

# La riforma della responsabilità sanitaria tra amnesie legislative e deviazioni giurisprudenziali

di Antonino Procida Mirabelli di Lauro

Pur in presenza di un disegno teorico-sistematico sicuramente apprezzabile, la riforma della responsabilità sanitaria, a tutt'oggi, è stata minata da amnesie legislative e deviazioni giurisprudenziali. Da un lato, la previsione di un'assicurazione "asimmetricamente obbligatoria" e la mancata emanazione dei regolamenti hanno impedito l'attuazione della riforma. Dall'altro, i contraddittori orientamenti della Cassazione penale e civile, che ora limitano l'esimente penale alla sola "colpa lieve" da imperizia, ora applicano, alla responsabilità contrattuale sanitaria, il riparto degli oneri probatori previsti per la responsabilità extracontrattuale per colpa, si pongono in contrasto sia con la lettera e la *ratio* della riforma, sia con i *dicta* dell'arresto Franzese, dimostrando di non percepire le diverse, contrapposte funzioni che il diritto civile e quello penale devono assolvere nel risolvere i problemi posti, nell'attuale contesto storico, dalla *medical malpractice*.

*Despite the presence of an undoubtedly appreciable theoretical-systematic design, the reform of medical liability, to date, has been undermined by legislative amnesias and case law deviations. On the one hand, in fact, the stipulation of an "asymmetrically compulsory insurance" and the failure to issue regulations have prevented the implementation of the reform. On the other hand, the contradictory orientations of criminal and civil Courts of Cassation, which sometimes limit the criminal law exemption to the scenario of "ordinary negligence" caused by malpractice, and other times apply to contractual medical liability the allocation of burdens of proof laid down for extra-contractual liability for negligence, run counter both to the letter and the rationale of the reform and to the dicta of the Franzese arrest, thereby disclosing an inability to perceive the different, contrasting functions to be discharged by civil law and criminal law in solving the problems raised by medical malpractice in the current social context.*

## Le amnesie del legislatore

Nel tentare un discorso di sintesi (1) su questi primi cinque anni della L. 17 marzo 2017, n. 24, sembra opportuno distinguere, da un lato, il complessivo disegno teorico-sistematico, ma tracciato soltanto in astratto, dall'altro, le amnesie legislative e le deviazioni giurisprudenziali (2) che hanno minato l'attuazione e l'interpretazione, in ambito civile e penale, del nuovo sistema di responsabilità sanitaria.

Invero, una grave amnesia del legislatore ha vulnerato la legge fin dalla sua genesi, ovvero l'aver previsto l'obbligo di assicurazione soltanto per le strutture sanitarie pubbliche e private, "anche per danni cagionati dal personale a qualunque titolo operante" (art. 10, comma 1, L. n. 24/2017) e per ogni altro esercente l'attività sanitaria "in regime libero-professionale" (comma 2), senza disporre un analogo obbligo a contrarre anche a carico delle imprese di assicurazione. Questa "incredibile ipotesi di contrattazione

(1) Il contributo trae spunto dalla relazione di sintesi tenuta al Convegno "Il nuovo sistema della responsabilità medico-sanitaria a cinque anni dalla legge 17 marzo 2017, n. 24", che si è svolto il 17 marzo 2022 presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Camerino. La legge è stata commentata, tra gli altri, da G. Alpa (cur.), *La responsabilità sanitaria. Commento alla l. 8 marzo 2017, n. 24*, Pisa, 2017; B. Meoli - S. Sica - P. Stanzione (cur.), *Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24*, Napoli, 2018; U. Ruffolo (cur.), *La nuova responsabilità medica*, Milano, 2018; F. Volpe (cur.), *La nuova responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco (legge n. 24/2017)*, Bologna, 2018; G.

ludica (cur.), *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, Milano, 2019; M. Faccioli - S. Troiano (cur.), *Risarcimento del danno e assicurazione nella nuova disciplina della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24)*, Napoli, 2019.

(2) Sempre attuali le sferzanti parole di J.H. von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin, 1848, 17 ss., che può essere letto anche nella bella versione italiana: J.H. von Kirchmann, *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*, in J.H. von Kirchmann - E. Wolf, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, trad. it. di P. Frezza, Milano, 1964, 18 ss.

## Editoriale

obbligatoria asimmetrica” (3), che si pone in contraddizione con quanto previsto dall’art. 132, comma 1-bis, c. ass. in tema di obbligo a contrarre, oltre a rappresentare una grave anomalia del sistema, ha determinato a tutt’oggi gravissime conseguenze pratiche, come la “fuga ‘autorizzata’ degli assicuratori dal settore *med-mal*, con conseguente enorme incremento dei premi richiesti da imprese che operano in regime di sostanziale monopolio” (4). Tant’è che lo stesso Consiglio di Stato, interpellato per esprimere un parere consultivo sul decreto di cui all’art. 10, comma 6, L. n. 24 del 2017, considera tale regolamento essenziale sia per rendere “compatibile” l’“obbligo di assicurazione” con “l’equilibrio finanziario delle strutture sanitarie pubbliche e private”, sia, soprattutto, per provocare un “ampliamento delle imprese assicurative operanti nel settore” (5).

Ancora una volta, così come accadde per l’r.c. auto negli ultimi decenni dello scorso millennio, un ingiustificato aumento dei premi è stato dovuto non tanto all’estensione dell’area dei danni risarcibili e dei confini della responsabilità civile (6), quanto ad oscure vicende che, all’epoca, hanno riguardato una poco oculata gestione dei sinistri e che oggi, invece, vulnerano il libero gioco della concorrenza nel mercato delle assicurazioni *med-mal*. La speranza è che questa “assicurazione asimmetricamente obbligatoria”, che provoca “evidenti ricadute in termini di effettività della misura” (7), possa trovare un correttivo - ma non sembra, allo stato degli atti - in sede di emanazione del decreto del Ministro dello sviluppo economico, allorché si dovranno prevedere i requisiti minimi di garanzia e di operatività delle polizze e le classi di rischio alle quali far corrispondere massimali differenziati (art. 10, comma 6). Il legislatore francese, invece, ha garantito la bilateralità dell’obbligo a contrarre predisponendo il rimedio: allorché una compagnia si sia rifiutata, per due volte, di stipulare un contratto di assicurazione in materia sanitaria, il *Bureau Central de Tarification* (art. 252-1 *code ass.*) può determinare autoritativamente il premio, obbligando l’impresa (art. R. 250-4-1 *code ass.*) non soltanto a stipulare il contratto, ma anche ad osservare le condizioni contrattuali stabilite. L’ingiustificato

rifiuto di eseguire quanto disposto dal *Bureau* (art. 252-1 *code ass.*) espone l’impresa a sanzioni di natura amministrativa, comminate dalle Autorità di vigilanza e di controllo nel settore assicurativo.

Una ulteriore, ancor più grave amnesia legislativa, questa volta “sopravvenuta”, è, a tutt’oggi, la mancata emanazione dei decreti attuativi del Ministro dello sviluppo economico (8) previsti dall’art. 10, comma 6, e dall’art. 14, comma 1, L. 17 marzo 2017, n. 24 malgrado il legislatore si fosse impegnato a provvedere, forse con un eccesso di ottimismo, entro “centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge”. Ma era evidente che tale obiettivo sarebbe stato difficilmente raggiunto, se è vero che i decreti del Ministro dello sviluppo economico dovevano essere emanati, di concerto con il Ministro della salute e con il Ministro dell’economia e delle finanze, “previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sentiti l’IVASS, l’Associazione nazionale fra le imprese assicuratrici (ANIA), le Associazioni nazionali rappresentative delle strutture private che erogano prestazioni sanitarie e sociosanitarie, la Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri, le Federazioni nazionali degli ordini e dei collegi delle professioni sanitarie e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative delle categorie professionali interessate, nonché le associazioni di tutela dei cittadini e dei pazienti” (art. 10, comma 6). L’attuale situazione di stallo, dovuta alla sospensione del parere consultivo del Consiglio di Stato, trova spiegazione nell’ennesimo dissenso dell’ANIA che riguarda il meccanismo tipo *bonus-malus*, che “sarebbe di difficile applicazione alle assicurazioni sanitarie in ragione della durata pluriennale delle coperture”; l’articolo concernente le eccezioni opponibili, che sarebbe “incompleto e poco chiaro”; i limiti al diritto di recesso da parte delle imprese di assicurazione; la “utilizzabilità del fondo di autoassicurazione determinante una possibile disparità di trattamento nei confronti delle imprese di assicurazione anche sotto il profilo dei controlli” (9). Non si comprende, inverosimilmente, quale meccanismo

(3) Già rilevata in A. Procida Mirabelli di Lauro, *Inadempimento, causalità, onere della prova nella responsabilità contrattuale sanitaria*, in A. Procida Mirabelli di Lauro - M. Feola, *Diritto delle obbligazioni*, Napoli, 2020, 322.

(4) A. Procida Mirabelli di Lauro, *op. loc. cit.*

(5) Cons. Stato, Sez. Cons., 7 giugno 2022, affare n. 00698/2022, *sub par.* 4.

(6) Così, invece, G. Ponzanelli, *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid*, in *Giust. civ. com.*, 19 maggio 2020,

3 s.; Id., *L’imperialismo della responsabilità civile*, in questa *Rivista*, 2016, 221 ss.

(7) M.P. Mantovani, *L’assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, Napoli, 2017, 48.

(8) Sottolinea tale grave mancanza anche il “primo firmatario della legge 24/2017”, ovvero l’on. B.F. Fucci, *Prefazione*, in *Responsabilità sanitaria e risk management*, a cura di P. Mautone, Milano, 2020, X.

(9) Lo riferisce Cons. Stato, Sez. Cons., 7 giugno 2022, *cit.*, par. 6.

migliore possa essere proposto in luogo di quello c.d. “bonus-malus”, al fine di poter commisurare l’entità del premio alla storia assicurativa di ciascun soggetto, pubblico o privato.

A quasi sei anni dall’entrata in vigore della L. n. 24/2017, la mancata emanazione del decreto di cui all’art. 10, comma 6, rende pletorica la quasi totalità della legge: e così, sia per la determinazione dei requisiti minimi delle polizze assicurative delle strutture pubbliche e private e degli esercenti le professioni sanitarie; sia per l’individuazione delle classi di rischio a cui far corrispondere massimali differenziati; sia per i requisiti minimi di garanzia e per le condizioni generali di operatività delle altre “analoghe misure”, anche di assunzione diretta del rischio; sia per l’estensione della garanzia assicurativa prevista dalle clausole *claims made*; sia per l’individuazione delle eccezioni opponibili derivanti dal contratto; sia per le regole di trasferimento del rischio nel caso di subentro contrattuale di un’impresa di assicurazione; sia per la previsione, nel bilancio delle strutture sanitarie, di un fondo rischi e di un fondo costituito dalla messa a riserva per competenza dei risarcimenti relativi ai sinistri denunciati; sia per l’operatività della stessa azione diretta del soggetto danneggiato, prevedendo il comma 6 dell’art. 12, L. 17 marzo 2017, n. 24 che “le disposizioni del presente articolo si applicano a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 6 dell’articolo 10”. L’ulteriore regolamento previsto dall’art. 14, comma 2, avrebbe dovuto disciplinare la misura del contributo dovuto dalle imprese autorizzate all’assicurazione per la responsabilità sanitaria (lett. a), le modalità di versamento del contributo (lett. b), soprattutto le modalità d’intervento, il funzionamento e l’azione di regresso del Fondo di garanzia nei confronti del responsabile del sinistro (lett. d). La mancata emanazione di tale decreto rende del tutto inoperante anche il Fondo di garanzia.

L’eventuale, auspicabile, imminente emanazione del regolamento di cui all’art. 10, comma 6, non esime il legislatore dai suoi ritardi, ma quanto meno

contribuirà a concludere la *querelle* tra norme vigenti (10) e non, perché non implementate dal regolamento, ed a introdurre regole maggiormente certe e ragionevoli nella contrattazione assicurativa del ramo *med-mal*.

### L’apprezzabile disegno teorico-sistematico della riforma

Se si eccettuano queste amnesie, pur “capitali”, che rendono felici le sole imprese di assicurazione, libere di determinare arbitrariamente il contenuto del contratto (premio compreso) e di scegliersi un contraente che, invece, è obbligato a contrarre per poter svolgere la sua attività, il complessivo sistema disegnato dalla legge, ma soltanto in linea teorica, può ricevere un giudizio positivo.

La scelta per la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria pubblica o privata e per la responsabilità extra-contrattuale del sanitario dipendente o indipendente che non svolga la sua attività in regime libero-professionale o che non si avvalga della stessa “nell’adempimento della propria obbligazione contrattuale assunta con il paziente”, se ha destato qualche perplessità in chi acutamente ha rilevato che il medico risponderrebbe non “della propria ‘prestazione’ ma solo per aver arrecato danno ad altri come un *quisque de populo* (art. 2043 c.c.)” (11), rappresenta però una soluzione che, per un verso, è in linea con l’interpretazione unanime dell’art. 1228 c.c. (che limita la più rigorosa responsabilità contrattuale al solo debitore, considerando l’ausiliare responsabile a titolo extracontrattuale) (12); per altro verso, costituisce espressione di quella “dominanza” (13) della responsabilità (aggravata) della struttura per *clinical risk management* rispetto a quella del singolo operatore sanitario, già prevista in precedenti disegni di legge, che trova fondamento nell’opportuna volontà del legislatore di valorizzare “più che il *profilo statico* del servizio (la prestazione sanitaria in sé e per sé considerata), quello *dinamico correlato all’attività e cioè al facere* indirizzato al servizio” (14).

(10) Sulla generale irretroattività delle regole sostanziali contenute nella L. n. 189 del 2012 e nella L. n. 24 del 2017 - a differenza di quelle che (art. 7, comma 4, L. 17 marzo 2017, n. 24), richiamando gli artt. 138 e 139 c. ass. in punto di liquidazione del danno, sono di immediata applicazione anche ai fatti pregressi - si sono pronunziate Cass. Civ., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28994, in *DeJure*; Cass. Civ., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28990, in questa *Rivista*, 2020, 36, con nota di D. Amran, *La persona, le “forzose rinunce” e l’algebra: qualche considerazione all’indomani delle sentenze di San Martino 2019*.

(11) A. di Majo, *La salute responsabile. Diritti e rimedi*, con la coll. di F. Trincia, Torino, 2018, 10.

(12) Per siffatto rilievo mosso alla teoria del “contatto sociale”, a cui la riforma ha poi dato una risposta, A. Procida Mirabelli di Lauro, *Obbligazione - Prestazione - Protezione*, in H. Stoll - R. Favale - M. Feola - A. Procida Mirabelli di Lauro, *L’obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016, 222 s.

(13) C. Castronovo, *Swinging Malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, in *Europa e dir. priv.*, 2020, 864.

(14) R. De Matteis, *La responsabilità sanitaria tra tendenze giurisprudenziali e prospettive de iure condendo*, in *Contr. e impr.*, 2009, 543, in nt. 2; Ead., *Dall’atto medico all’attività sanitaria. Quali responsabilità?*, in *Le responsabilità in medicina a cura di A. Belvedere e S. Riondato*, in *Tratt. di biodiritto* diretto da S. Rodotà - P. Zatti, IV, Milano, 2011, 133 ss.

## Editoriale

In sintesi, dalla “responsabilità del medico” alla “responsabilità medica” (15).

Fondamentali corollari di questa impostazione sono la previsione dell’azione diretta a favore del soggetto danneggiato, che “ha diritto di agire direttamente” nei confronti dell’impresa di assicurazione che ha prestato la copertura assicurativa (art. 12, comma 1, L. 17 marzo 2017, n. 24); l’obbligo, per la direzione sanitaria della struttura pubblica o privata, di fornire, entro sette giorni dalla presentazione della richiesta, la documentazione relativa al paziente e, nel termine massimo di trenta giorni, eventuali integrazioni (art. 4, comma 2, L. 17 marzo 2017, n. 24); l’esclusione della responsabilità penale del singolo operatore sanitario, qualora l’evento si sia verificato a causa di imperizia e siano state rispettate le raccomandazioni previste dalle linee-guida o, in mancanza, le buone pratiche clinico-assistenziali (art. 6, comma 2, L. 17 marzo 2017, n. 24); i limiti imposti alle azioni di rivalsa e/o di surrogazione, esperibili soltanto nei casi di colpa grave del sanitario (art. 9, commi 5 e 6, L. 17 marzo 2017, n. 24) e per un ammontare complessivo che non può superare il triplo di “una somma pari al valore maggiore della retribuzione lorda o del corrispettivo convenzionale” (art. 9, comma 5, nel caso di resp. amministrativa) o del reddito professionale, ivi compresa la retribuzione lorda (comma 6), conseguiti nell’anno di inizio della condotta causa dell’evento o nell’anno immediatamente precedente o successivo.

Lo stesso ruolo centrale assegnato all’osservanza delle raccomandazioni previste dalle linee-guida e dai loro aggiornamenti - elaborate da “enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute” (art. 5, comma 1, L. 17 marzo 2017, n. 24) - e, in loro assenza, dalle buone pratiche clinico-assistenziali rappresenta un pregevole tentativo di ancorare la nozione di perizia/imperizia ad un fattore finalmente oggettivo (16), decisivo al fine di accertare la responsabilità del sanitario. Tale parametro, richiamato esplicitamente (dall’art. 6, comma 2, L. 17 marzo 2017, n. 24) al fine di escludere la punibilità del

sanitario in sede penale, assume, a maggior ragione, rilievo per il diritto civile (17).

### Le deviazioni della Cassazione penale

Proprio in merito all’esclusione della responsabilità penale dell’esercente la professione sanitaria, la L. n. 24/2017 innova volutamente rispetto alla legge Balduzzi, che escludeva la responsabilità penale dell’operatore sanitario che si fosse attenuto nell’esercizio della propria attività a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica limitatamente alla colpa lieve (art. 3, L. 17 marzo 2017, n. 24), senza distinguere tra imperizia, negligenza e imprudenza. La L. n. 24 del 2017 limita la responsabilità non alla colpa lieve, ma ai soli casi di imperizia, “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” (art. 6, comma 1, L. 17 marzo 2017, n. 24 che novella il codice penale relativamente all’art. 590-*sexies*). L’abbandono della distinzione tra colpa lieve e colpa grave (18) trova fondamento nella volontà del legislatore di limitare il soggettivismo del giudice nell’accertamento di un dato intrinsecamente equivoco, tra l’altro sconosciuto al diritto penale, il quale potrebbe indurre l’interprete a qualificare, contraddittoriamente, salvo taluni casi “di scuola”, una medesima condotta ora nell’una, ora nell’altra categoria. La fisiologica difficoltà di qualificare la colpa come lieve o come grave, anche in considerazione delle peculiarità spesso irripetibili del caso concreto, ha spinto il legislatore a recuperare, invece, nella sua connotazione oggettiva, perché parametrata a linee guida definite e pubblicate ai sensi di legge o, in loro assenza, alle buone pratiche clinico-assistenziali, “l’imperizia quale tradizionale categoria giuridica della colpa ex art. 43 c.p.” (19). Ai sensi della “novella”, quindi, risultano non punibili penalmente tutte le condotte connotate da imperizia, anche se commesse con colpa grave. L’interprete non deve più accertare il grado della colpa, “ma stabilirne la natura ovvero il suo essere espressione di imperizia piuttosto che di negligenza o imprudenza” (20).

(15) G. Smorto, *Responsabilità medica*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Torino, 2013, *Agg.*, 2018, di V. Lo Voi.

(16) In argomento, C.M. Masieri, *Linee guida e responsabilità civile del medico. Dall’esperienza americana alla legge Gelli-Bianco*, Milano, 2019, 299 ss.

(17) A. di Majo, *La salute*, cit., 24.

(18) Afferma, infatti, che anche con riferimento all’art. 2236 c.c. “in realtà non abbia senso parlare di colpa grave”, P.G. Monateri,

*La responsabilità civile*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998, 105.

(19) Tra i tanti, S. Amato, *L’approvazione della legge Gelli-Bianco e il superamento della legge Balduzzi*, in *Responsabilità sanitaria*, cit., 409.

(20) S. Amato, *op. cit.*, 410.



Le Sezioni Unite penali (21), tuttavia, sono state chiamate a dirimere un conflitto tra due contrapposti orientamenti giurisprudenziali insorti all'interno della IV Sezione. Da un lato, si era proposta, addirittura, un'interpretazione abrogante della riforma, tacciata di "disarticolante contraddittorietà", sulla base di asserite "incongruenze interne tanto radicali da mettere in forse la stessa razionale praticabilità della riforma in ambito applicativo" (22). Dall'altro, si era seguita un'interpretazione che sembrava volta "ad escludere dall'area del penalmente rilevante l'intero ambito delle condotte imperite dei sanitari che, pur avendo correttamente individuato e selezionato le linee guida di riferimento" (23), avessero poi errato nella pratica applicazione delle stesse.

Pur avendo rilevato - avverso la contestata interpretazione abrogante - che "la previsione della causa di non punibilità è esplicita, innegabile e dogmaticamente ammissibile non essendovi ragione per escludere che il legislatore, nell'ottica di porre un freno alla medicina difensiva [...], abbia inteso ritagliare un perimetro di comportamenti [...] che, pur integrando gli estremi del reato, non richiedono, nel bilanciamento degli interessi in gioco, la sanzione penale, alle condizioni date", le Sezioni Unite della Cassazione penale hanno però deciso di creare una regola del tutto nuova. La non punibilità viene limitata al solo caso di imperizia "per colpa lieve" del sanitario che abbia correttamente individuato e selezionato linee guida o, in loro assenza, buone pratiche clinico-assistenziali "adeguate" alla specificità del caso concreto e che non abbia errato nella pratica esecuzione delle stesse. L'operatore sanitario, invece, risponderebbe, a titolo di colpa, in tutte le altre ipotesi: a) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da negligenza o imprudenza; b) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali; c) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia nella individuazione e nella scelte di linee guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate alla specificità del caso

concreto; d) se l'evento si è verificato per colpa "grave" da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico (24).

L'interpretazione fornita dalle Sezioni Unite penali, invero, assomiglia ad una sostanziale abrogazione della norma sulla de-penalizzazione, risultando assai rara, nella prassi, l'unica ipotesi individuata. Tra l'altro, il riferimento all'"esecuzione" della linea guida e, più in generale, alla condotta esigibile "in concreto" dal sanitario involge più la negligenza che la perizia (25). E ciò permette alla Cassazione penale di escludere agevolmente ogni "riverbero" dell'art. 590-sexies c.p. "sulla fattispecie in esame", poiché, nella specie, gli addebiti mossi al primario ospedaliero quale "dirigente di struttura complessa" "sembrano connotarsi essenzialmente in termini di negligenza, piuttosto che di imperizia" (26). Tuttavia, per citare ulteriori casi giurisprudenziali - nei quali, invece, la Terza sezione civile della Cassazione, inaugurando un novello orientamento (27), paradossalmente non ha condannato al risarcimento, ai sensi della responsabilità "contrattuale", neppure la struttura sanitaria pubblica o privata presso la quale i sanitari operavano -, sembra legittimo chiedersi se integri la colpa grave o la colpa lieve, la perizia o la negligenza, il sopravvenire di "una incontestata marcata emorragia addominale" durante una maldestra operazione alla prostata, con decesso del paziente a qualche giorno dall'intervento (28); la prescrizione ad una gestante, fin dal primo mese di gravidanza, di una "massiccia dose di vitamina A", cui consegue la nascita di un figlio gravemente malformato (29); l'accertamento, in capo ai sanitari, di una "responsabilità diffusa", in presenza di condotte inadeguate che hanno "concorso a determinare, in maniera più o meno rilevante, ulteriori aggravamenti delle già precarie condizioni di salute del [paziente], riducendo le sue già compromesse possibilità di sopravvivenza" (30); una tardiva ed erronea diagnosi di meningite batterica, con conseguente morte del paziente (31); il sopravvenire di

(21) Cass. Pen., SS.UU., 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018), n. 8770 (ric. Mariotti), in *Giur. pen. web*, 23 febbraio 2018, e in *Foro it.*, 2018, II, 217 ss.

(22) Cass. Pen., Sez. IV, 20 aprile 2017 (dep. 7 giugno 2017), n. 28187 (ric. Tarabori - imp. De Luca), in *Foro it.*, 2017, II, 493 ss.

(23) S. Amato, *op. cit.*, 413, ove riferisce l'indirizzo seguito da Cass. Pen., Sez. IV, 19 ottobre 2017, n. 50078 (Cavazza).

(24) Testualmente, Cass. Pen., SS.UU., 21 dicembre 2017, n. 8770, cit.

(25) A. di Majo, *La salute*, cit., 30.

(26) Tra le tante Cass. Pen., Sez. IV, 10 dicembre 2019, n. 50619, in *DeJure*.

(27) Del quale si dirà nel prossimo paragrafo.

(28) L'orientamento è inaugurato proprio da Cass. Civ., Sez. III, 26 luglio 2017, n. 18392, in questa *Rivista*, 2017, 699, con nota di D. Zorzit, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*

(29) Cass. Civ., Sez. III, 13 luglio 2018, n. 18540, ord., in *Pluris*, 4.

(30) Cass. Civ., Sez. III, 7 dicembre 2017, n. 29315, in *Pluris*, 2.

(31) Cass. Civ., Sez. III, 19 luglio 2018, n. 19204, ord., in *Pluris*, 2.

un'ischemia-riperfusion che determina il decesso del paziente, a due giorni da un intervento di aneurismectomia dell'aorta toraco-addominale, senza che gli fossero stati somministrati "trattamenti opportuni", come il supporto dialitico e la terapia anticoagulante (32). Lo stesso diritto civile, che, a differenza del diritto penale, conosce la nozione di colpa grave, utilizza tale concetto in senso esattamente antitetico rispetto all'interpretazione proposta dalle Sezioni Unite penali, ovvero come limite alla responsabilità civile (per imperizia) del prestatore d'opera, allorché la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà (art. 2236 c.c.).

L'indirizzo delle Sezioni Unite penali appare ulteriormente non condivisibile, non soltanto perché rimette, in fatto, la qualificazione in termini di colpa lieve o colpa grave all'arbitrio dell'interprete, ma anche perché viola, in diritto, sia il principio di legalità (art. 1 c.p.; art. 25, comma 2, Cost.), sia quello del *favor rei* (art. 2, comma 4, c.p.). Questo orientamento "consentirebbe la punibilità delle ipotesi di colpa grave in assenza di un'espressa previsione normativa in tal senso" (33). Limitare, in virtù di una non meglio definita "interpretazione costituzionalmente orientata", la sfera di non punibilità dell'imperizia alla sola colpa lieve, significa creare una norma nuova, di natura giurisprudenziale, che risulta sfavorevole all'eventuale "reo". Se poi, in concreto, v'era un dubbio di legittimità costituzionale, per disparità di trattamento "rispetto a situazioni meno gravi eppure rimaste sicuramente punibili" (34), la Cassazione avrebbe dovuto rimettere la questione alla Corte costituzionale, unico organo legittimato a modificare il testo della legge, soprattutto allorché la norma riguarda la materia penale e prevede un trattamento più sfavorevole.

L'interpretazione proposta dalle Sezioni Unite penali confligge, per altro, con il dato normativo che, da un lato, ha abrogato (art. 6, comma 2) il comma 1 dell'art. 3 della legge Balduzzi, il quale richiamava esplicitamente la colpa lieve; dall'altro, ha limitato le azioni di rivalsa e/o di surrogazione ai soli casi di dolo

o colpa grave (art. 9, commi 1, 5 e 6, L. 17 marzo 2017, n. 24). Da qui, l'irragionevolezza di un'interpretazione che rende "la responsabilità penale più estesa di quella civile ed amministrativa. In presenza di due azioni autonome e parallele, il sanitario considerato esente da responsabilità in sede di rivalsa (perché la condotta è caratterizzata da colpa lieve) potrebbe essere condannato, invece, in sede penale" (35).

### Le deviazioni della Cassazione civile

A siffatto rigore normo-genetico della Cassazione penale ha fatto riscontro, nel medesimo anno, il 2017, un orientamento assai più "lassista" della Terza Sezione civile della Cassazione civile.

Nell'adottare un sistema bipolare, la legge Gelli-Bianco, ricomponendo ad unità l'interpretazione dell'art. 1228 c.c. (36), ha inteso sottoporre la struttura sanitaria e, soprattutto, il suo assicuratore, ad una disciplina differenziata rispetto a quella (extracontrattuale per colpa) che riguarda il singolo operatore sanitario ausiliare del debitore, cioè alla disciplina dell'inadempimento ed al riparto degli oneri probatori così come dettati, in tema di responsabilità contrattuale, dalle Sezioni Unite nel 2008 (37). Ciò, al fine di trasferire il rischio del danno "da inadempimento" dall'ausiliare del debitore - così come avveniva sulla base della teoria del "contatto sociale" (38) - al debitore medesimo, anzi all'assicuratore del debitore, in virtù dell'azione diretta concessa al paziente dall'art. 12, comma 1, L. 17 marzo 2017, n. 24. In tal senso la responsabilità della struttura sanitaria pubblica o privata è stata considerata come una responsabilità oggettiva d'impresa (39). Essa, attraverso la "garanzia" che dovrebbe essere fornita dall'assicurazione obbligatoria, è obbligata in via principale, secondo la più gravosa disciplina della responsabilità contrattuale, a risarcire tutti i danni causati sia dal "*fait personnel*" degli ausiliari, sia dall'eventuale malfunzionamento delle "cose", pur dotate di intelligenza artificiale (40), che l'ente abbia in custodia. Questo sistema, senz'altro condivisibile, che fa gravare sull'assicuratore della struttura sanitaria il costo

(32) Cass. Civ., Sez. III, 20 novembre 2018, n. 29853, ord., in *DeJure*, 5.

(33) A.L. di Serafino, *Il nesso di causalità*, in *Responsabilità sanitaria*, cit., 319.

(34) A. di Majo, *La salute*, cit., 30.

(35) M. Feola, *La responsabilità sanitaria tra inadempimento e torto*, in *Annali Fac. Giur.*, 2022, 30.

(36) Sul punto, A. Procida Mirabelli di Lauro, *L'obbligazione come rapporto complesso*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 921.

(37) Cass. Civ., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 577, in questa *Rivista*, 2008, 790, con nota di G. Vinciguerra, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*.

(38) Basti citare il *leading case*: Cass. Civ., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, 441 ss., con nota di A. di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*.

(39) A. Amidei, *La responsabilità della struttura sanitaria come responsabilità d'impresa*, in U. Ruffolo (cur.), *La nuova responsabilità medica*, cit., 68 ss.

(40) In argomento, A. Procida Mirabelli di Lauro, *Le intelligenze artificiali tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, in *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali. Attività e responsabilità* (Atti del 15° Convegno Nazionale SISDiC, Napoli, 14-16 maggio 2020), Napoli, 2020, 298 ss.

dei danni causati al paziente dagli “ausiliari” o dalle macchine (eventualmente *self-learning*) che siano nella custodia del debitore, risulta stravolto da un censurabile orientamento della Terza Sezione civile della Cassazione (41) che, nel disattendere i “principi di diritto” prospettati dalle Sezioni unite in due fondamentali decisioni (42), e senza sottoporre la questione alle Sezioni Unite (così come imporrebbe l’art. 374 c.p.c.), predica una strana teoria dell’inadempimento... extra-contrattuale per colpa del debitore (assicurato) (43). Tale indirizzo, che ribalta circa settant’anni di evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in tema d’inadempimento del rapporto obbligatorio, nell’operare un’indebita confusione tra la struttura e la disciplina delle responsabilità contrattuale (art. 1218) e delittuale (art. 2043 c.c.), tra inadempimento e colpa, tra causalità “materiale” e causalità “giuridica” (44), tra causalità astratta e causalità specifica o individuale (45), frantuma l’unitarietà del diritto delle obbligazioni e duplica la disciplina dell’inadempimento, facendo gravare sul creditore la prova della “condotta negligente” e del rapporto di causalità materiale con l’evento di danno e accollando a questi il rischio della causa incerta e/o ignota. Nella totalità delle decisioni esaminate (46), infatti, la causa rimane sempre ignota e il danno permane là dove cade, ovvero sul paziente.

La stessa nozione di obbligazioni di “*facere professionale*” (47) appare quanto mai imprecisa e generica. L’art. 1218 c.c. non distingue, ai fini della disciplina dell’inadempimento, le obbligazioni di “*facere professionale*” dalle obbligazioni di dare e

di fare “non professionale”. Se v’è una differenza, questa riguarda soltanto l’elemento soggettivo, ovvero la prova della “negligenza” (e quindi dell’inesatto adempimento), sulla base del peculiare rapporto tra l’art. 1218 c.c. e l’art. 1176, comma 2, c.c. Questa partizione, inoltre, pecca senz’altro per eccesso se, come sembra, la peculiare disciplina dell’inadempimento debba riguardare soltanto talune obbligazioni del medico e dell’avvocato, ovvero quelle obbligazioni che, secondo la vulgata, sarebbero qualificate “di mezzi”. Ma anche in questi settori la stessa Cassazione inizia a ravvisare talune obbligazioni “di risultato” (pareri *pro veritate*, redazione di contratti, consenso informato, interventi odontoiatrici o di chirurgia plastica, ecc.) (48) che prescindono dalla sola realizzazione dell’“interesse strumentale” (49), così come esistono tante altre attività di “*facere professionale*”, come quelle del notaio (che non comunica all’acquirente l’iscrizione di un’ipoteca sull’immobile), del dottore commercialista (che erra nel dichiarare i redditi del cliente), dell’ingegnere (che sbaglia i calcoli strutturali e fa crollare il ponte) ecc., nelle quali il mancato conseguimento dell’“interesse primario o presupposto” (50) del creditore è indice unico ed inequivoco dell’inesattezza dell’adempimento.

Questo orientamento, censurato anche dagli Autori che qualificano l’obbligazione sanitaria come obbligazione “di mezzi” (51) o con “risultato indeterminato” (52), e implicitamente non condiviso anche da diversi collegi della Terza sezione che fanno ricorso alla prova presuntiva ed a quella indiziaria al fine di

(41) Introdotto da Cass. Civ. 26 luglio 2017, n. 18392, cit., 696 ss.

(42) Cass. Civ., SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, 1565 ss., annotata, tra gli altri, da G. Villa, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 707 ss., e da G. Visintini, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di inadempimento e onere probatorio a carico del creditore vittima dell’inadempimento)*, in *Contr. e impr.*, 2003, 903.; Cass. Civ., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., 790.

(43) In questi termini, A. Procida Mirabelli di Lauro, *La Terza Sezione e la strana teoria dell’inadempimento... extra-contrattuale per colpa*, in questa *Rivista*, 2019, 249 ss.; ma v., altresì, i rilievi critici mossi, con la consueta lucidità, da C. Castronovo, *Swinging malpractice*, cit., 883 ss. Per ulteriori contestazioni, R. Pardolesi - R. Simone, *Tra discese ardite e risalite: causalità e consenso in campo medico*, in *Foro it.*, 2018, I, 3582 ss.; A. Procida Mirabelli di Lauro - M. Feola, *La cooperazione mancata: sopravvenuta impossibilità della prestazione e imputabilità dell’inadempimento*, in *Comparazione e dir. civ.*, 2019, 33 ss.; M. Magliulo - R. Pardolesi, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in questa *Rivista*, 2019, 256 ss.; N. Rizzo, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 329 ss.; R. Favale, *Causalità e ripartizione dell’onere della prova nella responsabilità sanitaria*, nella sua relazione tenuta al Convegno “*Il nuovo sistema*”, cit. in nt. 1.

(44) Insuperato, sul punto, il contributo di G. Gorla, *Sulla c.d. causalità giuridica: “fatto dannoso e conseguenze”*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, 417; cui adde C. Castronovo, *Swinging malpractice*, cit., 884 ss.

(45) A. Procida Mirabelli di Lauro, *Inadempimento e causalità “materiale”*: perseverare diabolicum, in questa *Rivista*, 2020, 83.

(46) Da A. Procida Mirabelli di Lauro, *La Terza Sezione*, cit., 249 s.; Id., *Inadempimento e causalità*, cit., 77 s.

(47) Così, le ultime due sentenze “Scoditti”: Cass. Civ., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28991 (e Cass. Civ., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28992), in questa *Rivista*, 2020, 72 ss.

(48) Per la giurisprudenza in materia basti rinviare a V. Zencovich, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica tra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 306 ss.; M. Feola, *Attività e responsabilità nelle professioni legali*, in A. Procida Mirabelli di Lauro - M. Feola, *Diritto delle obbligazioni*, cit., 339 ss.

(49) Per tale nozione, Cass. Civ. 11 novembre 2019, n. 28991 (e Cass. Civ. 11 novembre 2019, n. 28992), cit., 73.

(50) Cass. Civ. 11 novembre 2019, n. 28991 (e Cass. Civ. 11 novembre 2019, n. 28992), cit., 73.

(51) Ad es., A. di Majo, *La salute*, cit., 15 ss.; G. D’Amico, *Il rischio della “causa ignota” nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in questa *Rivista*, 2018, 357.

(52) F. Piraino, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell’onere della prova*, in *Giur. it.*, 2019, 709 ss.



alleggerire la posizione del paziente-creditore (53), oltre a rappresentare un regresso rispetto alla stessa giurisprudenza sulle prestazioni c.d. routinarie (54), viola sia gli artt. 1218 e 2697 c.c., quindi i principi di vicinanza e di prossimità della prova e di presunzione di persistenza del diritto (insoddisfatto), sia la recente riforma della responsabilità sanitaria (L. n. 24 del 2017) la quale ha inteso collocare in ambito extracontrattuale la sola responsabilità (per colpa) dell'ausiliare del debitore, ma in ambito contrattuale la responsabilità della struttura sanitaria, concedendo anzi al creditore danneggiato un'azione diretta nei riguardi dell'assicuratore del debitore (art. 12, comma 1). Questo tentativo di "contro-riforma" giurisprudenziale, che ribalta gli oneri probatori e fa gravare sempre sul paziente-creditore la causa incerta e/o ignota, trasferisce nuovamente il peso del danno dall'assicuratore del debitore (struttura sanitaria) al paziente creditore e rappresenta un ingiustificato *favor* per le sole imprese di assicurazione.

### **Medical malpractice tra diritto civile e diritto penale: "dalla responsabilità alla riparazione"**

La riforma della responsabilità sanitaria appare, a tutt'oggi, una chimera, minata com'è dalle amnesie del legislatore, che hanno reso inattuabile gran parte della disciplina (55), e da contraddittorie interpretazioni della Cassazione civile e penale, che si spingono anche contro la lettera della legge.

Se le finalità della riforma erano quelle di combattere la c.d. medicina difensiva mediante una opportuna de-penalizzazione dell'attività professionale sanitaria degli ausiliari e una internalizzazione del costo degli incidenti attraverso il sistema assicurativo privato, si può senz'altro affermare che i risultati appaiono del tutto antitetici e, complessivamente, sconfortanti. In presenza di un sistema assicurativo che non si è

rivelato all'altezza del delicato compito di gestire le problematiche della responsabilità sanitaria, forse è il caso di ripensare nuovamente a un modello di sicurezza o di assicurazione sociale amministrato da un unico ente assicurativo di diritto pubblico, con funzione di cooperazione a carattere di mutualità (56), che, come accade nel settore degli infortuni sul lavoro (INAIL), anteponga al lucro d'impresa l'obiettivo primario di riparare i danni causati inevitabilmente dalla *medical malpractice*, verso la corresponsione di "premi" ragionevoli e sostenibili.

Interessante, in proposito, la scelta effettuata dal diritto francese, che ha coniugato ad un modello di responsabilità civile imperniato sulla *faute* (57) (non più contrattuale o extracontrattuale) - salvo le ipotesi di infezioni nosocomiali e di danni cagionati da prodotti sanitari (58), per le quali sopravvive un regime di responsabilità oggettiva (art. L. 1142-1, commi 1 e 2, *code santé publ.*) - e garantito dall'assicurazione obbligatoria, un sistema di *solidarité nationale* (59), complementare e sussidiario, che ha il compito di socializzare i rischi "ogni qualvolta la vittima non può ottenere riparazione dall'autore del danno o dal suo assicuratore" (60). Questo modello integrato e flessibile di tutele, che "rappresenta allo stato attuale, la scelta normativa più innovativa nel panorama giuridico europeo" (61), si ispira ad una logica che coniuga responsabilità e solidarietà e che fa leva su un meccanismo di *sécurité sociale* al fine di garantire un'integrale copertura dell'*aléa thérapeutique* e dei rischi naturalmente insiti nell'esercizio dell'attività sanitaria, sempre che si tratti di *activité médicale non fautive*. L'effettività alla procedura d'*indemnisation* è garantita dall'*Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales*, che opera, a titolo principale, quale "*fonds de compensation*" in caso di incidenti sanitari e di infezioni nosocomiali (62), e quale "fondo di garanzia", nelle

(53) Cfr., infatti, Cass. Civ., Sez. III, 11 dicembre 2018, n. 31966, in questa *Rivista*, 2019, 377, con nota di L. Brizi, *La Cassazione ancora sulla prova del nesso di causalità materiale e sull'estensione degli obblighi del sanitario membro dell'équipe*; Cass. Civ., Sez. III, 27 luglio 2021, n. 21530, in *DeJure*, par. 5, sulla scia di CGUE, Sez. II, 21 giugno 2017, causa C-621/15, *N.W. e altri c. Sanofi Pasteur MSD SNC e altri*, in questa *Rivista*, 2017, 669, con nota di A.L. Bitetto Murgolo, *Danno da vaccini e prova del nesso causale tra product liability e indennizzo*. Su questa giurisprudenza, M. Feola, *La responsabilità sanitaria*, cit., 32 ss.

(54) Introdotta da Cass. Civ. 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Foro it.*, 1979, I, 4.

(55) Un'interessante illustrazione delle "cause" di tale situazione è stata proposta da F. Gelli, nella sua relazione tenuta al Convegno "*Il nuovo sistema*", cit. in nt. 1.

(56) Già A. Procida Mirabelli di Lauro, *Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale*, Napoli, 1991, 20 ss., 64 ss. e *passim*; Id., *La riparazione dei danni alla persona*, Camerino-Napoli, 1993, 75 ss.

(57) Tra i tanti, Y. Lambert-Faivre - S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, IX éd., Paris, 2022, 649.

(58) Sui quali, Ph. Malaurie - L. Aynés, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, Paris, 2018, 186.

(59) S. Hocquet-Berg, *Accidents médicaux et solidarité nationale: des relations complexes*, in *Resp. civ. ass.*, 2022, 20.

(60) M. Bacache-Gibeili, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, in *Traité dr. civ. sous la direction de Ch. Larroumet*, II éd., Paris, 2012, 28.

(61) Testualmente, M.P. Mantovani, *L'aléa thérapeutique e i regimi speciali d'indennizzo nel modello giuridico francese*, relazione tenuta al Convegno "*Il nuovo sistema*", cit. in nt. 1.

(62) Sul punto, A. Guégan, *Les infections nosocomiales articulées entre responsabilité et solidarité*, in *Resp. civ. ass.*, 2022, 6 ss.



ipotesi in cui il responsabile non sia assicurato o l'impresa assicurativa si sia rifiutata di formulare un'offerta d'indennizzo (art. L. 1142-15) (63).

Tuttavia, se un legislatore poco sollecito ha consentito l'attuale caotica situazione, nel tentativo (a tutt'oggi non riuscito) di "contrattare" con le parti interessate la disciplina di settore, alcune riserve possono essere mosse anche alla giurisprudenza della Suprema corte di Cassazione. Poiché la medicina (un po' come ... il diritto) è tutt'altro che una scienza esatta, è fisiologico che, nell'esercizio dell'attività sanitaria, si possano verificare "risultati" che non soddisfano l'interesse del creditore e/o dei suoi familiari. L'"alea terapeutica" rappresenta, nell'attuale stato delle conoscenze scientifiche, un fattore purtroppo ineliminabile, che il giurista non può non considerare. La materia della responsabilità sanitaria è, per definizione, interdisciplinare, e deve interessare il diritto civile, più che il diritto penale. Quello "spostamento dell'attenzione dall'autore del danno alla vittima" (64), dalla sanzione al risarcimento, "dalla responsabilità alla riparazione" (65), evocato da Stefano Rodotà quasi sessant'anni fa, induce a pensare che il problema principale sia non quello di "punire" il responsabile, ma di risarcire il "danno subito" sulla base di un processo di socializzazione dei rischi (66).

Rispetto alle attuali contraddizioni della Cassazione civile e penale, bisogna riprendere quel processo di "civilizzazione" della responsabilità sanitaria che fu intrapreso da ben altre Sezioni Unite penali, quelle che, edificando la *doctrine* Franzese (67), posero fine alla c.d. giurisprudenza del 30% (68) che, per troppi anni, attraverso un'erronea applicazione della teoria dell'aumento del rischio ai reati omissivi impropri, aveva trasformato, *contra legem* (69), questi delitti in reati di mera condotta o di pericolo, nei quali l'evento lesivo (e dunque il nesso causale) non costituiva più

un elemento essenziale, ma solo una condizione obiettiva di punibilità (70). E ciò, in violazione del "principio di materialità del reato previsto (oltre che dall'art. 25, 2° comma, Cost., anche) dall'art. 27, 1° comma, Cost." (71).

Non è in discussione la coerenza e la certezza del diritto (72), ma, forse, un'astratta e formalistica "teoria generale" del diritto, se, in sede penale, il professionista sanitario viene assolto dal delitto di omicidio, in quanto il rapporto causale non può essere provato, "al di là di ogni ragionevole dubbio", alla stregua di un giudizio di "alta probabilità logica" e di "elevato grado di credibilità razionale" (73); e se, invece, in sede civile, l'assicuratore della struttura sanitaria è tenuto a risarcire il danno sulla base di un coefficiente di probabilità statistica legato all'*id quod plerumque accidit* (secondo l'usuale formula del "più probabile che non") (74). Bisognerebbe, invece, seriamente preoccuparsi del contrario: se, cioè, in presenza di un identico caso, e di medesime risultanze probatorie, il giudice penale condannasse e quello civile e quello contabile assolvessero. Non a caso, l'azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria può essere esercitata soltanto in caso di (dolo o) colpa grave (art. 9, commi 1, 5 e 9, L. 17 marzo 2017, n. 24). Se la Cassazione civile finisce per osservare criteri assai meno rigorosi di quelli adottati in ambito penale, è evidente che il paziente o i suoi aventi causa preferiranno nuovamente agire in sede penale contro il singolo operatore sanitario, con il non indifferente ausilio tecnico-giuridico e probatorio della Procura della Repubblica e della Polizia giudiziaria, per altro gratuito, piuttosto che in sede civile e contrattuale avverso l'assicuratore della struttura sanitaria, accollandosi i costi, talvolta ingenti, delle spese processuali e della c.t.u. E con ciò, vanificando il *dictum* dell'arresto "Franzese", che

(63) In argomento, M.P. Mantovani, *op. ult. cit.*

(64) Testualmente, S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 23.

(65) G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, 1948, 303 ss.; al quale *adde* R. Savatier, *Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels?*, in *Dalloz Hebd.*, 1931, *Chron.*, 9 ss.

(66) Così, già A. Procida Mirabelli di Lauro, *La riparazione*, cit., 18 e 16.

(67) Cass. pen., SS. UU., 10 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, II, c. 619 ss.

(68) Tra le prime, Cass. pen., Sez. IV, 17 gennaio 1992, n. 371, in *Resp. civ. prev.*, 1992, 361 ss., annotata da G. Giannini, *La questione del nesso causale, la Suprema Corte e la strana regola del ciò che accade nel minor numero dei casi*.

(69) Per tutti, G. Fiandaca, voce *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. it.*, IV ed., *Disc. pen.*, II, Torino, 1988, 128; L. Renda, *Sull'accertamento della causalità omissiva nella responsabilità medica*, in *Foro it.*, 1986, II, c. 352.

(70) V. Zeno Zencovich, *La sorte del paziente. La responsabilità del medico per l'errore diagnostico*, Padova, 1994, 45, in nt. 82, ove aderisce al pensiero di A. Crespi, voce *Medico chirurgo*, in *Dig. it.*, IV ed., *Disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 597 ss.

(71) I. Giacona, *Sull'accertamento del nesso di causalità tra la colposa omissione di terapia da parte del medico e la morte del paziente*, in *Foro it.*, 1992, II, c. 366.

(72) Con il consueto acume, ha sollevato tale questione G. Travaglino, nella sua relazione tenuta al Convegno "Il nuovo sistema", cit. in nt. 1.

(73) Cass. Pen., SS.UU., 10 luglio 2002, cit., 619 ss.

(74) Il *dictum* dell'arresto Franzese è stato recepito, in ambito civile, da Cass. Civ., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Altalex*, n. 2253 del 13 settembre 2008, 12 s., e, ancor prima, da Cass. Civ., Sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Corr. giur.*, 2008, 35 ss., con nota di M. Bona, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due "dimensioni di analisi"*.

## Editoriale

finalmente aveva inteso tracciare un itinerario totalmente diverso per il processo civile rispetto a quello penale (75). Ci troveremmo in presenza di un vero e proprio paradosso costruito sull'ignoranza delle

diverse, contrapposte funzioni che il diritto civile e quello penale devono assolvere nel risolvere i problemi posti, nell'attuale contesto storico, dalla *medical malpractice*.

---

(75) Così, già, A. Procida Mirabelli di Lauro, *Inadempimento, causalità, onere della prova*, cit., 313.