

PAOLO PISANI

La riproposizione legislativa del concorso di fonti delle obbligazioni e le ragioni della moderazione del quantum risarcitorio nella responsabilità sanitaria alla luce del D.l. Balduzzi.

SOMMARIO

- 1) Critica delle tesi interpretative del primo comma dell'art.3 del d.l. n. 158/20012: pag. 1; 2) la natura gestoria del terzo periodo del detto comma: pag. 6; 3) risvolti applicativi della nostra tesi: ambito soggettivo e retroattività della norma: pag.9; 4) incidenza della nuova norma in tema di danno non patrimoniale: pag.12

1 A conclusione di una lunga indagine ⁽¹⁾ diretta all'individuazione della fonte dell'obbligazione del medico dipendente di una struttura sanitaria, solo tre anni or sono, osservavo sulla scia di precedenti autorevoli contributi dottrinari ⁽²⁾ in tema: " storicamente e socialmente il rapporto giuridico tra professionista e paziente tende sempre più a stringersi: da una concezione occasionale del contatto sociale disciplinato dalla tecnica aquiliana, al contratto d'opera professionale legato ad una pura logica astrattizzante dello scambio delle prestazioni, passando per l'affidamento sulle qualità professionali del medico, sino ad una visione relazionale incentrata sulla cooperazione altruistica nell'interesse del paziente". Ebbene, con l'art. 3 d.l. 13.9.2012 n.158 come modificato dalla legge di conversione 8.11.2012 n.189 il legislatore pare, ad una prima e

1 P. Pisani, La prestazione del medico ospedaliero nel sistema delle fonti delle obbligazioni, in riv.crit.dir.priv. 2012, n.3, pag. 495 e ss

2 Si veda ad esempio M. Paradiso, La responsabilità medica: dal torto al contratto, in riv. dir.civ., 2001,I, pag. 325

superficiale lettura, imporre un brusco ritorno al passato remoto, in ragione dell'espresso richiamo normativo ivi contenuto all'art. 2043 c.c.. L'art. 3 1° comma di detto d.l. così recita: “ *l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi, resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo*”. I primi interpreti della nuova legge ⁽³⁾, al di là del comune rilievo sulla sua sciattezza redazionale, hanno avuto forti ma opposte reazioni. Da un lato, c'è chi ha ritenuto di neutralizzare la nuova disciplina normativa. Ad esempio, la Corte di Cassazione Civile

3 Si vedano le sentenze pubblicate in *Danno e Resp.*, 2013, 367 e ss. con nota di V. Carbone, la responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi; *Cass.* 17 aprile 2014 n. 8940, in *De Jure*; *Trib. Firenze*, 12 febbraio 2014, in *Riv. It. leg.*, 2013, 737 e ss con nota di A. Garibotti; *Trib. Caltanissetta*, 1 luglio 2013, in *resp. Civ. e prev.* 2013,1980 con nota di C. Scognamiglio; *Trib. Cremona*, 1 ottobre 2013, in *Danno e Resp.*,2014, 452 con commento di L. Mattina; *Trib. Enna*, 18.5.2013 n.252 in *Danno e resp.*, 2014 pag. 74 e ss con nota di D. Zorzit; *Trib. Bari*, 14.2.2014 in *De Jure*; *Trib. Milano* 14.6.2014, *Trib. Milano* 17 luglio 2014 e *Trib. Brindisi*, 18 luglio 2014, in *Danno e resp.*, 2015 pag. 47, con nota di L. Mattina; *Trib. Milano* 18.11.2014 n.13574 in *Ridare* del 10.12.2014 con nota di L. Minniti.; *Trib. Rovereto*, 28.01.2014, in *Diritto Penale contemporaneo*. In dottrina, si veda oltre a citati saggi, tra i tanti contributi, si veda anche R.Partisani, *La nuova responsabilità sanitaria, dopo il decreto Balduzzi*, in *resp.civ.prev.*, 2013 pag.1 e ss; P. Frati ed altri, *La riforma legislativa della responsabilità sanitaria e le prime applicazioni giurisprudenziali*. Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi, in *resp. civ. e prev.*, 2013 pag. 1045, M. Bona, *La responsabilità medica civile e penale dopo il decreto Balduzzi*, 2013: Cajazzo e Marzano, *La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità professionale del medico e le novità della legge Balduzzi*, *Corriere giur.*, 2013, 4, 492; M. De Luca, *La nuova responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, Roma, 2012; M. Hazan e D. Zorzit, *Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria*, Milano, 2013; F. Martini e U. Genovese, *la valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa*, Santarcangelo di Romagna, 2013, Maggioli editore; F. Agnino, *La responsabilità medica ed evoluzione giurisprudenziale: resiste la teoria del contatto sociale anche dopo il decreto Balduzzi*, in *Ridare*; R. Breda, *La responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria alla luce della c.d. Legge Balduzzi*, in *riv. it. med. leg.*, 2013, pag. 751 e ss; D. Potetti, *Nesso causale e colpa nella responsabilità medica, penale civile dopo il d.l. n.158del 2012*, in *Giur merito*, 2013, pag. 1744; P. Gattari, *Profili civilistici della legge Balduzzi: il senso del richiamo all'art. 2043 c.c.*, in *resp. civ e prev.*, 2014 pag.1040, G. Sileci, *La legge Balduzzi: un'occasione per rimeditare sulla responsabilità medica da contatto sociale*, in *Ridare*, 23 febbraio 2015; A. Querci, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, fra riforma Balduzzi e novità giurisprudenziali*, in *Nuova giur. civ..comm.*, 2014, II, 15; R. De Matteis, *La responsabilità professionale del medico. L'art.3 del d.l. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica*, in *Contr. e impresa*, 2014,123 e ss.; G. Buffone, *L'equilibrio della responsabilità medica sotto il pendolo di Foucault introdotto dalla legge 189/2012*, in F. Martini, U. Genovese sopra cit, pag. 22 e ss..

ha ribadito che il pregresso assetto ordinamentale di fonte pretoria ⁽⁴⁾ sia perfettamente in linea con la tutela del diritto fondamentale alla salute. La Corte di Cassazione Civile fa così chiaramente capire che non si sentiva la necessità di una nuova legge in materia che sul piano civilistico nulla ha mutato ⁽⁵⁾. In sostanza, il richiamo legislativo all'art. 2043 c.c. non avrebbe il senso normativo specifico d'imporre ai Giudici l'applicazione della disciplina aquiliana ma quello "atecnico" di riferimento all'intero apparato rimediabile civilistico ed alla norma simbolo nella tutela dei diritti fondamentali ⁽⁶⁾. Altri giudici ⁽⁷⁾, viceversa, hanno ritenuto che le cause in corso di responsabilità sanitaria, pure laddove non si discutesse del rispetto di linee guida, dovessero essere decise secondo la disciplina aquiliana, mandando al macero almeno gli ultimi quindici anni della dottrina e della giurisprudenza edite sul tema.

Certo è che il richiamo testuale nel contesto della responsabilità sanitaria all'art. 2043 c.c. è a dir poco sorprendente; infatti, il ripudio (o comunque la residualità) della fonte aquiliana sembrava ormai un dato di fatto condiviso ⁽⁸⁾. La sorpresa aumenta quando si comparino la stesura del testo normativo del d.l. 158/2012 prima e dopo la legge di conversione.

4 Tale regime, come è noto, è fondato sulla dogmatica dell'obbligazione senza prestazione. Tale tesi ha avuto, anche di recente, critiche penetranti. Si veda ad esempio M. Barcellona, Trattato della Responsabilità civile, Torino, pag.73 e ss., e A Zaccaria, Der aufhaltsame Aufstieg des soziales Kontakts (la resistibile ascesa del "contatto sociale"), in riv. dir civ.,2013,92; la tesi è invece difesa da C. Scognamiglio, La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della Legge n. 189/2012 in resp. civ. e prev., 2013, pag. 1988 e ss.. Per la giurisprudenza in materia si veda la successiva nota n. 16.

5 Intendiamo riferirci a Cass. 19 febbraio 2013 n. 4030, in Danno e resp., 2013 367 e ss.

6 Se già nelle sentenze di San Martino 2008 si poteva riscontrare "una definitiva consacrazione dell'equiordinazione tra legislatore e giurisprudenza" (così Pardolesi e Simone, Danno esistenziale e sistema fragile. Die hard" in Foro it. 2009, I, pag. 120 e ss.), la sentenza n. 4030/2013 della Suprema Corte di Cassazione, sia pure in un obiter, pare porre la nuova legge in un cantuccio dovendosi continuare ad applicare per la responsabilità civile del medico "le sue regole consolidate". Occorre, a mio avviso, inserire il nuovo testo di legge in un virtuoso circolo ermeneutico che diriga l'interprete verso una riordinazione del sistema composto di una pluralità di fonti e di rimedi. Su questo tema ogni riferimento bibliografico sarebbe insufficiente: si veda per un primo orientamento E. Santoro, Diritto e diritti. Stato di diritto nell'ora della globalizzazione, Torino, 2008; M. Barcellona, Diritto sistema e senso, Torino, 1996; P. Barcellona, Diritto senza società, Bari, 2003, spec. pagg. 161 e ss.; M. Franzoni, L'interprete del diritto nell'economia globalizzata, in Contratto ed impresa, 2010, pagg. 366 e ss.

7 Si veda Trib. Torino 26 febbraio 2013 in Danno e resp., 2013 pag.373 e ss. e Trib. Varese, 26.11.2012, Danno e resp. 2013, pag. 375 e ss.; Trib. Enna, 18 maggio 2013 n.252, in Danno e resp., 2014, pag. 74 e ss.; Trib. Milano 14 giugno 2014 e Trib. Milano 17 luglio 2014, in Danno e resp., 2015 pag. 47 e ss.

8 Cass. Sez. Unite n. 26973/2008 riscontra "il dubbio fondamento dogmatico" della tesi del cumulo delle azioni contrattuale ed extracontrattuale.

Infatti, il testo approvato dal Governo faceva riferimento agli artt. 2236 e 1176 c.c. legittimando così la ricostruzione dogmatica secondo la prospettiva dell'adempimento dell'obbligazione di fonte contrattuale o da contatto sociale. Tale norma sembrava inserirsi pienamente nel sistema dell'obbligazione dell'esercente della professione sanitaria precisando che le linee guida, quali regole tecniche consolidate ⁽⁹⁾, certamente costituiscono un momento rilevante nella valutazione dell'operato professionale del medico.

La forte curvatura penalistica del testo approvato dalla legge di conversione – tale da rendere la normativa di dubbia costituzionalità ex art. 77 secondo comma Costituzione - ha tolto ogni senso di leggerezza alla norma, rendendo certamente più ardua l'interpretazione dell'intero comma, soprattutto nelle parti che si rivolgono alla disciplina del risarcimento del danno.

L'intervento legislativo ha fortemente inciso sotto il profilo penalistico attribuendo alla colpa lieve l'inedita veste di esimente nella commissione del reato ⁽¹⁰⁾. La nuova legge ha ristretto per l'esercente della professione sanitaria l'area di rilevanza penale della condotta: nel caso in cui egli si sia attenuto a linee guida ed a buone prassi accreditate dalla comunità scientifica, risponde della sua erronea condotta solo in caso di colpa non lieve. E' del tutto evidente che il legislatore abbia inteso ridurre l'impatto operativo di quell'orientamento giurisprudenziale consolidato secondo il quale : *“ il medico non è tenuto al rispetto delle linee guida, nell'ipotesi che esse contrastino con le esigenze di cura del paziente. Il sanitario, quindi, non può andare esente da colpa lieve ove se ne lasci condizionare, rinunciando al proprio compito, degradando la propria professionalità e svolgendo la propria missione in modo acritico “* ⁽¹¹⁾

Indubbiamente, le norme che introducono la disciplina del risarcimento del danno (secondo e terzo periodo) devono essere lette “in stretta correlazione” con quella contenuta nel primo periodo al quale espressamente si collega in virtù dell'incipit “in tali casi”. Tale stretta connessione ha due risvolti ermeneutici: 1) la disciplina prevista dall'art. 3 primo comma d.l. 158/2012, come modificato dalla legge di conversione, si riferisce ad un caso ben particolare di responsabilità dell'esercente la professione sanitaria. Dunque, la norma in questione se non è proprio da

9 Come ha precisato la Corte di Cassazione penale nella sentenza n. 18430/2013 in De Iure: “in tema di responsabilità medica, le linee guida previste dall'art.3 d.l. 13 settembre 2012 n.158 consistono in raccomandazioni di comportamento clinico sviluppate attraverso un processo sistematico di elaborazione per coadiuvare medici e pazienti nel decidere quali siano le modalità di assistenza più appropriate in specifiche circostanze cliniche”.

10 Si veda Cass. Sezione Penale n. 16237/2013 e successivamente Cass. Sezione Penale n.276/2013

11 Così Cass. Pen. 23.11.2010 n. 8254 in resp. civ. e prev., 2011, 1662 e successivamente Cass. Pen. 11.7.2012 n., 35922 in “Archivio De Jure”

considerarsi residuale è comunque diretta ad applicarsi solo nell'ipotesi nella quale al Parlamento la condanna del medico in sede penale per colpa lieve è sembrata eccessiva e cioè solo quando sia stata accompagnata da una, sia pur ossequiosa, osservanza di una linea guida accreditata dalla comunità scientifica; 2) l'area di non punibilità penale prevista dal primo periodo del comma in questione introduce una possibile turbolenza nel contesto risarcitorio, prontamente risolta dal legislatore con il secondo periodo dello stesso comma che stabilisce che la previsione dell'inedita esimente penale non deve riflettersi sul piano risarcitorio. Infatti, il legislatore ha affermato che "in tali casi", rimane fermo l'obbligo risarcitorio di cui all'art. 2043 c.c..

In tale ottica, il richiamo all'art. 2043 c.c. ha un primo significato ermeneutico; infatti, l'art. 2043 c.c. sviluppa quale criterio d'imputazione la colpa tout court senza dare rilevanza a sue possibili graduazioni ⁽¹²⁾. Dunque, anche laddove il fatto non costituisca più reato, permane l'obbligo risarcitorio: la colpa lieve – associata al rispetto delle linee guida – esenta dalla pena ma non dall'obbligo risarcitorio.

Non si può pertanto aderire a quella giurisprudenza ⁽¹³⁾ che afferma che il richiamo all'art. 2043 c.c. è limitato all'individuazione di un obbligo senza alcuna indicazione in merito al criterio da applicare nell'accertamento della responsabilità risarcitoria. Tale tesi ha l'evidente intento conservativo dell'attuale costruzione del diritto vivente in materia di responsabilità medica ⁽¹⁴⁾ ma si scontra con la lettera della legge. In primo luogo, va rilevato che è proprio dal riferimento all'art. 2043 c.c. – ed, in

12 Da questo punto di vista ritengo pertanto di aderire a quanto argomentato dalla ordinanza n. 8940 del 17.4.2014 della Corte di Cassazione, in *De Iure*. Non condivido invece l'affermazione della Suprema Corte per la quale la nuova norma non avrebbe introdotto delle innovazioni in materia. A mio avviso, la nuova norma impone la riproposizione della discussa tesi del cumulo delle fonti delle obbligazioni ed introduce un'importante nuova norma sul quantum dell'obbligazione che, come vedremo, testimonia come l'istituto della gestione di affari altrui sia idoneo a regolare il fatto in esame nell'ora attuale. Si pronunciano chiaramente nel senso dell'operatività del "generale principio della cumulabilità" dell'azione extracontrattuale con quella da contatto sociale ad esempio: Trib. Brindisi, 18 luglio 2014, in *Danno e resp.*, 2015, pag.56 e ss; Trib. Milano, 18.11.2014 sopra cit.; Trib. Caltanissetta, 1.7.2013, sopra cit..

13 Trib. Arezzo, 14.2.2013 in *Danno e resp.*, 2013, 367 e ss. Pur aderendo alla tesi della non innovazione del precedente sistema giuridico, più correttamente, il Tribunale di Firenze, nella sentenza del 12.2.2014, sopra cit, rileva che: " il richiamo all'art. 2043 c.c. nel comma 1 dell'art.3 della legge 189/2012 non è un richiamo al risarcimento del danno in senso lato, ma un richiamo alla fonte extracontrattuale per le ipotesi che dovessero presentarsi non collocabili dentro la dinamica del negozio giuridico". Quando l'autore di detta sentenza si fa dottrina ben evidenzia, facendo espresso riferimento a Cass. n. 21255/2013, come la fonte aquiliana possa aprire proficuamente il proprio ombrello di tutela negli angoli bui creati dalla "debolezza" dell'azione contrattuale. Si veda L. Minniti, *La natura della responsabilità civile del medico che cura all'interno di strutture pubbliche*, in *Ridare*, sopra cit.. Si veda poi infra nel testo

particolare, dall'ampiezza dell'elemento soggettivo della condotta dell'autore del fatto, prevista dalla norma generale in tema di fatto illecito – che si può cogliere appieno la conferma della rilevanza della colpa lieve sul piano risarcitorio anche nella fattispecie normativa dettata dal nuovo testo di legge. In secondo luogo, tale tesi espunge dalla norma indagata la locuzione “di cui all'art. 2043 c.c.” spezzando così il legame tra la fonte dell'obbligazione aquiliana, richiamata dal legislatore, e l'effetto risarcitorio. Tale percorso interpretativo assolutizza il rimedio per poi riancorarlo al diritto vivente rappresentato, per il medico ospedaliero, dalla fonte atipica dell'obbligazione senza prestazione sulla quale il nuovo provvedimento legislativo non ha proferito verbo.

Al contempo, la stessa argomentazione ora svolta impedisce all'interprete di aderire alle tesi, ancora di più disinvolte, che gettano alle ortiche ⁽¹⁵⁾ il pregresso diritto vigente. Ora, non si vede perchè dal solo fatto che il legislatore abbia voluto confermare un ambito di operatività all'art. 2043 c.c., si debba decretare l'eliminazione, dal proscenio regolativo del fatto indagato, delle altre fonti delle obbligazioni.

La prima tesi citata pone in esponente il rimedio, quella ora criticata assolutizza la fonte richiamata dal legislatore peraltro all'interno di una casistica certo limitata: se il medico convenuto non ha rispettato le linee guida non si potrà certo appellare ad esse per ottenere la più favorevole per lui disciplina contenuta nel nuovo provvedimento legislativo.

Da questo punto di vista, il richiamo all'art. 2043 c.c. può essere letto dal civilista come un'affermazione legislativa dell'operatività in materia del cumulo delle fonti delle obbligazioni dopo che le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, nelle sentenze di San Martino 2008, ne avevano messo in forte discussione il fondamento dogmatico.

2. In tale ottica di sistema, pur rimanendo fedeli ad un sistema pluralistico delle fonti delle obbligazioni, è indiscutibile che da tempo il contratto sia diventato istituto centrale nella soddisfazione di interessi non patrimoniali della persona. Pur nella sua astrattezza e generalità, la stessa previsione codicistica del contratto di prestazione d'opera intellettuale dimostra l'introduzione della salute nella logica del rapporto obbligatorio. Tale tipo codicistico attesta, ben oltre la dogmatica dottrina dell'obbligo di protezione, che la fonte contrattuale ha uno statuto ed una pluralità di

14 Da tempo attenta dottrina (S. Rodotà, *il tempo delle clausole generali*, riv. crit. dir. priv., 1987, pag. 717) ha svolto ampie critiche al paradigma “del present omnitemporal” ovvero a quel metodo che iberna gli istituti giuridici; in tal modo, s'introduce un'eccessiva rigidità che impedisce al sistema giuridico di riposizionarsi alla luce delle nuove dinamiche sociali. In realtà, tale metodo compromette l'ordine distanziando la forma giuridica dalla realtà. La discontinuità non va negata ma va governata dall'interprete utilizzando ad esempio le clausole generali oppure cogliendo nuova linfa vitale dalla nuova normazione c.d. speciale.

15 Così testualmente Trib. Torino, 26.2.2013 si veda nota n.3

rimedi consoni al fatto da regolare e funzionali alla tutela dei diritti fondamentali. In primo luogo, si ricordi che, in presenza di una concezione moderna della scienza medica, l'obbligazione contrattuale può sviluppare una logica pretensiva, tesa alla guarigione del paziente o comunque ad un miglioramento del suo stato di salute, che né la fonte aquiliana né, a mio avviso, la teorica degli obblighi di protezione (dentro e fuori dal contratto) ⁽¹⁶⁾ sono in grado di assecondare ⁽¹⁷⁾.

Al di fuori della fonte contrattuale, tale logica pretensiva è assicurata dall'istituto della gestione di affari altrui. Ebbene, in altra sede ⁽¹⁸⁾ abbiamo dimostrato che la prestazione resa dal medico ospedaliero contiene gli elementi costitutivi di tale storica fonte delle obbligazioni. In effetti, il medico opera consapevolmente nell'interesse del paziente cercando di curarne la malattia per la quale si è ricoverato. Siamo in presenza di un'ingerenza altruistica nella sfera giuridica del paziente. Mentre la fonte aquiliana si incentra sul danno, modellando su di esso l'obbligazione a carico dell'autore dell'illecito, l'obbligazione gestoria impone al gestore di continuare l'operazione intrapresa nell'altrui interesse. Mentre l'obbligazione risarcitoria ha la funzione di rimuovere le conseguenze provocate dalla lesione subita dal danneggiato, l'obbligazione gestoria trova il proprio contenuto nell'affare, e, dunque, la sua funzione nel perseguimento di quelle aspettative che il fatto gestorio ha introdotto nella sfera giuridica dell'interessato e cioè, nel caso di specie, la cura della malattia.

Il terzo periodo del primo comma dell'art. 3 del d.l. 158/2012 – stranamente poco valorizzato dalle molteplici indagini svolte sul tema -, collima perfettamente con la disciplina dell'obbligazione gestoria; tale norma stabilisce, infatti, che il Giudice, anche nella determinazione del risarcimento, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo comma. L'adesione, sia pure colpevolmente acritica, non esclude la responsabilità ma viene ad operare sulla quantificazione del danno ⁽¹⁹⁾.

16 La dottrina fautrice dell'obbligazione senza prestazione e la giurisprudenza sembrano tra loro divergere sulla possibilità di utilizzare questa figura dogmatica nei casi di mancato miglioramento della salute del paziente dall'esecuzione della prestazione sanitaria: si veda oltre alla capostipite Cass. N.589/1999 in Nuova Giur. Comm., 2000, I, 334 con nota di Thiene, soprattutto la successiva sentenza della Suprema Corte n. 8826/2007 in resp. civ. e prev., 2007, 1824 con nota di Gorgoni.

17 Inoltre, il contratto si può arricchire, per volontà delle parti, di forme di garanzia del risultato che portano la tutela del paziente addirittura oltre la figura dell'obbligazione.

18 Si veda il saggio indicato nella nota n.1

19 Pare condividere questa lettura il Tribunale di Cremona nella interessante sentenza del 1.10.2013, in Danno e Resp, 2014, pag. 633 e ss.. con commento di L. Mattina. Secondo il detto Tribunale: "proprio la discrezionalità sembra essere l'oggetto finale e ultimo delle attenzioni del decreto Balduzzi: si vuole che il medico si attenga alle linee guida ma non si vuole negare il carattere eminentemente intellettuale della professione sanitaria, in relazione al fatto che poi, al di là delle classi, ogni individuo è diverso dall'altro, e qui entra in gioco l'esperienza ed il contenuto della prestazione

L'incremento divulgativo – ormai a livello planetario – dei risultati della ricerca medica massimizza il dibattito scientifico che i protocolli terapeutici, solo in parte e spesso in ritardo, recepiscono. In tal modo, il livello d'indiscutibilità del dato scientifico si riduce dando spesso al medico una vasta e variegata gamma di proposte terapeutiche da sottoporre al paziente. In tal modo, si combattono scelte unilaterali ex parte debitoris di medicina c.d. difensiva che ricorrono quando ad esempio viene a priori prescelta l'alternativa terapeutica più semplice da un punto di vista tecnico ma più invalidante dal punto di vista del corpo del paziente. In tal modo, si riesce ad arricchire lo statuto normativo dell'obbligazione dei caratteri emergenti dell'attuale fenomenologia nella cura del paziente ed espressione di valori costituzionali quali quelli di autodeterminazione e di dignità del valore uomo. L'osservanza acritica di linee guida ⁽²⁰⁾, ad esempio superate dalle nuove tecniche messe a disposizione della scienza medica, non esclude la responsabilità del sanitario ma riduce il quantum del risarcimento a suo carico. Tale condotta rappresenta, ora per espressa volontà legislativa, una di quelle circostanze che possono moderare, ex art. 2030 c.c., il risarcimento dei danni ai quali sarebbe tenuto il gestore per effetto della sua colpa lieve.

medica, essendo rimesso al sanitario valutare le specificità del caso concreto o le variabili che possono presentarsi in corso d'opera e adottare gli accorgimenti di volta in volta più appropriati, muovendosi negli spazi lasciati liberi dalle linee guida e/o anche al di fuori di esse, se ciò sia consigliabile”. Però il Tribunale pare ridurre la questione sul piano dell'onere della prova. Infatti, secondo il Giudice cremonese: “ la norma in questione va ad impattare sul rischio delle cause ignote. Più in particolare essa comporta che, laddove si verifichi una complicanza, malgrado il rispetto delle linee guida, dovrà essere il danneggiato a provare che l'esito infausto dell'intervento è dipeso dal fatto che, in presenza di certe specificità del caso concreto, avrebbe dovuto discostarsi dalle linee guida e operare diversamente “. Invero, in assenza di una specifica norma in tal senso, non si vede perchè proprio laddove la questione sia più complicata dalle specificità del caso concreto e maggiore sia la discrezionalità del sanitario, l'onere della prova debba gravare sul paziente che certo ha minori possibilità di allegazione e prova del fatto rispetto al professionista, anche in ragione del principio di vicinanza alla prova. Una volta riconosciuto che il paziente ha agito in via contrattuale o quasi contrattuale, non vi è ragione di modificare il relativo regime probatorio. Inoltre, se si parte dal presupposto che il richiamo legislativo all'art. 2043 c.c., come pare opinare il Tribunale cremonese, non sposti il “titolo della responsabilità”, non si capisce da dove si ricavi l'inversione dell'onere della prova. Invero, la parte finale del comma 1 dell'art. 3 del decreto Balduzzi afferisce al quantum del risarcimento e non all'onere della prova.

- 20 Ovviamente, il tema in questione non è affrontato solo in Italia. Si pensi a tutti gli sforzi compiuti in Inghilterra (ed in tutta l'area del Commonwealth) per superare il cd. Bolam Test (si veda il caso Bolam / Friern Hospital Management Committee (1957) 1 WLR, 582) a partire almeno dal caso Bolitho / City and Hackney Health Authority (1998) Ac 232 (HL). Per Singapore, si veda il caso Gunapathy Muniandy / Dr. James Khoo and Two others. Per un primo approfondimento, M. Equizi, Profili comparatistici della responsabilità civile nel settore medico, pag. 406, in La responsabilità nei servizi sanitari, in Trattato diretto da M. Franzoni, Torino, 2011

La norma in esame dimostra, dunque, l'idoneità dell'istituto gestorio a disciplinare il fenomeno indagato, tanto che il legislatore ha inteso estendere – sia pure con riferimento ad una casistica ben limitata - anche alle altre fonti delle obbligazioni (ad esempio, al contratto tra il medico libero professionista ed il paziente) una regola – quella della moderazione del risarcimento – che fa parte dello statuto normativo gestorio, un vecchio arnese munito però di grande braccia ⁽²¹⁾. Nulla fa ritenere, nella lettura della norma inserita nella parte finale del comma 1 dell'art. 3 del d.l c.d Balduzzi, che la prevista riduzione del quantum del risarcimento operi o non operi a seconda della fonte dell'obbligazione in testa al medico (contrattuale, aquiliana, gestoria, o, se si vuole, da contatto sociale).

In sintesi, con il decreto Balduzzi il legislatore dimostra: 1) di voler allargare la via, già tracciata dalla giurisprudenza in tema di nesso di causalità ⁽²²⁾ e di violazione del principio del consenso informato ⁽²³⁾, del congedo della materia dal diritto penale il cui ambito di operatività si riduce, nel caso di osservanza di linea guida, anche con riferimento all'elemento soggettivo del reato ⁽²⁴⁾; 2) di disapprovare un sistema civilistico fondato esclusivamente sulla colpa grave quale criterio d'imputazione della fonte dell'obbligazione a carico dell'esercente la professione sanitaria; 3) di voler privilegiare, in un caso specifico, la moderazione del risarcimento mettendo così in esponente la fonte gestoria che prevede espressamente un simile effetto.

3. Inserita la nuova norma nel sistema civilistico, si ottiene con semplicità la risposta ad alcune tematiche emerse nella sua prima lettura.

Essendo la nuova norma, nella sua parte finale, espressione di una fonte generale di obbligazione, e cioè della gestione di affari altrui, la questione di diritto intertemporale di applicabilità della nuova norma alle cause in corso si stempera alquanto. Ai fatti avvenuti prima della sua entrata in vigore che già rientravano nell'area di operatività della gestione di affari altrui, il Giudice potrà applicare l'art. 2030 c.c. e così moderare il risarcimento del danno assicurando una continuità temporale all'ordinamento. Viceversa, rispetto al caso in cui il fatto sia soggetto ad

21 Questa nuova norma “si inserisce in una più ampia linea di tendenza diretta ad una più intensa delimitazione delle conseguenze risarcibili, al fine di diminuire l'area del quantum risarcibile”. Così, V. Carbone, op cit,

22 Si veda l'allontanamento dal principio espresso dalle Sezioni Unite Penali nel caso Franzese (sentenza 10 luglio 2002 n.30328), operato tra le tante da Cass. N. 2169/2007, Cass. Sezioni Unite n. 581/2008, Cass. N.10741/2009, Cass. N. 22837/2010; Cass. N. 1296/2011; Cass. 13214/2012: dall'oltre ragionevole dubbio al più probabile che non.

23 Si veda Cass. Sezioni Unite Penali n. 2437/2008 che stabilisce l'irrelevanza penale della violazione della regola del consenso informato in caso di esito fausto dell'intervento chirurgico.

24 Sul versante penalistico si veda ad esempio F. Centonze, La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale, Milano, 2004

altra fonte (ad esempio, al contratto d'opera intellettuale stipulato tra il medico libero professionista ed il paziente), l'art. 3 d.l. n. 158/2012 rappresenta una norma innovativa che limita, agendo sul fatto costitutivo della fonte, l'applicazione dei criteri generali di quantificazione del danno; dunque, in forza del principio generale previsto dall'art. 11 delle preleggi al c.c., in tali casi la nuova norma non può che disporre per l'avvenire creando una discontinuità di disciplina in ragione della rilevanza attribuita alla colpa lieve. Il primo comma dell'art. 3 del d.l. n. 158/2012 è speciale nel senso di settoriale in quanto va a disciplinare, peraltro solo nello specifico tema dell'osservanza delle linee guida, l'obbligazione dell'esercente dell'attività sanitaria ma non è speciale per quanto riguarda le rationes che vi albergano; infatti, la norma asseconda un processo di ricombinazione delle fonti di diritto generale che vede trionfare la logica gestoria decretando d'imperio l'estensione, dalla fonte privilegiata alle altre fonti presenti nel contesto della c.d. responsabilità sanitaria, della regola di moderazione del risarcimento del danno, sia pure in un caso ben delimitato.

Il concorso di fonti ⁽²⁵⁾, se ben inserito in una condivisa teoria generale delle obbligazioni, rappresenta una risorsa del sistema che si ristrutturava a seconda delle turbolenze ambientali ed in particolare degli inputs assiologici provenienti dalle norme di rango costituzionale.

In questa corretta logica di sistema, si deve seguire il dato letterale della nuova norma – che parla di esercenti la professione sanitaria - nel ritenere che l'area soggettiva di sua applicazione non si estenda alle strutture sanitarie. Per queste ultime, la rilevanza del profilo organizzativo del servizio e della gestione del rischio clinico pare assecondare un'autonoma parabola risarcitoria che si riflette su una diversa strutturazione delle fonti che non può essere certo questa la sede per poterne procedere al necessario approfondimento. Lo stesso, pur vacuo, art 3 bis del d.l. 158/2012, introdotto dalla legge di conversione, pare confermare che per le Aziende Sanitarie (nulla si dice per le case di cura private) prevalga la logica della corretta gestione del rischio (nel caso, clinico) che mette in campo, secondo una storiografia giuridica ormai più che centenaria, altre logiche

25 Sul tema ogni riferimento bibliografico sarebbe insufficiente. Comunque, si veda ad esempio U. Breccia, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, pag. 670 e ss. che individua nel “concorso o cumulo delle responsabilità una tipica creazione giurisprudenziale che sarebbe del tutto vano giustificare in termini dogmatici” ed una tecnica “diretta alla massima tutela possibile per tutti i danneggiati, soprattutto quando sia compromessa l'integrità fisica della persona quale sia il fatto generatore della responsabilità”. C. Castronovo, *Le due specie della responsabilità civile ed il problema del concorso*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, pag. 69 e ss.; P.G. Monateri, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (Analisi comparata di un problema)*, Padova, 1989

che hanno frammentato ⁽²⁶⁾ la tutela civilistica così governando l'incremento di complessità del reale ⁽²⁷⁾.

La verità è che nel primo comma dell'art. 3 del d.l. Balduzzi, l'attenzione del legislatore è tutta concentrata sul profilo dell'esercente la professione sanitaria (si pensi alla previsione della colpa lieve come esimente penale per l'imputato) e pare principalmente diretta, sul piano civilistico, a ridurre l'impatto sulla classe medica ospedaliera dell'incombente rischio d'insolvenza delle strutture sanitarie ⁽²⁸⁾ che vivono la fuga da questo mercato delle Compagnie di assicurazioni o che ritengono esse stesse – vedremo fra qualche anno con quale lungimiranza - di poterne fare a meno ⁽²⁹⁾. In tale ottica, la recentissima norma ⁽³⁰⁾ che ha introdotto l'obbligatorietà dell'assicurazione per le strutture sanitarie, l'istituendo fondo di garanzia previsto dal comma secondo dell'art. 3 dello stesso d.l. Balduzzi e la precedente previsione legislativa ⁽³¹⁾ – la cui operatività ai medici pubblici dipendenti è stata resa peraltro quanto meno dubbia dalla modifica apportata al quarto comma dell'art. 3 d.l. Balduzzi dall'art. 27 del d.l. n. 190/2014 ⁽³²⁾ - dell'obbligo per tutti i professionisti di stipulare polizza assicurativa sono tutti dispositivi tesi in primo luogo a salvare il medico, incorso in colpa grave, dalla responsabilità erariale. La polizza assicurativa in passato stipulata, per conto del medico dipendente, dall'Ente di appartenenza, anche per tale caso, escludeva in radice tale imputazione di responsabilità ⁽³³⁾, avendo eliminato ogni profilo di danno

26 Assai utile è la lettura del profilo storico tracciato da G. Cazzetta, *Responsabilità aquilana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865 – 1914)*, Milano.

27 Per una ricostruzione dogmatica che valorizza il profilo organizzativo della struttura sanitaria e crea un doppio binario di tutela in favore del paziente veda R. De Matteis, *Responsabilità e servizi sanitari Modelli e funzioni*, Milano, 2007 spec. pagg. 196 e ss.

28 In questo senso chiaramente, Trib. Enna, 18 maggio 2013 n.252, in *Danno e resp.*, 2014, pag. 74 e ss. con commento di D. Zorzit

29 Va ricordata, sia pure nei limiti di questo studio, la Direttiva n 2011/24 Ue del Parlamento Europeo e del Consiglio del 9.3.2011, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera. L'art. 4 punto d) di tale Direttiva prevede che lo Stato membro di cura garantisce che per le cure prestate sul proprio territorio esistano sistemi di assicurazione di responsabilità professionale o garanzie o analoghi meccanismi che siano equivalenti o essenzialmente comparabili quanto a finalità e che siano commisurati alla natura ed alla finalità del rischio.

30 Si veda l'art. 27 comma 1 bis d.l. n.90/2014 a seguito della conversione in legge del detto d.l. da parte della legge 11 agosto 2014 n.114.

31 Si veda l'art. 3 comma quinto lett. E) e comma 5.1. del D.L. n.138/2011 e l'art. 5 del D.P.R. n.137/2012.

32 Sull'intricatissimo tema si veda M. Hazan e D.Zorzit, *I nuovi obblighi assicurativi in sanità del decreto legge n.90/2014*, in *Ridare* dell'8.10.2014.

33 Ed infatti, l'ultimo periodo del quarto comma dell'art. 3 del decreto legge Balduzzi a seguito della sua conversione in legge prevede che “resta comunque esclusa a carico degli enti del servizio sanitario nazionale ogni copertura assicurativa della responsabilità civile ulteriore rispetto a quella prevista, per il relativo personale, dalla normativa contrattuale vigente”.

pubblico “di rimbalzo”. In secondo luogo, il terzo periodo del primo comma dell’art. 3 del d.l. Balduzzi modera il risarcimento in caso di colpa lieve limitando così l’esposizione debitoria del medico (e dell’istituendo fondo di garanzia o della compagnia assicurativa individualmente prescelta dal professionista), sia pure nel solo caso del rispetto delle linee guida⁽³⁴⁾. In tal modo, qualora l’Ente pubblico di appartenenza – che, per contratto collettivo⁽³⁵⁾, al di fuori della colpa grave e del dolo, deve subire il peso economico del risarcimento dovuto ai danneggiati - sia insolvente o comunque ritardi il pagamento del risarcimento alle vittime dell’errore professionale, il medico (e per lui il fondo di garanzia o la sua compagnia assicurativa) dovrà far fronte ad un minor esborso, salva la rivalsa nei confronti del suo datore di lavoro.

4. Senza alcuna pretesa di poter esaurire l’argomento in questa sede, il senso del richiamo legislativo, contenuto nel decreto Balduzzi nel testo post legem di conversione, all’art. 2043 c.c., potrebbe essere variamente utilizzato dalle dottrine che si contendono attualmente il campo in tema di danno non patrimoniale da inadempimento⁽³⁶⁾. D’altronde, è noto che il diritto secondo “mette in gioco il diritto primo perché chiarisca se stesso, con ciò contribuendo alla maturazione complessiva del sistema”⁽³⁷⁾. In un caso poi come quello in esame, dove in un contesto esclusivamente “contrattuale”, almeno secondo l’ultimo diritto vivente, viene proprio richiamata dal legislatore la norma che incardina il *neminem laedere* nel nostro ordinamento, una simile indagine si fa ancora più intrigante.

Ad esempio, la dottrina che persegue il ravvicinamento delle fonti delle obbligazioni⁽³⁸⁾, anche ma non solo in ragione del valore fondamentale e pervasivo della persona umana, potrebbe trovare dal richiamo all’art. 2043

34 Nello stesso senso normativo delimitativo del risarcimento, si pone il comma terzo dello stesso articolo che stabilisce che il risarcimento del danno va determinato sulla base delle tabelle ministeriali di cui agli artt. 138 e 139 Codice delle assicurazioni. E’ noto che le tabelle ministeriali per le macropermanenti non sono state ad oggi approvate e che le tabelle per le micropermanenti consentono risarcimenti per somme inferiori alle tabelle dettate dal Tribunale di Milano, dotate dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione di valore paranormativo (Cass. 7.6.2011 n.12408/2011 in *Danno e resp.*, 2011, 939 con note di Hazan e Ponzanelli).

35 Si veda l’art.21 del CCNL della I Dirigenza medica e veterinaria del SSN (3 novembre 2005) . Tale articolo prevede che: “ le aziende garantiscano un’adeguata copertura assicurativa della responsabilità civile di tutti i dirigenti della presente area relativamente alla loro attività, ivi compresa la libera professione intramuraria, senza diritto di rivalsa, salve le ipotesi di dolo e colpa grave”

36 Per un primo orientamento si vedano i contributi del dibattito a cura di F. Macario e C. Scognamiglio, *Sul danno non patrimoniale contrattuale* pubblicati in *I contratti*, 2010, pag. 701 e ss.

37 C. Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema, Europa e dir. priv.*, 2006, pag. 404”.

38 Si veda ad esempio N. Lipari, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: il ruolo limitativo delle categorie concettuali*, in *I Contratti*, 2010, pag. 70 4 e ss.

c.c. contenuto nel primo comma dell'art. 3 del d.l. Balduzzi (nel testo dettato dalla legge di conversione) ampia conferma alle sue tesi: anche se il fatto non costituisce più reato, il valore costituzionale della salute consente la piena risarcibilità del danno non patrimoniale secondo la lettura, ormai ampiamente consolidata, data oltre dieci anni or sono dalla Corte di Cassazione e dalla Corte Costituzionale all'art. 2059 c.c.. In questo senso, il fatto che il decreto Balduzzi stabilisca che “ rimane fermo l'obbligo risarcitorio di cui all'art. 2043 c.c.” dimostra l'ampia plausibilità del senso ermeneutico così ricostruito. Si avrebbe, in definitiva, una conferma legislativa di quella vis espansiva dell'art. 2059 c.c. che affiora, sia pure in modo contraddittorio, dalle sentenze rese dalla Sezioni Unite della Corte di Cassazione a San Martino 2008 quando esse affrontano, appunto, il tema del risarcimento del danno non patrimoniale nei c.d. contratti di protezione.

Anche la dottrina negazionista ⁽³⁹⁾ del risarcimento del danno non patrimoniale da fonte contrattuale potrebbe però “cantar vittoria”. Il richiamo all'art. 2043 c.c. e non all'art. 1218 c.c. si potrebbe giustificare proprio in ragione della riconosciuta inidoneità della fonte contrattuale o quasi contrattuale a risarcire il danno non patrimoniale; da qui, nascerebbe la necessità “di chiamare in causa” la fonte aquiliana in una sorta di riproposizione della tesi, almeno in tema di contratti di protezione, del cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Seguendo anche le indicazioni che ci provengono dal diritto comunitario e dal diritto europeo diamo pure per ammesso il principio del risarcimento del danno non patrimoniale per violazione del contratto, anche senza fare ricorso alla stampella dell'art. 2059 c.c.; ora, quale che sia l'argomentazione che si intenda seguire per giungere a tale risultato interpretativo, occorrerà fare sempre i conti con l'art. 1225 c.c.. Questa norma va presa sul serio ⁽⁴⁰⁾ e trova, nell'interpretazione maggioritaria, applicazione alla sola responsabilità contrattuale (non dolosa). Mentre nell'art. 2059 c.c. il dispositivo selettivo di risarcibilità del danno non patrimoniale sta nella sua tipicità, sia pure ora allargata, e nella gravità dell'offesa, nella fonte contrattuale analoga funzione delimitativa è svolta dal requisito della prevedibilità. Come i critici delle sentenze di San Martino 2008 hanno evidenziato, i percorsi interpretativi adottati dalla Suprema Corte di ammissibilità del danno non patrimoniale da

39 Si veda ad esempio tra le posizioni più nette D. Messinetti, Considerazioni sul danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale, riv. dir.civ, 2012 pagg. 333 e ss.

40 In sostanza, l'art. 1225 c.c. è espressione della “logica del contratto e del mercato che come la logica proprietaria, implica che il sistema della produzione e circolazione della ricchezza si sviluppi secondo una logica del tutto autonoma dai bisogni sociali ed individuali. ... Ciascuno non sa, nè deve sapere, cosa l'altro produca e desideri” . Così P. Barcellona con la collaborazione di C. Camardi, Diritto privato e società moderna, Napoli, 1996, pag. 374 e ss.. e più ampiamente C. Camardi, Economie individuali e connessione contrattuale, Milano, 1997

inadempimento contrattuale fondati l'uno sulla vis espansiva dell'art. 2059 c.c. e l'altro, più dogmaticamente convincente, interno alla fonte contrattuale, possono portare a soluzioni diverse tra loro in punto di determinazione dell'area di risarcibilità. Infatti, si potrebbe astrattamente ravvisare, sotto il limitato profilo che in questa sede interessa, un danno non prevedibile ma che nasca da una violazione di un interesse costituzionalmente protetto; se così fosse, allora il richiamo del d.l. Balduzzi all'art. 2043 c.c. potrebbe essere inteso nel senso che il legislatore abbia voluto assicurare al paziente (ed ai danneggiati di rimbalzo) un maggiore spettro di risarcibilità di quello che gli sarebbe spettato da una rigorosa lettura esclusivamente contrattuale o gestoria del fatto. La questione, in realtà, pare porsi soprattutto al di fuori ⁽⁴¹⁾ della lesione della salute. Mentre del danno biologico è, infatti, possibile strutturare, tramite il contributo della scienza medico – legale, una forma di oggettivizzazione del valore economico - sociale del bene tutelato, il danno morale attiene “alle condizioni soggettive della persona” (art. 138 e 139 Codice Assicurazione): il danno morale colpisce l'anima della persona; è il lato oscuro ma spesso pesantissimo del danno non patrimoniale. Esaminato nella logica contrattuale classica, il danno attinente alle condizioni soggettive (si pensi all'anziano che vive solo ⁽⁴²⁾) del creditore, salva la prova di una loro specifica introiezione nel regolamento negoziale, sarebbe imprevedibile rimanendo al di fuori del rischio specifico contrattuale delineato dalle parti al momento della nascita dell'obbligazione. In questa logica – che, ripeto, non è quella seguita dal decreto Balduzzi - ad esempio, il medico ospedaliero potrebbe non essere tenuto a risarcire il paziente del forte stress emotivo derivatogli dal fatto di non poter assistere personalmente il figlio disabile per tutto il tempo necessario ad un nuovo ricovero ospedaliero finalizzato a curare la malattia che il pregresso errato intervento chirurgico gli aveva procurato ⁽⁴³⁾,

41 Ma non si può escludere del tutto: si pensi al caso dell'errore medico che cagioni un malattia della quale, al momento della prestazione medica, si conoscano solo alcuni degli effetti invalidanti ad essa conseguenti. Ai sensi dell'art. 1225 c.c., il medico non dovrebbe rispondere di quegli effetti invalidanti dei quali solo successivamente all'esecuzione della prestazione la scienza medica abbia scoperto la riconducibilità alla malattia causata dalla malpractice medica.

42 Si veda Cass. 6.6.2008 n. 15029 in resp. civ. e prev. 2008, 2241 con nota di D. Chindemi, Il danno alla persona in soggetto anziano, in resp. civ. e prev., 2009 pag. 325 e ss. Il dolore vissuto in solitudine è certo maggiore di quello sofferto da chi è inserito in una rete di solide relazioni socio-familiari.

43 Il problema individuato si pone in tutta la sua complessità anche nel caso di violazione della regola del consenso informato, allorché l'operazione chirurgica sia riuscita perfettamente. Poniamo che il paziente venga sottoposto ad un trattamento sanitario al quale, se gli fosse stato rappresentato correttamente, egli avrebbe negato il proprio consenso in ragione di una sua particolare filosofia di vita. Nel caso ora prospettato il danno non patrimoniale, conseguente alla violazione del principio di

In una logica aquiliana, il dispositivo selettivo si sposta sulla gravità dell'offesa e sulla lesione dell'interesse costituzionalmente protetto. Sul piano dei rimedi, il senso ermeneutico da attribuirsi al richiamo all'art. 2043 c.c. da parte del d.l. n. 158/2012 sta, a mio avviso, proprio qui: l'art. 1225 c.c. viene affossato ⁽⁴⁴⁾ e sostituito dalla vis espansiva della regola aquiliana in tema di danno non patrimoniale ⁽⁴⁵⁾.

La forte retorica dei diritti fondamentali ⁽⁴⁶⁾, dopo aver permeato di sé l'art.2059 c.c., slargandone i confini, sta sferrando l'attacco vincente anche alla cittadella del contratto. Niente è più come prima. Si sta verificando un'inarrestabile dissoluzione dei meccanismi selettivi del risarcimento del danno, che si riflette sulla stessa teoria generale delle obbligazioni.

Il percorso della nostra indagine conferma che il sistema di tutela dei diritti fondamentali è sempre di più nelle mani dei Giudici ⁽⁴⁷⁾ e sta

autodeterminazione della persona, era prevedibile? L'obbligazione del medico – nell'ipotesi prospettata, rimasta inadempita - è quella di informare il paziente sulla proposta terapeutica e di compiere una pur attenta e completa anamnesi del paziente ma non di informarsi sui suoi principi religiosi o etici. Nella logica contrattuale il danno non patrimoniale per violazione di una propria particolare filosofia di vita non è prevedibile ex art.1225 c.c.; invece seguendo l'ottica dell'art. 2059 c.c., prescelta dal d.l. Balduzzi, il danno è risarcibile in quanto è conseguenza della lesione di un interesse costituzionalmente protetto (violazione del principio di autodeterminazione). C. Scognamiglio, Responsabilità precontrattuale e danno non patrimoniale, resp. civ. Prev., 2009, pag. 1450 e ss. riconduce la violazione del principio del consenso informato alla responsabilità precontrattuale e ritiene che in questa area – a differenza della responsabilità contrattuale – possa ancorarsi il danno non patrimoniale alla lesione di diritti costituzionalmente garantiti ed inviolabili. Sui rapporti tra danno non patrimoniale e violazione della regola del consenso informato si veda Cass. N.1511/2007 in resp. civ. e prev., 2007, pag. 2322 con nota di A Spangaro, Responsabilità medica e danno morale da contratto; Cass. N. 2847/2010 in Corr. Giur., 2010 pag. 1201 e ss. con nota di A. Di Majo, La responsabilità da violazione del consenso informato e in Danno e resp, 2010 pag. 694 con nota di R. Simone, Consenso informato e onere della prova; Cass. N. 16543/2011 in Danno e resp. 2012 pag. 621 con commento di V. Montani e da ultimo Cass. N. 11950/2013, in Archivio De Jure.

44 Evidenziano la riduzione dell'area di risarcibilità del danno, ex art. 1225 c.c., in ragione dell'attrazione dell'obbligazione del medico ospedaliero alla fonte contrattuale, S. Sciacca e S. Scorazzo, Nozione di danno e perimetro risarcitorio in tema di responsabilità medica, Danno e resp. 2010 pag.995 e ss.

45 Troverebbe pertanto conferma legislativa quella tesi che esclude che le conseguenze risarcitorie dell'inadempimento da parte del medico siano soggette all'art. 1225 c.c.. Il valore costituzionale degli interessi protetti e rientranti nell'obbligo primario di prestazione professionale fanno ritenere a questa dottrina che debba essere applicato il disposto dell'art. 2059 c.c.. In tal senso, M.R. Marella, Le conseguenze "non patrimoniali" dell'inadempimento Una tassonomia, in Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni, Napoli, spec. pag.196

46 Autorevole esponente di questa impostazione è V. Carbone, op. cit.,

47 Si vedano sul delicato e centrale tema le considerazioni di F.D. Busnelli, La "dottrina delle Corti" e il risarcimento del danno alla persona, in Danno e resp., 2014

rielaborando dalla base la teoria generale delle obbligazioni rompendo le sue perfette geometrie codicistiche. Se poi dietro o accanto alla retorica dei diritti fondamentali, ci sia, oltre che una forte crisi del principio della separazione dei poteri, una metamorfosi dell'individualismo proprietario in direzione edonistico - consumeristica sono molti a sostenerlo e già da tempo ⁽⁴⁸⁾.

E' però anche vero che, con il decreto Balduzzi, il formante legislativo conferma la risarcibilità del danno non patrimoniale, ed in particolare del danno morale, al di fuori della commissione del reato. La nuova norma pare dunque confermare quello che ⁽⁴⁹⁾ è stato ritenuto il punto più innovativo delle sentenze di San Martino 2008 e cioè che il tema della risarcibilità del danno non patrimoniale ha conquistato - come è avvenuto a livello di Codice in Germania con il nuovo paragrafo 253 BGB - la teoria generale delle obbligazioni.

pag. 461 e ss.. Utile il confronto sul punto tra le sentenze n. 10741/2009 in resp.civ. prev. 2009, pag. 2076 con nota di Gorgoni e n. 16754/2012 della Suprema Corte di Cassazione, in *Danno e resp.*, 2013, 139 con nota di Cacace e *ibidem*, 492 con nota di Mastroianni. Si veda anche quanto già osservato alla nota n. 6.

48 Certo, se si pensa da quali casi, specie di provenienza comunitaria, sia ripartita in questi ultimi anni la questione del risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento (si pensi al danno da vacanza rovinata), diventa difficile non condividere tale tesi.

49 Da M. Franzoni, *Il danno non patrimoniale nel diritto vigente*, in *Guida Commentata alle decisioni delle S.U.* 11.11.2008 n. 26972-3-4 e 5, pag. 220.