

# L'evoluzione storico-giuridica della responsabilità medica: un quadro di sintesi\*

Giovanni Canzio\*\*

**1.** Solo a partire dal 2012, con l'entrata in vigore della legge «Balduzzi», si è verificato l'auspicato mutamento di paradigma legislativo in materia di colpa professionale e di responsabilità degli operatori sanitari. Si tratta, in verità, di una evoluzione storico-giuridica che avrebbe dovuto essere ispirata nell'opera del legislatore e degli interpreti, ancora molti anni prima, dal dettato dell'art. 32 della Costituzione, dove sono tracciate le linee del fondamentale diritto della persona e del parallelo interesse della collettività alla salute, realizzati mediante l'istituzione del sistema sanitario nazionale e universale.

Al mutamento di paradigma legislativo non è ancora seguito, peraltro, il mutamento culturale dei protagonisti del mondo della sanità: dello stesso legislatore, ancora inadempiente rispetto agli obblighi di attuazione nascenti dalla successiva legge «Gelli-Bianco» del 2017, dei giuristi, degli interpreti, dei medici, degli operatori. Si assiste a un grave ritardo nella comprensione e nella piena realizzazione della rivoluzione copernicana segnata dalle due leggi «Balduzzi» del 2012 e «Gelli-Bianco» del 2017.

**2.** Volendo tracciare un quadro dell'evoluzione storico-giuridica del fenomeno della responsabilità medica, a partire dalla metà del secolo scorso possono delinearsi essenzialmente quattro fasi: la prima negli anni 1950-1970; la seconda nell'ultima parte del vent-

---

\* Contributo referato dalla Direzione della Rivista. Il testo riproduce la relazione introduttiva della sessione dedicata al tema della responsabilità sanitaria svolta durante il convegno "I primi due anni della rivista Corti Supreme e Salute", organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, in collaborazione con la Società italiana di Diritto sanitario, il 29 gennaio 2020 a Milano.

\*\* Presidente emerito della Corte di Cassazione.

simo secolo; la terza nel primo decennio del ventunesimo secolo; la quarta nel secondo decennio del ventunesimo secolo.

**3.** Nella prima fase l'atteggiamento della magistratura e della dottrina nei confronti della classe medica è di larga comprensione, di favore, di indulgenza, restando incontrovertita l'applicazione generalizzata – tanto nel settore civile quanto in quello penale, in virtù della sentenza n. 166/1973 della Corte Costituzionale – della regola di giudizio fissata dall'art. 2236 c.c. La limitazione della responsabilità per colpa (non grave) da imperizia è giudicata costituzionalmente legittima, non ravvisandosi in essa una ingiustificata disparità di trattamento rispetto alle altre categorie professionali.

**4.** Nell'ultimo ventennio del secolo scorso, si assiste, invece, ad un brusco mutamento della giurisprudenza penale verso un regime di maggior rigore, che tende a definire i confini della responsabilità medica in un alveo più restrittivo. Si sostiene che l'art. 2236 c.c. sia una clausola limitativa della responsabilità che non può essere estesa all'area di rilevanza penale della fattispecie. E ciò nonostante la citata sentenza n. 166/1973 che era intervenuta proprio con riferimento agli artt. 42 e 589 c.p., quindi in tema di colpa e omicidio colposo. Sul terreno penale, inoltre, la Quarta sezione penale della Corte di cassazione sollecita nel giudizio controfattuale l'utilizzo del criterio discretivo delle «*serie e apprezzabili probabilità di successo*» dell'azione doverosa che andava compiuta e risultava per contro omessa: giudizio e criterio probabilistico riservati praticamente alla saggia e prudente valutazione discrezionale del giudice.

Quanto alla responsabilità civile, si apre – con la nota sentenza n. 2144/1988 della Terza sezione civile della Corte di cassazione – la discussione sulla natura della responsabilità civile del medico operante all'interno di una struttura: se essa sia contrattuale, alla stregua delle teorie germaniche del c.d. contatto sociale, oppure extracontrattuale, opzione quest'ultima più favorevole quanto alla ripartizione dell'onere della prova e alla prescrizione. Con la evidente conseguenza che, in quegli anni, il rischio da causa ignota del danno, in forza della citata interpretazione restrittiva della disciplina normativa, viene fatto gravare esclusivamente sul medico.

**5.** Nel primo decennio del XXI secolo si assiste a una profonda ed evidente divaricazione, sia in dottrina che in giurisprudenza, fra le due aree, civile e penale. In sede penale, soprattutto dopo la sentenza delle S.U. “Franzese”, n. 30328 del 2002, in tema di nesso causale, l'esigenza di certezza in ordine ad un elemento costitutivo del reato, quale la causalità, determina di fatto un alleggerimento della responsabilità penale, soprattutto sul piano dell'onere della prova in ordine al rischio da causa ignota. Nel recupero della certezza, l'affermazione di responsabilità si assesta al livello più alto della qualificata probabilità di colpevolezza, prossima alla certezza. Si pretende, insomma, da parte del giudice un ragionamento probatorio più impegnato nelle inferenze logiche e ispirato alla regola aurea dell'«*al di là di ogni ragionevole dubbio*». E però, nell'ambito della responsabilità civile prevale

decisamente la tesi contrattualistica della responsabilità del medico strutturato, a partire dalla importante sentenza n. 589/1999 della Terza sezione civile della Suprema Corte.

Il doppio regime determina così un inasprimento del dibattito perché le Sezioni Unite civili – con le note sentenze del 2008 (a partire dalla n. 576/08) – non si adeguano ai principi della sentenza “Franzese” sulla causalità penale, ma ne rivendicano la diversità rispetto alla causalità civile per struttura, funzione, valori in gioco, regole di prova ecc., mutuando infine dal sistema nordamericano il criterio del «*più probabile che non*», ossia della preponderanza dell'evidenza.

**6.** L'ultima fase è racchiusa nel secondo decennio di questo secolo ed è caratterizzata dal rivoluzionario passaggio concettuale dall'ottica della repressione a quella della prevenzione.

Si riconosce, con l'art. 3, comma 1, della legge «Balduzzi» n. 189 del 2012, che l'evento avverso da errore medico – diagnostico, terapeutico, chirurgico – in parte o in alcuni casi può dipendere dalla cattiva organizzazione del servizio sanitario. Ci si chiede quindi che cosa fare dal punto di vista organizzativo per prevenire l'errore medico attraverso l'analisi e la gestione del rischio, o ancora come e dove allocare il danno nei rapporti fra il medico e la struttura sanitaria. Questa tumultuosa transizione culturale necessita di un solido disciplinamento e l'ancoraggio viene individuato nelle linee guida e nei protocolli elaborati dalla stessa comunità scientifica: regole di perizia accreditate e idonee a offrire una base di razionalità al giudizio postumo di conformità o meno dell'operato del medico alle migliori pratiche professionali. Con il lineare corollario che, se viene accertata *ex post* la conformità dell'opera e si versi solo in colpa lieve, il medico è esente da responsabilità penale, ferma restando la responsabilità civile per il risarcimento dei danni, questa però di natura aquiliana, con le ovvie conseguenze in tema di onere della prova e di prescrizione. Affermazione, quest'ultima, che, determinando uno slittamento della responsabilità del medico strutturato da quella contrattuale verso quella di tipo extracontrattuale, provoca la reazione della giurisprudenza della Terza sezione civile della Corte di cassazione, la quale, seppure con alcuni *obiter dicta*, mostra di non recepire il *novum* normativo.

L'impostazione della legge «Balduzzi» riceve il crisma di legittimità costituzionale con l'ordinanza n. 205/2013 della Corte costituzionale, la quale, raccordandosi con la precedente sentenza n. 166/1973, riconosce la intrinseca razionalità scientifica e perciò la ragionevolezza della soluzione tecnico-giuridica, per cui l'addebito d'imperizia (soltanto) per colpa lieve può giustificare l'esenzione dalla responsabilità penale. Di fronte alla colpa non lieve (quella grave o gravissima o con previsione dell'evento), e cioè a deviazioni significative e immotivate dalle regole di perizia previste da linee guida accreditate, non è viceversa consentita l'indifferenza dell'ordinamento giuridico e l'esenzione da responsabilità, attesa la consistenza costituzionale dei valori in gioco, quali la vita e l'incolumità della persona. Questo è il senso profondo della riforma legislativa di cui all'art. 3, comma 1 della legge n. 189/2012, che mi sembra essere stato colto dalla giurisprudenza penale di legittimità, in punto di definizione delle linee guida, intese come sapere scientifico e tecnologico consolidato non disgiunto dal buonsenso e temperato equamente dalla specificità e concre-

tezza del caso (fra le altre, l'importante sentenza della Quarta sezione penale, "Cantore", n. 16237 del 2013 afferma testualmente: "*Va valutato, questo sapere, nel concreto farsi del trattamento*"). E la stessa sentenza "Cantore", a proposito della distinzione fra colpa lieve e colpa grave, sostiene che ne è legittimo l'affidamento dell'apprezzamento alla discrezionalità tecnica e motivata dei giudici, formatasi nel lento e progressivo fluire dell'esperienza applicativa della giurisprudenza, non potendosi immaginare che sia il legislatore a fissarne una volta per tutte il confine. Ed è proprio lo sforzo ermeneutico della giurisprudenza che, nel determinare il peso lieve o grave della colpa, dovrà di volta in volta misurare il grado di divergenza dell'atteggiarsi della specifica condotta professionale dalle linee guida, valutandone peraltro dal punto di vista soggettivo la concreta esigibilità: un'opera, questa, faticosa ma indeclinabile.

La giurisprudenza di legittimità, in ordine alla legge «Balduzzi», apre all'ipotesi di esclusione della punibilità anche per il difetto di diligenza e di prudenza, oltre quello di perizia, non essendo siffatta interpretazione preclusa dalla lettera della norma di cui all'art. 3, comma 1. E però, relativamente a quei casi per i quali sono le stesse regole di perizia fissate da linee guida accreditate a contenere espliciti riferimenti ad aspetti operativi attinenti alla prudenza o alla diligenza.

7. Resta ancora aperto il cantiere della prevenzione e gestione del rischio. Di qui il rilievo della riforma legislativa intitolata «Gelli-Bianco», la legge n. 24 del 2017, che fa perno, prima ancora che sulle regole della responsabilità civile e penale degli operatori sanitari, sulla portata del rischio professionale. Dalla gestione del *risk management*, nella prevenzione degli eventi avversi, alla corretta allocazione delle risorse all'interno della struttura sanitaria, occorre verificare, caso per caso, se l'errore sia imputabile a colpa del medico oppure (in tutto o in parte) a colpa dell'organizzazione. E così anche con riguardo al costo del danno alla salute cagionato dall'errore. Se sono in gioco interessi sociali e collettivi nell'erogazione delle cure, va di conseguenza rafforzato un sistema di assicurazione obbligatoria della struttura sanitaria, che, ponendosi in condizione – attraverso un efficiente *management* del rischio – di non subire livelli di costo delle polizze troppo elevati, sia in grado di ripartire il rischio soprattutto se da causa ignota. In tal modo si realizza seriamente l'auspicato contrasto alla c.d. medicina difensiva.

I principi ispiratori della riforma sono dunque: la sanità come rete di servizi estesa su tutto il territorio nazionale; la moderna nozione della medicina come scienza biotecnologica; l'elaborazione di un modello razionale di contenimento e di prevenzione del rischio; le linee guida e le buone pratiche accreditate di supporto alle evidenze scientifiche, rispetto alle quali adeguare *ex post* il giudizio di conformità o difformità.

Sul tema della responsabilità penale del medico dopo le riforme «Balduzzi» e «Gelli-Bianco», con particolare riferimento alla portata del novellato art. 590-*sexies* c.p., prendono posizione le Sezioni Unite penali con la sentenza "Mariotti" del 21/12/2017, n. 8770/18. L'art. 6 della «Gelli-Bianco» viene letto e interpretato in termini di rilevanza della sola colpa da imperizia (non, quindi, da negligenza o imprudenza), per difetto di conformità alle linee guida nella fase dell'esecuzione (non della selezione della migliore pratica), e della sola

colpa “lieve”, non anche di quella grave. Le Sezioni Unite richiamano altresì il nucleo forte di razionalità racchiuso nel dettato dell’art. 2236 c.c. come scrutinato per ben due volte dalla Corte costituzionale.

Quanto ai profili della responsabilità civile, si conferma la scelta di fondo della legge «Balduzzi», nel senso che la responsabilità del medico strutturato è definita di natura extracontrattuale, così da alleggerire l’onere probatorio e la prescrizione; mentre quella della struttura sanitaria ha natura contrattuale. Con riguardo infine al sistema assicurativo, si delinea da un lato l’obbligo di assicurazione obbligatoria della struttura sanitaria, mentre dall’altro si contempla l’eventuale azione di rivalsa verso il medico, limitata però ai casi di dolo e colpa grave e in ordine alla misura del *quantum*.

**8.** A proposito della legge «Gelli-Bianco» e della citata sentenza “Mariotti”, vale la pena di chiarire che il limite della colpa da imperizia è stabilito espressamente dal dettato normativo, ma che profili di negligenza o imprudenza potrebbero ragionevolmente rilevare laddove le linee guida o le raccomandazioni scientifiche contengano riferimenti pure indiretti ad aspetti di diligenza e prudenza strettamente connessi alla perizia professionale. Inoltre, quanto alla ritenuta clausola di esclusione della punibilità, anch’essa coerente con la lettera della norma, ne sarebbe certamente auspicabile la conversione in una regola di esclusione addirittura del fatto tipico, nell’ottica di più efficaci e celeri conseguenze procedurali che da essa conseguirebbero.

Dal punto di vista della responsabilità civile del medico vanno segnalate, da ultimo, una serie di sentenze importanti della Terza sezione civile della Suprema Corte che si sono succedute nel novembre 2019 – le c.d. sentenze di San Martino – e che hanno dettato una sorta di decalogo in quel settore. Va richiamata l’importanza della sentenza n. 28987/2019 che, per la prima volta, pur se con riguardo a una fattispecie pre/«Gelli-Bianco», afferma il principio della ripartizione paritaria della responsabilità per danni fra struttura sanitaria e medico strutturato secondo le regole della obbligazione solidale. Come pure merita di essere menzionata la sentenza n. 28991/2019 che – sempre in riferimento a una fattispecie pre/«Gelli-Bianco» – pone decisamente l’onere della prova del nesso di causa a carico del danneggiato che agisce per il risarcimento.