, senza nulla stabilire in termini positivi circa la competenza territoriale per le controversie relative ai contratti del consumatore».

<sup>851</sup> Cass., 20 gennaio 2009, n. 20, in [www.responsabilecivile.it](http://www.responsabilecivile.it).

<sup>852</sup> Precisa la Suprema Corte, che la natura del bene o servizio, dedotto in contratto, assume rilevanza, a norma dell'art. 33 comma 4 e comma 6, e dell'art. 34 comma 1, al diverso fine di condizionare o limitare l'applicabilità di alcune previsioni contenute nell'art. 33, ovvero ai fini di valutazione della vessatorietà della clausola contrattuale. Di conseguenza, rientra nell'ambito di applicazione delle norme di disciplina dei contratti del consumatore quello avente ad oggetto prestazioni proprie della professione medica, conclusi con la struttura sanitaria in cui il medico opera.

<sup>853</sup> Nell'ambito delle prestazioni professionali, in tema di competenza per territorio, la Cass., con ord. 9 giugno 2011, n. 12685, in *Foro it.*, 2012, 5, I, 1427, con nota di C.E. BRUNO, *Tutela del consumatore e foro applicabile. Il terzo contratto*, cit., p. 202 ss., in un procedimento di ingiunzione promosso da un avvocato al fine di ottenere dal proprio cliente il pagamento di competenze professionali, stabiliva che il rapporto tra avvocato e

Analogamente, sul versante dottrinale<sup>854</sup>, si riscontra una tendenziale applicazione dell'art. 33, comma 2, lett. *u* cod. cons. che, considerata la debolezza contrattuale del consumatore rispetto alla propria controparte<sup>855</sup>, gli consente di radicare le cause relative al contratto concluso con il professionista davanti al giudice a lui più vicino<sup>856</sup>.

Tale indirizzo trova peraltro sostegno nella citata giurisprudenza di legittimità, secondo la quale il paziente di un medico è un consumatore sulla base della considerazione che non è prescritto un obbligo di forma

---

cliente doveva essere inquadrabile nelle controversie tra professionista e consumatore, con la conseguenza che il foro esclusivo *ex art. 33, comma 2, lett. u* cod. cons., doveva prevalere su quello alternativo speciale di cui all'art. 637, comma 3, c.p.c.

<sup>854</sup> Sul tema, E. DALMOTTO, *Un nuovo foro esclusivo per il consumatore*, in *Giur. it.*, 1997, IV, p. 166 e R. CONTI, *Lo status di consumatore alla ricerca di un foro esclusivo per il consumatore e di una stabile identificazione*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 532. Cfr. anche G. RECINTO, *Foro del consumatore e clausola di predeterminazione dell'organismo ADR*, cit., il quale analizza i diversi e precedenti orientamenti in merito all'estendibilità o meno dell'art. 33, comma 2, lett. *u*, del codice del consumo, alle clausole di predeterminazione dell'organismo ADR nelle controversie tra professionisti e consumatori.

<sup>855</sup> A proposito della tutela processuale del consumatore, l'ordinamento spagnolo, in attuazione dell'art. 51 della Costituzione in forza del quale «i poteri pubblici garantiranno la difesa dei consumatori e utenti, proteggendo, mediante procedimenti efficaci, la sicurezza, la salute e i legittimi interessi economici degli stessi» ha privilegiato, come strumento efficace di tutela, il procedimento di natura arbitrale (il *Sistema Arbitral de Consumo*) disciplinato dal Decreto Reale n. 636 del 1993. Tale sistema, dato il notevole successo riscontrato come metodo alternativo di risoluzione delle controversie, è stato oggetto di un'importante riforma dal punto di vista processuale, attuata con il Decreto Reale n. 231 del 15 febbraio 2008, la quale ha trasformato l'arbitrato di consumo da mero procedimento *prima facie* a un procedimento molto più simile all'ordinario giudizio civile. Sulla tematica dell'arbitrato di consumo, P. ÁLVAREZ SANCHEZ DE MOVELLÁN, *Il sistema arbitrale di consumo nell'ordinamento giuridico spagnolo*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 1103 ss. Sulla nuova disciplina, cfr. J. NIEVA FENOLL, *El nuevo proceso arbitral de consumo (con especial atención al desarrollado ante la Junta Arbitral de Barcelona)*, in A. BETANCOR (diretto da), *Comentarios al régimen municipal especial de Barcelona.*, AA.VV., Navarra, 2008, p. 563 ss. Di recente, la l. 2 novembre 2017, n. 7 (che incorpora nel diritto spagnolo la direttiva 2013/11/EU) obbliga gli Stati membri di garantire ai consumatori residenti nella Unione europea la possibilità di risolvere le loro controversie con i professionisti, situati in qualsiasi Stato membro, mediante l'intervento di entità di risoluzione alternativa che offrano procedimenti di risoluzione alternativa, anche extragiudiziali, di controversie di consumo che siano indipendenti, imparziali, trasparenti, effettivi, rapide e giuste. Le controversie di cui si riferisce la garanzia della risoluzione alternativa sono quelle, di carattere nazionale o transnazionali, relative a obbligazioni contrattuali derivati da contratti di compravendita o da prestazioni di servizi, in *Boletín oficial del Estado*, n. 268, 4 novembre 2017, p. 105693.

<sup>856</sup> F. CECCONI e G. CIPRIANI, *La responsabilità civile dopo la riforma Balduzzi*, Torino, 2014, p. 115 ss.



scritta per siffatte tipologie contrattuali di prestazione d'opera<sup>857</sup>. In altre parole, l'utente viene abilitato *tout court* a proporre la domanda risarcitoria per inadempimento del contratto davanti al foro di propria residenza, sia stato o meno il contratto d'opera professionale concluso per iscritto<sup>858</sup>, in virtù della generale applicabilità della disciplina contrattuale (vuoi perché il rapporto si considera sorto per fatto concludente, vuoi perché la fonte veniva individuata grazie alla tesi c.d. "contatto sociale")<sup>859</sup>.

Con riguardo alla qualificazione giuridica della struttura ospedaliera, una recente pronuncia<sup>860</sup> si pone in un'ottica alquanto estensiva della figura

---

<sup>857</sup> Cass., ord. 2 gennaio 2009, n. 20, cit., secondo cui «Il contratto di prestazione d'opera professionale concluso tra paziente e medico e, per esso, tra paziente e struttura sanitaria, rientra nell'ambito di applicazione delle norme di disciplina dei contratti del consumatore, anche se il contratto non è stato concluso per iscritto; ne consegue che, ai fini della determinazione della competenza per territorio, il paziente può proporre la domanda davanti al foro della propria residenza, ai sensi dell'art. 1469-bis, commi 1 e 3, n. 19, c.c., ovvero dell'art. 33, commi 1 e 2, lett. u, codice del consumo, approvato con d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206».

<sup>858</sup> Ad es., Cass., ord. 26 febbraio 2009, n. 4745, in *www.dejure.it*.

<sup>859</sup> V. ZENO ZENCOVICH, *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, (a cura di) A.M. GAMBINO, Torino, 2011, p. 9, sottolinea come una tutela processuale a favore del consumatore costituisca l'ultima frontiera della c.d. espansione del diritto dei consumatori, nel duplice senso della sempre maggiore incidenza della disciplina consumeristica sul sistema e della spinta verso la creazione di un sottosistema (caratterizzato dall'enfaticizzazione dell'asimmetria di poteri contrattuali) che si caratterizza per avere propri principi generali e criteri sistematici. Il processo, in sostanza, ripropone le stesse dinamiche del rapporto sostanziale: entrambi risolvono lo sbilanciamento dei poteri, riconoscendo una normativa di favore in base alla qualifica soggettiva dei contraenti, tale per cui la crisi del principio di uguaglianza dei soggetti non riguarda ormai solo il diritto privato e che alla disuguaglianza sostanziale tra le parti, simmetricamente corrisponde in ambito processuale, una disuguaglianza legale. In argomento cfr. altresì V. CUFFARO, *La tutela dei diritti*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, cit., p. 690.

<sup>860</sup> Cass. ord. 24 dicembre 2014, n. 27391, cit., con nota di M.F. VITA DELLA CORTE, *Foro del consumatore e responsabilità sanitaria: approcci applicativi*, in *Resp. civ. prev.*, 3, 2015, p. 836. Ancora prima, in senso conforme, si veda Cass. 20 marzo 2010, n. 6824, cit., secondo la quale dato che il contratto di prestazione d'opera professionale concluso tra paziente e medico rientra nell'ambito della disciplina dei contratti del consumatore, anche se il paziente abbia scelto di avvalersi dell'attività di un medico esercente in un luogo diverso dalla sua residenza, ai fini della determinazione della competenza per territorio, il paziente poteva proporre la domanda davanti al foro della propria residenza, ai sensi dell'art. 1469-bis, commi 1 e 3, n. 19, c.c., prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (c.d. codice del consumo) e, successivamente, può formularla dinanzi allo stesso giudice ai sensi dell'art. 33, commi 1 e 2, lett. u, del medesimo d.lgs. (fattispecie relativa a regolamento di competenza in tema di azione risarcitoria per i danni

di “professionista” stabilendo il ricorso al foro *ex art. 33 lett. u*, a favore dell’utente-consumatore, a prescindere dalla natura pubblica o privata della casa di cura. Il rapporto, infatti, stando alla Corte, deve considerarsi necessariamente su base unitaria e la struttura sanitaria pubblica si pone, direttamente nei confronti dell’utente come professionista, parimenti a quanto avviene in una struttura privata. Precisa la stessa pronuncia che, in questo modo, l’applicabilità di detto foro non comporta una disparità di trattamento ai sensi dell’art. 3 cost. fra l’utente che scelga di rivolgersi al Servizio sanitario nazionale e quello che si rivolge alla struttura sanitaria privata<sup>861</sup>.

La stessa pronuncia, inoltre, evidenzia altra disposizione derivante dal codice del consumo ritenendola applicabile alla fattispecie concreta.

Nel caso in cui la struttura sanitaria, sebbene convenzionata, abbia erogato prestazioni aggiuntive a favore di un paziente in regime “intramurario”<sup>862</sup>, con costi direttamente a carico dell’utente, e non del

---

conseguenti all’inesatta esecuzione da parte del medico di prestazioni odontoiatriche rese in favore di un minore).

<sup>861</sup> Letteralmente Cass. 24 dicembre 2014 n. 27391 (ord.) cit.: «Qualora il rapporto fra l’utente e la struttura sanitaria del S.s.n. (o convenzionata) abbia corso con l’espletamento di una serie di prestazioni aggiuntive, il cui costo sia posto direttamente a carico dell’utente e non del Servizio sanitario nazionale ed anzi con l’espressa esclusione dell’operatività delle procedure del S.s.n., come nel caso (di cui alla specie) di esecuzione di un intervento operatorio espletata da un medico della struttura sanitaria in regime intramurario, con addebito all’utente dei costi della sua prestazione e di altri medici nonché di quelli della struttura, sulla base di un vero e proprio contratto intervenuto tra l’utente e la struttura del S.s.n., salvo per una parte minore che rappresenti il costo aziendale normalmente a carico del S.s.n., trova applicazione alla controversia di risarcimento danni derivanti dall’esecuzione della prestazione, introdotta dall’utente contro la struttura, il d.lgs. n. 205 del 2006, art. 33, comma 2, lett. *m*, in quanto nel rapporto, necessariamente da considerarsi su base unitaria, la struttura sanitaria (nella specie un’Azienda ospedaliera universitaria del S.s.n.) si è posta direttamente nei confronti dell’utente come “professionista”».

<sup>862</sup> A tal proposito, il secondo comma dell’art. 7 della l. 24/2017 stabilisce che la disposizione di cui al primo comma (secondo cui la struttura sanitaria o sociosanitaria risponde *ex artt.* 1218 e 1228 c.c. che nell’adempimento della propria obbligazione, si avvalga di esercenti la professione sanitaria, delle loro condotte dolose o colpose), si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria. L’attività intramuraria, in particolare riguarda la possibilità per i medici dipendenti del Servizio sanitario nazionale che abbiano scelto di prestare la loro attività professionale esclusivamente a favore delle strutture pubbliche, di esercitare anche un’attività definibile

Servizio sanitario nazionale, qualora nel rapporto fra l'utente e la struttura sanitaria vi sia un vero e proprio contratto intervenuto tra utente e struttura del S.s.n, troverebbe comunque applicazione alla controversia di risarcimento dei danni derivanti dall'esecuzione della prestazione (introdotta dall'utente contro la struttura), l'art. 33, comma 2, lett. *m* del codice del consumo<sup>863</sup>. Ciò è giustificato, ancora una volta, dal fatto che, nel rapporto da considerarsi necessariamente su base unitaria, la struttura sanitaria (nel caso di specie, un'Azienda ospedaliera universitaria del Sistema sanitario nazionale) si pone direttamente nei confronti dell'utente come "professionista". Il risultato è lo stesso anche qualora il paziente decida di rivolgersi ad una struttura non convenzionata (clinica privata), accollandosi i relativi costi: in questi casi sussiste, infatti, il fine di lucro nei rapporti con l'utente<sup>864</sup>.

L'eventuale erogazione di una prestazione in regime "intra moenia", in definitiva, connota in termini "professionali", ancorchè pubblicistici, la relazione curativa stessa<sup>865</sup>.

La pronuncia<sup>866</sup>, peraltro, si segnala altresì per aver esaminato, sempre nella logica dell'operatività o meno del foro del consumatore, un argomento preliminare che, nel caso di specie, l'azienda del Sistema sanitario nazionale aveva prospettato contro l'affermazione del foro del

---

di tipo libero professionale all'interno della struttura di appartenenza. Per ulteriori approfondimenti, v. A. LEPRE, *Attività medica in regime intramurario e responsabilità della struttura sanitaria*, cit., p. 698 ss.

<sup>863</sup> Per un approfondimento di tale disposizione normativa si rimanda a E. CÈSARO (a cura di), *I contratti del consumatore. Commentario al Codice del consumo (D. lgs. 6 settembre 2005 n. 206)*, cit., p. 207 ss. Sul tema della vessatorietà delle clausole, G. ALPA e S. PATTI (a cura di) *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *cod. civ. Commentario Shlesinger*, Milano, 2003, p. 168 ss., G. ALPA, e G. CHINÈ, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XV, Torino, 1997, p. 545 ss. Secondo l'art. 33, lett. *m*, cod. cons., costituisce clausola vessatoria la circostanza di «consentire al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso».

<sup>864</sup> M.F. VITA DELLA CORTE, *Foro del consumatore e responsabilità sanitaria: approcci applicativi*, cit., p. 836.

<sup>865</sup> Orientamento, peraltro, seguito da Cass., 2 aprile 2009, n. 8093, cit.

<sup>866</sup> Sempre Cass. 24 dicembre 2014 n. 27391, cit.

consumatore (riconosciuto invece dal giudice di merito) sostenendo come, in forza della l. Balduzzi, quel principio fosse errato, in quanto la responsabilità ad essa addebitata dovesse ricondursi alla matrice extracontrattuale<sup>867</sup>.

La conclusione a cui è pervenuta la Cassazione<sup>868</sup>, ha dunque aperto un varco all'applicazione della disciplina consumeristica anche nel rapporto tra utente e struttura sanitaria del Servizio sanitario nazionale (nel caso di specie, convenzionata)<sup>869</sup>.

Tuttavia, all'orientamento che valorizza la natura contrattuale e professionale dell'attività espletata dal medico, per fatti concludenti, e l'assimilazione del paziente alla figura del consumatore<sup>870</sup> a favore del *forum actoris*, si contrappone anche un diverso *trans* interpretativo che

---

<sup>867</sup> R. FRASCA, *Foro del consumatore e Servizio Sanitario Nazionale*, cit., p. 235. La soluzione a cui è pervenuta la Corte, infatti, è stato il frutto non solo dei contrasti giurisprudenziali in merito, ma soprattutto all'indomani dell'entrata in vigore della l. Balduzzi (alla luce del richiamo alla responsabilità extra-contrattuale ex art. 2043 c.c. per l'esercente la professione) posto che, qualora avesse prevalso l'interpretazione letterale dell'art. 3 della l. 189/2012 e si avesse proteso quindi per la natura extracontrattuale dell'azione risarcitoria per la struttura sanitaria, il foro sarebbe senz'altro quello del luogo in cui l'obbligazione è sorta ex art. 20 c.p.c., ovvero dove deve eseguirsi l'obbligazione dedotta in giudizio o quello in cui l'illecito si è verificato ex art. 1182, comma 4, c.c.: in tutti i casi, quindi, la sede della struttura convenuta in giudizio, F. CECCONI e G. CIPRIANI, *La responsabilità civile dopo la riforma Balduzzi*, Torino, 2014, p. 118 ss.

<sup>868</sup> Cass. 24 dicembre 2014 n. 27391, cit.

<sup>869</sup> Più di recente, cfr. Cass. 2 novembre 2016 n. 22133 (ord.), in *Diritto giust.*, 2016, con nota di R. SAVOIA, *Si al foro del consumatore per il paziente operato presso la casa di cura in regime privatistico*, in *Diritto giust.*, 74, 2006, p. 11. Nella pronuncia i giudici fanno notare la manifesta erroneità del giudice di primo grado laddove «discetta della natura della prestazione sanitaria per escludere la rilevanza del foro del consumatore». La Corte, in particolare, confermava che il principio della non invocabilità del foro del consumatore in caso di prestazioni rese in ambito di servizio sanitario pubblico non vale per il caso di prestazioni effettuate da aziende, seppur facenti parte del Servizio sanitario nazionale, in ambito privatistico.

<sup>870</sup> Cfr. Trib. Torre Annunziata, 31 maggio 2006, in *Corr. mer.*, 2006, p. 1122 ss.; Trib. Napoli, 6 dicembre 2007, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 398 ss., con nota di F. LUCCHIESI, *Foro del consumatore: riconosciuta l'applicazione anche al c.d. Contratto di spedalità*: secondo il giudice partenopeo è essenziale determinare la natura del rapporto che si instaura tra paziente, struttura sanitaria e medico; pertanto la natura indubbiamente contrattuale di tale rapporto rende applicabile la disciplina di cui all'art. 33, comma 2, lett. u, cod. cons.

esclude l'operatività della disciplina consumeristica<sup>871</sup>.

In modo particolare in alcune pronunce la Cassazione<sup>872</sup>, nel determinare il foro di competenza in caso di richiesta di risarcimento danni per colpa medica, considera determinante la distinzione relativa alla natura pubblica (o convenzionata) o privata dell'ente ospedaliero, con notevoli ripercussioni circa il grado di tutela del paziente<sup>873</sup>.

Nello specifico, la giurisprudenza<sup>874</sup> ha avuto modo di distinguere la natura pubblica e privata della casa di cura ed ha affermato come, per quanto al paziente si possa attribuire sempre la qualifica di utente (in virtù dell'art. 3, lett. *a*, del codice del consumo), nondimeno la struttura sanitaria pubblica non rivestirebbe la qualifica di professionista (*ex art. 3, lett. c*) dal momento che, erogando la prestazione in violazione del principio di economicità, risulterebbe estranea all'esercizio di una attività d'impresa<sup>875</sup>.

La Cassazione inquadra, infatti, la relazione tra l'utente e il gestore di un servizio pubblico (in tal caso sanitario) nello schema del diritto

---

<sup>871</sup> Cfr. Cass., 2 aprile 2009, n. 8093 cit., Trib. Lecce, sez. dist. Tricase, 17 aprile 2008, in *Giur. it.*, 2009, p. 601 ss., con nota di V. LUBELLI, *Considerazioni sulla tutela del paziente come consumatore*.

<sup>872</sup> Cass., 2 aprile 2009, n. 8093 cit., con nota di S. NARDI, *Il foro competente per la lite tra struttura sanitaria pubblica e paziente*, in *Resp. civ.*, 2009, 11, p. 918 ss. In senso adesivo, più di recente, Cass., 21 settembre 2016, n. 18536, in *Giust. civ. Mass.*, 2017; Cass. 20 marzo 2010, n. 6824, cit.; Trib. Pescara, 14 dicembre 2011, in *PQM*, 2011, 2-3, p. 129.

<sup>873</sup> Sulla qualificabilità della struttura sanitaria quale impresa, a prescindere dell'economicità o meno dell'attività svolta, G. IUDICA, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 3; A. LAMORGESE, *La tutela consumeristica dell'utente del servizio sanitario nazionale*, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 928.

<sup>874</sup> Cass., ord. 2 aprile 2009, n. 8093, cit.

<sup>875</sup> In effetti, nonostante l'attuale formulazione dell'art. 3, comma 1, lett. *c*, cod. cons., taccia in merito alla possibilità di considerare professionista anche un soggetto pubblico, sia le riflessioni formulate dalla dottrina che una interpretazione conforme all'impostazione comunitaria propensa ad estendere tale definizione anche al di fuori dei soggetti privati, spingono a ritenere la possibilità di ampliare l'applicabilità della disciplina a favore anche ai rapporti fra consumatore-utente e soggetto pubblico. In tal senso, G. CHINÈ, *Art. 3*, in *Codice del Consumo*, V. CUFFARO (a cura di), cit., p. 25 e E. GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole vessatorie*, Milano, 2010, p. 170 ss. In giurisprudenza aderiscono a tale impostazione Trib. Palermo-Monreale, 4 luglio 2000, in *Danno resp.*, 2001, p. 181; Trib. Palermo, 18 settembre 2000, in *Danno resp.*, 2001, 5.

soggettivo pubblico dubitando di conseguenza della natura propriamente contrattuale del rapporto di assistenza sanitaria. Discorso diverso, ovviamente, per la struttura sanitaria privata, che è da presumere agisca perseguendo un proprio utile<sup>876</sup>.

Sulla base di tali motivazioni, la Suprema Corte ha a volte ritenuto la disciplina di cui all'art. 33, lett. *u* del codice del consumo, concernente il foro del luogo di residenza del consumatore, inapplicabile ai rapporti tra pazienti e strutture ospedaliere pubbliche. Tra struttura sanitaria pubblica e paziente, infatti, non si concluderebbe nessun contratto, nemmeno per fatto concludente, mancando, così, il presupposto per l'applicazione delle disposizioni consumeristiche, proprio in ragion del fatto che la casa ospedaliera non farebbe altro che attuare l'obbligazione della mano pubblica di fornire il servizio sanitario<sup>877</sup>.

Tali argomentazioni, a ben vedere, fanno principalmente perno sul principio di territorialità<sup>878</sup>, in base al quale è organizzato il Servizio nazionale sanitario, oltre che sulla già richiamata mancata riconducibilità dell'azienda sanitaria pubblica (al pari della struttura privata convenzionata) alla figura del professionista, secondo la definizione di cui

---

<sup>876</sup> Si veda S. CASTRO, *L'azienda ospedaliera pubblica esula dalla qualifica di professionista*, in *Guida dir.*, 2009, 20, p. 80, il quale, commentando la pronuncia in questione (Cass. 2 aprile 2009, n. 8093), fa notare come secondo la stessa «le strutture sanitarie non sarebbero professionisti, agendo, per contro, per il raggiungimento di interessi pubblici, cioè di obiettivi primari per lo Stato e per i consociati tutti. Quindi, mancherebbero i presupposti, tipicamente privatistici, (primo fra tutti, l'imprenditorialità), atti a far scattare l'applicazione del codice del consumo».

<sup>877</sup> Orientamento seguito, più di recente, da Cass. 21 settembre 2016, n. 18536 cit. In tal caso, la Corte sosteneva l'inapplicabilità del foro esclusivo del consumatore, in quanto l'oggetto della controversia verteva sull'accertamento della responsabilità professionale, del medico e per esso della struttura sanitaria e, dunque, riconosceva competente il Tribunale del luogo dove era sorta l'obbligazione.

<sup>878</sup> In ossequio a tale principio, si osserva che il Servizio sanitario nazionale prevede che l'erogazione del pubblico servizio avvenga attraverso le sue tante articolazioni dislocate nel territorio nazionale: quindi ciascun utente può astrattamente richiedere l'erogazione della prestazione presso la struttura sanitaria ubicata nel luogo di sua residenza ovvero, in alternativa, presso qualsiasi altra articolazione dell'organizzazione, M.F. VIVA DELLA CORTE, *Foro del consumatore e responsabilità sanitaria: approcci applicativi*, cit., p. 836 ss.

all'art. 3, lett. c cod. cons.

Sulla base di tale principio, si osserva che il Servizio nazionale sanitario prevede che l'erogazione del pubblico servizio avvenga attraverso le sue tante articolazioni della complessiva organizzazione preposte ognuno ad un certo territorio nazionale, ma «la fruizione del servizio, invece, non è, però, necessariamente collegata alla residenza dell'utente se non in via tendenziale, essendovi, com'è noto, la possibilità di beneficiare del servizio, sia pure di solito attraverso un imput che parte dall'articolazione del servizio dal luogo di residenza, in una qualsiasi articolazione dell'organizzazione»<sup>879</sup>.

L'articolazione territoriale del Sistema sanitario nazionale determinerebbe, in particolare, «una circostanza che pone l'utente, quando si rivolge ad una articolazione diversa dal suo luogo di residenza, in una posizione che non è apparentabile a quella del consumatore di cui alla lett. u dell'art. 33 citato»<sup>880</sup>, giacché «il collegamento della struttura ad un certo territorio, ove posto in relazione con la libera scelta dell'utente di fruire del servizio al di fuori dell'ambito dell'articolazione del suo luogo di residenza, palesa [...] una situazione nella quale, essendo frutto di una scelta dell'utente fruire del servizio al di fuori dell'ambito riferibile al suo luogo di residenza, il responsabile della radicazione della vicenda

---

<sup>879</sup> Così, Cass. 2 aprile 2009, n. 8093 (ord.), cit.

<sup>880</sup> La disposizione in questione sancisce la vessatorietà, salva prova contraria, delle «clausole che hanno per oggetto o per difetto, di (...) stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore». Ne consegue la competenza territoriale esclusiva del giudice del luogo di residenza del consumatore (come evidenziato da Cass., Sez. un., 1° ottobre 2003, n. 14669 (ord.), in *Foro it.*, 2003, I, 3298 ss.), derogabile solo su accordo tra le parti. Al riguardo, per una sintesi dei diversi indirizzi dottrinali e giurisprudenziali, G. PAVASINI, *Sub. art. 33, comma 2, lett. u*, in AA.VV., *Commentario breve al diritto dei consumatori*, G. DE CRISTOFARO e A. ZACCARIA (a cura di), 2° ed., Padova, 2013, p. 346 ss.; E. CAPOBIANCO, *Art. 33*, in ID., e G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2009, p. 174; A. BARENGHI, *Art. 33*, in V. CAFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, 3° ed., Milano, 2012, p. 273; D. ACHILLE e S. CHERTI, *Le clausole vessatorie nei contratti tra professionista e consumatore*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA e S. CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014, p. 85 ss.

all'ambito territoriale della struttura cui si è rivolto è esclusivamente l'utente, il quale, d'altro canto, è pienamente consapevole che l'articolazione cui si è rivolto è predisposta per operare in un certo ambito territoriale<sup>881</sup>». Secondo tale impostazione risulta «pienamente ragionevole che la vicenda del contenzioso che nasce dall'erogazione del servizio non sia soggetto al foro del consumatore»<sup>882</sup> e che, pertanto, la vicenda risarcitoria venga radicata nella circoscrizione dove ha sede l'azienda sanitaria pubblica.

Inoltre, sempre stando a tale orientamento, non potrebbero ravvisarsi in capo alla struttura sanitaria i requisiti soggettivi necessari per poterla considerare professionista, in quanto essa è chiamata ad erogare il servizio anche se cagiona perdite, cioè senza essere mossa da alcun principio di economicità (guadagno), che viceversa è alla base dello svolgimento di un'attività imprenditoriale, commerciale o artigianale<sup>883</sup>.

Analoghe considerazioni inducono ad escludere che assuma le vesti di professionista la clinica privata che ha stipulato la convenzione con il Sistema sanitario nazionale: anch'essa non persegue un proprio utile quando eroga la prestazione sanitaria. Né sarebbe possibile giungere a conclusioni diverse solo perché il personale (medico, infermieristico, dirigenziale) alle dipendenze dell'azienda sanitaria percepisce un compenso per l'espletamento della propria attività, trattandosi di circostanza estranea al rapporto paziente-struttura (pubblica o

---

<sup>881</sup> Così, Cass. 2 aprile 2009, n. 8093, cit. (ord.).

<sup>882</sup> Sempre Cass. 2 aprile 2009, n. 8093, cit. (ord.).

<sup>883</sup> Neppure la richiesta di versamento, da parte di alcuni utenti, del *ticket* sanitario sposta i termini del ragionamento. La definizione di professionista ex art. 3, lett. c, cod. cons., al pari di quella di consumatore, viene ricavata in base allo scopo dell'attività svolta: ne consegue la sua esclusione per l'azienda ospedaliera. La qualificazione in termini finalistici viene anche sostenuta da: *ex plurimis*, v. Cass. 10 luglio 2008, n. 18863; in *Danno resp.*, 2009, p. 385 ss.; Cass. 23 febbraio 2007, n. 42098, in *Contratti*, 2007, p. 1071 ss.; Cass. 18 settembre 2006, n. 20175 (ord.), in *Foro it.*, 2007, I, p. 119 ss.; Cass. 13 giugno 2006, n. 13643, in *Giust. civ.*, 2007, p. 1775 ss.; Cass. 25 luglio 2001, n. 1027, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, p. 338 ss. In dottrina v. S. KIRSCHEN, in G. ALPA e L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del Consumo. Commentario*, Napoli, 2005, p. 67 ss.



convenzionata)<sup>884</sup> che è da reputarsi idonea a qualificare come “professionista” l’azienda sanitaria<sup>885</sup>. Se è infatti vero che la casa di cura convenzionata «si presenta come un’azienda diretta a perseguire un utile», tale utile viene in rilievo solo quando «essa stipula la convenzione con gli organismi di diritto pubblico... mentre, una volta instaurata la convenzione, la fornitura del servizio all’utente avviene con modalità del tutto identiche a quelle seguite dalla struttura pubblica»<sup>886</sup>.

L’impostazione da ultimo considerata si scontra, tuttavia, con il rilievo secondo il quale l’azienda sanitaria pubblica sarebbe, ormai, sostanzialmente configurabile come un soggetto privato e non pubblico,

---

<sup>884</sup> Sul punto si ripropongono le stesse critiche mosse a Cass., 2 aprile 2009, n. 8093, cit., in *Foro it.*, 2009, I, p. 2683 ss; in *Corr. giur.*, 2009, p. 613 ss., con nota di V. CARBONE, *Servizio sanitario nazionale e consumatore*; in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 1291 ss, con nota di D. CHINDEMI, *Il paziente di una struttura sanitaria pubblica non è “consumatore” e l’azienda non è “professionista”*; in *nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 1069 ss., con nota di L. KLESTA DOSI, *Foro del consumatore e relazione di assistenza sanitaria: una soluzione equa nonostante tutto*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 918 ss., con nota di S. NARDI, *Il foro competente per la lite tra struttura sanitaria pubblica e paziente*, cit., 918 ss.; con nota di A.M. BENEDETTI e F. BARTOLINI, *Utente vs servizio sanitario: il “no” della Cassazione al foro del consumatore*, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 973 ss, con nota di A. LAMORGESE, *La tutela consumeristica dell’utente del S.N.N.*, in *Giust. civ.*, I, 2010, secondo le quali negare all’azienda ospedaliera la veste di professionista rende priva di significato la qualificazione come consumatore dell’utente di servizi pubblici sanitari, essendo entrambi endiadi di un unico rapporto. Inoltre, il requisito dell’imprenditorialità non può limitarsi alla valutazione della dimensione economica dell’azienda (c.d. scopo lucrativo) dovendosi avere riguardo, a prescindere della natura pubblica/privata dell’azienda, anche alle modalità di esplicazione dell’attività svolta secondo un’organizzazione stabile e non occasionale (in tal senso, cfr. Cass. 8 giugno 2008, n. 13377, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 996 ss. e Cass. 13 giugno 2006, n. 13643 (ord.), in *Contratti*, 2007, p. 225 ss.). Da tale prospettiva risulta ammissibile la qualifica di professionista alle strutture sanitarie pubbliche che, soprattutto a seguito della loro privatizzazione, hanno visto attribuirsi maggiore autonomia nella gestione delle risorse economiche nonché maggiore controllo sulla qualità delle prestazioni erogate, con la supervisione delle regioni.

<sup>885</sup> Di diverso avviso, Trib. di Lecce, Sez. dist. Tricase, 17 aprile 2008, in *Giur. it.*, 2009, p. 601 ss., con nota di V. LUBELLI, *Considerazioni sulla tutela del paziente come consumatore*, in *Giur. it.*, 2, 2007, che qualifica, invece, la struttura sanitaria e/o il medico (ivi operante) professionista secondo la definizione offerta dal codice del consumo, sulla base dell’assunto che nella categoria di beni e servizi di consumo rientrano anche le prestazioni rese dai liberi professionisti, tra cui i medici.

<sup>886</sup> Così, Cass. 2 aprile 2009, n. 8093 (ord.), cit.

gestito con criteri manageriali, come avviene per l'Asl<sup>887</sup>.

È opportuno ricordare, infatti, come nel nostro ordinamento e nel contesto economico-sociale attuale, anche un'azienda ospedaliera pubblica debba necessariamente orientarsi opportunamente secondo una logica quasi interamente imprenditoriale, perseguendo l'obiettivo del pareggio del bilancio e prestando adeguata attenzione al rispetto delle finalità produttive che sembrano "stigmatizzare"<sup>888</sup>, oramai, tutta la moderna pubblica amministrazione, specie laddove essa eroghi pubblici servizi.

Ponendo l'attenzione all'altra parte del rapporto giuridico analizzato, ossia al paziente, la Corte con lo stesso provvedimento summenzionato dava atto, invece, che nel codice del consumo l'utente contemplato era anche quello del servizio pubblico, pur prospettando la negazione della qualificazione di consumatore dell'utente del Servizio sanitario nazionale perché non ricorreva nel relativo rapporto la figura del contratto. Dunque utente sì, ma non consumatore tale da ricevere le tutele di matrice consumeristica.

---

<sup>887</sup> S. MICONI, *L'applicazione del Codice del consumo ai rapporti d'utenza del Servizio pubblico*, cit., p. 236 ss.

<sup>888</sup> L. BERTINO, *Ente pubblico non economico e la qualifica di professionista ai sensi dell'art. 1469 bis cod. civ.*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 1091 ss.

## *Reflexiones conclusivas*

A la luz de lo anteriormente analizado, en materia de responsabilidad médico-sanitaria, ha quedado demostrado como los cambios ocurridos en el plano normativo, así como en el ámbito jurisprudencial, se justifican sobre la base de las dinámicas evolutivas de la misma ciencia médica, y aún más en un sistema como el nuestro, que dedica a la responsabilidad del profesional, una norma única, como lo es el art. 2236 del código civil<sup>889</sup>.

La revisión de la evolución jurisprudencial de la responsabilidad médico-sanitaria a favor de una contractualización de la relación jurídica paciente-usuario y estructura sanitaria (y sociosanitaria) basada en un contrato atípico de “hospitalización” y tipificado, este último, sobre el plano normativo, de la reciente l. 24/2017 (art. 7, párrafo 1), ha demostrado y demuestra, una vez más, cómo la existencia o no de un contrato no pueda considerarse un elemento suficiente para identificar, con certeza, la naturaleza de la responsabilidad en el sector de la salud<sup>890</sup>.

La reciente l. 24/2017, en este sentido, procedió a fortalecer la relación contractual entre el paciente-usuario y la estructura (sanitaria y sociosanitaria) estableciendo que esta última, a diferencia de la legislación anterior<sup>891</sup>, responde contractualmente por los hechos de los trabajadores de salud (arts. 1218 y 1228 c.c.) y por su propio incumplimiento, independientemente de su naturaleza jurídica (pública y privada)<sup>892</sup>.

---

<sup>889</sup> Originalmente, sobre todo “apoyado ciertamente por preocupaciones corporativas”, para ello ver, L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI e U. NATOLI, *Diritto civile*, Torino, 1992, p. 527.

<sup>890</sup> De esta opinión, V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, cit., p. 25.

<sup>891</sup> Se hace referencia al decreto Balduzzi que, en el párrafo 1 del art. 3, proporcionó solo una responsabilidad del profesional de la salud, ya que exime de referirse a establecimientos de salud públicos o privados, según se percibe del mismo encabezado de la ley (“Responsabilidad profesional del profesional de la salud”).

<sup>892</sup> La extensión de los territorios de la responsabilidad contractual y el fenómeno de la contractualización de la responsabilidad aquiliana son tratados, entre otros, por G. TRAVAGLINO, *La responsabilità contrattuale tra tradizione e innovazione*, en *Resp. civ. prev.*, Milano, 2016, 1, p. 75.

Este aspecto de la contractualización de la relación jurídica entre el paciente y la salud y la consecuente tipificación del “contrato de hospitalización” demuestra, como hemos visto, que para una protección eficaz del usuario estamos presenciando un fenómeno de “despersonalización” y agravación de la complejidad de la actividad de salud: para el tratamiento diagnóstico y terapéutico, también existen otras actividades, como la información, hospedaje, asistencia, así como nuevos tipos de tratamientos, como cirugía estética y reconstructiva, fortalecimiento físico y muscular, esterilización, etc. Por esta última razón, parece más apropiado usar el término “usuario”, en una acepción más amplia y más general, que agrupe a todos los usuarios de los servicios de salud, en lugar de “paciente”, si con éste se entiende identificar a la persona que se somete a intervenciones específicas, de índole estrictamente curativa, en caso de necesidad<sup>893</sup>.

Con respecto al profesional de salud particular, en el caso en el que él mismo responda por vía extracontractual (según lo establece el art. 7 de la l. 24/2017), la ausencia confirmada de un contrato y, por lo tanto, de una correspondiente obligación de prestación, por parte de éste al usuario, no es suficiente para eliminar la naturaleza “profesional” que califica *ab origine* el trabajo efectuado, lo que se traduce en obligaciones de comportamiento hacia quienes, en base a tal profesionalismo, han puesto su confianza (usuarios de servicios de salud).

Al tratarse de una actividad, la actividad médico-sanitaria, que constituye un servicio de necesidad pública, se observa, cómo al trabajador de la salud le es imposible ejercer su profesión sin una autorización

---

<sup>893</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 2006, p. 728, de hecho, habla del derecho a la salud como un respeto por la integridad psicofísica en una amplia excepción.

especial del Estado, por ser una materia a la cual el “público se encuentra obligado por ley para obtener validez” (art. 359 del código penal)<sup>894</sup>.

El principio de salvaguardia “puesto sobre el *agere diligente*”<sup>895</sup> parece residir en el art. 7, párrafo 3, de la l. 24/2017 que, reconociendo la naturaleza contractual de la responsabilidad del médico que haya actuado en el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas con el paciente, se refiere dicho párrafo a la hipótesis en la que el paciente se dirige a un médico particular, identificado y seleccionado por él mismo, para obtener tratamientos y terapias<sup>896</sup>.

De todo esto se deduce que la responsabilidad del organismo responsable del servicio hospitalario, así como la del médico o profesional autónomo, encuentra su raíz en la ejecución no diligente o incorrecta del servicio de salud, de modo que, una vez comprobado la misma, se verificará contextual la responsabilidad civil y la correspondiente protección del usuario, por medio de una solicitud de indemnización por daños y perjuicios causados<sup>897</sup>.

Además, en la actualidad esta contractualización se percibe cada vez más por parte del sector público, cabe observar, sin embargo, las peculiaridades que identifican el contrato de utilidad pública (caracterizado por una derivación peculiar de interés público que determina la necesidad de una identificación preliminar del contenido del acto negocial por parte

---

<sup>894</sup> De acuerdo con el art. 359 del código penal, párrafo 1, son personas que prestan un servicio de necesidad pública “individuos privados que ejercen profesiones forenses o de salud u otras profesiones cuyo ejercicio está prohibido por ley sin autorización especial del Estado, cuando el público se encuentre obligado por ley, a valerse de su servicio”.

<sup>895</sup> En estos términos, M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, cit., p. 193.

<sup>896</sup> M.P. MANTOVANI, o.u.c., p. 191.

<sup>897</sup> Según la decisión Cass., 8 de mayo de 2001, n. 6386, en *Danno resp.*, 2001, p. 1045, «la relación entre el paciente y la estructura del hospital está regulada, en lo que respecta a los beneficios para la salud, por las normas relativas a la actividad del médico en el marco del contrato de trabajo profesional. De ello se deduce que la responsabilidad directa del hospital y la del trabajador de salud incluido en el hospital se rigen, de manera análoga, por las normas que regulan la responsabilidad médica profesional en la ejecución de un contrato de trabajo profesional y, por lo tanto, también por el art. 2236 del código civil, que por lo tanto es aplicable tanto al médico como al organismo».

del autoridad pública)<sup>898</sup> cómo debe, sin embargo, estar definitivamente enmarcado en la disciplina común de los contratos, verificando la posible aplicabilidad de otras regulaciones del sector<sup>899</sup>.

El concepto mismo autonomía negocial, como fuente de contractualización, ha cambiado profundamente<sup>900</sup>. Basta con considerar cómo la autonomía negocial, una vez perdida su connotación de ejercicio absoluto del poder de autorregulación, se entiende diariamente como un instrumento a través del cual pueden materializarse intereses y valores reconocidos como dignos de protección por el ordenamiento jurídico<sup>901</sup>.

La disciplina de los contratos en los servicios públicos, incluidos los servicios de salud, requiere de herramientas específicas para la corrección y remodelación que, al reiterar la función instrumental de la autonomía negocial, posicionan no al aspecto económico en el centro de los intereses del ordenamiento, sino al de la realización del interés axiológicamente superior del “ciudadano-usuario”<sup>902</sup>.

La necesidad de medidas legislativas destinadas a determinar la estructura de intereses de un solo contrato de servicios públicos se justifica

---

<sup>898</sup> Sobre la noción de los contratos de uso público, v. L. MANCINI, *I contratti di utenza pubblica*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 115.

<sup>899</sup> S. MICONI, *I contratti dei servizi pubblici*, Padova, 2011, p. 87.

<sup>900</sup> Cfr. G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, p. 16 ss.; P. PERLINGIERI, *I mobili confini dell'autonomia privata*, en ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 15 ss.; L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003, p. 25 ss.; D. D'ANGELO, *Considerazioni minime in tema di limiti all'autonomia contrattuale*, en *Giur. merito*, 2006, p. 2605 ss.; G. SMORTO, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, p. 325 ss.; G. ALPA, *Autonomia delle parti e libertà contrattuale, oggi*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 571 ss.; L. MEZZASOMA, *El contrato de compravenda y la protección del consumidor*, Relazione tenuta presso l'Università di Salamanca, 5 febbraio 2013.

<sup>901</sup> Sobre el argumento v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 319 ss. In tema, si vedano anche F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ.* CNN diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2008, p. 1 ss.; L. MEZZASOMA, *La protezione del contraente debil en la legislación italiana*, en *Rev. Jur. daños*, 2/2012, en [www.ijeditores.com.ar](http://www.ijeditores.com.ar).

<sup>902</sup> Expresión utilizada por M. CALABRÒ, *Carta dei servizi, rapporto di utenza e qualità della vita*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2014, p. 373 ss.

precisamente por la necesidad de garantizar la prestación generalizada del servicio y, al mismo tiempo, la accesibilidad generalizada al mismo<sup>903</sup>.

La reconstrucción sistemática de la responsabilidad médico-sanitaria, sin duda, se ha visto afectada por la evolución social, según se analiza en el curso de su tratamiento, se ha visto en el siglo XX (en detrimento de la relación “tradicional” entre el paciente y el médico “persona física”) el marcado surgimiento de la actividad sanitaria realizada de forma organizada, por organismos públicos y privados, en la que los elementos típicos de la relación de trabajo profesional, se compenetran con los de la actividad empresarial<sup>904</sup>. Desde este punto de vista, la l. n. 24 del 8 de marzo de 2017, ha tenido el mérito de reconocer la complejidad y la presencia de los diversos organismos que administran los servicios de salud que operan al interno del sistema nacional de salud y de colocarlos al mismo nivel, además de lo relacionado con la responsabilidad civil (art. 7), lo referente al sistema de seguro obligatorio (art. 10) y la obligación de transparencia de los datos personales por parte de las estructuras (art. 4)<sup>905</sup>.

Por lo tanto, las obligaciones de organización y de prestación que resultan de la convicción del tratamiento se ponderan por igual en los operadores públicos como en los privados o que, en cualquier caso, se encuentren vinculados al sistema nacional de salud (acreditado o afiliado).

---

<sup>903</sup> En verdad, en términos de la prestación de servicios públicos, falta un marco de referencia sistemático a nivel legislativo. La ley 103/1993 define el servicio público como la «actividad adecuada para proporcionar los servicios predeterminados para satisfacer las necesidades elementales»; la ley 142/1990 afirma que los servicios públicos se ocupan de la producción de bienes y actividades destinadas a lograr objetivos sociales y promover el desarrollo económico y civil de las comunidades locales (definición incluida en el decreto legislativo 267/2000 TU de las leyes sobre la regulación de autoridades locales). Ni siquiera el decreto legislativo 80/1998 modificado con la ley 205/2000, que extiende la jurisdicción exclusiva del juez administrativo a todas las disputas relacionadas con los servicios públicos, desde una definición integral de servicio público.

<sup>904</sup> A. CASÀ, *Danno risarcibile, nesso causale e onere della prova nella responsabilità del sanitario per mancata acquisizione del consenso informato*, cit., p. 1308.

<sup>905</sup> Sulla trasparenza dei dati e coordinamento con la tutela dei dati personali di cui al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, cfr. D. AMRAM e G. COMANDÈ, *Sul non facile coordinamento degli obblighi imposti dal regolamento europeo sulla protezione dei dati personali UE/679/2016 e dalla Legge n. 24/2017*, in *Riv. it. med. leg.*, 1, 2018, p. 1 ss.

No es casualidad que la l. 24/2017 inicie, en el art. 1, declarando que «la seguridad de la atención médica es parte constitutiva del derecho a la salud y se ejerce en interés del individuo y la comunidad», con la consecuencia de que la seguridad en la atención sanitaria es uno de los pilares de la nueva ley de responsabilidad médica, y esta disposición representa el parámetro dentro del cual se deben leer y orientar todas las demás disposiciones normativas contenidas en la disposición legislativa<sup>906</sup>.

Del mismo modo, el hecho de haber deseado que el legislador distinguiera la responsabilidad de la estructura de la del médico de forma individual, al establecer distintos criterios de imputación, demuestra claramente la intención de aplacar el fenómeno de la medicina defensiva, recuperando así la relación de alianza terapéutica entre médico y paciente<sup>907</sup>.

En cuanto a la previsión expresa de la responsabilidad contractual de la institución hospitalaria, se destaca, en particular, el intento del legislador de concentrar principalmente la protección compensatoria en la institución (incluyendo, además, para la protección efectiva del paciente, no solo el instrumento del sistema de seguro obligatorio tanto para las estructuras como para los trabajadores de salud particulares, sino también la acción judicial directa de la parte lesionada, según lo establecido por el art. 12; del establecimiento de un Fondo de garantía, mencionado en el art. 14 y de la prórroga de la garantía del seguro contemplado en el art. 11)<sup>908</sup>.

---

<sup>906</sup> R. PARDOLESI e R. SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti del contratto sociale?)*, in *Foro it*, V, 2017, p. 161 ss.

<sup>907</sup> G. SCARCHILLO, *La responsabilità medica: risarcimento o indennizzo? Riflessioni, evoluzioni e prospettive di diritto comparato*, cit. p. 1490B.

<sup>908</sup> Secondo L. BERTINO, *Ente pubblico non economico e la qualifica di professionista ai sensi dell'art. 1469 bis cod. civ.*, cit., p. 1091 ss., el aspecto crítico de este pronóstico continúa, ya que condenar a la institución de salud a una compensación es equivalente a eliminar los recursos económicos del Servicio Nacional de Salud. Lo último no debe ser subestimado, ya que a menudo la mala práctica es la consecuencia de la falta de recursos y el error médico es causado por factores incontrolables, como las disfunciones organizativas y la falta de medios.



De hecho, bajo el perfil procesal, la lógica normativa a partir de la cual la ley Gelli-Bianco<sup>909</sup> se funda, tiene el propósito de aligerar la carga probatoria del médico, en virtud de la operatividad de la regla dictada por el art. 2043 c.c.<sup>910</sup>, el profesional de la salud puede ser considerado civilmente responsable solo si la persona lesionada proporciona pruebas de una culpa profesional<sup>911</sup>. Desde este punto de vista, se percibe cómo la nueva normativa tiene como objetivo el de desalentar al paciente de demandar al trabajador de salud autónomo (demandando contra la estructura sanitaria o sociosanitaria). El resultado final es que el profesional de la salud podrá realizar su actividad profesional con mayor tranquilidad y serenidad<sup>912</sup> y evitar las prácticas de la medicina defensiva, en detrimento del usuario a quien, muy a menudo, no se le garantizan los tratamientos efectivos para su recuperación y asistencia.

También en términos del derecho penal, con el fin de promover los servicios profesionales del servicio de salud y combatir la medicina defensiva, para proteger al usuario, como se ha observado, el legislador ha previsto la introducción de una causa de exclusión de punibilidad para el

---

<sup>909</sup> G. TRAVAGLINO, *Vaghi appunti sulla riforma della responsabilità sanitaria*, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com), según la *Riforma Gelli-Bianco* parece establecerse «la fine dell'impero del diritto giurisprudenziale, il ritorno alla Repubblica della disciplina positiva».

<sup>910</sup> De todas formas, según A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Le novità (ancora mascherate) dell'assicurazione della responsabilità sanitaria*, cit., p. 197 ss., la introducción de la regla aquiliana, puede favorecer indirectamente una ampliación de la cobertura del seguro individual, por supuesto «vulnus di canalizzazione ed evidenti ricadute in termini di duplicazioni delle cautele assicurative».

<sup>911</sup> Secondo G. VISINTINI, *La colpa medica nella responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 532, el envío al art. 2043 C.C. «con riguardo alla responsabilità per fatto proprio del medico deve essere interpretato nel senso di un rifiuto da parte del legislatore della assimilazione della posizione di medici a quella delle strutture sanitarie. Queste, sì, devono rispondere contrattualmente di tutte le disfunzioni; non così deve essere per il personale sanitario di cui deve essere provata una negligenza o una incompetenza professionale e quindi un comportamento illecito e rilevante ai fini dell'art. 2043 c.c.».

<sup>912</sup> Afronta el tema sobre la función “tranquilizante” del personal médico, L. BUGIOLACCHI, *Le strutture sanitarie e l'assicurazione per la r.c. verso terzi: natura e funzione dell'assicurazione obbligatoria nella l. n. 24/2017 (Legge «Gelli-Bianco»)*, cit., p. 1032 ss., sobre el nuevo sistema de seguro obligatorio introducido por la Ley 24/2017.

profesional de la salud, según lo dispuesto en el nuevo art. 590-*sexies* c.p.<sup>913</sup>.

A pesar de la tipificación de la responsabilidad extracontractual consagrada por la l. 24/2017 para el profesional de la salud autónomo, el legislador, como ha sido analizado, no quiso abandonar por completo el marco normativo contractual del art. 1218 c.c. de conformidad con el art. 7 que, al afirmar la aplicación del art. 2043 c.c, sin embargo, mantiene el caso en el que el profesional de la salud ha actuado en el cumplimiento de una obligación contractual con el paciente<sup>914</sup>. Esta última parte de la norma parece “sin duda correcta”<sup>915</sup> y responde a los principios generales del derecho de las obligaciones: no podemos, por lo tanto, considerar un acto ilegal de conformidad al art. 2043 c.c. el daño causado por el profesional de la salud que no ha cumplido con las obligaciones asumidas personalmente para con el paciente y con las cuales el paciente, sobre la base de una relación de confianza, haya determinado algún tipo de regulaciones contractuales.

En cualquier caso, sobre la base del contenido normativo al que se refiere el art. 7 de la l. 24/2017, ya sea que exista un vínculo contractual médico-paciente, o que la relación legal sea calificada como extracontractual, el paciente no podrá, sin embargo, estar protegido al mismo nivel, por cuanto el bienestar de la salud garantizado por la Constitución asume un papel fundamental en ambas hipótesis.

La protección del usuario de un servicio de salud, donde se respete el alcance subjetivo del código de consumo, además de las normativas del

---

<sup>913</sup> P. GRILLO, *La Gelli-Bianco va alle Sezioni Unite: l'imperizia non è punibile soltanto se lieve*, cit., p. 11 ss.

<sup>914</sup> En esta situación, de hecho, sin duda existe una relación contractual de forma directa entre las partes que implica la aplicación de los principios generales relativos al incumplimiento de las obligaciones (art. 1218 c.c.). La diferencia entre las dos situaciones del proveedor de atención médica es destacada de forma clara por C. MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, cit., p. 753.

<sup>915</sup> Expresión utilizada por E. MOSCATI, *La responsabilità civile della struttura e dell'operatore*, cit. p. 165.

sector que han intervenido posteriormente, también se puede lograr a través de la aplicación de la disciplina de protección al consumidor.

En el curso de la discusión, se ha analizado cómo el código de consumo italiano, a diferencia del Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios del ordenamiento español, que regula específicamente aspectos relacionados con los servicios de salud, carece de referencias específicas a los servicios de salud de interés público. Sin embargo, la noción de usuario, entendido como quien se beneficia de los servicios públicos, se atribuye a un sujeto puesto al centro del sistema de protección y se identifica como un individuo (aun antes que ciudadano) que, a través del aparato público, requiere al ordenamiento que contribuya al correcto desarrollo de la personalidad. En esta posición, se encuentra, sin duda, el usuario de los servicios de salud.

Si este es el propósito de los servicios de salud, está claro que el usuario no se presenta “solo” como un mero sujeto en la cadena económica, sino que se encuentra de forma prioritaria (e incluso de forma más evidente que cualquier otro consumidor) como un ciudadano/individuo que debe ser protegido<sup>916</sup>.

Una definición unitaria que también abarque la figura del consumidor-usuario, de conformidad con el art. 3, lit. *a*, cod. cons., se presenta como un prerequisite indispensable para permitir la aplicación de la regulación que favorece no solo a la persona que adquiere bienes, sino también a quienes

---

<sup>916</sup> Cfr. las consideraciones de C. IANNELLO, *I pubblici servizi nel panorama della privatizzazione. La qualificazione dell'utente fra consumatore-cliente e cittadino*, cit., p. 256, el cual hace notar como «dietro l'utente, infatti, vi è sempre il cittadino che riceve dal gestore del servizio pubblico prestazioni volte alla realizzazione dei suoi diritti fondamentali. È per tale ragione che l'ordinamento giuridico interno ha introdotto discipline speciali per i servizi pubblici ponendo in essere un nuovo sistema di intervento dei pubblici poteri». Sobre la necesidad de leer las reglas del mercado como herramientas para realizar la personalidad de cada individuo, v., también, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 504 ss.

usan un servicio, independientemente de que se trate de un servicio público (sea ésta una estructura hospitalaria pública o afiliada) o privado<sup>917</sup>.

De hecho, en cuanto más se encuentre representado el bien suministrado por un servicio destinado a satisfacer un interés colectivo, más coincide la protección del usuario con la protección del consumidor<sup>918</sup>.

La protección del usuario-consumidor en los servicios públicos está asumiendo, según ha sido apenas indicado, un rol de garantía con respecto al estándar considerado cualitativamente adecuado para el desempeño del sector público (ver art. 2, que reconoce y garantiza los derechos e intereses individuales y colectivos, tanto a los consumidores como a los usuarios, y el art. 101 cod. cons., según el cual la relación con el usuario debe realizarse de conformidad con los estándares de calidad predeterminados y adecuadamente divulgados)<sup>919</sup>.

En la otra parte de la relación jurídica, se encuentra el profesional, cuya definición es atribuible a cualquier persona que «actúe en el ejercicio de su actividad empresarial, comercial, artesanal o profesional» (art. 3 cod. cons.), lo cual hace posible que la disciplina del derecho de consumo sea aplicable independientemente de la forma real en la que se desenvuelve el servicio. Por lo tanto, se admite la opinión de quienes, desde una óptica amplia de la definición de profesional<sup>920</sup>, se consideran a favor de

---

<sup>917</sup> Sobre el punto, v. P. FAVA, *Il contratto*, Milano, 2012, p. 300, el cual, analizando las diferencias entre la figura del consumidor y la del usuario, establece que «è corretto ritenere che il termine “utente” venga impiegato dal legislatore per designare le persone fisiche che usufruiscono di servizi pubblici, concludendo i relativi contratti per scopi estranei all’attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta. Deve ritenersi, pertanto, che il consumatore stia all’utente come il genus alla species».

<sup>918</sup> Cfr. A.M. BENEDETTI, *Gli utenti dei servizi pubblici nel diritto privato dei consumatori*, in A.M. GAMBINO, (a cura di), *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Torino, 2011, p. 200, donde afirma que los derechos previstos por el código de consumo «sono da estendersi anche agli utenti, i quali, anzi, finiscono col trovarsi in una posizione doppiamente privilegiata: da una parte godono dei medesimi diritti riconosciuti ai consumatori (...) e dall’altra, risultano titolari di diritti propri, in quanto, appunto, utenti di pubblici servizi».

<sup>919</sup> G. CREPALDI, *Il danno da disservizio*, cit., p. 0781B ss.

<sup>920</sup> En este sentido, cabe señalar que la definición original de profesional contenida en el art. 1469-bis C.C., declaró expresamente que “profesional” también podría ser una

considerar como tal, a cualquier ente público, independientemente del desarrollo de actividades económico-productivas<sup>921</sup>.

La prestación del servicio de salud puede ser traspuesta al área de la categoría dedicada a los profesionales, específicamente, a las entidades que brindan servicios de salud pública, hoy en día administrados en gran parte por entidades de carácter privado, que, al contrastar con la categoría de los usuarios-consumidores, necesariamente estarán sujetos a la aplicación de las disposiciones favorables para estos últimos (como en el caso de disputas, ejemplo la relativa al foro exclusivo del consumidor de conformidad con el art. 33, lit *u* cod. cons.)<sup>922</sup>.

En el caso de los servicios de salud provistos por estructuras públicas, los estudios se concentran, por un lado, en el usuario-ciudadano (que viene a presentar reclamos legítimos para satisfacer las necesidades individuales

---

entidad pública que ejerza actividades comerciales o profesionales. Sobre el tema, E. CAPOBIANCO, *Art. 3*, in *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, cit., p. 22. También se debe tener en cuenta que la extensibilidad de la definición de profesional también a las entidades públicas también representó el resultado del enfoque expresado por la misma directiva 93/13/CE según los arts. 1469-bis ss. C.C. que fue, precisamente, la primera transposición. En particular, el art. 2, lit. c, de la legislación comunitaria antes mencionada, establece que el profesional debe ser entendido como «qualsiasi persona fisica o giuridica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisce nel quadro della sua attività professionale, sia essa pubblica e privata». Para algunas consideraciones, G. TULUMELLO, *Clausole abusive e servizi pubblici*, in *Danno resp.*, 2000, p. 577; S. KIRSCHEN, *Art. 3, comma 1, lett. c*, in *Codice del consumo. Commentario*, en G. ALPA e L. ROSSI CARLEO (a cura di), cit., p. 66, el cual señala que la definición de profesional expresada por el art. 3, párrafo 1, lit. C. Cons. «si caratterizzi per una notevole ampiezza e una diffusa genericità delle espressioni e dei termini utilizzati: mancano, ad esempio, i riferimenti alla struttura organizzativa e alle finalità istituzionali che il professionista deve perseguire; o ancora le indicazioni sulla possibile natura giuridica, pubblica o privata, che tale soggetto, qualora si tratti di persona giuridica, può in concreto assumere; così come restano incerti i confini che delimitano il concetto di “intermediario”».

<sup>921</sup> Se acogen a esta amplia solución del problema, E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, 1999, Napoli, p. 31; V. ROPPO, *La recezione della disciplina europea delle clausole abusive («vessatorie») nei contratti tra professionisti e consumatori: art. 1469 bis ss. Cod. civ.*, en *Dir. priv.*, 1997, p. 107.

<sup>922</sup> Para algunas consideraciones críticas, r. A.M. BENEDETTI e F. BARTOLINI, *Utente vs. Servizio sanitario: il “no” della Cassazione al foro del consumatore*, cit., p. 72 ss. Sobre el proceso de corporatización de las estructuras asistenciales, v. E. CATERINI, *Rapporto di assistenza, “contenuto minimo” e tutela della persona*, in P. PERGLINGIERI e E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, IV, Napoli, 2009, p. 23 ss.

y colectivas relacionadas con el derecho); y por otro lado, la administración pública sobre la cual recae la obligación de prever el cumplimiento de la solicitud<sup>923</sup>. En el complejo de funciones y actividades de los servicios de salud (regionales y de otras funciones y actividades desarrolladas por los entes e instituciones de ámbito nacional)<sup>924</sup>, diseñado para proteger el disfrute del usuario que se beneficia de estos, se inserta el principio constitucional del buen desarrollo, declinado en los varios criterios de eficacia, de la economía y de la eficiencia de la actividad administrativa. Todos estos, convergen en la misma dirección destinada a mejorar el logro del resultado final de la acción pública (art. 97 de la Constitución)<sup>925</sup>, a través de un acercamiento al enfoque económico de la empresa privada<sup>926</sup>.

En apoyo de lo que se acaba de exponer, el párrafo 3 del art. 1, l. 24/2017, según el cual, en un sentido unitario, «las actividades de prevención de riesgos implementadas por las instituciones públicas y privadas de salud y de asistencia social están obligadas a competir con todo el personal, incluidos los profesionales independientes, que trabajan en acuerdo con el Servicio nacional de salud».

Tampoco debe subestimarse el aspecto de cómo la consideración del elemento cualitativo en la regulación de los derechos e de los intereses

---

<sup>923</sup> G. CREPALDI, *Il danno da disservizio: nozioni e forme di tutela*, en *Resp. civ. prev.*, 3, 2016, p. 0781.

<sup>924</sup> Art. 1 párrafo 1, d.lgs. n. 502/1992.

<sup>925</sup> Sobre el tema, v. S. MILAZZO (a cura di), *Trasparenza nella Pubblica Amministrazione e accesso civico: analisi degli elementi di innovazione e di criticità della disciplina del FOIA italiano, di cui al D.lgs. 25 maggio 2016, n. 97*, en [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it), 2016.

<sup>926</sup> Ver la reforma del sistema de salud a favor de la corporatización: sobre el tema., R. BALDUZZI, *Sul rapporto tra regionalizzazione e aziendalizzazione in campo sanitario*, en *Quad. reg.*, 2008, p. 1029; R. FERRARA, *Organizzazione e principio di aziendalizzazione nel servizio sanitario nazionale: spunti problematici*, en *Foro amm. TAR*, 2003, p. 2500 e, in generale, sul problema dell'organizzazione sanitaria, C.E. GALLO, *Organizzazione sanitaria e diritto alla salute*, in C.E. GALLO e B. PEZZINI (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998, p. 133.

individuales y colectivos de los consumidores y usuarios, haya alcanzado a entrar en la normativa italiana como resultado del impulso comunitario.

Inicialmente, con un acto no legislativo (directiva del Presidente del Consejo de ministros del 27 de enero de 1994)<sup>927</sup>, se introdujeron las Cartas de servicios<sup>928</sup>, a fin de regular las relaciones entre los entes proveedores de servicios y los usuarios, con el objetivo de una mayor protección de los derechos de los consumidores, en relación con la calidad y el contenido mínimo del servicio<sup>929</sup>.

Posteriormente, con la ley n. 281 del 30 de julio de 1998, relativa a la “Disciplina de los derechos de los consumidores y los usuarios” (posteriormente fusionada en el código del consumo), se reconoció a los usuarios y ciudadanos, un derecho que ha sido definido como fundamental, la prestación de servicios públicos de acuerdo con estándares de calidad y eficiencia (art. 1, párrafo 2, lit g cod. cons.).

---

<sup>927</sup> Intitulada «Principi sull'erogazione dei servizi pubblici» y publicada en G.U. 22 febbraio 1994, n. 43.

<sup>928</sup> Sobre el argumento: M. CALABRÒ, *Carta dei servizi, rapporto di utenza e qualità della vita*, cit., p. 373 ss.; F. GIGLIONI, *Le carte di pubblico servizio e il diritto alla qualità delle prestazioni dei pubblici servizi*, in *Politica del diritto*, 3, 2003, p. 405 ss.; S. BATTINI, *La tutela dell'utente e la carta dei servizi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 1998, p. 185 ss.; M. CIRCI, *L'attuazione della carta dei servizi pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, p. 790 ss.; C. LACAVA, *L'attuazione della carta dei servizi pubblici*, *ivi*, 1996, p. 873 ss. Específicamente sul tema della qualità come criterio di valutazione del buon andamento v. T. FERRARI, *La carta dei servizi pubblici, ulteriore attuazione dei principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione*, in *Riv. personale ente locale*, 1996, p. 945 ss.

<sup>929</sup> Para una mejor calidad del servicio, la última disposición del art. 101 cod. cons. establece la obligación, para ciertos operadores, de adoptar Cartas de servicios, como herramientas con las que las empresas proveedoras codifican por adelantado los objetivos perseguidos y los compromisos asumidos. En las Cartas de servicios el legislador regresó con el art. 8 de la d.l. 24 de enero de 2012, n. 1 (convertido en la ley n. 2 del 24 de marzo de 2012), indicando que estas, al definir las obligaciones con las que se encuentran los administradores de los servicios públicos, incluso locales, o de una infraestructura necesaria para el ejercicio de actividades comerciales, o para el ejercicio del derecho de una persona constitucionalmente garantizado, indican específicamente los derechos, aun de carácter compensatorio, que los usuarios pueden exigir a los administradores de servicios y de infraestructura. Sobre el tema, M. CIRCI, *L'attuazione della carta dei servizi pubblici*, cit., p. 790 ss.; ID., *La carta dei servizi pubblici: uno strumento abbandonato o in evoluzione?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 6, p. 636 ss.

Esta legislación es seguida por otras del mismo signo, con referencia específica a los servicios locales, entre los cuales asume particular relevancia el art. 11 de la l. n. 286 del 30 de julio de 1999 (llamado “Calidad de los servicios públicos”) que impuso la prestación de servicios públicos, a cualquier nivel territorial, de acuerdo con los procedimientos destinados a aumentar la calidad y extender las salvaguardas para el ciudadano/usuario.

Además, en la legislación más reciente (Decreto legislativo n. 150 del 27 de octubre de 2009) el usuario y la satisfacción de su derecho a un servicio público de calidad, asumen una posición central: el ciudadano-usuario posee, por lo tanto, la condición de coparticipación en las decisiones a través de una posibilidad generalizada de acceso a la información sobre la organización, la actividad y, sobre todo, los fines públicos y el destino de los recursos<sup>930</sup>. El principio de transparencia<sup>931</sup> también viene estudiado en el contexto de los servicios de salud en el art. 4 de la l. 24/2017 (“Transparencia de los datos”), que se presenta en el panorama normativo, como un cargo considerable e innovador<sup>932</sup>.

---

<sup>930</sup> Cfr. R. BETTINI, *La partecipazione amministrativa*, Milano, 1973, p. 12, el cual indica que «la Pubblica amministrazione dovrà cessare – secondo chiari trends storici – di essere esclusivamente l’attività di servizi centralizzati e statali esecutori di una politica ministeriale, e dovrà divenire il dispiegamento di attività di servizio di interessi di gruppo, in rapporto ai quali il governo deve adempiere sempre più una funzione di orientamento e coordinamento e sempre meno quella della soddisfazione diretta».

<sup>931</sup> Sobre la noción de transparencia, como “herramienta de conocimiento” y como principio constitucional, cfr. F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, p. 83 ss. L’A. evidencia de que este principio debe referirse indistintamente a las relaciones entre: entidades privadas; entidades públicas; entidades públicas y privadas.

<sup>932</sup> Cfr. art. 1, párrafo 1, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, según el cual la transparencia se entiende: «accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all’attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle funzioni pubbliche». Además, la transparencia de la actividad administrativa constituye un nivel esencial de los servicios relacionados con los derechos sociales y civiles de conformidad con el art. 117, párrafo 2, lit. m, const.



Es de esta forma, que el legislador introdujo, por primera vez, el concepto de “transparencia” en los servicios de salud ofrecidos por las estructuras públicas y privadas, mostrando sensibilidad y atención a un tema que a menudo viene subestimado, al igual que la accesibilidad. de los datos en poder de la administración pública<sup>933</sup>.

El apartado 3 de la ley 24/2017, en particular, establece entre las obligaciones que incumben a las estructuras de salud, la de la publicación a través de Internet de todos los datos relativos a las indemnizaciones pagadas en los últimos cinco años por las estructuras públicas y privadas consideradas responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, y de acuerdo con la disciplina civilista consagrada en los arts. 1218 y 1228 c.c., relativa a la conducta maliciosa o negligente llevada a cabo por profesionales de la salud (actuando de conformidad y bajo las formas establecidas por el mismo art. 7, ley 24/2017)<sup>934</sup>. La *ratio* de este pronóstico parece ser, con toda evidencia, la de garantizar al paciente, al momento de elegir un establecimiento de salud específico, la posibilidad de juzgar el nivel de calidad de los servicios de salud suministrados dentro de la estructura.

A través del análisis de los datos publicados sobre la prestación provista, se garantiza la seguridad de la atención (artículo 1, ley 24/2017), por cuanto el paciente está capacitado para evaluar de manera positiva o no la actividad de la estructura sanitaria que desea utilizar<sup>935</sup>.

---

<sup>933</sup> V. SOTTE, *La circolazione del dato fra principi e scopi: l'interesse del paziente e il supporto al risk management*, en G. CARPANI e G. FARES (a cura di), *Guida alle nuove norme sulle responsabilità nelle professioni sanitarie*, cit., p. 76.

<sup>934</sup> Sul tema della tutela dei dati personali in rete, cfr. L. RUGGERI, *Tutela dei dati personali e contratti di accesso alla Rete*, in *Le Corti salernitane*, 1-2, 2016, p. 195 ss.

<sup>935</sup> V. SOTTE, *La circolazione del dato fra principi e scopi: l'interesse del paziente e il supporto al risk management*, cit., p. 91. Se considere, por ejemplo, el caso del paciente que necesita una operación quirúrgica en el campo ortopédico: si el paciente verifica que el centro de atención médica al que pretende ir, ofrece una gran cantidad de reembolsos por el mismo tipo de intervención que necesita, es poco probable que la elección del lugar de atención recaiga sobre esa estructura.

La correlación directa entre la salud y la seguridad con el derecho a la salud<sup>936</sup> implica, para ser más específicos, que las obligaciones relacionadas también se extienden a las personas privadas que prestan servicios de salud en nuestro país<sup>937</sup>.

Dado que la presencia (y el funcionamiento) de la persona privada está, en cualquier caso, regida y planificada por las autoridades públicas, tanto en la verificación de los requisitos mínimos para el ejercicio de la actividad en la selección de los operadores del servicio, de conformidad a la libertad de empresa (art. 41 const.) y a lo establecido por el art. 32 de la Constitución, podemos considerar que la “seguridad a la atención médica” constituye un parámetro de verificación de las características organizativas y de la actividad de la persona privada que pretende ofrecer el servicio de atención médica<sup>938</sup>.

En base a lo antes analizado, cuando el ciudadano recurra a la estructura privada, pública o afiliada, y no concluya ningún contrato, sino que simplemente confíe en el cumplimiento de una obligación de clasificada como de necesidad pública, derivada directamente de la ley (ver art. 359 c.p.), podrá como usuario, hacer uso de las regulaciones del código de consumo, basándose en el hecho de que la relación con la estructura sanitaria o de asistencia social (pública o privada) constituye una relación contractual, aunque sea una relación atípica de “spedalità”, basada en el consumo<sup>939</sup>.

---

<sup>936</sup> Art. 1, l. 24/2017 (*Sicurezza delle cure in sanità*), que se refiere explícitamente al art. 32 Const. sobre la seguridad asistencial como parte integrante del derecho a la salud., cfr. G. CARPANI, *La sicurezza delle cure nel diritto alla salute: un'occasione per accrescere appropriatezza e qualità dell'assistenza*, en G. CARPANI e G. FARES (a cura di), *Guida alle nuove norme sulle responsabilità nelle professioni sanitarie*, cit., p. 1 ss.

<sup>937</sup> Sobre el argumento, Cfr. C. CORBETTA, *La sanità privata nella organizzazione amministrativa dei servizi sanitari*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2004.

<sup>938</sup> Según R. TARTAGLIA, C.R. TOMMASINI, V. ABRAMI, M. NERATTINI e L. TURCO, *L'approccio sistemico e cognitivo all'errore umano in medicina*, en *Riv. dir. prof. sanit.*, 2002, 1, p. 8, El sistema de acreditación se puede utilizar como un sistema de gestión/control de riesgos.

<sup>939</sup> Con especial referencia a la relación entre el contrato en general y el contrato del consumidor y entre el código del consumidor y otras disciplinas sectoriales; G. DE

Del mismo modo, la proporción de usuarios públicos (incluida en el sector del consumo gracias a la norma de renvío contenida en el art. 101 cod. cons.), relativa a la persona que se benefician de los servicios de salud, públicos y subvencionados por el Estado, no puede sino considerarse una relación de consumo, en virtud de la parificación absoluta de la figura del consumidor, como adquirente de bienes, con la del usuario, como consumidor de servicios, tanto públicos como privados<sup>940</sup>. Esto es, sin lugar dudas, cierto en el caso de los servicios de salud, donde a la base del suministro del servicio hay intereses primarios que a menudo tienen relevancia constitucional<sup>941</sup>. De hecho, no se tienen dudas del impacto que el ejercicio de la actividad de salud posee sobre los bienes constitucionalmente garantizados, en particular sobre la protección de la salud tutelado por el art. 32 cost.

Como confirmación de lo anterior evidenciado, el propio código del consumidor, tal como se ha ampliamente analizado, reconoce los derechos del consumidor *ex art. 2* cod. cons., incluido el derecho a la salud, el derecho a la seguridad y la calidad de los productos y servicios y el derecho a la prestación de servicios públicos de acuerdo con estándares de calidad y eficiencia<sup>942</sup>. Y por lo tanto, reconoce derechos cuyos destinatarios son, al mismo tiempo, consumidores y usuarios.

---

CRISTOFARO, *Le discipline settoriali dei contratti dei consumatori*, in  *Mercati regolati*, en el  *Tratt. Roppo*, vol. V, Milano, 2014, p. 5 ss.; V. ROPPO,  *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico*, en  *Corr. giur.*, 2009, p. 267, ss. y E. MINERVINI,  *Codice del Consumo*, en  *Dig. disc. priv. Sez. civ.*,  *agg.*, III, 2007, p. 182 ss.

<sup>940</sup> Cfr. sent. Trib. Torre Annunziata, 31 maggio 2006, cit.

<sup>941</sup> El servicio público es el instrumento adecuado para satisfacer las necesidades primarias del individuo y, por lo tanto, para contribuir a la realización de su personalidad de acuerdo con el art. 2 Const. Sobre el tema, cfr. S. MICONI,  *L'applicazione del Codice del consumo ai rapporti di utenza del Servizio pubblico*, cit., p. 240 ss.

<sup>942</sup> Sobre la influencia de la materia de protección al consumidor en las relaciones con los usuarios, cfr. S. MICONI, o.u.c., p. 241, que define la "relación de usuario", la relación de mercado entre el proveedor y el usuario en la que el primero determina las condiciones de la oferta y el segundo elige entre las distintas ofertas y cuya herramienta de regulación está representada por el contrato de servicio al usuario.

## Bibliografia

- AA.VV., CAVALLO BORGIA R. (a cura di), *Responsabilità e assicurazione*, in FRANZONI M. (diretto da), *Tratt. resp. civ.*, Milano, 2007.
- AA.VV., VISINTINI G. (a cura di), *I fatti illeciti. III. Causalità e danno*, Padova, 1999.
- ACHILLE D. e CHERTI S., *Le clausole vessatorie nei contratti tra professionista e consumatore*, in RECINTO G., MEZZASOMA L. e CHERTI S. (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014.
- AGNINO F., *Nesso di causalità: prova per presunzioni e concorso di cause*, in *Ridare.it*, 2018.
- ALBANESE L., *La responsabilità contrattuale del medico libero professionista: tra condotte omesse ed oneri probatori non assolti*, in *Resp. civ. prev.*, 2018.
- ALEO S., CENTONZE A. e LANZA E., *La responsabilità penale del medico*, Milano, 2007.
- ALIBRANDI A., *Assicurazione obbligatoria rca e surroga assicurativa*, in *Arch. circolaz.*, 1992.
- ALLAVENA V., *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2016.
- ALPA G. (a cura di), *La responsabilità sanitaria. Commento alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, Pisa, 2017.
- ALPA G. e ROSSI CARLEO L. (a cura di), *Codice del consumo, Commentario*, Napoli, 2005.
- ALPA G., *Art. 1*, in G. ALPA e V. LEVI (a cura di), *I diritti dei consumatori e degli utenti*, Milano, 2001.
- ALPA G., *Autonomia delle parti e libertà contrattuale, oggi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008.
- ALPA G., BESSONE M. e CARBONE V., *Atipicità dell'illecito. II - Diritti della personalità e danno morale*, Milano, 1993.

- ALPA G., BESSONE M. e ZENO ZENCOVICH V., *I fatti illeciti*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1999.
- ALPA G., *I diritti dei consumatori e il “Codice del consumo” nell’esperienza italiana*, in *Contr. impr./Eur.*, 2006.
- ALPA G., *Il linguaggio omissivo del legislatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017.
- ALPA G., *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2008.
- ALPA G., *La codificazione del diritto dei consumatori. Aspetti di diritto comparato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009.
- ALPA G., *La responsabilità civile*, Milano, 1999.
- ALPA G., *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 1999.
- ALPA G., *Manuale di diritto privato*, Padova, 2007.
- ALPA G., *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991.
- ALPA G., *Utenza pubblica e rapporti di diritto privato*, in ALPA G. e BASSONE M. (diretto da), *I contratti in generale. I contratti atipici*, Torino, 1991.
- ALTOMARE C., *Il Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria*, in *Il civilista, Officina del Diritto*, Milano, 2017.
- ÁLVAREZ SANCHEZ e DE MOVELLÁN P., *Il sistema arbitrale di consumo nell’ordinamento giuridico spagnolo*, in *Riv. dir. proc.*, 1998.
- AMADIO G., *Il contratto asimmetrico: l’ipotesi del terzo contratto. Lezioni di diritto civile*, Torino, 2014.
- AMARI S., *Commento alla legge Gelli (responsabilità civile del medico)*, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it), 2017.
- AMATO C., *Affidamento e responsabilità*, Padova, 2012.
- AMATO C., *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997.
- AMATO C., *Danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., agg.*, Torino, 2011.

AMATO C., *Il danno non patrimoniale da contratto*, in PONZANELLI G. (a cura di), *Il “nuovo” danno non patrimoniale*, Padova, 2004.

AMATO C., *Professionisti “salvi” se l’evento dannoso è dovuto a imperizia*, in *Guida dir.*, 2017.

AMBROSETTI F. e PICCINELLI M., *La responsabilità nel lavoro medico in équipe*, Torino, 2003.

AMBROSETTI F., PICCINELLI M. e PICCINELLI R., *La responsabilità nel lavoro medico d’équipe. Profili penali e civili*, Torino, 2003.

AMRAM D. e COMANDÈ G., *Sul non facile coordinamento degli obblighi imposti dal regolamento europeo sulla protezione dei dati personali UE/679/2016 e dalla legge n. 24/2017*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018.

ANTINOZZI M., *Riflessi assicurativi della responsabilità sanitaria*, in *Assicurazioni*, 1984.

ANTONUCCI A. e MOLITERNI F., *Rischio ed assicurazione nell’attività sanitaria*, in BELVEDERE A. e RIONDATO S. (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, in *Tratt. Bio-diritto*, Rodotà-Zatti, Milano, 2011.

ANZANI G., *Il danno non patrimoniale da fatto illecito*, in *Il caso, rivista online*, 2016.

ANZANI G., *Il riparto dell’onere probatorio nelle due specie di responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017.

APPENDINO E., CALDARARO M., FIORDALISI D., GATTO S. e NIZZA V., *Responsabilità civile e penale e cartella clinica nell’attività medico chirurgica*, Torino, 2006.

ARCHIBUGI D., CICCARONE G., MARÈ M., PIZZETTI B., VIOLATI F., *Il triangolo dei servizi pubblici. L’organizzazione economica dei servizi fra i governi locali, imprese erogatrici e cittadini-utenti*, Padova, 1999.

ARCHIBUGI D., CICCARONE G., MARÈ M., PIZZETTI B., VIOLATI F., *Relazioni triangolari nell’economia dei servizi pubblici*, in *Econ. pubbl.*, 2000.

- ASTONE F., *Art. 1469-bis, 2° comma. Ambito di applicazione soggettiva. La nozione di «consumatore», e «professionista»*, in ALPA G. e PATTI S. (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2003.
- ASTONE M., *Danni non patrimoniali. Artt. 2059*, Milano, 2012.
- AUGUET Y. (a cura di), *Droit de la consommation*, Paris, 2008.
- AZZARRI F., *Responsabilità del medico e paradigma dei danni non patrimoniali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009.
- AZZARRO A.M., *Tutela del «consumatore» e regolazione del mercato*, in *Giust. civ.*, 2003.
- BAGGIO S., *La responsabilità della struttura sanitaria*, Milano, 2008.
- BALDASSARRI A., *La responsabilità civile del professionista*, Milano, 1993.
- BALDUZZI R., *Sul rapporto tra regionalizzazione e aziendalizzazione in campo sanitario*, in *Quad. reg.*, 2008.
- BARBARISI A., *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in *I contratti*, 2017.
- BARELA V., *Nuove fisionomie di consumatori e professionisti. Un'ipotesi applicativa: network marketing*, in [www.comparazioneDirittocivile.it](http://www.comparazioneDirittocivile.it), 2017.
- BARENGHI A., *Art. 33*, in CAFFARO V. (a cura di), *Codice del consumo*, Milano, 2012.
- BARNI M., *Diritti-Doveri responsabilità del medico: dalla bioetica al biodiritto*, Milano, 1999.
- BATTILANI P., *Vacanze di pochi, vacanze di tutti: l'evoluzione del turismo europeo*, Bologna, 2009.
- BATTINI S., *La tutela dell'utente e la carta dei servizi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998.
- BELFIORE E., *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, in *Arch. pen.*, 1986.

- BELLELLI A., *Aspetti civilistici della sperimentazione umana*, Padova, 1983.
- BELLELLI A., *Decisioni di fine vita e disposizioni anticipate di trattamento*, in BIANCA M. (a cura di), *Le decisioni di fine vita*, Milano, 2011.
- BELLELLI A., *Procreazione medicalmente assistita e situazioni soggettive coinvolte*, in *Famiglia*, 2009.
- BELLO JANEIRO D., *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Madrid, 2009.
- BENEDETTI A.M. e BARTOLINI F., *Utente vs. Servizio sanitario: il “no” della Cassazione al foro del consumatore*, in *Danno resp.*, 2010.
- BENEDETTI A.M., *Gli utenti dei pubblici servizi nel diritto privato dei consumatori*, in A.G. GAMBINO (a cura di), *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Torino, 2011.
- BENEDETTI A.M., *La deriva dell’eccezione d’inadempimento: da rimedio sospensivo a rimedio criptorisolutorio?*, in *Danno resp.*, 2003.
- BENEDETTI A.M., voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, Milano, 2012.
- BENUCCI S., *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in VETTORI G. (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002.
- BERNARDI A., *L’azione di rivalsa*, in BENCI L., BERNARDI A., FIORI A., FRITTELLI T., GASPARRINI V., HAZAN M., MARTINENGO P., RODRIGUEZ D., ROSSI V., TARTAGLIA R. e TITA A., *Sicurezza delle cure e responsabilità sanitaria. Commentario alla legge 24/2017*, Roma, 2017.
- BERTI DE MARINIS G., *Disciplina del mercato e tutela dell’utente nei servizi pubblici economici*, Napoli, 2015.
- BERTINO L., *Ente pubblico non economico e la qualifica di professionista ai sensi dell’art. 1469-bis cod. civ.*, in *Resp. civ. prev.*, 2001.
- BERTUETTI G., *Danno del congiunto e danno alla salute*, Padova, 2001.
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953.
- BETTINI R., *La partecipazione amministrativa*, Milano, 1973.



- BIANCA C.M., *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 2000.
- BIANCA C.M., *Diritto civile, L'obbligazione*, Milano, 1993.
- BIANCA C.M., *Diritto civile, La norma giuridica e i soggetti*, Milano, 2002.
- BIANCA C.M., *Diritto civile, La responsabilità*, Milano, 2012.
- BIANCA C.M., *Diritto civile, La responsabilità*, Milano, 2015.
- BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U. e BUSNELLI F.D., *Diritto civile. Obbligazioni e contratti*, Torino, 1999.
- BILANCETTI M., *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2003.
- BILANCETTI M., *Verso quale riforma della responsabilità medica?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016.
- BILOTTA F., *I pregiudizi esistenziali: il cuore del danno non patrimoniale dopo le Sezioni Unite del 2008*, in *Resp. civ.*, 2009.
- BILOTTA F., *Inadempimento contrattuale e danno esistenziale*, in *Giur. it.*, 2001.
- BLAIOTTA R., *La causalità nella responsabilità professionale. Tra teoria e prassi*, Milano, 2004.
- BLASCO GASCO F., *El objeto de la obligación*, in VALPUESTA FERNANDEZ M.R. e VERDERA SERVER R. (a cura di), *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 2001.
- BONA C., *Studio sul danno non patrimoniale*, Milano, 2012.
- BONA M. (cura di), *Il nesso di causa nel danno alla persona*, Milano, 2005.
- BONA M., *(Itinerari della giurisprudenza) «Nesso di causa»*, in *Danno resp.*, 2006.
- BONA M., *Filiazione indesiderata e risarcimento del «danno da bambino non voluto»*, in *Danno resp.*, 1999.
- BONA M., *Il nesso di causa nella responsabilità civile del medico e del datore di lavoro a confronto con il decalogo delle Sezioni Unite Penali sulla causalità omissiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2003.

- BONA M., *La responsabilità medica civile e penale dopo il Decreto Balduzzi*, Rimini, 2013.
- BONA M., *Prevenzione e gestione dei rischi*, in *Il civilista, Officina del diritto*, Milano, 2017.
- BONILINI G., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983.
- BORDON R., *Il nesso di causalità*, Torino, 2006.
- BORRETTA A., *La responsabilità medica da omesso o insufficiente consenso informato e onere della prova*, in *Resp. civ. prev.*, 2014.
- BOTANA GARCÍA G., *Artículo 1*, in LLAMAS POMBO E. (a cura di), *Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*, *La Ley Actualidad*, Madrid, 2005.
- BOTANA GARCÍA V.G., *Artículo 1*, in LLAMAS POMBO E. (a cura di), *Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*, Madrid, 2005.
- BOTTARI C., *Tempo pieno e tempo definito del personale medico del servizio sanitario nazionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983.
- BOTTIGLIERI E., *Dell'assicurazione contro i danni*, *Commentario Schlesinger*, Milano, 2010.
- BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in IUDICA G. e ZATTI P. (a cura di), *Tratt. dir. priv.*, Milano, 1991.
- BREDA R., *La responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria alla luce del c.d. legge Balduzzi: ipotesi costruttive a confronto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013.
- BREDA R., *La responsabilità civile delle strutture sanitarie e del medico tra conferme e novità*, in *Danno resp.*, 2017.
- BRUNO C.E., *Tutela del consumatore e foro applicabile. Il terzo contratto*, in *Resp. civ. prev.*, 2013.
- BRUSCO C., *La colpa penale e civile: la colpa medica dopo la l. 8 marzo 2017, n. 24 (Legge Gelli-Bianco)*, Milano, 2017.

BRUSCO C., *La nuova legge sulla responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*, in *www.ilpenalista.it*, 2017.

BRUSCO C., *La nuova legge sulla responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie* (Relazione tenuta nell'incontro-dibattito *Responsabilità professionale*, Roma, il 3 marzo 2017).

BUCCELLI C., ABIGNENTE I., NIOLA M., PATERNOSTER M., GRAZIANO V. e DI LORENZO P., *La rilevanza delle linee guida nella determinazione della responsabilità medica. Le novità introdotte dalla cd. legge Balduzzi, le problematiche connesse, i tentativi di risoluzione*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016.

BUGIOLACCHI L., *Il Fondo di Garanzia per le vittime della strada e le azioni di risarcimento nei suoi confronti nelle ipotesi di cui alle lettere a, b, d, d-bis e d-ter dell'art. 283, D.Lgs. 7.9.2005, n. 209*, in G. BONILINI, U. CARNEVALI e M. CONFORTINI (a cura di), *Codice della responsabilità civile e rc auto*, Torino, 2015.

BUGIOLACCHI L., *Le strutture sanitarie e l'assicurazione per la r.c. verso terzi: natura e funzione dell'assicurazione obbligatoria nella l. n. 24/2017 (Legge «Gelli-Bianco»)*, in *Resp. civ. prev.*, 2017.

BUSNELLI F.D., *La "dottrina delle Corti" e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno resp.*, 2014.

BUSNELLI F.D., *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 1977.

CAJAZZO L. e MARZANO M., *La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità professionale del medico e le novità della legge Balduzzi*, in *Corr. giur.*, 2013.

CALABRESE G., *Funzione e struttura dei sistemi di responsabilità medica*, in BUSNELLI F.D. e SCALFI G. (a cura di), *La responsabilità medica*, Milano, 1982.

CALABRÒ M., *Carta dei servizi, rapporto di utenza e qualità della vita*, in *Dir. amm.*, 2014.

CALAIS AULOY J. e STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, Paris, 2003.

- CALAMANDREI P., *Il risarcimento dei danni non patrimoniali nella nuova legislazione penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931.
- CALETTI G.M. e MATTHEUDAKIS M.L., *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017.
- CALVO R., *I contratti del consumatore*, in *Tratt. Galgano*, Padova, 2005.
- CALVO R., *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017.
- CAMARDI C., *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull’asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei «reticolari»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005.
- CAMINITI R. e MARIOTTI P., *La responsabilità civile della struttura e dell’esercente la professione sanitaria*, in GENOVESE U. e MARTINI F. (a cura di), *La nuova responsabilità professionale in Sanità*, Maggioli, 2017.
- CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911.
- CAMOGLIO L.P., *Aspetti processuali della tutela del consumatore*, in *Riv. dir. proc.*, 2007.
- CAMPIGLIO C., *La lotta all’infiltrazione di medicinali falsificati nel mercato UE*, in *Dir. comm. int.*, 2014.
- CAMPIONE R., *L’accertamento del nesso eziologico nel contesto delle azioni di responsabilità*, in *Giur. comm.*, 2017.
- CAPECCHI M., *Colpa medica e inadempimento delle strutture sanitarie*, in *Contr. impr.*, 2015.
- CAPECCHI M., *Il nesso di causalità materiale e il concorso di cause*, in VISINTINI G. (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999.
- CAPECCHI M., *Il nesso di causalità*, Padova, 2005.

- CAPOBIANCO E., *Art. 3*, in CAPOBIANCO E. e G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2009.
- CAPUTO M., *I nuovi limiti alla sanzione penale*, in LOVO M. e NOCCO L. (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria. Le novità introdotte dalla Legge Gelli*, Milano, 2017.
- CAPUTO M., *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria dopo la L. n. 24 del 2017... "quo vadit"? Primi dubbi, prime risposte, secondi dubbi*, in *Danno resp.*, 2017.
- CARBONE V., *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Milano, 2007.
- CARBONE V., *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno resp.*, 1999.
- CARBONE V., *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno resp.*, 2013.
- CARBONE V., *Servizio sanitario nazionale e consumatore*, in *Resp. civ. prev.*, 2009.
- CARICATO C., *Diritto pubblico e interessi della persona: le emotrasfusioni infette*, in *Resp. civ. prev.*, 2015.
- CARNEVALI U., *Inadempimento ed onere della prova*, in *Contratti*, 2002.
- CARNEVALI U., *La clausola claims made e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità*, in *Contratti*, 2017.
- CAROCCIA F., *La responsabilità per danno da prodotto farmaceutico*, in *Ann. Fac. giur. Univ. Camerino*, 2013.
- CARPANI G. e FARES G. (a cura di), *Guide alle nuove norme sulle responsabilità nelle professioni sanitarie. Commento alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Torino, 2017.
- CARRASCO PERRERA A., *Comentarios al art. 1104 c.c.*, in M. ALBALADEJO (a cura di), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1989.

- CARTONI C., *Il giudice civile e la responsabilità sanitaria*, in *Giust. civ.*, 2013.
- CASÀ A., *Danno risarcibile, nesso causale e onere della prova nella responsabilità del sanitario per mancata acquisizione del consenso informato*, in *Resp. civ. prev.*, 2017.
- CASSANO G. (a cura di), *Nuovi diritti della persona e risarcimento del danno. Tutela civile e penale*, Torino, 2003.
- CASTELLANO G., *Assicurazione obbligatoria dei veicoli a motore e dei natanti*, in *Dig., IV ed., Disc. priv., Sez. civ.*, 1987.
- CASTRO S., *L'azienda ospedaliera pubblica esula dalla qualifica di professionista*, in *Guida dir.*, 2009.
- CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in CASTRONOVO C. (a cura di), *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.
- CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *ID.*, *La responsabilità civile*, Milano, 1997.
- CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione: ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995.
- CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.
- CASTRONOVO C., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011.
- CATALDI R., MATRICARDI C., ROMANELLI F. e VAGNONI S., *La responsabilità professionale del medico*, Santarcangelo di Romagna, 2006.
- CATALDI R., STORANI P.M., ROMANELLI F., VAGNONI S. e MATRICARDI C., *La nuova responsabilità del medico e della struttura sanitaria, dopo la Riforma Gelli (L. 8 marzo 2017, n. 24)*, Santarcangelo di Romagna, 2017.
- CATERBI S., *Il danno da vacanza rovinata. Dal volo cancellato all'overbooking: responsabilità e risarcimento*, Milano, 2010.

CATERINI E., *La terza fase del diritto dei consumi*, in CAVAZZONI G., DI NELLA L., MEZZASOMA L. e RIZZO V. (a cura di), *Il diritto dei consumi: realtà e prospettive*, Napoli, 2008.

CATERINI E., *Rapporto di assistenza, “contenuto minimo” e tutela della persona*, in PERLINGIERI P. e CATERINI E. (a cura di), *Il diritto dei consumi*, Napoli, 2009.

CATTANEO G., *La responsabilità del medico nel diritto italiano*, in AA.VV. *La responsabilità medica*, Milano, 1982.

CATTANEO G., *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958.

CECCONI F. e CIPRIANI G., *La responsabilità civile del medico dopo la legge Balduzzi*, Torino, 2014.

CEMBRANI F., *La “legge Balduzzi” e le pericolose derive di un rafting normativo che (forse) cambia l’abito alla responsabilità giuridica del professionista della salute*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013.

CENTONZE F. e CAPUTO M., *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016.

CESARINI F., *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, in *Dir. econ. assicur.*, 2011.

CESARINI F., *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle «coverage trigger disputes»*, in *Dir. econ. assicur.*, 2010.

CESARINI V., *Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. econ. assicur.*, 2007.

CÈSARO E. (a cura di), *I contratti del consumatore. Commentario al Codice del consumo (D.lgs. 6 settembre 2005 n. 206)*, Padova, 2007.

CHERUBINI M.C., *Sul c.d. diritto di ripensamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1999.

CHINDEMI D., *Il paziente di una struttura sanitaria pubblica non è “consumatore” e l’azienda non è “professionista”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009.

- CHINDEMI D., *Responsabilità contrattuale o aquiliana del medico alla luce della c.d. legge Balduzzi?*, in *Resp. civ. prev.*, 2015.
- CHINDEMI D., *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria pubblica e privata*, Milano, 2018.
- CHINÈ G., *Art. 2*, in *Codice del Consumo*, Milano, 2012.
- CHINÈ G., *I diritti dei consumatori e il “Codice del consumo” nell’esperienza italiana*, in *Contr. impr /Eur.*, 2006.
- CHINÈ G., *sub art. 3*, in *Codice del Consumo*, Milano, 2008.
- CHIRIATTI G., *L’applicazione temporale delle tabelle di Milano e di quelle normative (artt. 130 e 139 cod. ass.)*, in *Ridare.it*, 2018.
- CHITI M.P., *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 1995.
- CIAN G., *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1968.
- CIARDO D., *La responsabilità del personale sanitario*, in F. CASTIELLO e V. TENORE (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Milano, 2018.
- CIATTI A., *Responsabilità medica e decisione sul fatto incerto*, Padova, 2002.
- CIAURI A., *Colpa professionale di équipe medica in fattispecie di trapianto di organi*, in *Nuovo dir.*, 2000.
- CIPRIANI G., *Il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 2003.
- CIRCI M., *La carta dei servizi pubblici: uno strumento abbandonato o in evoluzione?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001.
- CIRCI M., *L’attuazione della carta dei servizi pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998.
- CIRCI M., *La carta dei servizi pubblici: uno strumento abbandonato o in evoluzione?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001.



- CLARICH M., *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione nel diritto italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989.
- COLACURCI M., *La Legge Gelli-Bianco: tra interpretazione “correttiva” della colpa medica e valorizzazione delle linee guida nella lettura della Suprema Corte*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017.
- COLAGRANDE R., *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998.
- COMANDÈ G. e NOCCO L., *La responsabilità dell’esercente la professione sanitaria tra artt. 1218 e 2043 c.c.*, in F. GELLI e M. HAZAN e D. ZORZIT (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Milano, 2017.
- COMANDÈ G., *Dalla responsabilità sanitaria al no-blame regionale tra conciliazione e risarcimento*, in *Danno resp.*, 2010.
- COMANDÈ G., *Le “regioni” della responsabilità sanitaria e il governo del risarcimento*, in AA.VV., *Liber Amicorum per Francesco Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, Milano, 2008.
- CONTI R., *Fori dei consumatori fra dogmi ed interpretazione conforme al diritto comunitario*, in *Il Corr. giur.*, 2007.
- CONTI R., *Lo status di consumatore alla ricerca di un foro esclusivo per il consumatore e di una stabile identificazione*, in *Corr. giur.*, 2001.
- CORBETTA C., *La sanità privata nella organizzazione amministrativa dei servizi sanitari*, Sant’Arcangelo di Romagna, 2004.
- COREA U., *Ancóra in tema di nozione di «consumatore» e contratti a scopi professionali: un intervento chiarificatore*, in *Giust. civ.*, 2000.
- CORRIAS P., *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni unite: un’analisi a tutto campo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016.
- CORRIAS P., *La copertura obbligatoria dei rischi relativi alla responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2017.

- CORSO G., *Disfunzioni organizzative e responsabilità delle strutture sanitarie*, in BALDUZZI R. (a cura di) *La responsabilità professionale in ambito sanitario*, Bologna, 2011.
- COSTANTINO G., *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli, 1979; ID., voce *Litisconsorzio*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990.
- COSTANZA M., *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987.
- COSTANZO L., *Responsabilità sanitaria – Struttura ospedaliera – Responsabilità contrattuale da inadempimento ex art. 1218 c.c.*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013.
- COVIELLO L., *L'articolo 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1932.
- CRENNA S., DE GAETANO A., SCIDA M. e RANDAZZO F., in *Attività di informativa nei casi di infortunio e malattia lavoro-correlati: terra nullius, terra incognita o terra pericolosa?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016.
- CREPALDI G., *Il danno da disservizio: nozioni e forme di tutela*, in *Resp. civ. prev.*, 2016.
- CRISCUOLO F., *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in PERLINGIERI P. (diretto da), *Tratt. dir. civ.*, Napoli, 2008.
- CUFFARO V., *La tutela dei diritti*, in LIPARI N. (a cura di), *Tratt. dir. priv. europ.*, Padova, 2003.
- CUPELLI C., *La legge Gelli-Bianco approda in Cassazione: prove di diritto intertemporale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017.
- CUPELLI C., *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Cass. pen.*, 2017.
- CUPELLI C., *Lo statuto della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).
- CUTTAIA F.G., *La responsabilità civile e amministrativa in ambito sanitario alla luce del sistema a doppio binario introdotto dalla legge 8 marzo 2017, n. 24*, in [www.ratioiuris.it](http://www.ratioiuris.it).

- D'ADDA A., *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, in *Corr. giur.*, 2017.
- D'ALESSANDRO F., *Contributi del diritto alla riduzione della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014.
- D'ALESSANDRO F., *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. proc.*, 2017.
- D'AMICO G., *Il diritto comune europeo della vendita*, in *Contratti*, 2012.
- D'AMICO G., *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra «obbligazioni di mezzi» e «di risultato». Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Napoli, 1999.
- D'ANGELO D., *Considerazioni minime in tema di limiti all'autonomia contrattuale*, in *Giur. merito*, 2006.
- D'APOLLO L., *La responsabilità del medico*, Torino, 2012.
- DALMARTELLO A., *Danni morali contrattuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1933.
- DALMOTTO E., *Un nuovo foro esclusivo per il consumatore*, in *Giur. it.*, 1997.
- DE ANGEL YAGUEZ R. e ZORRILLA RUIZ M.M., *La frustración del fin del contrato. Obligaciones de medios y de resultado*, in *An. der. civ.*, 1985.
- DE ÁNGEL YÁGUEZ R., *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Madrid, 1999.
- DE BONIS D., *Art. 101*, in ALPA G. e ROSSI CARLEO L. (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005.
- DE CRISTOFARO G. e ZACCARIA A., *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2013.
- DE CRISTOFARO G., *Le discipline settoriali dei contratti dei consumatori*, in *Tratt. dei contratti*, ROPPO V. e BENEDETTI A.M. (diretto da), *Mercati regolati*, Milano, 2014.
- DE CUPIS A., *Il danno*, Milano, 1979.
- DE CUPIS A., *voce Danno (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962.

- DE FAZIO R., *Brevi annotazioni in tema di nesso causale*, in *Resp. civ. prev.*, 1998.
- DE FRANCESCO G., *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 2017.
- DE FRANCESCO G., *L'imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico: un breve sguardo d'insieme*, in *Riv it. med. leg.*, 2012.
- DE LEÓN ARCE A., *La protección legal de los consumidores y usuarios en España*, in DE LEÓN ARCE A. e GARCÍA GARCÍA L.M. (coordinato e diretto da), *Derechos de los consumidores y usuarios*, Valencia, 2016.
- DE LIA A., *La "colpa medica": dal tramonto del modello "Balduzzi" all'alba di un nuovo sistema. Brevi note su una riforma in stile "pulp"*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2017.
- DE LORENZI V., *Classificazioni dogmatiche e regole operazionali in tema di responsabilità contrattuale*, Milano, 1981.
- DE LUCA M., *La nuova responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, Roma, 2012.
- DE LUCA N., D'AIELLO G.M. e SCHIAVOTTIELLO F., *L'assicurazione della responsabilità civile in ambito sanitario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017.
- DE LUCA N., FERRANTE M. e NAPOLITANO A., *La responsabilità civile in ambito sanitario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017.
- DE MARTINI A., *La responsabilità civile del medico*, in *Giust. civ.*, 1954.
- DE MATTEIS R., *Il cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una regola di formazione giurisprudenziale*, in VISINTINI G. (a cura di), *Il risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999.
- DE MATTEIS R., *La malpractice medica*, in CENDON P. e BALDASSARI A. (diretto da), *Il danno alla persona*, Bologna, 2006.
- DE MATTEIS R., *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasiusione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008.

- DE MATTEIS R., *La responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, Padova, 2017.
- DE MATTEIS R., *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995.
- DE MATTEIS R., *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, Padova, in GALGANO F. (diretto da), *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. dell'econ.*, Padova, 2007.
- DE SANTIS F., *La difesa del medico*, in *Officina del diritto*, Milano, 2014.
- DE SANTIS G., *Il “decreto Balduzzi” e la depenalizzazione della colpa lieve in ambito medico: molto rumore per nulla?*, in *Resp. civ. prev.*, 2013.
- DE VALLES A., *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912.
- DEBERNARDI G., *Sulla rilevanza «delle linee» nella valutazione della medica*, in *Ragiusan*, 2014.
- DEL PRATO E., *Assicurazione della responsabilità professionale e tutela del professionista contro clausole vessatorie e pratiche commerciali scorrette*, in *Ann. SISDIC*, 2017.
- DELLI PRISCOLI L., *Assicurazione per conto altrui e foro del consumatore*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2007.
- DELLI PRISCOLI L., *La tutela del consumatore fra accertamento della non professionalità del suo agire, tutela della concorrenza e affidamento della controparte*, in *Contr. impr.*, 2007.
- DENTI V., *Appunti sul litisconsorzio necessario*, in *Riv. dir. proc.*, 1958.
- DI FLORIO M., *Riflessioni sulla nuova fattispecie della responsabilità colposa in ambito sanitario (ex art. 590-sexies, c.p.), come introdotta dalla legge Gelli-Bianco*, in *Arch. pen.*, 2017.
- DI GIOVINE O., *In difesa del decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come fosse matematica)*, in *Arch. pen.*, 2014.

- DI LANDRO A., *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005.
- DI LORETO D., *I dispositivi medici tra regolamentazione di sicurezza e responsabilità*, in *Danno resp.*, 2007.
- DI MAJO A., *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999.
- DI MAJO A., *Le responsabilità civile del medico e dell'istituzione*, in CORSO G. e BALBONI E. (a cura di), *Le responsabilità in ambito sanitario*, Torino, 2011.
- DI MARZIO F., *Intorno alla nozione di «consumatore» nei contratti*, in *Giust. civ.*, 2001.
- DI MAYO A., *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, 1999.
- DI NELLA L., *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003.
- DI PENTIMA M.G., *L'onere della prova nella responsabilità medica*, in *Fatto e Diritto*, 2007.
- DIAZ REGANON e C. GARCIA ALGALÀ, *El regimen de la pueba en la responsabilidad civil medica. Hechos y Derechos*, Pamplona, 1996.
- DOMÍNGUEZ GUILLÉN M.C., *Sobre los derechos de las personalidad*, in *Revista de actualidad jurídica*, 2003.
- DOMÍNGUEZ LEULMO A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Madrid, 2007.
- DONATI A. e VOLE PUTZOLO G., *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2009.
- DONISI C., *Verso la "depatrimonializzazione" del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980.
- DURANTE A., *L'assicurazione di responsabilità del professionista*, in *Resp. civ. prev.*, 1968.

- DURANTE V., *La salute come diritto della persona*, in CANESTRARI S., FERRANDO G., MAZZONI C.M., RODOTÀ S. e ZATTI P. (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Milano, 2011.
- ERRANTE PARRINO A., *La consumerizzazione del paziente e la direttiva 2011/24 sull'assistenza sanitaria transfrontaliera*, in *Eur. dir. priv.*, 2017.
- EUSEBI L., *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, in *Riv. med. leg.*, 1995.
- FABBRINI G., voce *Litisconsorzio*, in *Enc. dir.*, Milano, 1974.
- FABBRIS G., *Consumatore e mercato. Le nuove regole*, Milano, 1995.
- FACCI G., *Il nesso di causalità e la funzione della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2002.
- FACCI G., *Il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in PECCENINI F. (a cura di), *La responsabilità sanitaria*, Torino-Bologna, 2007.
- FACCI G., *La responsabilità civile del professionista*, Padova, 2006.
- FACCI G., *Le clausole claims made e la meritevolezza di tutela*, in *Resp. civ. prev.*, 2016.
- FACCI G., *Le clausole claims-made ed i c.d. «fatti noti» nella successione di polizze*, in *Resp. civ. prev.*, 2017.
- FACCIOLI M., *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. «Legge Gelli-Bianco»): profili civilistici (seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2017.
- FACCIOLI M., *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, Pisa, 2018.
- FAILLACE S., *Questioni controverse in ordine alla responsabilità da «contatto sociale»*, in *Resp. civ.*, 2004.
- FANELLI G., *I problemi fondamentali dell'assicurazione della responsabilità civile per i rischi della strada con riferimento al progetto governativo*, in *Riv. dir. comm.*, 1966.
- FARENGA L., *Manuale di diritto delle assicurazioni private*, Torino, 2014.

- FASANO A., *Il danno non patrimoniale*, Torino, 2004.
- FAVA P., *Il contratto*, Milano, 2012.
- FAVALE R., *La responsabilità civile del professionista forense*, in *Nuova enc.*, Padova, 2011.
- FAVALE R., *Profili attuali della responsabilità civile medica*, relazione al Convegno su “*La responsabilità degli operatori sanitari*”, organizzato dall’Università di Camerino, Camerino-Osimo, 9-10 maggio 2013.
- FEOLA M., *Il danno da perdita di chances di sopravvivenza è accolto in Cassazione*, in *Danno resp.*, 2005.
- FEOLA M., *Il danno da perdita di chances*, Napoli, 2004.
- FERMEGLIA M., *Le Sezioni Unite confermano se stesse sulla natura della clausola claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017.
- FERNÁNDEZ COSTALES J., *El contrato de servicios hospitalarios y la responsabilidad hospitalaria. Comentario a la sentencia del T.S. dell’11 novembre 1991*, in *La ley*, 1992.
- FERNÁNDEZ HIERRO J.M., *Sistema de responsabilidad médica*, Granada, 2007.
- FERNÁNDEZ MUÑOZ M.L., *La transposición del modelo de consumo al campo médico-sanitario. Reflexión sobre sus efectos a nivel de responsabilidad*, in *Derecho de consumo. Problematicas Actuales*, Bogotá, 2013.
- FERNÁNDEZ R., *La responsabilidad médica-sanitaria y del personal sanitario al servicio de la Administración Pública*, Valencia, 1997.
- FERRARA R., *Organizzazione e principio di aziendalizzazione nel servizio sanitario nazionale: spunti problematici*, in *Foro amm. TAR*, 2003.
- FERRARI L., *La carta dei servizi pubblici, ulteriore attuazione dei principi costituzionali del buon andamento e dell’imparzialità dell’amministrazione*, in *Riv. personale ente locale*, 1996.
- FERRARI V., *I contratti di assicurazione contro i danni e sulla vita*, in *Tratt. dir. civ. del C.N.N.P.* Perlingieri, Napoli, 2011.



- FERRARO M., *Il sistema dell'assicurazione dei veicoli a motore: verso la riforma*, in *Assicurazioni*, 1990.
- FIORI A., *Il criterio di probabilità nella valutazione medico-legale del nesso causale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1991.
- FIORI A., *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 1999.
- FLAMINI A., *La responsabilità medica tra «formanti» e «nuova legge»*, in *Ann. Fac. giur. Univ. Camerino*, 2015.
- FONTANA VITA DELLA CORTE M., *Le omissioni del medico e il regime di responsabilità*, in *Riv. resp. civ. prev.*, 2014.
- FORCHIELLI P., *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, 1960.
- FORNASARI R., *La meritevolezza della clausola claims made*, in *Riv. resp. civ. prev.*, 2017.
- FORTINO M., *La responsabilità civile del professionista. Aspetti problematici*, Milano, 1984.
- FRANCO R., *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010.
- FRANZONI M., *Il professionista e criteri per l'accertamento della responsabilità*, in *Contr. impr.*, 2015.
- FRANZONI M., *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno resp.*, 2017.
- FRANZONI M., *Fatti illeciti*, in *Commentario c.c. Scialoia Branca*, sub art. 2043, 2056-2059, Bologna-Roma, 2004.
- FRANZONI M., *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 2009.
- FRANZONI M., *Il contatto sociale non vale solo per il medico*, in *Resp. civ. prev.*, 2011.
- FRANZONI M., *Il danno morale e il danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Resp. civ.*, 2009.

- FRANZONI M., *Il professionista e criteri per l'accertamento della responsabilità*, in *Contr. impr.*, 2015.
- FRANZONI M., *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2010.
- FRASCA R., *Foro del consumatore e Servizio Sanitario Nazionale*, in CHIARELLA M.L. (a cura di), *I contratti del consumatore e dell'utente tra diritto comune e codificazioni di settore*, Napoli, 2016.
- FRATI P., BUSARDÒ F.B., DE DOMINICIS E. e FINESCHI V., *La Riforma legislativa della responsabilità sanitaria: ovvero le convergenze parallele del dualismo interpretazione versus applicazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2015.
- FRATI P., MONTANARI VERGALLO G., GULINO M. e DI LUCA N.M., *L'accertamento della colpa medica: alla ricerca di un nuovo bilanciamento tra equità e rispetto del codice civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2011.
- FRATI P., NATALE M.L., CORRADO S. e DELL'ERBA A., *La diligenza, il medico e la struttura sanitaria*, in *Riv. it. med. leg.*, 2006.
- FRAZZINI M. e SGROI M., *La responsabilità del medico*, Halley ed., 2006.
- FURLANETTO A., *Il risarcimento in forma di rendita vitalizia ex art. 2057 c.c. del danno patrimoniale futuro: alcuni spunti di riflessione*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015.
- GABBA C.F., *Risarcibilità dei danni morali*, in *Questioni di diritto civile*, Torino, 1911.
- GABRIELLI E. e ORESTANO A., *Contratti del consumatore*, Milano, 1985.
- GABRIELLI E., *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003.
- GAGLIARDI M., *I riflessi dell'autoassicurazione (e dell'obbligo di assicurazione) sul mercato e sulle logiche assicurative*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014.
- GAGLIARDI M., *Profili di rilevanza assicurativa nella Riforma Balduzzi: poca coerenza e scarsa attenzione al sistema*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013.

- GALÁN CORTES J., *Responsabilidad civil médica*, Navarra, 2011.
- GALÁN CORTES J.C., *Responsabilidad civil médica*, Pamplona, 2011.
- GALASSO A., *Biotecnologie e atti di disposizione del corpo*, in *Famiglia*, 2001.
- GALGANO F., *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984.
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1990.
- GALGANO F., *Diritto privato*, Padova, 1999.
- GALLO C.E., *Organizzazione sanitaria e diritto alla salute*, in GALLO C.E. e PEZZINI B. (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 2000.
- GAMBARO A., *Vicende della codificazione civilistica in Italia*, in PIZZORUSSO A. e FERRERI S. (a cura di), *Le fonti del diritto italiano, Le fonti scritte*, in *Tratt. dir. civ.*, Torino, 1998.
- GARATTI F., *Alla ricerca di una nozione unitaria di consumatore*, in *Resp. civ. prev.*, 2009.
- GARCÍA GARNICA M.C., *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, Navarra, 2010.
- GARIBOTTI A., *In claris non fit interpretatio, o meglio in obscuris fit interpretatio: l'art. 3 della Legge Balduzzi sfida anche i criteri dell'ermeneutica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015.
- GASPARRO N., *Diritto sanitario. Legislazione, organizzazione, amministrazione, economia, etica e lavoro*, in *Il Sole 24 ore*, 2009.
- GAZZARA M., *Annullamento del contratto di assicurazione per reticenza*, in *Contratti*, 2013.
- GAZZARA M., *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, Napoli, 2016.
- GELLI F., HAZAN M. e ZORZIT D. (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Legge Gelli)*, Milano, 2017.

- GENOVESE U. e MARTINI F. (a cura di), *La nuova responsabilità professionale in Sanità*, Maggioli, 2017.
- GIACALONE G., *La responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale o transtipica*, in *Giust. civ.*, 1999.
- GIACOBBE E., *Sul miserabile ruolo del diritto... non altro. Non oltre. Ovvero degli itinerari della giurisprudenza normativa*, in *Dir. fam. pers.*, 2013.
- GIACOBBE G., *Professioni intellettuali*, in *Enc. dir.*, Milano, 1987.
- GIANOLA A., *Terzo contratto*, in *Digesto disc. priv., Sez. Civ.*, Torino, 2009.
- GIARDINA F., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987.
- GIGLIONI F., *Le carte di pubblico servizio e il diritto alla qualità delle prestazioni dei pubblici servizi*, in *Pol. dir.*, 2003.
- GILI SALDAÑA M., *El producto sanitario defectuoso en Derecho español*, Barcellona, 2008.
- GIORDANO M.C., *La responsabilità professionale dell' esercente le professioni sanitarie alla luce del D.l. n. 158/2012 "Decreto Balduzzi"*, in *Officina del diritto, La responsabilità del medico*, Milano, 2013.
- GIORDANO M.C., *La responsabilità del medico*, in *Officina del diritto*, Milano, 2013.
- GIORGIANNI M., *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, Milano, 1968.
- GIORGIANNI M., *Obbligazione (Diritto privato)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1965.
- GIORGINI E., *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010.
- GIRALDO GÓMEZ L.F., *Responsabilidad civil por la prestación del servicio médico, a la luz de la nueva regulación de protección al consumidor*, in *Criterio Juridico*, Santiago de Cali, 2013.

- GIRALDO LÓPEZ A., GERMÁN CAYCEDO C. e EDUARDO MADRIÑÁN R., *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor*, Legis, 2012.
- GITTI G. e VILLA G., *Il terzo contratto*, Bologna, 2008.
- GIUGGIOLI P.F., *Il contratto del consumatore*, in SACCO R. (diretto da), *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2012.
- GIUNTA F., *Protocolli medici e colpa penale secondo il “Decreto Balduzzi”*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013.
- GIZZI L., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in équipe*, in *Dir. pen. proc.*, 2006.
- GÓMEZ RIVERO M.C., *Responsabilidad médica*, Valencia, 2013.
- GONZÁLES POVEDA P., *La responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos*, in DE LA CUESTA, PEREDA M., POVEDA G., DE ÁNGEL YAGÜEZ, SIERRA GIL DE LA CUESTA e SANTOS BRIZ, *Tratado de la Responsabilidad civil*, Barcelona, 2008.
- GORGONI M., *Colpa lieve per osservanza delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2015.
- GORGONI M., *Il medico non ha solo il diritto ma anche la potestà di curare*, in *Resp. civ. prev.*, 2008.
- GORGONI M., *Intervento di vasectomia non riuscito e genitorialità indesiderata: problemi di qualificazione della responsabilità medica e di qualificazione e quantificazione dei danni connessi alla nascita del figlio*, in *Resp. civ.*, 1998.
- GRANELLI G., *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2017.
- GRAZIUSO E., *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, Milano, 2002.
- GRAZIUSO E., *La vendita di pacchetti turistici. Aspetti sostanziali, processuali e risarcitori*, Milano, 2013.

- GRECO A., *Applicazione del codice del consumo all'utente utilizzatore di servizi pubblici*, in *Resp. civ. prev.*, 2007.
- GRILLO P., *La Gelli-Bianco va alle Sezioni Unite: l'imperizia non è punibile soltanto se lieve*, in *Diritto giust.*, 2018.
- GRISI G., *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999.
- GUARNERI A., *Le clausole claims made c.d. miste tra giudizio di vessatorietà e di meritevolezza*, in *Resp. civ. prev.*, 2016.
- GUELPA L., *Il servizio medico nelle società operaie di mutuo soccorso e la libertà dei medici: appunti e documenti*, Como, 1904.
- GUERINONI E., *I contratti del consumatore*, Torino, 2011.
- GUERINONI E., *Sulla nozione di consumatore*, in *Contratti*, 2002.
- GUERRA G., *La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, in *Ragiusan*, 2014.
- GUIDI D., *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in CANESTRARI S., GIUNTA F., GUERRINI R., PADOVANI T. (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009.
- HAZAN F., *L'azione diretta verso l'assicuratore (e il regime delle eccezioni e della rivalsa)*, in GELLI F., HAZAN F. e ZORZIT D. (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Legge Gelli)*, Milano, 2017.
- HAZAN M., *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (ddl Gelli)*, in *Danno resp.*, 2017.
- IADECOLA G., *Diversità di approccio tra Cassazione civile e Cassazione penale in tema di responsabilità medica*, in *Dir. pen. proc.*, 2005.
- IADECOLA G., *I criteri della colpa nell'attività medica d'équipé*, in *Giur. merito*, 1997.
- IADECOLA G., *I criteri della colpa nell'attività medica in équipe*, in *Giur. merito*, 1997.

IADecOLA G., *La spiegazione del nesso causale “più probabile che non” nelle pronunce della Cassazione: una possibile svolta verso (auspicate) posizioni di maggior equilibrio nella responsabilità civile del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010.

IAMICELI P., *La responsabilità civile del medico*, in P. CENDON (a cura di), *La responsabilità civile*, Torino, 1998.

IAMICELI P., *Responsabilità del medico dipendente: interessi protetti e liquidazione del danno*, in *Corr. giur.*, 2000.

IANNELLO C., *I pubblici servizi nel panorama della privatizzazione. La qualificazione dell'utente fra consumatore-cliente e cittadino*, in *Rass. dir. publ. eur.*, 2002.

IANNONE R.F., *La responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco – Legge 24/2017*, Roma, 2017.

IANNONE R.F., *Responsabilità medica per omessa o tardiva diagnosi di malformazioni fetali*, in *Giust. civ.*, 2013.

INTRONA F., *La nascita, per colpa medica, del «figlio non desiderato»: quale il danno e quali il risarcimento?*, in *Riv. it. med. leg.*, 1999.

ISOLABELLA L. e QUATRARO A., *Le linee guida. Da raccomandazioni comportamentali a criterio di esclusione della responsabilità del sanitario nell'art. 3 della Legge n. 189/2012*, in *Il civilista, Officina del Diritto*, Milano, 2017.

IUDICA G., *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2001.

IULIANI A., *La fisionomia del danno e l'ampiezza del risarcimento nelle due specie di responsabilità*, in *Eur. dir. priv.*, 2016.

IZZO U., *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova, 2004.

JANNARELLI A. (a cura di) *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dei locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, Napoli, 1995.

- JARAMILLO J.C.I., *Responsabilidad civil médica: La relación médico-paciente. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Bogotá, 2011.
- JARAMILLO JARAMILLO C.I., *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*, Bogotá, 2010.
- JORDANO FRAGA F., *Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)*, in *An. der. civ.*, 1991.
- JUAN RINESSI A., *Relación de consumo y derechos del consumidor*, Buenos Aires, 2006.
- KIRSCHEN S., *Art. 3, comma 1, lett. c*, in ALPA G. e ROSSI CARLEO L. (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005.
- KLESTA L., *Foro del consumatore e relazione di assistenza sanitaria: una soluzione equa nonostante tutto*, in *Resp. civ.*, 2009.
- KLESTA L., *Produzione di medicinali e dispositivi medici*, in RODOTÀ S. (diretto da), *Tratt. di biod.*, Milano, 2011.
- KRAUT A.J., *Los Derechos de los pacientes*, Buenos Aires, 1999.
- LA BATTAGLIA L., *Danno da prodotto farmaceutico difettoso e prova liberatoria*, in *Resp. civ. prev.*, 2002.
- LA TORRE A., *Azione diretta e assicurazione*, in *Scritti di diritto assicurativo*, Milano, 1979.
- LABELLA E., *Tutela della microimpresa e “terzo contratto”*, in *Eur. dir. priv.*, 2015.
- LACAVA C., *L’attuazione della carta dei servizi pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996.
- LACRUZ BERDEJO J.L., *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones, I, parte general. Teoría del contrato*, Madrid, 2011.
- LAMBO L., *Obblighi di protezione*, Padova, 2007.
- LAMBOLEY A., *Le consumérisme dans le champ sanitaire. Un concept dépasse?*, in *Études de droit de la consommation. Liber amicorum Jean Calais-Aulo*, Paris, 2004.



- LAMORGESE A., *La tutela consumeristica dell'utente del Servizio sanitario nazionale*, in *Giust. civ.*, 2010.
- LANDINI S., MONACO M.P. e SILVESTRI C., (a cura di), *L'assicurazione della responsabilità civile verso prestatori d'opera e «nuovi danni al lavoratore*, Napoli, 2016.
- LANZANI C., *Clausole claims made: legittime, ma vessatorie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006.
- LARA L. e ECHAIDE J., *Consumo y derecho. Elementos juridicos-privados de Derecho del consumo*, Madrid, 2006.
- LEGA C., *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, Milano, 1974.
- LENER G., *Le clausole abusive nei contratti del mercato finanziario*, in E. GABRIELLI e G. LENER, *I contratti del mercato finanziario*, in P. RESCIGNO e E. GABRELLI, (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2004.
- LEPRE A., *Attività medica in regime intramurario e responsabilità della struttura sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2001.
- LIBERATI A., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Padova, 2004.
- LIGUORI M., CANNAVÒ G. e ORRICO M., *La responsabilità medica. Dalla pratica alla teoria processuale*, Rimini, 2011.
- LIPARI G., *Il "foro del consumatore" al vaglio delle Sezioni Unite. Dimensione intertemporale e portata precettiva dell'art. 1469 bis, 3 co., n. 19 c.c.*, in *Giust. civ.*, 2004.
- LLAMAS POMBO E., *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, 1988.
- LLAMAS POMBO E. (diretto da), *Estudios sobre responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, Madrid, 2014.
- LLAMAS POMBO E., *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; comentarios y jurisprudencia de la Ley*, Madrid, 2005.
- LLAMAS POMBO E., *Prueba de la culpa médica en España*, in *Instituciones de Derecho Civil*, Lima-Buenos Aires, 2000.

- LOCATELLI L., *Causalità omissiva e responsabilità civile del medico: credibilità razionale o regola "del più probabile che non"?*, in *Corr. giur.*, 2008.
- LOCATELLI L., *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, in *Resp. civ. prev.*, 2014.
- LONGOBUCCO F., *L'onere della prova nella malpractice medica: dalla responsabilità accertata alla responsabilità sentita*, in *Resp. civ. prev.*, 2012.
- LORENZETTI R. e LIMA MÁRQUES C., *Contratos de servicios a los consumidores*, Buenos Aires, 2005.
- LOVO M., *Azione di rivalsa, di responsabilità amministrativa e disciplinare nei confronti dell'esercente la professione sanitaria*, in LOVO M. e NOCCO L. (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria. Le novità introdotte dalla Legge Gelli, Il Sole 24 Ore*, Milano, 2017.
- LUBELLI V., *Considerazioni sulla tutela del paziente come consumatore*, in *Giur. it.*, 2007.
- LUBERTI A., *Clausola claims made: un minoritario (e condivisibile) indirizzo giurisprudenziale*, in *Corr. merito*, 2010.
- LUCCHESI F., *Foro del consumatore: riconosciuta l'applicazione anche al c.d. contratto di ospitalità*, in *Obbl. contr.*, 2008.
- LUCCHESI F., *sub art. 3*, in VETTORI G. (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, 2007.
- LUZZATTO R., *Le obbligazioni nel diritto italiano*, Torino, 1950.
- MACARIO F. e SCOGNAMIGLIO C. (a cura di), *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contratti*, 2010.
- MACARIO F., *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005.
- MAGNI F.A., *Più ombre che luci nel nuovo intervento della Suprema Corte sulla clausola claims made nei contratti di assicurazione*, in *Giur. it.*, 2014.

- MANCINI F., *L'assicurazione della responsabilità civile professionale e la clausola claims made*, in *Resp. civ. prev.*, 2017.
- MANCINI L., *I contratti di utenza pubblica*, in *Dir. amm.*, 2002.
- MANICCIA A., *L'attività del medico intramoenia: la controversa interpretazione dell'elemento della ragione d'ufficio, per la configurabilità della fattispecie di peculato*, in *Cass. pen.*, 2016.
- MANNA A., *Casualità e colpa in ambito medico tra diritto scritto e diritto vivente*, in *Riv. trim. proc. pen.*, 2014.
- MANNA A., *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa, 2014.
- MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997.
- MANTOVANI M.P., *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, Napoli, 2017.
- MAPELLI V., *Il sistema sanitario italiano*, Bologna, 1999.
- MARCHETTI D., FIORI A., ARENA V. e LA MONACA G., *Sulle novità in materia di riscontro diagnostico introdotte dalla legge n. 24 dell'8 marzo 2017 (Legge Gelli-Bianco)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017.
- MARCHINI A., *Osservazioni a Cass. Pen., 8 luglio 2014, sez. IV, n. 7346*, in *Cass. pen.*, 2016.
- MARINO G., *Vaccino antinfluenzale: il mancato riconoscimento dell'indennizzo viola la Costituzione?*, in *Diritto giust.*, 2017.
- MARIOTTI P. e CAMINITI R., *La responsabilità civile del medico "ospedaliero" dopo l'entrata in vigore della "legge Balduzzi": contrattuale o extracontrattuale?*, nota a Trib. Milano, 18 novembre 2014, n. 13574, in *Ridare.it*, 2015.
- MARSEGLIA C., *Il foro esclusivo derogabile del consumatore*, in *Riv. dottr. giur.*, 2009.
- MARSELLA L.T., FEOLA A. e BERNARDEL E., *Luci ed ombre delle polizze assicurative per responsabilità professionale medica con clausola claims made*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016.

- MARTÍN BERNAL J.M., *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes. Problemática jurídica de la relación médico-paciente*, Madrid, 1998.
- MARTÍNEZ CALCERRADA L., *La responsabilidad civil profesional*, Madrid, 1996.
- MARTINI F. e GENOVESI U. (a cura di), *La valutazione della colpa e la sua tutela assicurativa - opinioni a confronto alla luce della legge 8 novembre 2012, n. 189*, Santarcangelo di Romagna, 2012.
- MARTINI F. e RODOLFI M., *Sub. art. 144*, in CANDIAN A. e CARRIERO G. (a cura di), *Codice delle assicurazioni private*, Napoli, 2014.
- MARTINI F., MAZZUCHELLI A., RODOLFI M. e VIVORI E., *La responsabilità civile del professionista*, Torino, 2007.
- MARTINI F., *Nella valutazione a posteriori dell'azione clinica sarà fondamentale l'osservanza delle linee guida*, in *Guida dir.*, 2102.
- MARTINI F., *Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria*, in *Il civilista, Officina del diritto*, Milano, 2017.
- MARTORANA C., *Considerazioni su informazione del paziente e responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 1997.
- MARTUSCELLI R., *Linee guida: percorsi dal merito alla legittimità per delineare profili di un diritto penale della medicina*, in *iusexplorer.it*.
- MASIERI C., *La responsabilità civile dell'«esercente la professione sanitaria»*, in *Arch. ric. giur.*, 2015.
- MASIERI C., *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017.
- MASSARO A., *L'art. 590 sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, in *Arch. pen.*, 2017.
- MAZZAMUTO S., *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Eur. dir. priv.*, 2000.
- MAZZAROLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F.A. e SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005.

- MEDIAVILLA HERNÁNDEZ A., *Desarrollo de los derechos del paciente en la sanidad pública*, in *Cuadernos del master en Derecho Sanitario*, Madrid, 2002.
- MEMMO D., *Art. 2* in FRANZONI M. (diretto da) *Codice ipertestuale del consumo*, Torino, 2008.
- MEMMO D., *L'attività contrattuale della P.A. e i principi di diritto comune a seguito della legge n. 15 del 2005*, in MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007.
- MENCHINI S., *Il processo litisconsortile*, Milano, 1993.
- MENGGONI L., *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952.
- MENGGONI L., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954.
- MENGOZZI P., *La nozione di consumatore, la direttiva CEE 93/13 ed il diritto italiano*, in *Contr. impr./Eur.*, 2002.
- MERLONI F. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008.
- MERUSI F., *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986.
- MESSINETTI D., *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1983.
- MEZZASOMA L., *Consumatore e costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2015.
- MEZZASOMA L., *El contrato de compravenda y la protección del consumidor*, Relazione tenuta presso l'Università di Salamanca, 5 febbraio 2013.
- MEZZASOMA L., *Il Codice del consumo italiano e la tutela del contraente debole*, in *Revista de Direito do Consumidor (Brasile)*, 2013.
- MEZZASOMA L., *Il consumatore e il professionista*, in RECINTO G., MEZZASOMA L. e CHERTI S. (a cura di), *Diritti e tutele del consumatore*, Napoli, 2014.
- MEZZASOMA L., *La protección del consumidor y del usuario en el ordinamiento italiano (la noción de consumidor y usuario)*, in *Práctica Derecho de daños, La Ley*, settembre-ottobre, 2013.

MEZZASOMA L., *La protección del contraente debil en la legislación italiana*, in *Rev. Jur. daños*, 2/2012, in [www.ijeditores.com.ar](http://www.ijeditores.com.ar).

MEZZASOMA L., *Meritevolezza e trasparenza con riferimento alla distribuzione di prodotti assicurativi*, in MEZZASOMA L., BELLUCCI A., CANDIAN A., CORRIAS P., LANDINI S. e LLAMAS POMBO E. (a cura di), *La Banca-Assicurazione*, Napoli, 2017.

MEZZASOMA L., *Novedades del Derecho de Contratos italiano y la tutela del contratante débil*, in *Revista critica de derecho privado (Núcleo de Derecho Civil - Uruguay)*, 2015.

MEZZASOMA L., RIZZO V., RICCIUTO V. e LLAMAS POMBO E. (a cura di), *Il consumatore di servizi tra Italia, Spagna e Latino America*, Napoli, 2015.

MICONI S., *I contratti dei servizi pubblici*, Padova, 2011.

MICONI S., *L'applicazione del Codice del consumo ai rapporti d'utenza del Servizio pubblico*, in CHIARELLA M.L. (a cura di), *I contratti del consumatore e dell'utente tra diritto comune e codificazioni di settore*, Napoli, 2016.

MIGLIACCIO E., *Corsi e ricorsi in tema di prova della responsabilità medica*, in *Dir. fam. pers.*, 2014.

MILAZZO S. (a cura di), *Trasparenza nella Pubblica Amministrazione e accesso civico: analisi degli elementi di innovazione e di criticità della disciplina del FOIA italiano, di cui al D.lgs. 25 maggio 2016, n. 97*, in [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it), 2016.

MILETTI A., *Obblighi informativi e tutela della salute del consumatore*, Napoli, 2013.

MINERVINI E., *Codice del Consumo*, in *Dig. disc. priv., Sez. Civ., agg.*, 2007.

MINERVINI E., *I contratti dei consumatori e la legge 30 luglio 1998, n. 281*, in *Contratti*, 1999.

MINERVINI E., *Il «terzo contratto»*, in *Contratti*, 2009.

- MINOZZI A., *Studio sul danno non patrimoniale: (danno morale)*, Milano, 1917.
- MIOTTO G., *Dalle Sezioni Unite alla Legge Gelli: la claims made dall'atipicità alla tipizzazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2017.
- MIRIELLO C., *Nuove e vecchie certezze sulla responsabilità medica*, in *Resp. civ.*, 2009.
- MOIRANO F., *La valutazione delle organizzazioni e il monitoraggio delle prestazioni nel sistema sanitario nazionale in Italia*, in *Lav. nelle p.a.*, 2013.
- MONSALVE CABALLERO V. e NAVARRO REYES D., *El consentimiento informado en la praxis medica: responsabilidad civil y derecho de consumo*, Pontificia Universidad Javeriana y Temis, Facultad de Ciencia Jurídicas, 2014.
- MONTANARI VERGALLO G., *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, Roma, 2017.
- MONTICELLI S., *Il contratto di viaggio*, in ID., CIURNELLI G. e ZUDDAS G. (a cura di), *Contratto d'albergo. Contratti di viaggio. Contratti del tempo libero*, Milano, 1994.
- MORILLAS CUEVA L. (diretto da) e SUÁREZ LÓPEZ J.M. (coordinato da), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Madrid, 2009.
- MOSCARINI L.V., *Diritto di recesso e contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in G. VETTORI (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999.
- MUSOLINO G., *Contratto d'opera professionale*, in *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2009.
- N. TODESCHINI, *Approvata la nuova legge sulla responsabilità medica: cosa cambia rispetto alla «Balduzzi»?», in *Quot. giur.*, 2017, [www.plurisonline.it](http://www.plurisonline.it).*
- NAPOLI G.E., *La responsabilità sanitaria nel sistema civilistico. Punti fermi e nuove linee di riforma*, in *Resp. civ. prev.*, 2017.

- NAPOLITANO G., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001.
- NAPPI F., *Bürgschaft (e fideiussione) «a prima richiesta» fra diritto comune e disciplina delle condizioni generali del contratto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993.
- NARDI S., *Il foro competente per la lite tra struttura sanitaria pubblica e paziente*, in *Resp. civ.*, 2009.
- NASO M., *La responsabilità del primario ospedaliero*, in *Fatto dir.*, 2007.
- NAVARRETTA E., *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2004.
- NAVARRETTA E., *L'adempimento dell'obbligazione altrui e la responsabilità del medico*, in *Resp. civ. prev.*, 2011.
- NICOLAZZI T., *Livelli Essenziali di Assistenza*, in *Foro amm. Tar.*, 2002.
- NICOLUSSI A., *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011.
- NICOLUSSI A., *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno resp.*, 2008.
- NICOTRA D. e TASSONE B., *Autonomia e diversità di modelli nell'accertamento del nesso causale*, in *Danno resp.*, 2007.
- NIEVA FENOLL J., *El nuevo proceso arbitral de consumo (con especial atención al desarrollado ante la Junta Arbitral de Barcelona)*, in BETANCOR A. (diretto da), *Comentarios al régimen municipal especial de Barcelona*, Navarra, 2008.
- NIVARRA L., *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Torino, 2014.
- NIVARRA L., *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto sulla giurisprudenza*, in *Eur. dir. priv.*, 2000.
- NOCCO L., *Causalità: dalla probabilità logica (nuovamente) alla probabilità statistica, la Cassazione civile fa retromarcia*, in *Danno resp.*, 2006.



- NOCCO L., *L'interpretazione precauzionale della causalità nell'attività sanitaria: la probabilità logica*, in COMANDÉ G. (a cura di), *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, 2006.
- NOCCO L., *La responsabilità civile nella "Riforma Gelli"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ X., «*Sinopsis de los derechos de la personalidad*», in *Revista de actualidad Civil*, 1986.
- OCCORSIO V., *Cartella clinica e responsabilità medica*, P. CENDON (diretto da) *Fatto&Diritto*, Milano, 2011.
- OLIARI S., *"Debito di sangue": Danno da emotrasfusione e prescrizione*, in *Danno Resp.*, 2009.
- ONNIS CUGIA F., *Responsabilità civile del medico, responsabilità della struttura sanitaria e contratto di assicurazione dopo la Legge Balduzzi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016.
- ORICCHIO A., *Tutela del consumatore e servizi pubblici*, in ALPA G. (collana diretta da), *Temi di diritto privato*, Milano, 2001.
- PACI C., *La tutela del consumatore nella legislazione e nella giurisprudenza*, Rimini, 1997.
- PALIERO V., RANDAZZO F., DANESINO P. e BUZZI F., *Cause e mezzi della medicina difensiva: riflessioni medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013.
- PALMA A., *Molto rumore per nulla: la Legge Gelli-Bianco di riforma della responsabilità penale del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017.
- PALMA G., *Vecchi problemi e nuove prospettive in tema di responsabilità medica*, in *Eur. dir. priv.*, 2016.
- PALMIERI A. e PARDOLESI R., *Le novità (ancora mascherate) dell'assicurazione della responsabilità sanitaria*, in *Foro it.*, 2017.
- PALMIERI A., *Commento alla sentenza 22 novembre 2001 (C-541/99 e C-542/99)*, in *Foro it.*, 2001.

- PARDOLESI R. e SIMONE R., *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti del contratto sociale?)*, in *Foro it.*, 2017.
- PARDOLESI R., *Prefazione*, in COLANGELO G. (a cura di), *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004.
- PARIS P., *I servizi pubblici tra efficienza e fini sociali*, in *Dir. amm.*, 1996.
- PARODI C. e NIZZA V., *La responsabilità penale del personale medico e paramedico*, Torino, 1996.
- PARRA LUCÁN M.A., *Daños por productos y proteccion de los consumidores*, Barcellona, 1990.
- PARTENZA I., *L'azione di rivalsa delle strutture private*, in GELLI F., HAZAN M. e ZORZIT D. (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Legge Gelli)*, Milano, 2017.
- PARTENZA I., *La nuova responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria*, Pisa, 2017.
- PARTISANI R., *Il contratto atipico di ospitalità e cura: nuove regole di responsabilità*, in *Resp. civ.*, 2007.
- PARTISANI R., *Le assicurazioni obbligatorie*, in FRANZONI M. (a cura di), *Diritto delle assicurazioni*, Bologna, 2016.
- PASCALE G., *Responsabilità del medico e risarcimento del danno dopo le sezioni unite. Con formulario e giurisprudenza*, Santarcangelo di Romagna, 2016.
- PATRITO P., *Brevi osservazioni sulla responsabilità della pubblica amministrazione per illecito commesso dal dipendente*, in *Resp. civ. prev.*, 2008.
- PATTI S., *La ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2012.
- PAVASINI G., *Sub. art. 33, comma 2, lett. u*, in CRISTOFARO G. e ZACCARIA A. (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2013.

- PERCHINUNNO M.C., *Il controllo di meritevolezza nelle clausole claims made*, in *Contratto impr.*, 2017.
- PERFETTI U., *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del Consenso informato*, in *Giust. civ.*, 2018.
- PERFUMI C., *La nozione di consumatore tra ordinamento interno, normativa comunitaria ed esigenze del mercato*, in *Arch. civ.*, 2003.
- PERLINGIERI P., *I mobili confini dell'autonomia privata*, in *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003.
- PERLINGIERI P., *I negozi su beni futuri, I, la compravendita di «cosa futura»*, Napoli, 1962.
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006.
- PERLINGIERI P., *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 2012.
- PERLINGIERI P., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006.
- PERLINGIERI P., *La tutela del consumatore tra normative di settore e codice del consumo*, in CAVAZZONI G., DI NELLA L., MEZZASOMA L. e RIZZO V. (a cura di), *Il diritto dei consumi: realtà e prospettive*, Napoli, 2008.
- PERLINGIERI P., *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008.
- PERLINGIERI P., *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2017.
- PERLINGIERI P., *Sul criterio di ragionevolezza*, in *Annali SISDIC*, 2017.
- PERLINGIERI P. e CATERINI E. (a cura di), *Il diritto dei consumi*, Napoli, 2007.
- PERULLI A., *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in CICU A. e MESSINEO F. (diretto da), *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 1996.
- PIAZZA S., *La carta dei servizi pubblici come forma di tutela degli utenti*, in *Nuova rass. legisl. dott. giur.*, 2004.
- PIRAINO F., *Il nesso di causalità*, in *Eur. dir. priv.*, 2018.

- PIRAS P., *I servizi pubblici tra efficienza e fini sociali*, in *Dir. Amm.*, 1996.
- PIRAS P., *Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo art. 590 sexies c.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 1 marzo 2017.
- PIZZETTI F.G., *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da contatto sociale*, in *Giur. it.*, 2000.
- PIZZOLANTE G., *La nozione di «consumatore» nel diritto comunitario e nel diritto italiano*, in *Dir. comm. int.*, 2003.
- PLAIA A., *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale ed integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, in *Foro it.*, 2003.
- POLI P.F., *Legge Balduzzi tra problemi aperti e possibili soluzioni interpretative: alcune considerazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2013.
- PONGELLI G., *Il risarcimento diretto nel codice delle assicurazioni*, Milano, 2011.
- PONTICELLI P.G., *Responsabilità medica e Servizio Sanitario Nazionale*, in *Giur. it.*, 1987.
- PONTIS F., *La nuova responsabilità penale del sanitario per sola colpa grave. Illegittimità costituzionale o riscoperta della misura soggettiva della colpa?*, in *Resp. civ. prev.*, 2013.
- PONZANELLI G., *L'applicazione degli articoli 138 e 139 codice delle assicurazioni alla responsabilità medica: problemi e prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013.
- POTETTI D., *Nesso causale e colpa nella responsabilità medica, penale e civile, dopo il d.l. n. 158 del 2012 (art. 3 comma 1)*, in *Giur. merito*, 2013.
- PRINCIGALLI A.M., *La libera professione dei medici ospedalieri*, in *Resp. civ. prev.*, 2003.
- PRINCIGALLI A.M., *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983.
- PRINCIPATO L., *L'art. 28 Cost., e la responsabilità civile dell'amministrazione sanitaria dell'emergenza-urgenza*, in *Giur. cost.*, 2016.

- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A. e M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014.
- PUCELLA R., *La causalità «incerta»*, Torino, 2007.
- QUADRI E., *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2017.
- QUADRI E., *La responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Danno resp.*, 1999.
- QUADRI E., *Profili della responsabilità medica con particolare riguardo alla ginecologia ed ostetricia: esperienza recenti e prospettive*, in *Resp. civ. prev.*, 2004.
- QUERCI A., *La riforma Balduzzi alla prova della giurisprudenza: il punto di vista del Tribunale di Cremona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014.
- QUERCI A., *Responsabilità per danno da farmaci: quali i rimedi a tutela della salute?*, in *Danno resp.*, 2012.
- QUERCI A., *Sicurezza e danno da prodotti medicali*, Torino, 2011.
- RACHELI L., *Il foro esclusivo del consumatore dopo il codice del consumo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006.
- RAGEL SÁNCHEZ L.F., *Nuevo enfoque de la responsabilidad médico-sanitaria: la perspectiva de la defensa de los consumidores y usuarios*, in *Anuario de la Facultad de Derecho de Cáceres*, 2000.
- RAGNI M., *La mediazione nel sistema sanitario regionale alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014.
- RARRINO A.E., *La consumerizzazione del paziente e la direttiva 2011/24 sull'assistenza sanitaria transfrontaliera*, in *Eur. dir. priv.*, 2017.
- RAZZOLINI O., *Tutela contrattuale e danno non patrimoniale nel rapporto di lavoro*, in *Resp. civ. prev.*, 2008.
- REALMONTE F., *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967.

RECINTO G., *Foro del consumatore e clausola di predeterminazione dell'organismo ADR: le novità derivanti dal DLGS 130 del 2015 e l'occasione per ripensare la relazione tra strumenti di deflazione del contenzioso, da un lato, e giustizia, statale o privata, dall'altro*, 2015, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it).

RECINTO G., MEZZASOMA L. e CHERTI S. (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014.

RESCIGNO P., *Obbligazioni (diritto privato) a) Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, Milano, 1979.

RESCIGNO P., *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990.

REYNAL REILLO E., *Consentimiento Informado y Responsabilidad en el Ámbito sanitario*, Pamplona, 2017.

RICCETTI I., *L'obbligo di vigilanza esigibile dai gerocomi: teoria e pratica a confronto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017.

RICCI A., *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007.

RIPA L., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2013.

RISICATO L., *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, in *Dir. pen. proc.*, 2013.

RIZZO F., *Dal paziente al cliente*, in *Ann. Fac. giur. Univ. Camerino*, 2015.

RIZZO V., *Principio di trasparenza e tutela del "contraente debole"*, in MEZZASOMA L., BELLUCCI A., CANDIAN A., CORRIAS P., LANDINI S. e LLAMAS POMBO E. (a cura di), *La Banca-Assicurazione*, 2017, Napoli.

RODOLFI M., *Il sostegno alle vittime nell'evoluzione del sistema indennizzi (Legge 08/03/2017, n. 24)*, in *Guida dir.*, *Il Sole 24 ore*, 2017.

RODOLFI M., *La riforma del decreto Balduzzi: novità e conseguenze nell'ambito dei procedimenti civili di medical malpractice*, in F. MARTINI e U. GENOVESI (a cura di), *La valutazione della colpa e la sua tutela assicurativa - opinioni a confronto alla luce della legge 8 novembre 2012, n. 189*, Santarcangelo di Romagna, 2012.

RODOTÀ S., *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007.

- RODRIGUEZ D., *Il rifiuto delle cure nella prospettiva del codice di deontologia medica: una guida per la pratica clinica?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014.
- ROIATI A., *Il medico in posizione apicale tra culpa in vigilando e responsabilità di posizione*, in *Ind. pen.*, 2006.
- ROIATI A., *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mera placebo?*, in *Dir. proc. pen.*, 2013.
- ROMAGNOLI G., *Autoassicurazione della responsabilità medica: compatibilità con i principi di diritto interno ed europeo*, in *Danno resp.*, 2015.
- ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947.
- ROPPO V., *I singoli contratti*, in VISINTINI G., *Trattato della responsabilità contrattuale*, Padova, 2009.
- ROPPO V., *Il contratto del duemila*, Torino, 2011.
- ROPPO V., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico*, in *Corr. giur.*, 2009.
- ROPPO V., *Trattato del contratto*, Milano, 2007.
- ROPPO V., *Vendita a domicilio di valori mobiliari: formazione del contratto e recesso dell'investitore*, in *Contr. impr.*, 1990.
- ROSADA F., *La legge Gelli-Bianco, in sede penale, si applica solo ai fatti commessi in epoca successiva alla riforma*, in *Dir. giust.*, 2017.
- ROSANNA B., *La responsabilità civile delle strutture sanitarie e del medico tra conferme e novità*, in *Danno resp.*, 2017.
- ROSSELLO C., *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985.
- ROSSETTI M., *Sub. art. 144*, in VOLPE PUTZOLU G. (a cura di), *Commentario breve di diritto delle assicurazioni*, Padova, 2013.
- ROSSETTI V., *Il danno non patrimoniale. Cos'è, come si accerta, come si liquida*, Milano, 2010.

- RUFFINI GANDOLFI M.L., *In tema di responsabilità medica: tra incertezze giurisprudenziali e dubbi suscitati dalla legge Balduzzi*, in *Giust. civ.*, 2013.
- RUGGERI L., *Tutela dei dati personali e contratti di accesso alla Rete*, in *Le Corti salernitane*, 2016.
- RUSCONI D., *Esencia del derecho del consumidor*, in RUSCONI D. (coordinato da), *Manual del derecho del consumidor*, Buenos Aires, 2015.
- RUSSO E., *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contr. impr.*, 2009.
- RUSSO P. e ROSSI S., *I nuovi danni da responsabilità medica*, Milano, 2013.
- SACCO R., *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in VISINTINI G. (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984.
- SALOMONE R., *Le libere professioni intellettuali*, in GALGANO F. (diretto da), *Tratt. dir. comm. dir. pubb. econ.*, Padova, 2010.
- SÁNCHEZ CARO J., *Vigilancia de la salud de los profesionales sanitarios y responsabilidad: el caso del sida*, in *Revista de administración sanitaria siglo XXI*, 2004.
- SÁNCHEZ GÓMEZ A., *Contratos de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Madrid, 1998.
- SANTORO PASSARELLI F., *Professioni intellettuali*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1967.
- SANTOS BRIZ J., *La responsabilidad civil de los medicos en el Derecho español*, R.D.P., 1984.
- SANTOSUOSSO A., *Il consenso informato, tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, Milano, 1996.
- SARDELLA I., *Quale responsabilità della struttura per i gesti auto lesivi del paziente: giurisprudenza di merito e di legittimità a confronto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013.



- SATTA F., voce *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988.
- SAVOIA R., *Sì al foro del consumatore per il paziente operato presso la casa di cura in regime privatistico*, in *Diritto giust.*, 2006.
- SCALERA A., *Errore diagnostico: al medico e alla struttura spetta la prova dell'irrelevanza causale*, in *Ridare.it*, 2017.
- SCALFANI F., *In tema di responsabilità della casa di cura privata per danni conseguenti ad un intervento operatorio*, in *Temì romana*, 1982.
- SCARANO L.A., *La quantificazione del danno non patrimoniale*, Torino, 2013.
- SCARCHILLO G., *La responsabilità medica: risarcimento o indennizzo? Riflessioni, evoluzioni e prospettive di diritto comparato*, in *Resp. civ. prev.*, 2017.
- SCOGNAMIGLIO R., *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957.
- SCORRETTI C., *Il clinical Risk Management oggi: dal sistema alla persona. Aspetti medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011.
- SECCHI E., *La responsabilità medica. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2010.
- SELINI V., *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in *Danno resp.*, 2017.
- SELLA M., *La quantificazione dei danni da malpractice medica*, Milano, 2009.
- SERRA RODRIGUEZ A., *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad contractual*, in DE VERD J.R. e BEAMONTE C. (a cura di), *Derecho civil II*, Valencia, 2013.
- SGANGA C., *“In varietate concordia?” Convergenze e divergenze tra le recenti riforme della responsabilità sanitaria italiana ed ungherese*, in *Riv. it med. leg.*, 2017.

SGOBBO R., PEZZAROSSA G., CASTAGNA G. e TROCCHIA V., *La responsabilità nell'ambito dell'attività medica in «équipe»*, in *La responsabilità legale dell'otorinolaringoiatra*, Atti del 74° congresso nazionale Società italiana di otorinolaringologia e chirurgia cervico-facciale, Milano, 1987.

SIMONE R., *Assicurazione claims made, sinistro (latente) e dilatazione (temporale) della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2005.

SIRACUSANO F., *Ancora sulla responsabilità colposa del medico: analisi della giurisprudenza sulle forme e i gradi della colpa*, in *Cass. pen.*, 1997.

SMORTO G., *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2007.

SOSA OLÀN H., *La contractación a distancia ante la directiva de los derechos de los consumidores del año 2011: su transposición al derecho español*, VAQUERO PINTO M.J. e ÁVILA DE LA TORRE A. (diretto da), *Reflexiones sobre derecho privado patrimonial*, Salamanca, 2015.

SPENA A., *sub. art. 144*, in CAPRIGLIONE F. (diretto da), *Il codice delle assicurazioni private*, Padova, 2007.

SPERA D., *Responsabilità sanitaria contrattuale ed extracontrattuale nella Legge Gelli-Bianco: da premesse fallaci a soluzioni inappaganti*, in *Ridare.it*, 2017.

STANGHELLINI L., *I diritti del danneggiato e le azioni di risarcimento nella assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, Milano, 1990.

STANZIONE P. e SICA S. (diretto da), *Professioni e responsabilità civile. Professioni legali, tecniche, mediche*, Bologna, 2006.

STANZIONE P. e ZAMBRANO V., *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998.

STANZIONE P., *La responsabilità civile del professionista*, in *Danno resp.*, 2007.

STEFANELLI M.A., *La tutela dell'utente di pubblici servizi*, Padova, 1994.

- STELLA F., *A proposito di talune sentenze civili in tema di causalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005.
- SUMMA M., *Spetta al paziente danneggiato la dimostrazione del nesso causale tra la condotta del medico e il danno lamentato*, in *Dir. giust.*, 2018.
- TARANTINO G., *Vita, libertà e sicurezza della persona nella costituzione italiana e nella dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2011.
- TARTAGLIA R., TOMMASINI C.R., ABRAMI V., NERATTINI N. e TURCO L., *L'approccio sistemico e cognitivo all'errore umano in medicina*, in *Riv. dir. prof. sanit.*, 2002.
- TARUFFO M., *La prova nel processo civile*, Milano, 2012.
- TASSONI G., *Il contratto di viaggio*, Milano, 1998.
- TESCARO M., *Il risarcimento del danno non patrimoniale in sede contrattuale*, in *Resp. civ.*, 2005.
- TESCIONE F., *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008.
- THIENE A., *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto senza obbligo primario di prestazione*, in *Nuova giur. comm.*, 2000.
- TOGLIATTO M., *Procedure liquidative*, in M. BIN (a cura di), *Commentario al codice delle assicurazioni*, Padova, 2006.
- TOMARCHIO V., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2009.
- TONON F., *Responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria*, in GELLI F., HAZAN M. e ZORZIT D. (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Milano, 2017.
- TRAVAGLINO G., *La responsabilità contrattuale tra tradizione e innovazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2016.
- TRAVAGLINO G., *Vaghi appunti sulla riforma della responsabilità sanitaria*, in *www.giustiziacivile.com.*, 2017.
- TRIMARCHI P., *Causalità e danno*, Milano, 1966.

- TRIMARCHI P., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010.
- TROIANO S., *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Milano, 2005.
- TRUBIANI F., *Proposta di un regolamento opzionale comune in tema di compravendita (CESL) e tutela delle PMI*, in *Obbl. contr.*, 2012.
- TULUMELLO G., *Clausole abusive e servizi pubblici*, in *Danno resp.*, 2000.
- VALENTINO D., *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, 1997.
- VALLEBONA A., *L'onere probatorio circa i requisiti dimensionali per la tutela reale contro il licenziamento: le Sezioni Unite cambiano idea*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006.
- VALLINI A., *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2001.
- VALLINI A., *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico*, in *Dir. pen. proc.*, 2000.
- VALLINI A., *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico*, in *Dir. pen. proc.*, 2000.
- VALLINI A., *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013.
- VALONGO A., *La nascita di figli sani tra diritto e medicina*, in CONTI L., FIORETTO D., PIOGGIA A., RICCARDI C., SANTAMBROGIA A. (a cura di), *Bioetica, un approccio interdisciplinare*, Milano, 2014.
- VANZ M.C., *La prova assunta aliunde nel contesto della nuova Legge Gelli/Bianco sulla responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 2017.
- VAQUERO PINTO M.J. e ÁVILA DE LA TORRE A. (diretto da), *Reflexiones sobre derecho privado patrimonial*, Salamanca, 2010-2011.
- VÁZQUEZ BARROS S., *Responsabilidad civil de los médicos (Doctrina, Legislación básica, jurisprudencia Fprmuario y bibliografía)*, Valencia, 2009.
- VELLISCIG L., *Autoassicurazione e rischio sanitario. Riflessioni critiche alla luce dell'esperienza statunitense*, in *Resp. civ. prev.*, 2017.

- VENEZIANI P., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Padova, 2009.
- VENEZIANO A. e GIANCOTTI E., *La causalità nella responsabilità extracontrattuale*, in CENDON P. (a cura di), *La responsabilità civile*, Torino, 1998.
- VERNIZZI S., *Le Sezioni Unite e le coperture assicurative «retroattive»*, in *Resp. civ. prev.*, 2016.
- VETTORI G., *Art. 2*, in CAPOBIANCO E. e PERLINGIERI G. (a cura di), *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2009.
- VETTORI G., *Il danno non patrimoniale fra illecito e contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2007.
- VETTORI G., *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005.
- VIAZZI C., *Introduzione alla tavola rotonda sulla perdita di chance*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015.
- VIGURI PEREA A., *Una prospettiva comparada de la responsabilidad civil sanitaria*, Pamplona, 2017.
- VILLALBA G., “*Los contratos de consumo en el derecho colombiano y en el derecho comparado*”, in *Rev. Investigación y Reflexión*, 2011.
- VINCIGUERRA G., *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*, in *Danno resp.*, 2008.
- VIOLA L., *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)*, Milano, 2017.
- VIOLA L., *Nuova responsabilità civile del sanitario: riparto dell'onere della probatorio tra vicinanza della prova e attività pericolosa*, in *La nuova proc. civ.*, 2017.
- VISINTINI G., *Colpa contrattuale: un falso concetto?*, in *Contr. impr.*, 2004.

- VISINTINI G., *La colpa medica nella responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 2015.
- VISINTINI G., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (Una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983.
- VISINTINI G., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, voce dell' *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990.
- VISINTINI G., *Trattato breve delle responsabilità civile*, Padova, 2005.
- VISINTINI G., *Trattato breve delle responsabilità civile*, Padova, 1999.
- VITA DELLA CORTE M.F., *Foro del consumatore e responsabilità sanitaria: approcci applicativi*, in *Resp. civ. prev.*, 2015.
- VITA DELLA CORTE M.F., *Criteri di accertamento del nesso di causalità nell'illecito omissivo: il "più probabile che non spazza via ogni certezza"*, in [www.rivistaresponsabilitamedica.it](http://www.rivistaresponsabilitamedica.it).
- VOLPE PUTZOLU G., *Assicurazione responsabilità civile dei professionisti e clausola claims made. La sentenza della Suprema Corte a sezioni unite*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2016.
- WEINGARTEN C., *Derecho del consumidor*, Universidad de Buenos Aires, 2007.
- WOOLCOTT O., *Nuevas dimensiones de la protección del paciente: en la responsabilidad médica, el derecho a la salud y el Estatuto del consumidor*, in *Revista Principia Iuris*, 2014.
- ZAMBRANO V., *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, Napoli, 1993.
- ZANA M., *La responsabilità del medico*, in *Riv. dir. priv.*, 1987.
- ZANA M., *Responsabilità del professionista*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1992.
- ZANA M., *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 2003.

ZANA M., *Responsabilità medica: antiche e nuove criticità*, in E. CATERINI, L. DI NELLA, A. FLAMINI-L. MEZZASOMA e S. POLIDORI (a cura di), *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, Napoli, 2017.

ZANUTTIGHT L., *Liticonsorzio*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1994.

ZATTI P., *Rapporto medico-paziente e "integrità" della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008.

ZENO ZENCOVICH V. e PAGLIETTI M.C., *Diritto processuale dei consumatori*, Milano, 2009.

ZENO ZENCOVICH V., *Danno non patrimoniale e inadempimento*, in VISINTINI G. (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984.

ZENO ZENCOVICH V., *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, A.M. GAMBINO (a cura di), Torino, 2011.

ZENO ZENCOVICH V., voce *Consumatore (dir. civ.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988.

ZIVIZ P., *Il risarcimento per la perdita di chances di sopravvivenza*, in *Resp. civ. prev.*, 1998.

ZIVIZ P., *Le modifiche al sistema tabellare di cui agli artt. 138 e 139 cod. ass. introdotte dalla legge sulla concorrenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2017.

ZOPPINI A., *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008.

ZUMPARO M.A., *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, in *Le nuove leggi civ. e comm.*, 4, 2017.