

*nuovi*

**I MANUALI SUPERIORI**

diretti da R. GAROFOLI

---

Giuseppe CHINÈ Andrea ZOPPINI

# MANUALE di DIRITTO CIVILE

Coordinamento a cura di  
Luigi NONNE

**XII EDIZIONE 2020-2021**



**Neldiritto  
Editore**



## 18. La responsabilità professionale: profili generali.

La responsabilità professionale deriva dall'inadempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale.

Per attività professionale – è bene precisare - non si intende solo quella espletata dai professionisti intellettuali (medici, avvocati ecc.), ma qualsiasi attività esercitata in forma non occasionale (perciò *professionalmente*) allo scopo di ricavarne un utile: quindi anche l'attività artigianale, imprenditoriale ecc.

Per questo tipo di rapporti, l'art. 1176, comma 2, c.c. dispone che la diligenza adempitiva “*deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività professionale esercitata*”.

La diligenza qualificata ex art. 1176, comma 2, c.c.

La norma impone, pertanto, al professionista un impegno superiore a quello del comune debitore: in luogo della generica diligenza del buon padre di famiglia (art. 1176, comma 1, c.c.), si richiede una diligenza particolarmente qualificata dall'osservanza di apposite regole e dall'impiego degli strumenti tecnici adeguati al tipo di attività dovuta (*id est* la perizia)<sup>1</sup>.

Con la precisazione, peraltro, che il criterio applicabile è pur sempre quello della *normale* diligenza, in quanto il professionista deve impiegare la perizia ed i mezzi tecnici adeguati allo standard professionale della sua categoria.

Tale standard servirà a determinare il contenuto della prestazione dovuta e la misura della responsabilità, conformemente alla regola generale<sup>2</sup>.

Non può, dunque, parlarsi di una responsabilità aggravata a carico del professionista, ma più semplicemente di una responsabilità calibrata sulla natura dell'attività esercitata<sup>3</sup>. Al contrario, di minore responsabilità è possibile parlare, nei termini e nei limiti di cui si dirà *infra*, con riferimento a quella particolare categoria di professionisti che va sotto il nome di professionisti “*intellettuali*”.

## 19. La responsabilità del professionista intellettuale.

La professione intellettuale consiste in quella particolare attività, i cui elementi qualificanti sono:

Elementi qualificanti la prestazione

- a) la prestazione di un'opera intellettuale, improntata oltre che ai generali canoni di diligenza e prudenza, alle specifiche regole o c.d. *leges artis* del settore di riferimento del professionista (c.d. perizia);
- b) la (tendenziale) autonomia e discrezionalità (*specialiter* tecnica) riconosciuta al professionista nell'esecuzione della prestazione, anche ove si inserisca in un rapporto di lavoro subordinato (su tutti l'esempio del medico dipendente dell'ente ospedaliero);

<sup>1</sup> In dottrina si è coniato il termine di «diligenza determinativa» (MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi* (Studio critico), in Riv. dir. comm., 1954, I, 199 ss.).

<sup>2</sup> Cfr. BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 1994, 28; v. anche CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 72.

<sup>3</sup> Precisa, in tal senso, Cass. civ., sez. II, 9 novembre 1982, n. 5885 che “[...] l'imperizia professionale presenta un contenuto variabile, da accertare in relazione ad ogni singola fattispecie, rapportando la condotta effettivamente tenuta dal prestatore alla natura e specie dell'incarico professionale ed alle circostanze concrete in cui la prestazione deve svolgersi e valutando detta condotta attraverso l'esame nel suo complesso dell'attività prestata dal professionista”. Così in dottrina, RODOTÀ, *Obbligazioni*, in *Enc. dir.*, Milano, 1969, 539.

c) il carattere personale della prestazione ai sensi dell'art. 2232 c.c.

Contratto  
d'opera  
professionale...

Nella maggior parte dei casi il professionista esercita la propria attività in esecuzione di un contratto d'opera intellettuale, disciplinato dagli artt. 2229 e ss. c.c., concluso con il cliente al momento in cui quest'ultimo gli conferisce l'incarico<sup>4</sup>.

...e disciplina  
speciale  
rispetto al  
contratto  
d'opera  
manuale

Non mancano, tuttavia, ipotesi nelle quali l'espletamento dell'attività professionale avviene nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato e, ciononostante, la prestazione rimane identica - nel contenuto e nella disciplina - a quella espletata dal libero professionista intellettuale.

Orbene, il codice civile prevede per il contratto d'opera intellettuale una disciplina speciale rispetto allo schema generale di *locatio operis* (c.d. manuale): ricorrono, nello specifico, indubbi aspetti "favorevoli" (quali la disciplina - ex artt. 2233 e 2234 c.c. - sul compenso, le spese e gli acconti, e soprattutto sulla responsabilità di cui all'art. 2236 c.c.), ma anche taluni aspetti "sfavorevoli" (quale quello sulla facoltà di recesso del cliente di cui all'art. 2237 c.c.).

Colpa  
professionale

Tra gli aspetti favorevoli, merita una particolare attenzione la disciplina della responsabilità del professionista intellettuale, che l'art. 2236 c.c. circoscrive "*nelle prestazioni di difficile esecuzione*" ai soli casi di dolo o colpa grave.

È evidente come detta norma deroghi in modo vistoso alla regola generale di cui all'art. 1176 c.c., secondo cui il debitore risponde anche per colpa lieve. Ed anzi, sembra emergere una stridente distonia tra il rigore dell'art. 1176, comma 2, c.c. e la disciplina di favore dell'art. 2236 c.c.: mentre, infatti, da un lato, la prima norma impone al professionista una diligenza "*qualificata*", quale criterio di determinazione del contenuto della prestazione e al contempo parametro di imputazione della responsabilità da inadempimento, anche per colpa lieve; dall'altro, la norma speciale innalza la soglia di rilevanza della colpa (a quella grave) proprio a fronte di problemi tecnici di particolare complessità e delicatezza.

Ratio dell'art.  
2236 c.c.

L'apparente iato tra le due norme è stato ricomposto in sede ermeneutica attraverso una rigorosa e restrittiva delimitazione del campo di applicazione dell'art. 2236 c.c.

In primo luogo, muovendo dalla *ratio legis* della norma, si è affermato che lo speciale trattamento giuridico riservato al professionista è il riflesso di una normativa dettata a fronte di due opposte esigenze: quella di non mortificare l'iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista<sup>5</sup>.

Da ciò si è tratto il logico corollario che, mentre l'art. 1176, comma 2, c.c. è norma generale che trova applicazione nei confronti di tutti i professionisti (nel senso di cui si è detto *supra*) esercenti qualsivoglia attività *professionale*, l'art. 2236 c.c. è norma eccezionale applicabile ai soli professionisti intellettuali e

<sup>4</sup> Il cliente ha, quindi, un diritto a che il professionista presti personalmente la propria opera. Ciò non esclude, tuttavia, che nell'adempimento della propria prestazione il professionista possa avvalersi di sostituti o ausiliari, sempre comunque sotto la propria direzione e responsabilità (art. 1228 c.c.), in modo da salvaguardare il *proprium* del legame fiduciario.

<sup>5</sup> Così si legge nella Relazione al codice civile (n. 917), nonché in Corte Cost., 28 novembre 1973, n. 166.

limitatamente al segmento di perizia involgente la risoluzione di problemi tecnici di particolare complessità, che trascendono la competenza e preparazione media<sup>6</sup>. Restano pertanto fuori dal fuoco applicativo della norma, le ipotesi di negligenza e imprudenza, per le quali il professionista continua a rispondere anche solo per colpa lieve.

### 19.1. Ambito oggettivo di applicazione dell'art. 2236 c.c.

La limitazione di responsabilità del professionista di cui all'art. 2236 c.c. è applicabile, in via analogica, anche alla responsabilità extracontrattuale, ricorrendo l'*eadem ratio* di tutela del professionista e l'identità contenutistica della prestazione, indipendentemente dalla qualificazione dell'illecito<sup>7</sup>.

Applicazione analogica della norma alla responsabilità aquiliana

Giova, peraltro, evidenziare che, in alcuni settori (*specialiter* con riguardo alle professioni sanitarie), la rilevanza di detta applicazione analogica è andata stemperandosi nel tempo, fino a scomparire, a seguito della progressiva adesione da parte della giurisprudenza alla tesi della natura contrattuale (c.d. da contatto sociale) della responsabilità del medico, anche in assenza di un formale contratto stipulato direttamente con il paziente.

Per quanto attiene alla tradizionale diatriba concernente la possibile operatività dell'art. 2236 c.c. anche in ambito penale, basti in questa sede evidenziare che trattasi di questione per molti versi non ancora risolta, anche alla luce delle più recenti novelle legislative in tema di responsabilità medica<sup>8</sup>.

L'applicabilità in sede penale

### 19.2. La natura dell'obbligazione del professionista intellettuale.

Secondo una distinzione tradizionale, in parte ancora seguita in dottrina e in giurisprudenza, l'obbligazione nascente dal contratto d'opera intellettuale (art. 2230 c.c.) appartiene alla categoria delle obbligazioni cc.dd. di mezzi (o di diligenza o di comportamento), essendone anzi uno dei più rilevanti esempi<sup>9</sup>. Per converso, l'obbligazione nascente dal contratto d'opera manuale (art. 2222 c.c.) è ricondotta alla categoria delle cc.dd. obbligazioni di risultato<sup>10</sup>.

La dicotomia tradizionale

La distinzione evidenziata comporterebbe rilevanti implicazioni pratiche soprattutto nell'ottica della determinazione della responsabilità contrattuale del professionista (di cui si è già dato conto *supra* nel par. 6.3.) e della connessa ripartizione dell'onere della prova<sup>11</sup>.

Riflessi pratici della distinzione

<sup>6</sup> In tal senso, si veda anche la giurisprudenza penale: Cass. pen., sez. I, 12 maggio 2004, n. 22712.

<sup>7</sup> CAZZANIGA-CATTABENI, in *Med. Leg. e delle Ass.*, 1988, 490.

<sup>8</sup> Per una dettagliata rappresentazione della *quaestio*, anche in chiave storico-evolutiva, si rinvia a GAROFOLI, *Manuale di diritto penale - Parte generale*, 2019/2020.

<sup>9</sup> Sul tema, per un'approfondita disamina, v. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni I*, Milano 1953; RODOTÀ, *Obbligazioni. Enciclopedia del Diritto*, XX 1969; MENGONI, *op.cit.*, 184; RESCIGNO, *Obbligazioni. Enc. Dir.*, XXIX, 1979, 128; PATTI, *Prove. Disposizioni Generali. Comm. al cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna, 1987; BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni. Commentario del Codice civile Scialoja e Branca*, art. 1218-1219, Bologna - Roma, 1993; DI MAJO, *Responsabilità contrattuale*, Torino, 1997; QUADRI, *La Responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Il rischio in medicina oggi e la responsabilità professionale*, Milano, 2000.

<sup>10</sup> Per una completa disamina delle differenze tra obbligazioni di mezzi e di risultato, con riferimento anche alla loro incidenza sul tema della natura della responsabilità contrattuale in generale, si veda Cap. sulle obbligazioni, nonché *supra* par. 5.3.

<sup>11</sup> In aderenza alla tesi che ravvisa una diversità ontologica tra le due distinte tipologie di obbligazioni,

Merita puntualizzare, tuttavia, che siffatta distinzione non trova più ragion d'essere a fronte degli sviluppi ermeneutici sia giurisprudenziali che dottrinali. Invero, la tratizia dicotomia tra obbligazione di mezzi e di risultato appare oggi obsoleta e superata a vantaggio di una teoria che riconosce l'unitarietà tipologica di ogni obbligazione. È stato, infatti, osservato che in certi casi non è possibile stabilire se sia dedotta in obbligazione una prestazione di mezzi o di risultato, atteso l'intreccio e la commistione dei due profili. Ed ancora, è sempre più frequente, nella casistica giurisprudenziale, la conversione o 'metamorfosi' di tipiche obbligazioni di mezzi (ad es. del professionista intellettuale) in obbligazioni di risultato, quante volte dalla valutazione in concreto del contenuto specifico delle singole obbligazioni emerga l'impegno del professionista a conseguire un determinato *opus*<sup>12</sup>. Ne consegue, pertanto, che anche i riflessi pratici di cui si è parlato poco sopra debbano, quantomeno, essere revocati in dubbio<sup>13</sup>, ammettendo l'unicità dell'onere probatorio secondo le regole generali, indipendentemente dalla tipologia di prestazione dedotta in obbligazione.

## 20. La responsabilità medica: le questioni.

Le principali questioni che hanno animato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in ordine ai profili civilistici della responsabilità medica, sono le seguenti:

- 1) i caratteri della colpa medica ed il regime giuridico applicabile;
- 2) la natura della responsabilità del medico e della struttura sanitaria ed i consequenziali corollari applicativi (in particolare, quanto a regime probatorio);
- 3) i criteri di accertamento che presiedono all'indagine sul nesso di causalità tra la condotta del sanitario e l'evento dannoso;
- 4) l'individuazione degli obblighi gravanti sul sanitario, con particolare

---

con conseguente diversità dei criteri di imputazione dell'inadempimento applicabili, corrisponderebbe, in capo ai soggetti del rapporto obbligatorio, un diverso riparto dell'onere della prova:

- se l'obbligazione è di mezzi, atteso il carattere aleatorio del risultato, graverebbe sul creditore l'onere della prova dell'inesatto adempimento, *sub specie* di inosservanza delle regole di diligenza, perizia e prudenza alle quali è tenuto il debitore nell'esecuzione della prestazione *ex art. 1176 c.c.*;
- se, invece, l'obbligazione è di risultato, il creditore potrà limitarsi ad allegare l'inadempimento, sul presupposto del mancato raggiungimento del risultato dovuto, gravando *ex adverso* sul debitore la prova non già dell'assenza di colpa (prova c.d. critica), di per sé irrilevante, ma del fatto positivo del caso fortuito o della forza maggiore (prova c.d. storica), tale da rendere oggettivamente impossibile il raggiungimento di quel risultato, recidendo a monte il nesso di causalità tra la condotta e l'inadempimento.

<sup>12</sup> Così, ad esempio, nel caso di intervento medico di *routine* o, comunque, di non difficile esecuzione, il cui risultato sia stato peggiorativo delle condizioni del paziente, la Cassazione ha, in più occasioni, affermato che il mancato raggiungimento del risultato avuto di mira dal creditore (guarigione) lascia presumere l'inadeguata o non diligente esecuzione della prestazione professionale del medico (Cass. civ., sez. III, 11 marzo 2002, n. 3492).

<sup>13</sup> In questo senso, basti pensare alla pronuncia di Cass. civ., Sezioni Unite, 30 ottobre 2001, n. 13533, mercé la quale si è avuto il superamento del distinguo della ripartizione dell'onere probatorio in ordine alla natura dell'obbligazione: la S.C. ha, infatti, precisato *expressis verbis* che il criterio di riparto dell'onere della prova è identico, sia che il creditore agisca per l'esatto adempimento dell'obbligazione, sia che domandi la risoluzione e/o il risarcimento per l'inadempimento contrattuale, senza che al riguardo rilevi in alcun modo la natura dell'obbligazione (di mezzi e di risultato).

riferimento agli obblighi di informazione ed alle sanzioni connesse all'inadempimento degli stessi.

### 20.1. La colpa medica: caratteri e regime applicabile.

La diligenza cui è tenuto il medico nell'adempimento delle obbligazioni inerenti alla propria attività professionale quella 'qualificata', richiesta dalla natura dell'attività esercitata, ai sensi del comma 2 dell'art. 1176 c.c.<sup>14</sup>

L'espressione di tale diligenza qualificata, *sub specie* di particolare sforzo tecnico-scientifico, è la perizia, intesa come conoscenza e applicazione di quel complesso di regole tecniche proprie della categoria professionale d'appartenenza: nello specifico, si tratta delle *leges* dell'*ars medica*, tese a perimetrare l'ambito del c.d. '*rischio consentito*' e, per l'effetto, l'ambito di liceità dell'intervento medico.

Il richiamo alla perizia ha, dunque, in questi casi, la funzione di ricondurre la responsabilità del medico alla violazione di obblighi specifici derivanti da regole di condotta ben precise.

Va da sé che nelle varie discipline specialistiche, anche all'interno della stessa attività medica, la perizia di volta in volta si caratterizzerà in modi parzialmente diversi, riempiendosi dei significati tecnico-qualitativi attinti dallo standard medio dello specialista di riferimento, fermi comunque quei principi fondamentali comuni a qualsiasi ramo dell'attività medica e, più in generale, di quella sanitaria.

In definitiva, su ogni sanitario, accanto ai generali doveri di diligenza e prudenza, incomberà una perizia il cui contenuto è rappresentato: da un lato, dalle *leges artis* comuni a qualsiasi ramo della professione medica (*id est*, la medicina di base); dall'altro, dalle regole di condotta specifiche del settore di specializzazione di appartenenza<sup>15</sup>.

Pertanto, la colpa medica ricorre in tutte le ipotesi di involontaria inosservanza e/o violazione da parte del sanitario delle specifiche regole cautelari di condotta proprie dell'agente modello del settore specialistico di riferimento, ipotizzandosi tanti agenti-modello, quante sono le branche specialistiche della medicina (es. radiologia, cardiologia *etc.*).

La colpa medica potrà essere omissiva, allorché l'errore medico (terapeutico o diagnostico) si sostanzia nell'omissione delle cautele prescritte dalle speciali regole di condotta, da valutare anche alla stregua dei protocolli terapeutici standardizzati; commissiva, laddove la violazione delle suddette regole si sostanzia in una condotta attiva.

Perizia e  
rilevanza dei  
settori  
specialistici

Nozione di  
colpa  
medica:  
omissiva e  
commissiva

<sup>14</sup> Cfr. sul tema MENGONI, *op. cit.*, 296 e ss.; VISINTINI, *I fatti illeciti. II. La colpa in rapporto agli altri criteri di responsabilità*, Padova, 1990; VIGOTTI, *La responsabilità del professionista*, in ALPA-BESSONE, *La responsabilità civile*, in *Giur. sist.*, diretta da BIGIARI, vol. III, Torino, 1986; DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, 377 ss.; CARUSI, *Responsabilità del medico, diligenza professionale, inadeguata dotazione della struttura ospedaliera*, in *Giur. it.*, 1996 I, 1, 91, nota a Cass. 3 marzo 1995 n. 2466; e più di recente ALPA, *Gli incerti confini della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.* 2006, 11, 1805.

<sup>15</sup> Sul punto, Cass. 13 aprile 2007, n. 8826 precisa che "Ai diversi gradi di specializzazione corrispondono ...diversi gradi di perizia. Può allora distinguersi tra una diligenza professionale generica e una diligenza professionale variamente qualificata. Chi assume un'obbligazione nella qualità di specialista, o una obbligazione che presuppone una tale qualità, è tenuto alla perizia che è normale della categoria. Lo sforzo tecnico implica anche l'uso degli strumenti materiali normalmente adeguati, ossia l'uso degli strumenti comunemente impiegati nel tipo di attività professionale in cui rientra la prestazione dovuta".

Accanto a tale colpa professionale, o speciale, nulla esclude che possa ascrivere al medico anche una responsabilità per colpa generica, per inosservanza delle regole generali di diligenza e prudenza.

Al riguardo, merita di essere sottolineato anche il ruolo che l'aggiornamento costante del professionista svolge in relazione alla valutazione della condotta diligente.

Con riferimento al medico, in particolare, è lo stesso codice deontologico ad affermarne la necessità imprescindibile<sup>16</sup>. E, del resto, lo standard medio di riferimento – sulla cui base valutare la colpa professionale- non può che essere uno standard ‘aggiornato’, al passo con lo sviluppo tecnico-scientifico del momento storico.

Il raccordo  
con l'art.  
2236 c.c.

Il concetto di perizia assume rilievo anche in relazione all'ambito di applicazione della norma speciale di cui all'art. 2236 c.c. Come già osservato in precedenza, l'elaborazione giurisprudenziale ha portato a racchiudere l'applicabilità dell'articolo in esame in una nicchia di ipotesi sempre più ristretta, onde evitare che il ricorso a tale norma finisse per svilire la portata del dovere di diligenza qualificata di cui all'art. 1176, comma 2, c.c.<sup>17</sup>.

## 20.2. La responsabilità della struttura sanitaria (pubblica e privata) ed il contratto atipico di ospedalità.

Natura della  
responsabilità  
della  
struttura  
sanitaria

Nell'ambito dell'esercizio dell'attività medica occorre distinguere la responsabilità gravante sulla struttura sanitaria da quella di cui è chiamato a rispondere il singolo medico, che in concreto ha posto in essere la condotta colposa pregiudizievole per il paziente.

Con riguardo alla prima ipotesi di responsabilità, è ormai consolidato, in dottrina<sup>18</sup> e giurisprudenza<sup>19</sup>, l'inquadramento della stessa nell'ambito della responsabilità contrattuale, sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione del contratto definito di “ospedalità”.

In un primo tempo, tale legame contrattuale è stato interpretato e disciplinato sulla base dell'applicazione analogica al rapporto paziente-struttura delle norme in materia di contratto di prestazione d'opera intellettuale vigenti con riguardo al rapporto medico-paziente, con il “*conseguente e riduttivo appiattimento della responsabilità della struttura su quella del medico*”<sup>20</sup>.

Da tale ricostruzione derivava, infatti, un duplice ordine di conseguenze:

- in primo luogo, anche nei confronti della struttura sanitaria era applicabile la limitazione di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c. per gli interventi di difficile esecuzione;

<sup>16</sup> Art. 19 del nuovo codice di deontologia medica, approvato il 16 dicembre 2006, dalla Federazione Nazionale degli ordini dei medici chirurghi ed odontoiatri.

<sup>17</sup> Sulla interpretazione restrittiva della nozione di “*problemi di speciale difficoltà*” v. *supra*, par. 19.

<sup>18</sup> Tra gli ultimi contributi sul tema, PECCENINI, *Dalla responsabilità del medico alla responsabilità sanitaria*, in A.A.V.V., *La responsabilità sanitaria*, Bologna, 2007, 1 ss.

<sup>19</sup> In questo senso, *ex multis*, Cass. civ., sez. III, 27 maggio 1993, n. 5939; Cass. civ., sez. III, 11 aprile 1995, n. 4152; Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589; nonché, Cass. civ., Sez. Un, 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, 455 ss, con nota di PALMIERI.

<sup>20</sup> Così si esprime Cass. civ., Sez. un., n. 577 del 2008, *cit.*



- in secondo luogo, per affermare la responsabilità contrattuale della struttura era imprescindibile l'accertamento della colpa del medico<sup>21</sup>.

Tale impostazione appariva, tuttavia, imprecisa (non ricorrendo in tale fattispecie il requisito della personalità proprio del contratto d'opera intellettuale) e comunque insufficiente a fotografare la complessità della prestazione di 'assistenza sanitaria' gravante sulla struttura sanitaria per effetto del contratto con il paziente.

Proprio valorizzando detta complessità, la giurisprudenza ha successivamente inaugurato un nuovo percorso interpretativo: ha distinto il rapporto paziente-struttura sanitaria dal rapporto paziente-medico e ha qualificato il primo come *'autonomo ed atipico contratto a prestazioni corrispettive'* (da taluni definito *'contratto di ospedalità'*, da altri *'contratto di assistenza sanitaria'*), al quale applicare le regole ordinarie sull'inadempimento fissate dall'art. 1218 c.c.

Si individua, in particolare, la fonte del rapporto che si instaura tra paziente ed ente ospedaliero (o casa di cura privata) *"in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal Servizio Sanitario Nazionale o da altro Ente), insorgono a carico della casa di cura (o dell'ente), accanto a quelli di tipo "lato sensu" alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze"*<sup>22</sup>.

La prestazione d'opera nell'atipico contratto di ospedalità è, dunque, una prestazione complessa, che non si esaurisce nella effettuazione delle cure mediche e di quelle chirurgiche (generali e specialistiche), 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>23</sup>.

Da ciò consegue l'apertura a forme di responsabilità autonome dell'ente, che prescindono dall'accertamento di una condotta negligente dei singoli operatori e trovano invece la propria fonte nell'inadempimento delle obbligazioni direttamente riferibili all'ente.

Tale ricostruzione è stata ribadita, successivamente, dalle Sezioni Unite della Suprema Corte<sup>24</sup>.

Alla stregua di tale orientamento, dunque:

<sup>21</sup> In tal senso, anche di recente, Cass. n. 10297 del 2004 cit. afferma la riconducibilità della responsabilità della struttura sanitaria a quella tipica del professionista, "con la conseguenza che trovano applicazione il regime proprio di quel tipo di responsabilità quanto alla ripartizione dell'onere della prova e i principi dell'obbligazione da contratto d'opera professionale relativamente alla diligenza ed al grado della colpa".

<sup>22</sup> Cass. civ., 14 luglio 2004, n. 13066, in *Giust. civ.*, 2005, 11 I, 2703, nota FLAMMINI; *Danno e resp.* 2005, 537; *Resp. civ. e prev.* 2005, 1362 nota LEONARDI; *in termini, da ultimo Cass. n. 8826 del 2007 cit. e Cass., Sez. un., n. 577 del 2008 cit.*

<sup>23</sup> Cass., sent. n. 2584 del 31.10.2017.

<sup>24</sup> Si veda in particolare Cass. civ., Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 577: *"In virtù del contratto, la struttura deve quindi fornire al paziente una prestazione assai articolata, definita genericamente di "assistenza sanitaria", che ingloba al suo interno, oltre alla prestazione principale medica, anche una serie di obblighi di protezione ed accessori. Così ricondotta la responsabilità della struttura ad un autonomo contratto (di ospedalità), la sua responsabilità per inadempimento si muove sulle linee tracciate dall'art. 1218 c.c.... Ciò comporta che si può avere una responsabilità contrattuale della struttura verso il paziente danneggiato non solo per il fatto del personale medico, ma anche del personale ausiliario, nonché della struttura stessa (insufficiente o inadeguata organizzazione)".*

- oggetto dell'obbligazione non è solo la prestazione del medico, ma una prestazione complessa definita di "assistenza sanitaria";
- unitario è il criterio della responsabilità, sia per la casa di cura privata che pubblica, non essendo possibile differenziare la responsabilità in base alla natura del soggetto danneggiante, trattandosi di violazioni che incidono sul bene della salute, tutelato quale diritto fondamentale dalla nostra Carta costituzionale, senza possibilità di limitazioni di responsabilità o differenze risarcitorie a seconda della diversa natura (pubblica o privata) della struttura sanitaria;
- parificato è il regime giuridico tra pubblico e privato, escludendosi per il medico operante all'interno della struttura sanitaria pubblica l'applicabilità della normativa prevista dagli artt. 22 e 23 del D.P.R. 10.1.1957 n. 3 con riguardo alla responsabilità degli impiegati civili dello Stato (la limitazione *tout court* della responsabilità dei dipendenti pubblici ai casi di dolo e colpa grave, ivi prevista, si risolverebbe, infatti in una ingiustificata disparità di trattamento tra medico pubblico e privato, a fronte dell'identità di prestazione effettuata: in entrambi i casi, dunque, troveranno applicazione le norme civilistiche di cui agli artt. 1176, 1218 e 2236 c.c.).

Irrilevanza dello status giuridico del medico

Inoltre, parimenti irrilevante è 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 un collegamento tra la prestazione medica e l'organizzazione aziendale.

Tale collegamento permane anche se il sanitario risulti essere "di fiducia" del paziente, "*sempre che quest'ultimo abbia effettuato la propria scelta nell'ambito del personale di cui tale struttura si avvale*"<sup>25</sup>.

La Corte ha in sostanza affermato che la responsabilità di una struttura sanitaria ha natura contrattuale (in forza dei su accennati contratti di ospedalità o di assistenza sanitaria) 'diretta' *ex art.* 1218 c.c. – in relazione ai propri fatti d'inadempimento – e *lato sensu* 'indiretta' *ex art.* 1228 c.c., perché derivante dall'inadempimento della prestazione medico – professionale svolta direttamente dal sanitario, quale ausiliario necessario all'ente, pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato, comunque sussistendo un 'collegamento' tra la prestazione da costui effettuata e la organizzazione aziendale della struttura.

Il c.d. 'danno da disorganizzazione'

In conclusione, si può evidenziare che dalla descritta autonomia del rapporto struttura sanitaria-paziente rispetto al rapporto medico-paziente discendono importanti conseguenze sul piano della affermazione e del fondamento della responsabilità dell'ente. Viene in gioco, in questo senso, il c.d. "danno da disorganizzazione", ossia una tipologia di responsabilità "diretta" dell'ente (*ex art.* 1218 c.c.), consistente nella violazione degli obblighi accessori, connessi alla prestazione principale, di diligente predisposizione ed organizzazione del

<sup>25</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577.

personale e degli strumenti necessari all'esatto adempimento della prestazione sanitaria ex artt. 1175 e 1375 c.c. Ciò accade laddove detta responsabilità non sia collegata all'intervento diagnostico e/o terapeutico in sé, ma sia direttamente imputabile alle deficienze organizzative o di dotazioni tecniche, al mal funzionamento delle apparecchiature, o ancora alla inappropriata turnazione del personale. Diversamente, per quanto concerne le obbligazioni mediche in senso stretto e quelle ad esse strumentali poste in essere dai terzi (sanitari, personale paramedico, ausiliario etc.) 'ausiliari' della struttura sanitaria, abbandonato il richiamo, alquanto artificioso, al contratto d'opera professionale, si individua il fondamento della responsabilità (in questo caso "indiretta") dell'ente nella previsione di cui all'art. 1228 c.c. Di tal che diventa irrilevante distinguere tra comportamento colposo e comportamento doloso del soggetto agente, al fine di considerare interrotto il rapporto in base al quale l'ente è chiamato a rispondere: è, al riguardo, sufficiente che sussista un nesso di c.d. mera occasionalità necessaria. In altri e più precisi termini l'ente risponderà dei danni che il dipendente può arrecare in ragione di quel particolare contatto cui si espone nei suoi confronti il paziente nell'attuazione del rapporto con la struttura sanitaria.

Imputazione  
ex art. 1228  
c.c.

### 20.3. La natura della responsabilità del medico.

#### 20.3.1. Il dibattito precedente alla riforma Balduzzi (d.l. 13 settembre 2012, n. 189, conv. in l. 8 novembre 2012, n. 189).

Il problema della natura della responsabilità del medico si è posto perché, generalmente, l'obbligo di cura del sanitario trova fondamento, non già in un contratto d'opera professionale direttamente stipulato con il paziente (nel qual caso è indubbia la natura contrattuale della connessa responsabilità), ma nel rapporto di lavoro alle dipendenze della struttura sanitaria (pubblica o privata).

La conseguente dicotomia tra parte formale (l'ente) del contratto di cura concluso con il paziente e parte sostanziale (il medico) che materialmente esegue la prestazione pattuita non poteva non innescare vivaci dibattiti in dottrina e giurisprudenza intorno alla natura della responsabilità dei soggetti coinvolti e, segnatamente, del medico.

Se la qualificazione extracontrattuale della responsabilità di quest'ultimo appariva corretta sul piano metodologico, al contempo risultava troppo riduttiva: ravvisare, infatti, nel medico un *quisque de populo* significava non tener conto del rapporto che si instaura direttamente tra quest'ultimo ed il paziente.

Inoltre, veniva così a determinarsi un concorso improprio tra responsabilità aquiliana del medico e contrattuale dell'ente. Il paradosso era evidente: si bipartiva il regime giuridico quanto ad onere della prova, prescrizione, danni risarcibili ecc., nonostante la responsabilità dell'ente avesse matrice nell'esecuzione non diligente o errata della prestazione sanitaria da parte del medico.

Nonostante i rilievi critici sopradescritti, in un primo momento la tesi maggiormente accreditata tra gli interpreti era quella che sosteneva la natura extracontrattuale della responsabilità del medico, poiché l'accettazione del paziente determinava la conclusione di un "contratto di opera professionale" tra lo stesso e l'ente ospedaliero, contratto al quale, tuttavia, il medico rimaneva perfettamente estraneo. Esso, pertanto, godeva di un regime di responsabilità

Rilievi critici  
alla  
configurazione della  
responsabilità come  
aquiliana

differenziato e più favorevole rispetto all'ente ospedaliero, malgrado il danno da cui sarebbe potuta sfociare la responsabilità (anche) dello stesso ente fosse da riconoscersi nell'errore commesso dal medico<sup>26</sup>.

Sul finire degli anni '80, la giurisprudenza recepisce le critiche mosse dalla dottrina alla qualificazione extracontrattuale della responsabilità del medico.

Si inaugura, pertanto, un nuovo corso, destinato a consolidarsi negli anni 2000, a favore della natura contrattuale della responsabilità tanto dell'ente ospedaliero che del medico dipendente. Pur nella convergenza del risultato finale, tuttavia, diverse ed eterogenee sono state, nel corso degli anni, le argomentazioni addotte ed i referenti normativi citati<sup>27</sup>. Tra di esse, la tesi di più sicuro fascino e che merita in questa sede particolare attenzione, è quella del contatto sociale.

In buona sostanza tale teorica fonda la responsabilità contrattuale sul "contatto sociale" che si instaura tra medico e paziente, al momento dell'accettazione del paziente in ospedale e della presa in carico da parte del sanitario accettante<sup>28</sup>.

Si delinea, in definitiva, una responsabilità contrattuale nascente da *"un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto, in quanto poiché sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, e la violazione di esso si configura come culpa in non faciendo, la quale dà origine a responsabilità contrattuale"*<sup>29</sup>.

Si riconduce, quindi, la fattispecie in questione alla categoria dottrinale dei c.d. rapporti contrattuali di fatto, vale a dire di quei rapporti modellati su una fattispecie contrattuale tipica, della quale seguono la disciplina giuridica, ma che tuttavia si costituiscono (salvo forzature ermeneutiche) in assenza di una base negoziale (o dichiarata nulla), per effetto del contatto sociale tra le parti.

Il fondamento di tali obbligazioni viene individuato nell'art. 1173 c.c., quale clausola generale aperta (e non già catalogo rigoroso e tipizzato), che consente di inserire tra le fonti delle obbligazioni qualsiasi altro *"atto o fatto idoneo a produrle secondo l'ordinamento giuridico"*.

### **20.3.2. Il dibattito successivo alla riforma Balduzzi. La legge Gelli-Bianco di riforma della responsabilità medica (l. 8 marzo 2017, n. 24).**

Con l'entrata in vigore della c.d. legge Balduzzi (d.l. 13 settembre 2012, n. 189, conv. in l. 8 novembre 2012, n. 189) e l'inciso contenuto nell'art. 3 (*"resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c."*), si è riproposto il dibattito in ordine

<sup>26</sup> Infatti, corollari della delineata responsabilità aquiliana del medico erano (tra l'altro): la prescrizione del diritto del paziente al risarcimento del danno nel termine (breve) di 5 anni (anziché nell'ordinario termine di 10 anni) e il più gravoso onere probatorio a suo carico (non operando l'inversione di cui all'art. 1218 c.c.).

<sup>27</sup> Secondo una prima teorica il medico avrebbe potuto rispondere, al pari dell'ente, ex art. 1218 c.c., essendo ad esso legato in virtù di un rapporto di immedesimazione organica, il cui referente normativo era stato rintracciato direttamente nell'art. 28 Cost. In un secondo momento è stata avanzata la tesi del contratto a favore di terzo. E ciò sull'assunto secondo il quale, l'ente gestore del servizio sanitario, nel momento in cui si assicura la prestazione professionale del medico, stabilisce anche che il beneficiario di detta prestazione sia il paziente che successivamente richiederà la prestazione sanitaria. Infine, non persuasi affatto dalla teorica anzidetta, altra parte degli interpreti ha avanzato la tesi del contratto con effetti protettivi verso il terzo.

<sup>28</sup> La tesi che si rappresenta prendeva le mosse dalla storica sentenza del 1999, ossia Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589.

<sup>29</sup> Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589.

alla natura della responsabilità del medico.

Secondo una parte della dottrina la disposizione avrebbe inserito il c.d. doppio binario positivizzando la natura aquiliana della responsabilità contrattuale.

Secondo altra parte della dottrina, avallata anche dalla giurisprudenza di legittimità, la novella non aveva delegittimato la teoria del contatto sociale qualificato e l'inciso andava interpretato nel senso che, nei casi di esonero della responsabilità penale per colpa lieve, si configurava comunque la responsabilità civile<sup>30</sup>.

La tesi maggioritaria restituiva, quindi, centralità alla teoria del “contatto sociale qualificato” quale fonte della responsabilità del sanitario elaborata nel corso della lunga evoluzione dottrinale e giurisprudenziale

Sebbene, dunque, la giurisprudenza di legittimità abbia a lungo propeso per la tesi contrattuale della responsabilità del medico anche dopo le novità apportate dalla legge Balduzzi, la giurisprudenza di merito<sup>31</sup>, invece, ha progressivamente avvertito l'esigenza di discostarsi dai principi espressi dalla dottrina prevalente e dalla stessa Cassazione, per scongiurare che un approccio favorevole al paziente e sfavorevole al professionista potesse determinare un atteggiamento “difensivo” nella pratica medica da parte del sanitario con conseguenze pregiudizievoli sia per i pazienti che per i conti pubblici.

All'esito del contrasto tra Corte di legittimità e Corti di merito è intervenuto recentemente il legislatore, con l'intento di mettere ordine in una materia che, a causa delle variegate teorie prospettate dalla giurisprudenza e dalla dottrina rischiava di risultare farraginosa e poco chiara.

La legge 8 marzo 2017, n. 24 (l. Gelli-Bianco), costituisce l'ultima tappa della lunga evoluzione dei rapporti tra strutture, medici e pazienti. All'art. 7, comma 3 è sancito che *“L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590-sexies del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge”*.

---

<sup>30</sup> Cass., ord. 17 aprile 2014 n. 8940; Cass., ord. 24 dicembre 2014 n. 27391; Cass. 19 febbraio 2013 n. 4030 secondo cui *“L'esimente penale di cui all'art. 3, comma 1, non elide però l'illecito civile e resta fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c. che è clausola generale del neminem laedere, sia nel diritto positivo, sia con riguardo ai diritti umani inviolabili qual è la salute. La materia della responsabilità civile segue, tuttavia, le sue regole consolidate e non solo per la responsabilità aquiliana del medico ma anche per quella c.d. contrattuale del medico dipendente e della struttura sanitaria, da contatto sociale”*.

<sup>31</sup>In particolare, nelle sentenze del 17 luglio e 2 dicembre 2014, il Trib. Milano, Sezione I, afferma che: *“Il tenore letterale dell'art. 3 comma 1 della legge Balduzzi e l'intenzione del legislatore conducono a ritenere che la responsabilità del medico (e quella degli altri esercenti professioni sanitarie) per condotte che non costituiscono inadempimento di un contratto d'opera (diverso dal contratto concluso con la struttura) venga ricondotta dal legislatore del 2012 alla responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c. e che, dunque, l'obbligazione risarcitoria del medico possa scaturire solo in presenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano (che il danneggiato ha l'onere di provare). In ogni caso l'alleggerimento della responsabilità (anche) civile del medico “ospedaliero”, che deriva dall'applicazione del criterio di imputazione della responsabilità risarcitoria indicato dalla legge Balduzzi (art. 2043 c.c.), non ha alcuna incidenza sulla distinta responsabilità della struttura sanitaria pubblica o privata (sia essa parte del S.S.N. o una impresa privata non convenzionata), che è comunque di tipo “contrattuale” ex art. 1218 c.c.”*

Dal tenore letterale della disposizione emerge, inequivocabilmente, che la responsabilità del sanitario ha natura extracontrattuale, salvo i casi in cui il sanitario non abbia stipulato con il paziente uno specifico contratto, introducendo, così un sistema a “doppio binario”: la struttura ospedaliera risponde contrattualmente, vista la stipulazione per consenso, anche implicito (accettazione) del paziente, del contratto atipico di speditività, in linea di continuità rispetto al precedente regime (comma 1); il medico, invece, ritorna a rispondere in via aquiliana, costituendo la sua condotta un fatto illecito produttivo di danno ingiusto, come tale risarcibile ai sensi dell’art. 2043 c.c. (comma 3), con conseguente termine quinquennale di prescrizione al diritto al risarcimento del danno e onere della prova in capo al paziente, salvo non sia rinvenibile un vero e proprio rapporto contrattuale tra il medico prescelto e il paziente stesso, nel qual caso si espande con forza l’art. 1218 c.c. (onere della prova semplificato, colpa presunta dal fatto dell’inadempimento, prescrizione decennale). Viene, pertanto, messa definitivamente fuori gioco la teoria del “contatto sociale qualificato”, che pare non avere più quella forza attrattiva a sé (e alla responsabilità contrattuale) degli obblighi senza prestazione, *sub specie* di garanzia e di protezione, tra soggetti che non si scelgono e non si pongono, volontariamente, in un rapporto relativizzato.

La “decontrattualizzazione” della responsabilità del medico comporta certamente maggiori oneri probatori a carico del paziente e, quindi, un minor rischio di condanne a risarcimento del danno per il medico.

In ogni caso, è meritevole il proposito di non affidare soltanto alla responsabilità civile il governo del rapporto medico-paziente, ponendo in primo piano la sicurezza delle cure e della persona assistita, affiancando loro la tutela civile, come ultimo baluardo, insieme alla tutela penale, che deve venire in essere allorché la tutela primaria della salute non è stata, di fatto, garantita.

Al contempo, tuttavia, si è sentita la necessità di ridurre gli ingenti costi della medicina difensiva, non andando a limitare il risarcimento del danno al paziente (seppure una forma di indennizzo forfettario non sarebbe stata considerata incostituzionale, se aperta al maggior danno), quanto, piuttosto, stabilendo forme di assicurazione obbligatoria garantite da un contatto “diretto” tra enti assicurativi e pazienti,<sup>32</sup> mediante la previsione di un’azione diretta del danneggiato nei confronti dell’assicurazione, connotata dal litisconsorzio necessario del medico o della struttura, anche al fine di scongiurare altresì il rischio (già emerso in materia di r.c.a.) di veder inserite nei contratti uniformi, in una materia così delicata, clausole *claims made* impure<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> In questa chiave è da leggersi l’art. 12 rubricato “Azione diretta del soggetto danneggiato”. Con la precisazione che “non sono opponibili al danneggiato, per l’intero massimale di polizza, eccezioni derivanti dal contratto diverse da quelle stabilite dal decreto di cui all’articolo 10, comma 6, che definisce i requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private e per gli esercenti le professioni sanitarie di cui all’articolo 10, comma 2”. Ancora in questa chiave e□ da leggersi l’obbligo assicurativo previsto dall’art. 10 della legge in commento, tanto per le strutture, quanto per i medici, seppure con diverso contenuto, ossia per un rischio diverso. Finalità analoga e□ da attribuirsi alla istituzione del Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria, secondo l’art. 14 della nuova legge.

<sup>33</sup>La legge Gelli ha sancito, all’articolo 11, un regime di estensione temporale della garanzia vagamente compromissorio, con previsione di una opportuna copertura retroattiva decennale e la correlativa

In questa prospettiva si coglie anche il senso del riferimento, contenuto nella nuova legge (art. 5), alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.

Centralità alle linee guida è stata attribuita anche in punto di risarcimento del danno al paziente, in linea di continuità con quanto previsto dall'art. 3, comma 1, del decreto Balduzzi, che dettava una regola finale in forza della quale *“il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”*, ossia dell'aver osservato le linee guida o le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. La disposizione è ripetuta nell'art. 7, comma 3, parte finale della legge n. 24/2017: *“Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590-sexies del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge”*.

Il senso di entrambe le disposizioni è quello di introdurre un correttivo alla teoria differenziale nella stima e nella liquidazione del danno, così da premiare il medico che abbia rispettato *“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”* (ex art. 590-sexies c.p.).

Nell'ottica di ridurre il fenomeno della medicina difensiva si spiega anche la disciplina della rivalsa e dell'azione di responsabilità amministrativa contenuta nell'art. 9 della nuova legge. Infatti, il medico è esposto all'azione di rivalsa della struttura o all'azione di responsabilità amministrativa del pubblico ministero presso la Corte dei Conti solo in caso di dolo o di colpa grave: in caso di dolo senza nessun limite quantitativo alla rivalsa e alla responsabilità amministrativa, mentre in caso di colpa grave l'esposizione patrimoniale dell'esercente la professione sanitaria è limitata alla somma corrispondente al triplo del più alto reddito da lavoro percepito nell'anno in cui ha avuto inizio la condotta dannosa, nell'anno precedente o in quello successivo (art. 9, comma 5 legge n. 24/2017).

Ne consegue che restano invece escluse la rivalsa e l'azione di responsabilità amministrativa in caso di danno provocato al paziente dal medico che non ha concluso un contratto con il paziente ed al quale non è imputabile una condotta dolosa o gravemente colposa. In tal caso, le conseguenze economiche dell'illecito restano integralmente a carico della struttura (privata o pubblica) che si è avvalsa del medico e che è stata chiamata dal paziente a rispondere dell'attività del medico stesso (come ausiliario). Resta comunque fermo il diritto della struttura

---

esclusione di quella garanzia postuma, tanto sponsorizzata dalla giurisprudenza di legittimità. Sennonché, è intervenuta a qualche mese di distanza dalla riforma Gelli, la legge annuale sulla concorrenza (124/2017) il cui articolo 1, comma 26, disciplina proprio il regime temporale delle polizze obbligatorie dei liberi professionisti; di tutti i liberi professionisti, dunque, nessuno escluso e, quindi, compresi gli esercenti in proprio di attività medica o sanitaria. Secondo tale disposizione: *“condizioni generali delle polizze assicurative di cui al periodo precedente prevedono l'offerta di un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di operatività della copertura. La disposizione di cui al periodo precedente si applica, altresì, alle polizze assicurative in corso di validità alla data di entrata in vigore della presente disposizione. A tal fine, a richiesta del contraente e ferma la libertà contrattuale, le compagnie assicurative propongono la rinegoziazione del contratto al richiedente secondo le nuove condizioni di premio”*. Tale disciplina, precisa il legislatore, si applica in ogni caso, pur fatta salva la libertà contrattuale delle parti di stabilire un regime di operatività diverso.

di avvalersi della garanzia assicurativa stipulata a copertura del rischio.

È coerente con il delineato criterio di «riparto» del rischio la norma che sancisce l'obbligo assicurativo per le strutture e per gli esercenti le professioni sanitarie (art. 10).

È inevitabile che l'avvenuto mutamento della forma nella quale ricondurre la responsabilità del medico ha un rilevante impatto sugli ambiti sostanziali e processuali della disciplina, specie in tema di prescrizione<sup>34</sup>, dell'accertamento della colpa, dei criteri di riparto dell'onere probatorio (vedi *infra*) e dei criteri di liquidazione del danno<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Sul piano del termine di prescrizione del diritto, il doppio binario scinde in 5 anni la responsabilità extracontrattuale del medico e in 10 anni quella contrattuale della struttura, salvo specifica pattuizione negoziale tra paziente e medico stesso. In proposito, può tuttavia prefigurarsi l'applicazione del termine prescrizione più lungo nei confronti del medico nel caso in cui la sua condotta integri una fattispecie penalmente rilevante ex artt. 589 e 590 c.p. (sebbene le pene previste per l'omicidio colposo e per le lesioni colpose potrebbero allungare il termine di prescrizione di un ulteriore anno, portandolo a 6 anni).

<sup>35</sup> In tal senso, l'art. 7, comma 4, della legge n. 24 del 2017, che replica la previsione già contenuta nell'art. 3, comma 3, della legge Balduzzi, ribadisce che la liquidazione del danno non patrimoniale derivante dall'esercizio di attività sanitaria deve avvenire sulla base del criterio legale costituito dalle tabelle di cui agli artt. 138-139 cod. ass. (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209), e non quindi in base al diverso criterio equitativo di creazione giurisprudenziale rappresentato dalle tabelle di liquidazione del danno alla persona elaborate dal Tribunale di Milano.