



MIRKO FACCIOLI

Ricercatore di diritto privato – Università di Verona

LA RESPONSABILITÀ SANITARIA FRA TRADIZIONE E RINNOVAMENTO

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *Il superamento del contatto sociale.* – 3. *L'obbligo di attenersi alle linee guida nel quadro della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato.* – 4. *La correlazione tra il rispetto delle linee guida e la quantificazione del danno risarcibile.* – 5. *Le clausole claims made nei contratti di assicurazione della responsabilità civile.* – 6. *Conclusioni.*

1. – Il recente avvento della disciplina contenuta nella c.d. Legge Gelli-Bianco¹ ha decisamente accentuato una delle caratteristiche più note della responsabilità civile sanitaria, vale a dire quella di costituire una materia che, pur nella sua specificità, impone di confrontarsi con questioni di portata più generale che la trascendono e finiscono per interessare snodi nevralgici della responsabilità civile nonché della teoria generale dell'obbligazione e del contratto².

Senza escludere che se ne possano individuare di ulteriori, sono (quantomeno) quattro i profili di emersione di questo fenomeno.

2. – Il più conosciuto punto d'intersezione tra la nuova disciplina della responsabilità sanitaria e le questioni generali di cui si è detto sopra si incontra nell'art. 7, comma 3 della Legge Gelli-Bianco, che riconducendo nell'alveo della responsabilità aquiliana la responsabilità del professionista sanitario che non operi «nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente» preclude in modo assai netto la possibilità di continuare ad utilizzare la teoria del contatto sociale³ al fine di attrarre al regime contrattuale la responsabilità da *malpractice* del

¹ L. 8 marzo 2017, n. 24, recante «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie».

² Per queste diffuse considerazioni v., fra i più recenti contributi in materia, E. QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 28; G. PALMA, *Vecchi problemi e nuove prospettive in tema di responsabilità medica*, in *Europa dir. priv.*, 2016, 913.

³ Ciò che l'anodino rinvio all'«obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile» precedentemente contenuto nell'art. 3, comma 1 della c.d. Legge Balduzzi (d.l. 13 settembre 2012, n. 158, recante «Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute», poi convertito con la l. 8 novembre 2012, n. 189) non era invece riuscito a fare, sollevando, anzi, un'estenuante discussione dottrinale e giurisprudenziale intorno alla natura della responsabilità del medico non direttamente contraente con il paziente: per una sintesi al riguardo, v. fra i tanti, C. SCOGNAMIGLIO, *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della l. n. 189/2012*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1988 ss.; F. SALESIA, *Dalla legge Balduzzi alla riforma Gelli*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, a cura di F. Gelli, M. Hazan e D. Zorzit, Giuffrè, 2017, 28 ss.

JUS CIVILE



medico che – operando, per esempio, come dipendente di una struttura sanitaria pubblica o privata – non abbia stipulato con il malato alcun negozio idoneo a far sorgere un’obbligazione di cura⁴.

Al di là delle perplessità sollevate dalla tecnica normativa utilizzata dal legislatore⁵ e dal dubbio «se sia legittima una “mutilazione” di questo genere, che ha portato alla “decontrattualizzazione” della responsabilità da contatto sociale»⁶, l’operazione intrapresa con la norma sopra richiamata non può non suscitare l’interrogativo in merito a quali possano essere le sorti future di quella elaborazione teorica in tutti gli altri numerosi ambiti, diversi da quello qui considerato, in cui la giurisprudenza ha ritenuto di farvi ricorso: ambiti che spaziano, per ricordarne solo alcuni, dalla responsabilità dell’insegnante per i danni cagionati dall’allunno a se stesso a quella del notaio verso l’istituto di credito mutuante in caso di visura eseguita in modo negligente su incarico dell’aspirante mutuatario, passando per la responsabilità del mediatore per violazione dell’obbligo d’informazione nei confronti delle parti *ex art. 1759 cod. civ.*⁷, la responsabilità della banca per aver consentito ad un soggetto non legittimato l’incasso di un assegno non trasferibile e quella di colui che abbia violato il dovere di correttezza previsto dall’art. 1337 cod. civ. con riguardo alla fase delle trattative contrattuali⁸.

⁴ A tale riguardo, coglie senz’altro nel segno chi ritiene che solamente facendo leva su «eccentrici vizi interpretativi» si potrebbe tentare di sostenere la contraria tesi secondo cui il contatto sociale sarebbe suscettibile di essere ancora invocato nonostante le «cristalline indicazioni» dell’art. 7, comma 3 della Legge Gelli-Bianco (sono parole di F. GELLI – M. HAZAN, *La riforma “Gelli”, principi ispiratori e coordinate di base*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, a cura di F. Gelli, M. Hazan e D. Zorzit, Giuffrè, 2017, 18; per analoghi rilievi, v. pure G. ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Gelli-Bianco*, in *Contr. impr.*, 2017, 732 s.).

⁵ Com’è stato evidenziato, «è invero obiettivamente a dir poco anomala la scelta del legislatore di qualificare esso stesso – nel segno, appunto, della sussumibilità nello schema dell’illecito aquiliano – una categoria di ipotesi della realtà concreta [...]. Costituisce un’osservazione addirittura banale che al legislatore non spetta la qualificazione della fattispecie concreta, ma semplicemente la predisposizione della disciplina della medesima, che compete, poi, all’interprete, ed in particolare al giudice, interpretare. In altre parole, un testo normativo che avesse voluto stroncare l’indirizzo giurisprudenziale [...] ben avrebbe potuto farlo semplicemente introducendo una disciplina di diritto speciale della responsabilità del medico, caratterizzata da peculiari regole in materia di riparto dell’onere della prova, di durata del termine prescrizione, di ambito del danno risarcibile, in ipotesi modellate su quelle proprie della responsabilità aquiliana. La scelta di tecnica legislativa in questa occasione adottata rappresenta invece una modalità inappropriata [...]» (sono parole di C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 2017, 747 s.; ID., *Il nuovo volto della responsabilità del medico. Verso il definitivo tramonto della responsabilità da contatto sociale?*, in *Resp. med.*, 2017, 40; per analoghe considerazioni, v. pure R. PARDOLESI, *Chi (vinca e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno resp.*, 2017, 265).

⁶ Per un’approfondita riflessione al riguardo, v. R. CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2017, 465 ss., al quale appartengono pure le parole riportate nel testo.

⁷ Sulla scorta dell’idea che la mediazione non avrebbe natura negoziale e costituirebbe un’attività giuridica in senso stretto.

⁸ V., anche per ulteriori esempi di applicazione giurisprudenziale della tesi del contatto sociale e i relativi riferimenti, A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del «contatto sociale»)*, in *Riv. dir. civ.* 2013, 92 ss.; P. GALLO, *Quale futuro per il contatto sociale in Italia?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 1759 ss.; E. VINCENTI, *La responsabilità da contatto sociale nella giurisprudenza di legittimità*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 2065 ss.



Se, infatti, le previsioni dell'art. 7, comma 3 della Legge Gelli-Bianco di per sé non precludono in alcun modo l'utilizzabilità della tesi del contatto sociale in settori della responsabilità civile diversi da quello sanitario, non si può invero disconoscere che con le stesse il legislatore è intervenuto a delegittimare la tesi in discorso proprio nell'ambito nella quale essa era stata per la prima volta accolta dalla giurisprudenza⁹ e ha così portato quello che è stato autorevolmente definito un «assalto alla “cittadella” della responsabilità da contatto sociale»¹⁰. Alla luce di questo rilievo, allora, è del tutto naturale chiedersi, in una prospettiva sistematica, se – e fino a che punto – ciò potrà indurre gli stessi giudici a ridimensionarne la portata applicativa al di fuori dalla responsabilità medica¹¹, anche se allo stato attuale parrebbe davvero azzardato provare a formulare previsioni al riguardo¹².

3. – Costituisce un'altra importante novità della nuova disciplina l'introduzione di un sistema di accreditamento formale affidato alle istituzioni delle linee guida rilevanti nell'esercizio dell'attività sanitaria, le quali dovranno essere elaborate da soggetti individuati dall'art. 5, comma 1 della Legge Gelli-Bianco e verranno pubblicate, previa verifica di alcuni requisiti indicati dalla legge stessa, nel sito *internet* dell'Istituto superiore di sanità ai sensi del comma 3 dell'articolo appena citato. Sempre l'art. 5 della legge dispone poi che, fatte «salve le specificità del caso concreto», il medico deve «attenersi» a queste linee guida¹³, così spostando il baricentro dell'attenzione – rispetto a quanto avveniva con l'art. 3 della Legge Balduzzi – dal profilo della responsabilità (innanzitutto penale) a quello della conformazione della condotta stessa del sanitario, della quale viene ulteriormente portato avanti quel processo di 'oggettivizzazione' rispetto a *standard* predefiniti¹⁴ che da tempo è stato intrapreso dalla giurisprudenza¹⁵.

Queste considerazioni inducono a riflettere su quelle che possono essere considerate le caratteristiche peculiari della prestazione medica nella prospettiva della tradizionale e più

⁹ Con la celebre Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, 441, con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*.

¹⁰ C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta*, cit., 746; ID., *Il nuovo volto*, cit., 38.

¹¹ C. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo volto*, cit., 41; G. COMANDÈ -L. NOCCO, *La responsabilità dell' esercente la professione sanitaria tra artt. 1218 c.c. e 2043 c.c.*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, a cura di F. Gelli, M. Hazan e D. Zorzit, Giuffrè, 2017, 282 ss.

¹² P. GALLO, *Quale futuro*, cit., 1766 s.

¹³ Sempre l'art. 5 della nuova legge prevede inoltre che, in caso di mancanza delle suddette linee guida, il medico dovrà attenersi alle «buone pratiche clinico-assistenziali»: che cosa queste ultime esattamente siano è, tuttavia, una questione fortemente controversa in dottrina già dai tempi in cui la materia veniva regolata dalla Legge Balduzzi e sulla quale la Legge Gelli-Bianco non ha portato chiarezza (per questi rilievi ed un'approfondita indagine sul punto, v. G. MONTANARI VERGALLO, *Le buone pratiche clinico-assistenziali nella legge 8 marzo 2017, n. 24*, in *Resp. med.*, 2017, 271 ss.).

¹⁴ C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta*, cit., 740, 742.

¹⁵ Cfr. già R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*, in *Danno resp.*, 2005, 39.



generale distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato¹⁶.

Come noto, la prestazione *stricto sensu* sanitaria¹⁷ viene tradizionalmente considerata, insieme a quella dell'avvocato, l'esempio paradigmatico del primo tipo di obbligazioni, in quanto le ineliminabili imperfezioni della scienza medica e l'imprevedibilità delle reazioni dell'organismo umano sottraggono senz'altro all'integrale controllo del medico la guarigione del paziente e, prima ancora, pure quel risultato «parziale»¹⁸ e «intermedio»¹⁹ tra quest'ultima e la sua condotta che può essere considerata la stessa attività diagnostica e terapeutica: attività,

¹⁶ In questa sede non sarebbe certamente possibile addentrarsi nella «storia infinita» (così A. DI MAJO, *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita*, in *Corr. giur.*, 2005, 38) della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato né soffermarsi ad analizzare il complesso dibattito che da sempre questo tema suscita. Appare tuttavia importante evidenziare, nell'economia di questo contributo, che nonostante le critiche alle quali viene da sempre sottoposta la distinzione *de qua* ancora viene utilizzata da quella stessa giurisprudenza che pure ne aveva declamato l'abbandono intorno alla metà degli anni Duemila e continua inoltre a godere del ben argomentato e convincente supporto di una significativa parte della dottrina (tra gli altri v., anche per i relativi riferimenti giurisprudenziali, G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato"*. Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale, Esi, 1999; ID., *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista di diritto civile*, Cedam, 2006, 141 ss.; V. DE LORENZI, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Contr. impr.*, 2016, 457 ss.; G. SICCHIERO, *Dell'adempimento. Artt. 1176-1179*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, 2016; ID., *Dalle obbligazioni "di mezzi e di risultato" alle "obbligazioni governabili o non governabili"*, in *Contr. impr.*, 2016, 1391 ss.; E. CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Giappichelli, 2007).

¹⁷ Come si è recentemente cercato di dimostrare, a ben diverse conclusioni – oververosia all'inquadramento nell'ambito delle obbligazioni di risultato – pare doversi, invece, giungere con riguardo agli obblighi di natura organizzativa che la struttura sanitaria assume nell'ambito del c.d. contratto di ospedalità intercorrente con il paziente e che hanno fondamentalmente per oggetto la sicurezza dell'ambiente ospedaliero, degli strumenti e dei prodotti utilizzati per le cure, la protezione dei malati privi della capacità di autotutela, l'acquisizione della disponibilità di risorse umane e materiali adeguate sia dal punto di vista quantitativo che sul piano qualitativo, l'adozione delle misure atte a consentire l'esercizio del diritto all'autodeterminazione da parte del paziente, l'utilizzazione efficiente e razionale delle risorse a propria disposizione: tali obbligazioni, infatti, non appaiono possedere quella spiccata nota di aleatorietà che invece caratterizza – v. *supra* nel testo – la prestazione diagnostica e terapeutica in senso stretto, in quanto richiedono il compimento di una serie di attività e l'adozione di un complesso di misure che possono considerarsi ricadere sotto il pieno governo del debitore o comunque dipendere dall'intervento di fattori che fuoriescono dalla sua sfera di controllo per una misura solo del tutto marginale. Su tutto questo, v. M. FACCIOLO, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, Pacini, 2018, spec. 89 ss.

¹⁸ Così, tra gli altri, L. ROVELLI, *Art. 1176 – Diligenza nell'adempimento*, in *Delle obbligazioni. Artt. 1173-1217*, a cura di V. Cuffaro, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Utet, 2012, 229, il quale evidenzia che (220 s.), pertanto, «nelle obbligazioni di natura professionale sono individuabili due diverse nozioni di risultato: la prima identifica il fine ultimo, l'interesse del creditore per la cui soddisfazione l'obbligazione viene contratta (la guarigione del paziente nell'attività medica [...]), fine che resta però "esterno" all'obbligazione, anche se indirizza la prestazione in senso strumentale al suo raggiungimento; l'altra, è *in obligatione*, consiste in quel "risultato utile" – conforme all'interesse del creditore ancorché sottostante alla "situazione finale" ed esterna al suo diritto di credito – che il pieno rispetto delle regole della professione, della *diligentia-peritia* dovuta porta a conseguire. Con la precisazione che l'impegno profuso per l'adempimento della obbligazione non esaurisce la prestazione perché quel comportamento dovrà tradursi in attività, in atti e dunque, in tal senso, in "risultati" oggettivamente apprezzabili».

¹⁹ R. RUSSO VALENTINI, *Rischio medico, rischio del medico e... della pubblica amministrazione sanitaria*, in *La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio*, a cura di F. Roversi Monaco e C. Bottari, Maggioli, 2012, 147.

JUS CIVILE



quindi, che appare intrinsecamente caratterizzata da quella nota di ‘aleatorietà’ che per l’appunto contraddistingue le obbligazioni di mezzi rispetto a quelle di risultato²⁰.

Tuttavia non mancano ipotesi, anche di non scarsa rilevanza, nelle quali la giurisprudenza ritiene che vi siano gli estremi per ricostruire un’obbligazione di risultato in capo al medico o comunque elabora e impiega regole operazionali che nella sostanza finiscono per avere esiti applicativi del tutto simili: i trattamenti di natura estetica e le cure odontoiatriche²¹; i c.d. interventi di facile esecuzione (o di *routine*)²², categoria elaborata sulla base di una sorta di una lettura *a contrario* dell’art. 2236 cod. civ.²³, dall’esito negativo dei quali i giudici traggono in via presuntiva l’accertamento della negligenza del medico e/o della sussistenza del nesso causale tra la sua condotta e il danno lamentato dal paziente²⁴; le ipotesi in cui addirittura si giunge ad affermare²⁵ che «il risultato positivo è una conseguenza “statisticamente fisiologica” della prestazione professionale diligente» e che, pertanto, si configura un inadempimento dell’operatore sanitario «non solo allorché alla prestazione medica consegua l’aggravamento dello stato morboso o l’insorgenza di nuova patologia, ma anche quando l’esito risulti [...] caratterizzato da inalterazione rispetto alla situazione che l’intervento medico-chirurgico ha appunto reso necessario»²⁶.

Com’è stato messo in evidenza da attenta dottrina, l’idea di fondo sottesa a questi indirizzi

²⁰ V., per tutti, G. D’AMICO, *La responsabilità ex repto*, cit., *passim*.

²¹ Al riguardo v., anche per i relativi riferimenti giurisprudenziali, F. DE MARIA, *Le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*, in *Le responsabilità nei servizi sanitari*, diretto da M. Franzoni, Zanichelli, 2011, 233 ss.

²² Secondo costante giurisprudenza, «l’intervento [...] è di facile esecuzione quando non richiede una particolare abilità, essendo sufficiente una preparazione professionale ordinaria, ed il rischio di esito negativo, o addirittura peggiorativo, è minimo, potendo derivare, al di fuori della colpa del chirurgo, dal sopravvenire di eventi impreveduti ed imprevedibili secondo l’ordinaria diligenza professionale oppure dall’esistenza di particolari condizioni fisiche del cliente non accertabili con il medesimo criterio dell’ordinaria diligenza professionale» (così Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Giur. it.*, 1979, I, 953, che, a quanto consta, ha inaugurato questo orientamento): in caso di esito peggiorativo delle condizioni di salute del paziente, quindi, l’operatore sanitario potrebbe liberarsi solo provando che «la prestazione era stata eseguita idoneamente e l’esito peggiorativo era stato causato da un evento impreveduto ed imprevedibile, oppure dalla preesistenza di una particolare condizione fisica del malato, non accertabile con il criterio dell’ordinaria diligenza professionale» (così, *ex multis*, Cass. 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, I, 771).

²³ Tanto che un diffuso atteggiamento giurisprudenziale sembra qualificare come ‘facili’ tutte le prestazioni che ritiene non siano interventi di speciale difficoltà ai sensi e per gli effetti dell’art. 2236 cod. civ.: sul punto, v. R. PUCCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 448 ss.

²⁴ Per maggiori dettagli al riguardo si rinvia a M. FACCIOLI, “*Presunzioni giurisprudenziali*” e responsabilità sanitaria, in *Contr. impr.*, 2014, spec. 92 ss., 99 ss. In prospettiva futura, è stato ipotizzato che la categoria degli interventi di facile esecuzione (con le presunzioni giurisprudenziali ad essa ricollegate) potrebbe ricevere nuova linfa dal riferimento alle «specificità del caso concreto» contenuto nell’art. 5, comma 1 della Legge Gelli-Bianco quale elemento di cui il medico deve tenere conto nel decidere se attenersi o meno alle linee guida (C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta*, cit., 743 s.).

²⁵ V., per tutti, A. FIORI – D. MARCHETTI, *Un altro passo verso l’obbligazione di risultato nella professione medica?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 872 ss.

²⁶ Così Cass. 13 aprile 2007, n. 8826 in *Giur. it.*, 2008, 63 (poi ripresa da Cass. 8 ottobre 2008, n. 24791, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 540), la quale ha pure puntualizzato che «lo stato di inalterazione si sostanzia nel mancato miglioramento [...] costituente oggetto della prestazione cui il medico-specialista è tenuto, e che il paziente può legittimamente attendersi quale normale esito della diligente esecuzione della prestazione convenuta».

JUS CIVILE



giurisprudenziali è che l'esecuzione di determinati trattamenti sanitari risulta essere presieduta da regole tecniche molto specifiche e altamente vincolanti, al punto da potersi istituire, anche con il conforto del dato statistico, uno stretto collegamento tra il rispetto di quelle regole e il raggiungimento di un certo esito clinico e, di conseguenza, tra il fallimento delle cure da un lato e la sussistenza di un errore medico alla base del danno riportato dal paziente dall'altro²⁷.

In questo quadro giurisprudenziale vanno quindi inserite ed interpretate le disposizioni dell'art. 5 della Legge Gelli-Bianco, che peraltro offrono indicazioni *prima facie* contrastanti in merito alla ricostruzione della natura della prestazione sanitaria: da un lato, l'obbligo di attenersi ad un catalogo di linee guida previamente individuate dalle istituzioni parrebbe accentuare l'accostabilità della prestazione in discorso alle prestazioni di risultato; dall'altro lato, tuttavia, il riferimento dell'obbligo suddetto all'«esecuzione delle prestazioni sanitarie» sembrerebbe mettere «l'accento [...] sul contenuto dell'attività, sul modo in cui essa dovrebbe essere espletata» più che sull'esito che la stessa è finalizzata a raggiungere²⁸, così confermando quella riconducibilità dell'obbligazione sanitaria al novero delle obbligazioni di mezzi che pare essere tuttora condivisa dalla dottrina maggioritaria²⁹.

Quella appena delineata è, quindi, un'altra questione sulla quale sarà necessario avviare un'approfondita riflessione, che per condurre ad esiti soddisfacenti richiederà però di impegnarsi (anche) in una più ampia rimediazione della stessa distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato nonché del criterio (o dei criteri) in base ai quali ascrivere i singoli rapporti all'una piuttosto che all'altra tipologia³⁰.

²⁷ V., tra gli altri, G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto*, cit., 183 ss.; ID., *Responsabilità per inadempimento cit.*, 156 ss.; G. SICCHIERO, *Dell'adempimento*, cit., 194 ss. Agli orientamenti in discorso un'altra parte della dottrina non ha peraltro mancato di muovere diverse e argomentate critiche (v., *ex multis*, R. PUCELLA, *I difficili assetti*, cit., 445 ss.; A. FIORI-D. MARCHETTI, *Un altro passo*, cit., 872 ss.), da ultimo e in particolare rilevando che la giurisprudenza, «con il dare sempre maggiore risalto alla circostanza, in sé ovvia, che l'obbligo curativo si rivolge alla peculiare condizione patologica che *hic et nunc* affligge il paziente ha finito – impropriamente – per farne derivare un obbligo di guarigione a carico del medico» e per «riprogrammare la funzione stessa dell'atto medico», così dimenticando che, dal punto di vista giuridico, l'attività sanitaria andrebbe invece «doverosamente circoscritta alla miglior prestazione che per ciascuna fattispecie la scienza medica consente di erogare e non al “miglioramento” o alla “guarigione” del paziente» (R. PUCELLA, *È tempo per un ripensamento del rapporto medico-paziente?*, in *Resp. med.*, 2017, 4).

²⁸ D. ZORZIT – F. GARZELLA, *Onere della prova nella responsabilità sanitaria, dopo la riforma Gelli*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, a cura di F. Gelli, M. Hazan e D. Zorzit, Giuffrè, 2017, 403.

²⁹ V., tra gli altri, G. D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento*, cit., 154; G. SICCHIERO, *Dell'adempimento*, cit., 194; V. DE LORENZI, *Diligenza*, cit., 484, 513 s.; M. AZZALINI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. Categorie giuridiche travisate*, Cedam, 2012, p. 80 ss.; N. DE LUCA-M. FERRANTE-A. NAPOLITANO, *La responsabilità civile in ambito sanitario (artt. 7-9 l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2017, 760 s.; G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, Dike, 2017, p. 84; S. VICIANI, *Errore in medicina e modelli di responsabilità*, Esi, 2016, 135.

³⁰ Del resto, gli stessi orientamenti giurisprudenziali che tendono ad assimilare le prestazioni sanitarie alle prestazioni di risultato anziché a quelle di mezzi possono essere considerati, «più che manifestazione di una “crisi” del significato della distinzione, [...] come espressione della ricerca di un più corretto criterio sul quale fondare la distinzione medesima» (G. D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento*, cit., 145, nota 13).



4. – È connesso all'obbligo del medico di attenersi alle linee guida pubblicate nel sito *internet* dell'Istituto superiore di sanità anche il terzo profilo di confronto con tematiche di carattere più generale aperto dalla nuova disciplina della responsabilità sanitaria: si tratta, per la precisione, della seconda parte del comma 3 dell'art. 7 della Legge Gelli-Bianco, il quale dispone che il giudice «tiene conto» del fatto che il medico abbia o meno osservato l'obbligo di cui si diceva sopra «nella determinazione del risarcimento del danno».

In continuità – seppure con una significativamente diversa formulazione letterale³¹ – rispetto a quanto statuiva l'art. 3 della Legge Balduzzi³², tale previsione istituisce una correlazione fra le modalità soggettive della condotta del professionista sanitario da un lato e la quantificazione del risarcimento spettante al paziente danneggiato dall'altro³³ che, oltre a porsi in evidente discontinuità con i principi generali del nostro ordinamento³⁴, evoca diversi scenari applicativi.

Il primo riguarda il caso del medico che, pur avendo commesso un qualche errore fonte di responsabilità civile, si sia però attenuto alle linee guida³⁵: muovendosi nell'ottica del c.d. diritto premiale³⁶ e dell'obiettivo, notoriamente sotteso all'intero impianto della nuova legge, di contrastare il fenomeno della medicina difensiva mitigando il regime della responsabilità sanitaria, si può senz'altro ritenere che in questa ipotesi la norma si traduca nel dovere del giu-

³¹ Si rinvia, sul punto, a M. FACCIOLO, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla l. n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco")*: profili civilistici (Seconda parte), in *Studium iuris*, 2017, 786 s.

³² Si rinvia, al riguardo, a M. FACCIOLO, *La quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l'avvento della Legge Balduzzi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 97 ss.

³³ In termini generali v., per tutti, C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta*, cit., 741.

³⁴ Secondo i suddetti principi, l'entità della colpa (o del dolo) che connota il comportamento del danneggiante svolge un ruolo nell'opera di quantificazione del danno risarcibile esclusivamente con riguardo ai danni non patrimoniali e, segnatamente, con riguardo ai soli danni morali soggettivi, quali elementi in grado di riverberarsi direttamente sulla gravità e sulla profondità del patema d'animo subito dalla vittima dell'illecito. Tradizionalmente si riconosce che qualsiasi considerazione relativa all'elemento soggettivo dell'offensore deve, invece, rimanere estranea all'opera di quantificazione degli altri danni non patrimoniali nonché dei danni patrimoniali, questi dovendo essere determinati, secondo il ben noto principio dell'integrale riparazione del danno (o del c.d. danno effettivo), in una somma di denaro stabilita avendo unicamente riguardo alla dimensione del pregiudizio sofferto dal danneggiato e, rispetto a quest'ultima, né superiore né inferiore.

³⁵ Ciò è possibile perché l'osservanza delle linee guida è soltanto un aspetto, assolutamente non esclusivo né esaustivo, del giudizio sulla condotta del medico, il quale non potrebbe, quindi, essere automaticamente mandato esente da responsabilità per il solo fatto di averle rispettate (ma nemmeno, al contrario, essere condannato in base alla mera verifica del mancato rispetto delle stesse), un suo errore potendo essere riscontrato, per esempio, nell'attività che porta a mettere in pratica le linee guida oppure nell'esecuzione di un determinato profilo della prestazione sanitaria non governato dalle medesime.

³⁶ Si parla di norme premiali per indicare quelle disposizioni che riconnettono conseguenze giuridiche favorevoli, sovente chiamate 'sanzioni positive', alla circostanza che un'altra norma sia stata osservata o eseguita, in tal modo perseguendo una funzione 'promozionale' del diritto che mira non tanto a prevenire o reprimere la violazione di regole di condotta, bensì ad incoraggiarne l'obbedienza: al riguardo v., in particolare, i saggi di N. BOBBIO, *La funzione promozionale del diritto e Le sanzioni positive*, ora raccolti nel volume *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Laterza, 2007, rispettivamente 3 ss. e 21 ss.; M. PISANI, *Prolegomeni al diritto positivo premiale*, in *Foro it.*, 2011, V, 23 ss.; ID., *Studi di diritto premiale*, 2ª ed., LED, 2010; S. ARMELLINI-A. DI GIANDOMENICO (a cura di), *"Ripensare la premialità". Le prospettive giuridiche, politiche e filosofiche del problema*, Giappichelli, 2002.



dice di operare una diminuzione dell'entità del risarcimento³⁷ dovuto al paziente³⁸.

Nella sua formulazione letterale la seconda parte del comma 3 dell'art. 7 della Legge Gelli-Bianco è però riferibile anche al caso, specularmente opposto al precedente, del medico rimproverabile per aver violato le previsioni dell'art. 5 della legge stessa disattendendo le linee guida pubblicate nel sito *internet* dell'Istituto superiore di sanità³⁹: un comportamento che, per coerenza rispetto a quanto sopra affermato, dovrebbe allora condurre all'incremento del *quantum* del risarcimento attribuito al paziente danneggiato nella prospettiva sanzionatoria e deterrente tipica dei c.d. danni punitivi.

In realtà, una siffatta lettura della norma – al pari di quanto veniva generalmente sostenuto con riguardo all'analoga previsione dell'art. 3 della Legge Balduzzi⁴⁰ – viene da più parti respinta osservando che la stessa, traducendosi in un evidente aggravamento del regime della responsabilità sanitaria, finirebbe per porsi in aperto contrasto con la *ratio* di fondo della nuova legge⁴¹.

Questa conclusione⁴², tuttavia, non sembra che possa essere accolta senza prima confrontarsi

³⁷ Precisa che «la logica non è di declassare il risarcimento all'indennizzo» M. FRANZONI, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno resp.*, 2017, 274.

³⁸ V., tra gli altri, G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità*, cit., 127 ss.; C. MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 754, 762; M. HAZAN – A. CASSANO CICUTO – M. RODOLFI, *Il risarcimento del danno da responsabilità sanitaria*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, a cura di F. Gelli, M. Hazan e D. Zorzit, Giuffrè, 2017, 362; L. GUFFANTI PESENTI, *Il ruolo della condotta del medico nella quantificazione del risarcimento. Note sull'art. 7, co. 3, l. 8-3-2017 n. 24*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 1499 ss.; F. DI LELLA, *Leges artis e responsabilità civile sanitaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 270 s.; A. ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (Riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1122. Va precisato che, secondo alcuni, la limitazione risarcitoria prevista dalla norma in esame in realtà non si tradurrebbe in una diminuzione del risarcimento spettante al paziente calcolato secondo le regole generali, bensì opererebbe solamente sul piano della personalizzazione del danno non patrimoniale e, in particolare, del danno morale: cfr. P. ZIVIZ, *Il rebus del risarcimento del danno (nella responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria)*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, spec. 1136 s.; L. NOCCO, *La responsabilità civile "canalizzata" verso le aziende e i nuovi "filtri" per la proponibilità della domanda risarcitoria*, in *La nuova responsabilità sanitaria*, a cura di M. Lovo e L. Nocco, *Il Sole 24 ore*, 2017, 41.

³⁹ Sempre, s'intende, che il discostamento dalle linee guida non fosse dovuto in considerazione delle «specificità del caso concreto», come invero impone di fare lo stesso art. 5 della Legge Gelli-Bianco.

⁴⁰ Che per la sua formulazione letterale era, però, assai più agevolmente suscettibile di essere interpretata nel senso di escludere l'apertura verso forme di danni punitivi di cui si dirà subito *infra* nel testo: sul punto, v. M. FACCIOLI, *La quantificazione*, cit., 110 s.; G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità*, cit., 128.

⁴¹ G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità*, cit., 29; M. HAZAN-A. CASSANO CICUTO-M. RODOLFI, *Il risarcimento*, cit., 365; L. GUFFANTI PESENTI, *Il ruolo*, cit., 1511 ss.; F. DI LELLA, *Leges artis*, cit., 271. Secondo P. ZIVIZ, *Il rebus*, cit., 1133, questa soluzione s'impone (anche) «alla luce di una lettura sistematica del dettato normativo, che vede tale regola incardinata entro un complesso di indicazioni improntate a promuovere l'osservanza, da parte del sanitario, delle linee guida/buone pratiche. In particolare, si assiste al riconoscimento al soggetto che si adegui a quello *standard* di comportamento un trattamento di favore a livello penale, mentre nessun tipo di appesantimento viene previsto per comportamenti particolarmente riprovevoli. Nello stesso segno andrà, quindi, declinata la risposta sul piano civilistico».

⁴² Che invero non è fatta propria da L. NOCCO, *La responsabilità civile "canalizzata"*, cit., p. 42, il quale però muove dall'idea (v. *supra*, nota 38) secondo cui la norma in esame opererebbe solamente sul piano della personalizzazione del danno morale.

JUS CIVILE



con la più generale questione attinente all'individuazione della funzione della responsabilità civile italiana e all'ammissibilità nel nostro ordinamento dei danni punitivi⁴³, anche – e soprattutto – alla luce di quanto hanno al riguardo affermato le Sezioni Unite⁴⁴ solo qualche mese dopo l'avvento della Legge Gelli-Bianco. In quell'occasione la Suprema Corte, invitata a pronunciarsi sulla questione della riconoscibilità di sentenze straniere comminatorie di danni punitivi, ha infatti riconosciuto la «natura polifunzionale» della responsabilità civile: a quest'ultima, cioè, non può (più, come in passato) essere attribuito solamente «il compito di restaurare la sfera patrimoniale» del soggetto danneggiato, poiché da una nutrita serie di specifiche disposizioni normative si desume che (ormai) appartengono al sistema anche «la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria» del soggetto responsabile, pur necessitando sempre, queste ultime, di un'espressa previsione legislativa⁴⁵ che «chiaramente» consenta al giudice di «imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati». Sulla scorta di questi rilievi, è stata pertanto ammessa la possibilità di delibare sentenze straniere comminatorie di risarcimenti punitivi subordinatamente al rispetto di talune condizioni, quali: che la condanna sia stata pronunciata sulla base di una norma che risponda ai principi di tipicità e di prevedibilità dell'ammontare del risarcimento assegnato; che vi sia proporzionalità fra il risarcimento compensativo e il risarcimento punitivo nonché fra quest'ultimo e la condotta censurata.

Partendo dall'idea che «il messaggio [...] rivolto al diritto straniero [...] logicamente non potrà non essere ricevuto anche dal nostro diritto interno»⁴⁶, sembra doversi pertanto riconoscere

⁴³ Secondo C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta*, cit., p. 748, nota 36, «la scelta normativa di attribuire rilevanza all'elemento soggettivo del responsabile ai fini della quantificazione del danno [...] pare un ulteriore punto di emersione della *allure* sanzionatoria che, com'è noto, sempre più spesso sembra assumere la responsabilità civile»; e in termini non dissimili, v. pure R. CARLEO, *Punitive damages: dal common law all'esperienza italiana*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 265. L'esistenza di una correlazione tra Legge Gelli-Bianco e danni punitivi sembrerebbe essere riconosciuta anche da F. BENATTI, *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 1139, nel momento in cui afferma che «una loro introduzione dovrebbe essere valutata nel sistema attraverso un coordinamento con le disposizioni vigenti, come ad esempio la nuova legge sulla responsabilità medica».

⁴⁴ Il riferimento è a Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Danno resp.*, 2017, 419.

⁴⁵ E questo, fondamentalmente, sulla scorta degli artt. 23 e 25, comma 2, Cost., i quali rispettivamente prevedono che «nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge» e che «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso». In senso critico nei confronti di questo passaggio delle Sezioni Unite, v. A. LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 325, il quale osserva che «se si afferma la intrinseca natura polifunzionale della responsabilità civile [...] non è chiaro perché occorra un'altra disposizione di legge per rendere operativa in concreto la funzione sanzionatoria-punitiva. Se tale funzione è interna al sistema della responsabilità civile, dovrebbero bastare le relative disposizioni del codice civile, altrimenti significa che quella funzione è estranea al sistema: *tertium non datur*».

⁴⁶ Così A. DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, 2017, 1793. Seppure con una certa varietà di accenti, la rilevanza della decisione delle Sezioni Unite sulla ricostruzione del diritto sostanziale interno viene riconosciuta anche da A. GAMBARO, *Le funzioni della responsabilità civile tra diritto giurisprudenziale e dialoghi transnazionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1408; P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2017, 437 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1120 ss.; C.C. VIAZZI, *L'ostracismo ai danni punitivi: ovvero come tenere la stalla chiusa quando i buoi sono scappati*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 341; M. SESTA, *Ri-*



che, alla luce delle indicazioni fornite dalla Suprema Corte – nonché dell’abbondante riflessione dottrinale in materia⁴⁷ –, bisognerà ragionare in maniera più approfondita per verificare se la seconda parte del comma 3 dell’art. 7 della Legge Gelli-Bianco possa assurgere a base normativa di sentenze comminatorie di risarcimenti aventi finalità sanzionatoria e deterrente nell’ambito della responsabilità sanitaria⁴⁸.

Una condanna di questo tipo potrebbe apparire appropriata, per esempio, nel caso della struttura ospedaliera nella quale siano diffuse e tollerate condotte di *malpractice* che sfociano in lesioni della salute dei pazienti talmente poco significative da giustificare soltanto risarcimenti di scarsa entità e conseguentemente disincentivare i soggetti lesi dall’agire in giudizio⁴⁹: in un’ipotesi come questa, nella quale si prospetta il rischio di una sostanziale ‘impunità’ di quelle che possono essere definite «microviolazioni»⁵⁰, una condanna punitiva nei confronti della

sarcimenti punitivi e legalità costituzionale, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 305 ss.; R. CARLEO, *Punitive damages*, cit., 259 ss. In senso critico nei confronti di questa impostazione ed a sostegno della diversa tesi che confina la portata della pronuncia in esame al piano esclusivamente internazionalprivatistico, v., invece, G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in *Danno resp.*, 2017, 435 ss.; ID., *Sezioni unite e danni punitivi*, in *Contr. impr.*, 2017, 1127 s.; A. BRIGUGLIO, *Danni punitivi e deliberazione di sentenza straniera: turning point «nell’interesse della legge»*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1607 s.; C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 796 s.

⁴⁷ Per una riflessione sui danni punitivi e sulle funzioni della responsabilità civile italiana alla luce della pronuncia di Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit., tra gli altri v., oltre alle opere citate nelle note precedenti, M. TESCARO, *Il revirement “moderato” sui punitive damages*, in *Contr. impr. Eur.*, 2017, 52 ss.; M. DELLACASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contr. impr.*, 2017, 1142 ss.; P. PETRELLI, *Verso i «danni punitivi»?*, in *Contr. impr.*, 2017, 1187 ss.; A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2017, I, 2630 ss.; G. ALPA, *Le funzioni della responsabilità civile e i danni “punitivi”: un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2017, 1084 ss.; M. FRANZONI, *Quale danno punitivo?*, in *Contr. impr.*, 2017, 1107 ss.; ID., *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 283 ss.; M. GRONDONA, *Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e punitive damages*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1392 ss.; M. ASTONE, *Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei rimedi. Dall’astreinte al danno punitivo*, in *Contr. impr.*, 2018, 276 ss.; G. SCARCHILLO, *La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai punitive damages ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato*, in *Contr. impr.*, 2018, 289 ss.; C. DE MENECH, *Verso il riconoscimento dei danni punitivi?*, in *juscivile.it*, 2017, 608 ss.

⁴⁸ Cfr. P. ZIVIZ, *Il rebus*, cit., 1133, nota 59, la quale peraltro sostiene che «una lettura punitiva [della norma in esame] sembra dover essere smentita anche alla luce delle indicazioni formulate dalle Sezioni Unite in materia di danni punitivi [...], considerato che manca nella norma qualsiasi indicazione sui limiti quantitativi della condanna».

⁴⁹ L’opportunità di pronunciare condanne con funzione di deterrenza nei «casi di danni seriali [...] cagionati dalle ASL in tema di danno alla salute», in modo che «anche danni di modesta rilevanza possano venire assistiti da risarcimenti esemplari», viene adombrata da P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite*, cit., 438.

⁵⁰ Per questa terminologia v., in particolare, M. MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 92 ss., il quale per l’appunto si chiede se possano essere comminati risarcimenti punitivi nelle ipotesi in cui, a causa della scarsa entità dei danni seriali cagionati dall’autore dell’illecito, «la reazione individuale contro la microviolazione non è in alcun modo incentivata, perché la prospettiva è quella di ottenere un risarcimento pari al danno, e il danno compensabile è scarso in confronto al costo della reazione, elevato in termini monetari e di tempo. Il singolo danneggiato, in base ad una elementare analisi di costi e benefici, è quindi indotto a subire la perdita senza darsi ulteriore pena. Il giudizio – anche collettivo – sul comportamento microviolativo è invece severo». Secondo l’Autore, la questione potrebbe anche essere risolta in senso positivo sulla base del principio della solidarietà costituzionale, ma la conclusione dovrebbe essere di segno opposto in considerazione di ragioni attinenti all’effi-

JUS CIVILE



struttura⁵¹ e del personale sanitario coinvolto potrebbe infatti servire – anche nella prospettiva di dare attuazione al principio costituzionale di effettività della tutela civile dei diritti (in questo caso della persona e, in particolare, del diritto alla salute)⁵² – a far sì che le prassi di cui sopra vengano abbandonate in favore di comportamenti più virtuosi e rispettosi dei diritti degli utenti dei servizi sanitari, vale a dire dell'intera collettività⁵³.

Certo, non ci si può nascondere che questa soluzione potrebbe sollevare perplessità per il fatto che, a fronte di condotte che comportano la lesione della salute di una pluralità di pazienti, finisce per beneficiare uno (o alcuni) soltanto di questi con l'attribuzione di un risarcimento superiore al pregiudizio effettivamente subito⁵⁴; ma a tali considerazioni si potrebbe ribattere che, a ben vedere, «va [...] premiato il soggetto che si assume il rischio e i costi non solo economici del procedimento per rafforzare la funzione deterrente» della condanna⁵⁵.

ciencia economica del sistema legate all'assunto – invero indimostrato – secondo cui la maggioranza delle «microviolazioni» sarebbe commessa dalla Pubblica Amministrazione e i risarcimenti ultracompensativi finirebbero quindi per gravare sulla collettività; mentre l'unica eccezione in cui dare ingresso a risarcimenti di questo tipo potrebbe essere rappresentata dalle «microviolazioni» penalmente rilevanti che cagionino danni non patrimoniali. Per un'efficace critica a questa impostazione v., peraltro, C. SCOGNAMIGLIO, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1122 ss.; per ulteriori riflessioni circa l'opportunità di concedere risarcimenti punitivi nei casi in esame, svolte anche alla luce del dato comparatistico, v., poi, F. BENATTI, *Note*, cit., 1135 ss.; M. DELLA-CASA, *Punitive damages*, cit., 1157 ss.

⁵¹ Non si può peraltro non ricordare, sebbene l'economia di questo contributo non consenta di soffermarsi in un'analisi approfondita della questione, che la riferibilità della seconda parte del comma 3 dell'art. 7 della Legge Gelli-Bianco – oltre che al medico, pure – alle strutture sanitarie (così P. ZIVIZ, *Il rebus*, cit., 1137, nota 77) non è pacifica: diversi Autori ritengono infatti che la formulazione letterale e la *ratio* della norma impongano di restringerne il campo d'applicazione alla responsabilità individuale dell' esercente la professione sanitaria (C. MASIERI, *Novità*, cit., 754, 762; A. ASTONE, *Profili*, cit., 1122; F. DI LELLA, *Leges artis*, cit., 270, nota 50), da taluno non mancandosi poi di precisare che questo dovrebbe valere tanto nell'ottica interpretativa che ricollega alla norma medesima solamente una riduzione del risarcimento dovuto al paziente quanto nella prospettiva ermeneutica secondo cui essa potrebbe invece portare anche ad un accrescimento del risarcimento in discorso (G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità*, cit., 129 s.).

⁵² Per questa prospettiva, v. C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite*, cit., 1114 ss.; ID., *Principio*, cit., 1120 ss.; A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *I danni punitivi*, cit., 2638.

⁵³ Questa soluzione parrebbe inoltre porsi in sintonia con il rilievo che «la legittimità ordinamentale della funzione sanzionatoria-punitiva e dei 'risarcimenti punitivi' in senso ampio [...] è variabile dipendente dell'assetto generale della responsabilità civile, il quale non è tale perché costruito in un certo modo dal legislatore di ieri o di oggi, ma perché risponde a un'esigenza sociale (derivante da un'esperienza sociale) che, nel momento in cui è ravvisabile, deve ottenere una risposta proprio da quell'esperienza giuridica cui si è accennato, e cioè da un diritto vivente che non è riducibile al solo diritto giurisprudenziale, ma che va inteso quale espressione della sensibilità giuridica in un determinato momento storico. Una sensibilità giuridica che è quindi misura della giuridicità» (M. GRONDONA, *Le direzioni*, cit., 1394). Per analoghe considerazioni circa la «funzione educativa» della condanna ai risarcimenti punitivi, la quale «dovrebbe, quindi, indurre a desistere da comportamenti che la sensibilità pubblica ritiene riprovevoli», v. pure G. SCARCHILLO, *La natura polifunzionale*, cit., 323 ss.

⁵⁴ Per questo rilievo cfr., tra gli altri, C. SCOGNAMIGLIO, *Principio*, cit., 1131 s. e la dottrina ivi citata.

⁵⁵ Sono parole di F. BENATTI, *Note*, cit., 1139 s.; riconosce ai *punitive damages* «una funzione premiale del soggetto che si sia speso per affermare il proprio diritto» anche G. SCARCHILLO, *La natura polifunzionale*, cit., 290.



5. – Una quarta ed ultima problematica – ma sarebbe meglio parlare, come vedremo oltre, di un gruppo di problematiche – di carattere generale che si incontra scorrendo le disposizioni della Legge Gelli-Bianco riguarda, infine, le c.d. clausole *claims made*⁵⁶ nei contratti di assicurazione della responsabilità civile⁵⁷: clausole che l'art. 11 della legge, seppure sollevando alcune non trascurabili incertezze interpretative⁵⁸, con previsione caratterizzata da un'indubbia ed assai rilevante portata sistematica⁵⁹ impone debbano essere necessariamente contenute nelle polizze assicurative stipulate da medici e strutture sanitarie⁶⁰.

⁵⁶ Pare opportuno ricordare che la peculiarità delle polizze contenenti questo tipo di clausole risiede nel fatto che esse individuano i sinistri oggetto della copertura avendo riguardo non al momento in cui essi si sono verificati bensì a quello in cui viene formulata la richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato, con l'effetto che l'assicurato viene indennizzato anche per illeciti commessi prima della stipula della polizza purché questi vengano denunciati dal soggetto danneggiato durante la sua vigenza, ma d'altro canto non è coperto per tutti quei fatti che, seppure verificatisi durante il periodo di efficacia del contratto, diano luogo ad una pretesa risarcitoria solamente dopo la scadenza del medesimo (c.d. richiesta postuma).

⁵⁷ Le peculiarità che il comparto dell'assicurazione della responsabilità sanitaria presenta a confronto con l'assicurazione degli altri settori della responsabilità professionale sono bene evidenziate da M. GAZZARA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, Esi, 2016, spec. 7 ss., 28.

⁵⁸ L'art. 11 della Legge Gelli-Bianco si può suddividere in due parti: la prima dispone che «la garanzia assicurativa deve prevedere una operatività temporale anche per gli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza»; nella seconda si prevede che «in caso di cessazione definitiva dell'attività professionale per qualsiasi causa deve essere previsto un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività della copertura. L'ultrattività è estesa agli eredi e non è assoggettabile alla clausola di disdetta». A sollevare dubbi è, in particolare, il riferimento della prima parte della norma alla necessità, per l'operatività della copertura retroattiva decennale, che gli eventi accaduti durante quel periodo vengano (dall'assicurato) «denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza»: a rigore si tratterebbe, infatti, del modello assicurativo noto come *deeming clause* (v., in tal senso, S. MONTICELLI, *Le nuove dinamiche assicurative nella relazione di cura: note a margine della l. 8.3.2017, n. 24*, in *juscivile.it*, 2018, 4 ss.; A. ASTONE, *Profili*, cit., 1124) e non dello schema *claims made*, il quale subordina l'operatività della copertura retroattiva alla diversa circostanza che durante la vigenza temporale della polizza il terzo danneggiato avanzi la pretesa risarcitoria nei confronti dell'assicurato. Anche considerando che il modello *deeming clause* non risponderebbe alle esigenze degli operatori e del mercato assicurativo, l'impostazione maggioritaria ritiene tuttavia preferibile discostarsi dalla formulazione letterale del testo normativo e interpretare il riferimento alla denuncia (dell'assicurato) all'impresa di assicurazione come una svista del legislatore, che in realtà intendeva richiamare quella richiesta risarcitoria (del terzo), tipica dello schema *claims made*, di cui correttamente discorre la seconda parte dell'art. 11 della legge (in questo senso v., tra gli altri, M. HAZAN-E. CINELLI, *Estensione della garanzia assicurativa e clausole claims made*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, a cura di F. Gelli, M. Hazan e D. Zorzit, Giuffrè, 2017, p. 666 ss.; N. DE LUCA-G.M. D'AIELLO-F. SCHIAVOTTIELLO, *Le assicurazioni di responsabilità civile in ambito sanitario (artt. 10-15 l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 794, nel testo e in nota 7; V. SALINI, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in *Danno resp.*, 2017, 313 s.; F. MARTINI, *Coperture assicurative obbligate per aziende e singoli operatori*, in *Guida dir.*, 2017, fasc. 15, 89 s.).

⁵⁹ Sul punto v., *ex multis*, P. CORRIAS, *La copertura obbligatoria dei rischi relativi alla responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2017, 755.

⁶⁰ Ed è appena il caso di ricordare che tali soggetti sono dalla stessa Legge Gelli-Bianco (nonché da altre disposizioni normative antecedenti) obbligati a munirsi di copertura assicurativa per la responsabilità civile conseguente ai danni cagionati nell'esercizio della propria attività.



Come noto, il discostamento – ma sul punto si ritornerà più avanti – dall’ordinario modello *loss occurrence* predisposto dall’art. 1917, comma 1, cod. civ. che le caratterizza ha da tempo sollevato all’attenzione della dottrina così come della giurisprudenza la questione della validità (e della vessatorietà ai sensi dell’art. 1341 cod. civ.) di questo tipo di polizze⁶¹. In particolare la Corte di Cassazione, dopo avere prevalentemente avallato le clausole *claims made* con una serie di sentenze emesse fra il 2005 e il 2015⁶², l’anno successivo ha emesso due pronunce a Sezioni Unite⁶³ che, valorizzando il carattere di atipicità delle clausole in discorso⁶⁴, hanno affermato doversi affidare il giudizio circa la validità delle medesime allo scrutinio di meritevolezza degli interessi di cui all’art. 1322, comma 2, cod. civ.⁶⁵ da svolgere caso per caso alla luce delle circostanze concrete della fattispecie di volta in volta considerata⁶⁶.

È importante evidenziare che entrambi gli arresti delle Sezioni Unite, pur affrontando la questione delle *claims made* in termini generali, riguardavano fattispecie di responsabilità sanitaria, così come riguardano casi di responsabilità sanitaria molte delle sentenze di merito e di legittimità successive⁶⁷. Fra queste meritano di essere menzionate, per il clamore (prevalentemente

⁶¹ Che nella prassi in realtà conosce numerose e differenti varianti, sulle quali non sarebbe però possibile né utile soffermarsi nell’economia di questo contributo.

⁶² Per una ricostruzione di questo percorso giurisprudenziale e della riflessione dottrinale che l’ha accompagnato v., anche nell’ottica comparatistica, M. MAZZOLA, *La copertura assicurativa claims made: origine, circolazione del modello e sviluppi normativi*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 1013 ss. Per una chiave di lettura della giurisprudenza diversa rispetto all’impostazione dominante v., inoltre, F. DELFINI, *Controllo di meritevolezza ex art. 1322 c.c. e clausole claims made nelle assicurazioni r.c. professionale*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2017, 899 ss., secondo il quale «la giurisprudenza della Cassazione sulle *claims made*, precedente alla pronuncia a sezioni unite 6 maggio 2016, n. 9140, è stata spesso sbrigativamente letta nel senso di una generalizzata validazione delle clausole medesime. Se però non ci si limita alle massime delle sentenze richiamate, ci si avvede che i singoli casi avevano fortemente condizionato le decisioni concrete, che non potevano dunque essere considerate come espressive di una ritenuta validità, in via di principio, del modello *claims made*».

⁶³ Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Danno resp.*, 2016, 929; Cass., sez. un., 2 dicembre 2016, n. 24645, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 619.

⁶⁴ E accogliendo la maggioritaria impostazione che attribuisce natura dispositiva e non imperativa all’art. 1917, comma 1, cod. civ. in quanto non richiamato tra le norme qualificate come inderogabili dall’art. 1932 cod. civ.

⁶⁵ Com’è stato da più parti rilevato, queste pronunce (e quelle conformi che verranno esaminate nel prosieguo del discorso) vanno annoverate tra le più significative manifestazioni di un recente e più ampio movimento giurisprudenziale di rivalutazione della norma dell’art. 1322, comma 2, cod. civ., il giudizio di meritevolezza previsto dalla quale per lungo tempo era stato dai nostri giudici risolto in un sindacato di mera liceità dell’accordo (vale a dire di non contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume) e conseguentemente espropriato di un autonomo significato applicativo (v., tra gli altri, U. BRECCIA, *Tempi e luoghi del diritto dei contratti*, in *Contr.*, 2018, 11 s.; A. GUARNERI, *Il contratto immeritevole e il rasoio di Occam*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 261 ss.; M. FRANZONI, *La causa e l’interesse meritevole di tutela secondo l’ordinamento giuridico*, in *juscivile.it*, 2017, 419 ss.).

⁶⁶ Le Sezioni Unite hanno, peraltro, precisato che tale giudizio si dovrebbe per lo più risolvere positivamente nel caso di *claims made* c.d. pura, cioè priva di limitazioni temporali di retroattività, mentre dev’essere svolto con maggiore cautela e potrebbe avere un esito assai più incerto con riguardo alla *claims made* c.d. impura (o mista), ovvero sia alla clausola che subordina l’operatività della copertura alla circostanza che la richiesta risarcitoria riguardi fatti verificatisi entro un determinato periodo di tempo antecedente alla stipula della polizza.

⁶⁷ Per una panoramica, v. G. MIOTTO, *Dalle Sezioni Unite alla Legge Gelli: la claims made dall’atipicità alla tipizzazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1415 ss.; V. AMENDOLAGINE, *La clausola claims made nella giurisprudenza*, in *Giur. it.*, 2018, 217 ss.



negativo) che hanno suscitato, due pronunce della Cassazione della prima parte del 2017⁶⁸ che hanno tra le altre cose sancito la nullità per immeritevolezza delle clausole *claims made* che escludono la copertura per le richieste postume⁶⁹: appare infatti evidente, a tacer d'altro, che l'esclusione dalla copertura assicurativa delle richieste risarcitorie sopraggiunte dopo la scadenza della polizza appartiene all'essenza stessa del fenomeno *claims made*, sicché tali pronunce sembrano in realtà contraddire il principio della valutazione di meritevolezza caso per caso espresso dalle Sezioni Unite nell'anno precedente⁷⁰ e rischiano di precludere in via generale ed astratta il riconoscimento della validità di questo tipo di polizze nel nostro ordinamento giuridico⁷¹. A complicare ulteriormente questo già notevolmente intricato panorama giurisprudenziale, inoltre, è di recente sopraggiunto un nuovo provvedimento di rimessione alle Sezioni Unite di alcune fondamentali questioni ermeneutiche relative all'ammissibilità delle clausole *claims made*⁷².

⁶⁸ Cass. 28 aprile 2017, n. 10506 e Cass. 28 aprile 2017, n. 10509, in *Corr. giur.*, 2017, 1191.

⁶⁹ Secondo le pronunce in discorso, tali clausole realizzerebbero un ingiusto e sproporzionato vantaggio dell'assicuratore senza contropartita per l'assicurato, privandolo verosimilmente di copertura per tutti i danni causati nella prossimità della scadenza della polizza.

⁷⁰ Ma per una diversa opinione, v. U. CARNEVALI, *La clausola claims made e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità*, in *Contr.*, 2017, 389, il quale afferma che «in realtà, se si legge in filigrana la sentenza [di Cass. 28 aprile 2017, n. 10506], appare evidente che essa non ha voluto enunciare un principio in netto contrasto con quello enunciato dalle Sezioni Unite e non ha voluto dare una valutazione generale delle clausole *claims made* in termini di non meritevolezza, bensì ha limitato il suo giudizio alla specifica categoria di clausole *claims made* che veniva in considerazione in quel giudizio, e cioè ad una clausola inserita in una polizza di assicurazione della responsabilità civile sanitaria stipulata da un'azienda ospedaliera». Per un'aperta condivisione delle soluzioni fatte proprie dalle pronunce in parola, v., poi, S. MONTICELLI, *Il giudizio d'immeritevolezza della claims made agli albori della tipizzazione della clausola*, in *Danno resp.*, 2017, 452 ss.

⁷¹ Per queste considerazioni v., tra gli altri, F.A. MAGNI, *Il contratto di assicurazione per la responsabilità civile claims made non è meritevole di tutela se non è prevista la garanzia postuma (ovvero la III sezione corregge le Sezioni Unite)*, in *Corr. giur.*, 2017, 1208 ss.; A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Claims made, "code lunghe" e ostracismi giudiziali*, in *Danno resp.*, 2017, 445 ss.; B. TASSONE, *Ulteriori note sulle claims made: la trama si infittisce e non se ne esce*, in *Foro it.*, 2017, I, 2725 ss.; I. PARTENZA, *La clausola claims made e le sezioni dis-unite della Supr. Corte: l'insostenibile incertezza del mercato*, in *Resp. med.*, 2017, 237 ss. Da un altro punto di vista può essere, del resto, evidenziato che l'invalidità *tout court* delle polizze *claims made* alla quale rischiano di condurre le pronunce in discorso parrebbe poter essere evitata, alla stregua dei principi dalle stesse affermati, solo predisponendo un regolamento contrattuale che coprisse l'assicurato tanto per gli eventi avvenuti nel periodo di retroattività con richiesta risarcitoria pervenuta durante la vigenza della polizza, quanto per gli eventi avvenuti nel medesimo periodo con richiesta pervenuta sempre nello stesso arco temporale, quanto, infine, per gli eventi avvenuti durante la vigenza della polizza con richiesta postuma: ma un sistema siffatto, com'è agevole intuire, sarebbe senza dubbio insostenibile per le compagnie assicurative e non potrebbe pertanto trovare concreta applicazione (L. LOCATELLI, *Polizze a regime claims made: quando il diverso ha difficoltà ad integrarsi*, in *Danno resp.*, 2017, 466; ID., *Primi cedimenti delle clausole claims made di fronte al giudizio di meritevolezza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1383).

⁷² Si tratta di Cass. (ord.) 19 gennaio 2018, n. 1465, con la quale le Sezioni Unite vengono chiamate «a stabilire se siano corretti i seguenti principi: (a) nell'assicurazione contro i danni non è consentito alle parti elevare al rango di "sinistri" fatti diversi da quelli previsti dall'art. 1882 cod. civ. ovvero, nell'assicurazione della responsabilità civile, dall'art. 1917, comma primo, cod. civ.; (b) nell'assicurazione della responsabilità civile deve ritenersi sempre e comunque immeritevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322 cod. civ., la clausola la quale stabilisca la spettanza, la misura ed i limiti dell'indennizzo non già in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui l'assicurato ha causato il danno, ma in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui il terzo danneggiato ha chiesto all'assicurato di essere risarcito».



Al di là di questi rilievi, sono diversi i profili di teoria generale del contratto che si incontrano nello studio delle clausole in parola.

Per dipanare la questione della validità delle *claims made* è necessario fare chiarezza, oltre – e prima ancora – che sul giudizio di meritevolezza degli interessi *ex art.* 1322, comma 2, cod. civ., sulla stessa nozione di (a)tipicità contrattuale, perché la prevalente tesi che le ritiene deviare dal meccanismo *loss occurrence* fatto proprio dall'art. 1917, comma 1, cod. civ. è invero contrastata da quanti ritengono che, in realtà, esse si limiterebbero a circoscrivere il rischio assicurato dal punto di vista temporale e quindi non comporterebbero alcuno sconfinamento dal modello codicistico di assicurazione della responsabilità civile⁷³⁻⁷⁴.

I problemi che si è appena finito di richiamare sono, peraltro, intimamente collegati ad un'ulteriore e controversa questione, vale a dire la riferibilità del giudizio di atipicità e meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, cod. civ. a singole clausole contrattuali anziché all'intero negozio: sebbene tale impostazione venga sostenuta da una parte della dottrina⁷⁵ e sia stata con-

⁷³ E questo sulla scorta dell'idea che l'espressione «fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione» contenuta nell'art. 1917, comma 1, cod. civ. sarebbe idonea a ricomprendere, oltre che il fatto storico posto in essere dall'assicurato comportante l'insorgere della sua responsabilità secondo il modello *loss occurrence* (o *act committed*), pure la formulazione della richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato secondo il modello della clausola *claims made*, l'inserimento della quale all'interno del contratto di assicurazione della responsabilità civile non sarebbe ad ogni modo in grado di snaturarne la causa al punto da comportarne la fuoriuscita dall'area della tipicità. Per questa impostazione ed ulteriori citazioni conformi, cfr., tra gli altri, G. MIOTTO, *Dalle Sezioni Unite*, cit., 1395 ss.; M. MAZZOLA, *La copertura*, cit., 1048; A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Meritevoli e no: claims made senza rete*, in *Foro it.*, 2017, I, 1931; G. FACCI, *Gli interventi demolitivi della Cassazione sulle claims made e la tutela degli assicurati (e dei terzi danneggiati)*, in *Corr. giur.*, 2017, 1200. I fautori della prevalente tesi contraria non hanno, peraltro, mancato di ribattere al ragionamento che si è appena finito di esporre, per esempio osservando che «ciò è smentito dal secondo periodo del medesimo primo comma dell'art. 1917, ove si prevede che “sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi” e poiché, da un lato, può predicarsi un dolo esclusivamente rispetto alla condotta del danneggiante (e non certo rispetto alla richiesta di risarcimento del danneggiato) e poiché, dall'altro, non può ipotizzarsi che il medesimo termine “fatto” sia usato con due significati diversi nello stesso comma, ne consegue che anche nella prima parte del primo comma il termine “fatto” è riferito alla condotta dell'assicurato danneggiante e non già alla richiesta di risarcimento» (così F. DELFINI, *Controllo*, cit., 898).

⁷⁴ Un'interessante impostazione del problema è quella proposta da P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo*, in *Banca borsa*, 2016, II, 667 s., il quale ritiene che «che nell'ambito della disciplina codicistica del contratto di assicurazione, possa parlarsi di tipi contrattuali in senso proprio solo con riguardo all'assicurazione contro i danni e all'assicurazione sulla vita, ossia alle due figure definite e descritte dall'art. 1882 c.c. Infatti, le varie manifestazioni di negozi assicurativi – compresa l'assicurazione della responsabilità civile – articolate secondo la classificazione dei rischi per rami (art. 2 cod. ass.), quando presentano i caratteri richiesti dalla menzionata norma codicistica, sono riconducibili ad uno dei due tipi e non esprimono quindi una rilevanza autonoma sul piano della qualificazione. Se si conviene con questa premessa, alla domanda se l'assicurazione con clausola *claims made* rappresenti una figura tipica o atipica può agevolmente risponderci che qualsiasi forma di assicurazione con la quale viene previsto l'indennizzo dei danni suscettibili di incidere sul patrimonio dell'assicurato a seguito dell'insorgenza di obblighi risarcitori nei confronti di terzi è pur sempre una assicurazione contro i danni – quindi rientrante nel tipo di cui all'art. 1882 c.c. – classificabile, in ragione dell'oggetto della copertura (ossia la responsabilità dell'assicurato), nelle assicurazioni di responsabilità civile. L'unica peculiarità che presenta, in caso di apposizione della clausola *claims made*, riposa sul fatto che il rischio relativo alla responsabilità civile, ossia l'oggetto del contratto, viene determinato in modo diverso da quanto è previsto dall'art. 1917 c.c.».

⁷⁵ Tra gli altri v., anche per ulteriori citazioni di dottrina conforme, M. GAZZARA, *L'assicurazione*, cit., 106 ss.; ID., *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2016, 942 s.; R. FOR-

JUS CIVILE



siderata dalle summenzionate Sezioni Unite del 2016 «un approdo pacifico della teoria generale del contratto», significativi argomenti sia letterali che sistematici sembrano appoggiare l'opposta soluzione secondo cui solo l'intero contratto può costituire oggetto del giudizio in discorso e la singola clausola contrastante con una disposizione normativa può, alternativamente, essere soltanto nulla – se la disposizione violata ha natura imperativa – oppure lecita – se la disposizione violata ha natura derogabile – ai sensi di quanto prevede il primo comma dell'art. 1322 cod. civ.⁷⁶.

Tutt'altro che agevole da ricostruire è, poi, il profilo – a sua volta connesso con quello appena sopra esaminato – delle conseguenze della declaratoria di nullità della clausola *claims made* inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile.

A rigore la questione andrebbe risolta alla stregua della disciplina della nullità parziale dettata dall'art. 1419 cod. civ.: il secondo comma della norma, il quale comporterebbe la sostituzione automatica del regime *claims made* con quello *loss occurrence* previsto dall'art. 1917, comma 1, cod. civ., non potrebbe però essere applicato a causa della natura non imperativa della disposizione da ultimo menzionata⁷⁷; a trovare spazio dovrebbe allora essere il primo comma dell'art. 1419 cod. civ., l'applicazione del quale peraltro condurrebbe, stante l'importanza decisiva che la clausola *claims made* normalmente riveste per entrambe le parti⁷⁸, alla declaratoria di nullità dell'intero contratto nell'assoluta generalità dei casi⁷⁹.

Un siffatto esito, tuttavia, appare inappagante nella misura in cui consente all'assicurato soltanto di recuperare i premi pagati e non di ottenere l'indennizzo escluso dalla clausola *claims made* considerata immeritevole di tutela: per questa ragione, la giurisprudenza in materia preferisce allora 'ignorare' il primo comma dell'art. 1419 cod. civ. e applicare il secondo comma della norma nonostante la natura derogabile dell'art. 1917, comma 1, cod. civ., al fine di riconoscere l'automatica sostituzione del regime *loss occurrence* alla clausola *claims made* dichiarata nulla.

Sebbene venga avallata da una parte della dottrina riconoscendo l'estensibilità analogica

NASARI, *La meritevolezza della clausola claims made*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1378 ss., il quale ritiene che tale impostazione possa trovare fondamento anche in talune disposizioni introdotte nell'ordinamento italiano in sede di recepimento di norme provenienti dall'Unione europea nonché nella recente riforma del *Code civil* francese.

⁷⁶ Così, in particolare, G. MIOTTO, *Dalle Sezioni Unite*, cit., 1405 ss. Per ulteriori considerazioni critiche circa la pretesa di isolare una clausola contrattuale nel vuoto, scollegandola dal contesto in cui si colloca, v., poi, A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Meritevoli e no*, cit., 1930.

⁷⁷ V. *supra*, nota 64.

⁷⁸ Il regime *claims made* consente infatti all'assicuratore di gestire il rischio con molta maggiore facilità rispetto al sistema *loss occurrence* e questo si riflette in una significativa diminuzione dell'entità del premio che l'assicurato viene chiamato a pagare: alla luce di queste considerazioni, quindi, si tende a riconoscere che il giudizio richiesto dall'art. 1419, comma 1, cod. civ. in linea di principio si risolverebbe sempre nel senso che né l'uno né l'altro avrebbero concluso il contratto senza la clausola *claims made*.

⁷⁹ Per questi rilievi v., tra gli altri, G. MIOTTO, *Dalle Sezioni Unite*, cit., 1408 ss.; L. LOCATELLI, *Primi cedimenti*, cit., 1383; G. FACCI, *Gli interventi*, cit., 1201; ID., *Le clausole claims made ed i c.d. «fatti noti» nella successione di polizze*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 767 ss.; F. GRECO, *La clausola claims made tra vessatorietà e meritevolezza in concreto: l'erosione dell'autonomia contrattuale nell'interpretazione della giurisprudenza*, in *Danno resp.*, 2017, 478.



dell'art. 1419, comma 2, cod. civ. alle norme dispositive⁸⁰, questa soluzione suscita però diverse perplessità: al di là della dubbia solidità del suo fondamento normativo⁸¹, non si può invero disconoscere che, seguendo l'impostazione in discorso, il contratto viene sostanzialmente riscritto (se non stravolto) dal giudice in dispregio del principio dell'autonomia privata, tra l'altro finendo per assumere un contenuto marcatamente sbilanciato a sfavore della compagnia assicurativa⁸² con inevitabili riflessi negativi sullo stesso mercato assicurativo⁸³. Dal piano delle perplessità si trascorre, poi, a quello dell'aperta disapprovazione – anche da parte degli Autori che pure sono favorevoli alla soluzione della sostituzione automatica del regime *loss occurrence* alla clausola *claims made* nulla – quando si constata che una certa giurisprudenza di merito si spinge oltre e non esita a riformulare il contratto sottoposto al suo giudizio elaborando una sorta di regime 'ibrido' tra *loss occurrence* e *claims made* nel malcelato intento di far rientrare ad ogni costo in copertura un sinistro che in realtà non sarebbe indennizzabile né secondo l'uno né secondo l'altro modello⁸⁴.

Un'ultima questione di carattere generale sollevata dalle clausole *claims made*, che nonostante sia «estremamente delicata e spinosa» viene poco considerata dalla dottrina e sembra essere addirittura ignorata dalla giurisprudenza⁸⁵, riguarda infine la legittimazione ad invocarne la nullità. Se tale rimedio consegue ad una valutazione di immeritevolezza della clausola fondata

⁸⁰ Tra gli altri v., anche per ulteriori citazioni di dottrina conforme, M. GAZZARA, *L'assicurazione*, cit., 112 s.; ID., *La meritevolezza*, cit., 946; U. CARNEVALI, *La clausola*, cit., 389, nel testo e in nota 9. Più in generale sulla tesi che sostiene l'applicabilità del meccanismo sostitutivo previsto dall'art. 1419, comma 2, cod. civ. anche alle ipotesi in cui vengano in rilievo norme di natura dispositiva, v., poi, A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Cedam, 2008, 245 ss.

⁸¹ Al riguardo v. la dottrina citata *supra*, in nota 79. È appena il caso di rilevare che – come evidenzia M. HAZAN, *La singolare vicenda della claims made, prima e dopo le Sezioni Unite* (“*Piacer figlio d'affanno; Gioia vana...*”), in *Danno resp.*, 2016, 969 – il fondamento della soluzione in esame non guadagna certamente alcuna maggiore attendibilità quando al già poco perspicuo «abbrivio degli spunti esegetici offerti dall'art. 1419, comma 2» cod. civ. si aggiunge il riferimento ad un non meglio precisato ed argomentato «principio, ormai assunto a diritto vivente, secondo cui il precetto dettato dall'art. 2 Cost., “che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis normativa*” [...], consente al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sullo statuto negoziale, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto» (così Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit.).

⁸² Com'è stato rilevato alla nota 78, il regime *claims made* consente alla compagnia assicurativa di gestire il rischio in maniera più agevole e quindi di chiedere un premio inferiore all'assicurato, sicché dopo la sua sostituzione con il regime *loss occurrence* il premio (invariato) diventa sproporzionato per difetto rispetto alle esigenze dell'assicuratore e l'equilibrio contrattuale finisce inevitabilmente per sbilanciarsi a favore della controparte.

⁸³ Cfr., per queste considerazioni, M. MAZZOLA, *La copertura*, cit., 1053 s.; G. MIOTTO, *Dalle Sezioni Unite*, cit., 1410 s.; M. FERMEGLIA, *Le Sezioni Unite confermano se stesse sulla natura della clausola claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 624; C. GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *Contr.*, 2017, 632 ss.; V. ALLAVENA, *Meritevolezza della clausola claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2016, 959.

⁸⁴ Per queste considerazioni e per i riferimenti alla giurisprudenza di merito di cui si è detto nel testo, v. U. CARNEVALI, *La clausola*, cit., 390 s.; M. FERMEGLIA, *Le Sezioni Unite*, cit., 624; V. ALLAVENA, *Meritevolezza*, cit., 958; M. HAZAN, *La singolare vicenda*, cit., 970.

⁸⁵ M. GAZZARA, *L'assicurazione*, cit., 114; ID., *La meritevolezza*, cit., 946 s.



sull'eccessivo squilibrio in danno dell'assicurato, a potersene avvalere dovrebbe invero essere solamente l'assicurato stesso (e non anche l'assicuratore), che alla luce delle circostanze del caso concreto ben potrebbe anche decidere di non farlo laddove la clausola coprisse un sinistro destinato a rimanere, invece, escluso dalla copertura sotto il regime *loss occurrence* subentrante dopo la declaratoria di nullità della clausola medesima⁸⁶; e la rispondenza all'interesse dell'assicurato, sempre secondo questa prospettiva, dovrebbe condizionare anche il potere-dovere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità della clausola *claims made*, nel senso che il magistrato dovrebbe astenersi dal dichiararla nelle ipotesi in cui l'operatività della clausola in concreto andasse a favorire le ragioni dell'assicurato.

È però agevole rilevare che una siffatta regolamentazione non sarebbe sicuramente attingibile sottoponendo le fattispecie di nostro interesse alla disciplina generale dell'azione di nullità dettata dall'art. 1421 cod. civ., dalla quale è anzi necessario trovare il modo di discostarsi se si vogliono vedere realizzati gli esiti applicativi poco sopra illustrati.

A tale riguardo non sarebbe di particolare utilità richiamare i principi generali dell'ordinamento: com'è stato messo in luce, all'assicuratore che sulla scorta dell'art. 1421 cod. civ. invocasse la nullità della clausola *claims made* per sottrarsi alle conseguenze della sua operatività si potrebbe, forse, anche pensare di opporre il contrasto della propria pretesa con la buona fede, il divieto dell'abuso del diritto e/o il divieto del *venire contra factum proprium*; il problema è che però, a quel punto, tutto ciò non potrebbe non valere pure nei confronti dell'assicurato, espropriandolo della facoltà di decidere se invocare o meno la nullità in discorso a seconda di quale sia la soluzione per lui più conveniente nel caso concreto⁸⁷.

Al fine di riconoscere soltanto all'assicurato la legittimazione ad invocare la nullità della clausola *claims made* nonché condizionare il rilievo officioso della nullità in esame alla rispondenza all'interesse dell'assicurato stesso si potrebbe, piuttosto, tentare di percorrere la via dell'applicazione analogica delle svariate disposizioni normative coinvolte nel fenomeno delle c.d. nullità di protezione⁸⁸. Pure l'accoglimento di questa soluzione presenta, però, una serie di difficoltà tutt'altro che agevoli da superare: da un lato, è necessario verificare che le disposizioni di cui sopra non rivestano natura eccezionale (bensì soltanto speciale) per non incorrere nel divieto di applicazione analogica previsto dall'art. 14 disp. prel.; dall'altro lato, devono essere esaminati e risolti pure i dubbi circa l'idoneità ad atteggiarsi quali nullità protettive del-

⁸⁶ Da questo diffuso ragionamento si discosta B. TASSONE, *Ulteriori note*, cit., 2730, il quale solleva il dubbio «se sia opportuno concedere all'assicurato la possibilità di scegliere a suo piacimento – e a parità di premio – di orientare l'impugnativa contrattuale per far prolungare la copertura verso il passato ovvero verso il futuro invocando lo schema *loss occurrence*». Per una difesa dall'accusa di «un eccessivo riguardo protezionistico nei confronti dell'assicurato» mossa all'impostazione in esame v., peraltro, M. GAZZARA, *L'assicurazione*, cit., 118 s.; ID., *La meritevolezza*, cit., 948 s.

⁸⁷ B. TASSONE, *Ulteriori note*, cit., 2730.

⁸⁸ Sembra ritenere senz'altro sostenibile tale soluzione M. GAZZARA, *L'assicurazione*, cit., 116 s.; ID., *La meritevolezza*, cit., 947 s.



le nullità strutturali dovute ad uno squilibrio unilaterale del sinallagma⁸⁹.

Da ultimo, va sottolineato come non sarebbe corretto ritenere che tutte le questioni finora esaminate ormai non si pongano più nell'assicurazione della responsabilità sanitaria, perché l'art. 11 della Legge Gelli-Bianco ha 'tipizzato' le clausole *claims made* con riguardo a quell'ambito⁹⁰ così precludendo in radice lo svolgimento del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, comma 2, cod. civ. e la conseguente possibilità di una declaratoria di nullità delle clausole in parola⁹¹. A ben vedere, infatti, pure dopo l'avvento della nuova legge una valutazione in termini di atipicità e (im)meritevolezza delle clausole *claims made* – con tutti i problemi che abbiamo visto essa trascina con sé – rimane comunque necessaria per le polizze di assicurazione della responsabilità medica stipulate prima dell'entrata in vigore della legge medesima nonché per quelle stipulate successivamente che si discostino dalle previsioni del summenzionato art. 11 e, quindi, dal modello 'tipizzato' dal legislatore⁹².

6. – Nelle pagine precedenti si è potuto vedere come la responsabilità civile di medici e strutture sanitarie, anche – anzi, vieppiù – dopo l'ingresso nell'ordinamento dell'apposita disciplina contenuta nella Legge Gelli-Bianco, è un settore che, a dispetto della sua specificità, incrocia numerosi e assai più vasti *topoi* del diritto civile: il contatto sociale nel quadro della teoria delle fonti delle obbligazioni; la distinzione fra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato; le funzioni della responsabilità civile e il ruolo svolto dalla condotta dell'autore dell'illecito nell'opera di quantificazione del risarcimento del danno; il concetto di (a)tipicità contrattuale, il giudizio di (im)meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti dai contratti atipici e il funzionamento della nullità parziale.

Nell'economia del presente lavoro, di tutti questi profili – e degli altri aspetti loro collegati – è stato possibile soltanto tratteggiare le linee fondamentali con l'idea di offrire, più che soluzioni compiute e adeguatamente meditate, spunti e suggestioni utili allo svolgimento di ben più approfonditi percorsi di ulteriore ricerca; ma anche la necessità di quest'ultima, a ben vedere, non

⁸⁹ G. FACCI, *Gli interventi*, cit., 1201 s.; ID., *Le clausole*, cit., 768 s.

⁹⁰ Ciò che, secondo alcuni, peraltro aprirebbe il diverso problema della legittimità costituzionale della norma, in particolare nella misura in cui esclude per l'assicurato la copertura assicurativa per le richieste postume (A. ASTONE, *Profili*, cit., 1124 s.).

⁹¹ Per quest'ultimo rilievo v., tra gli altri, C. MASIERI, *Novità*, cit., 764; G. MIOTTO, *Dalle Sezioni Unite*, cit., 1421 s.; M. HAZAN-E. CINELLI, *Estensione*, cit., 676; G. FACCI, *Gli obblighi assicurativi nella recente riforma Gelli-Bianco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 109; M. COSTANZA, *Della meritevolezza. Il caso claims made*, in *Foro it.*, 2017, I, 3118, 3120; P. CORRIAS, *La copertura*, cit., 755; A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Claims made*, cit., 447; F. GRECO, *La clausola*, cit., 475.

⁹² Cfr., per queste considerazioni, N. DE LUCA-G.M. D'AIELLO-F. SCHIAVOTTIELLO, *Le assicurazioni*, cit., 794, nota 8; S. MONTICELLI, *Le nuove dinamiche*, cit., 6 ss.; ID., *Il giudizio*, cit., 453; V. SELINI, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in *Danno resp.*, 2017, 314; M. BINDA, *Il tortuoso cammino delle clausole claims made*, in *La responsabilità sanitaria. Commento alla l. 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di G. Alpa, Pacini, 2017, 441.

JUS CIVILE



è che la conferma delle peculiarità di una materia il cui «quadro interpretativo [...] non può mai ritenersi definitivamente tranquillo, e cioè non suscettibile di ripensamenti e *revirements*»⁹³ e che, d'altro canto, oramai «è diventata quasi una moda in una società che non intende concedere nulla al caso mentre questo continua a farsi beffe di pretese scientifiche coltivate nell'illusione di neutralizzarlo»⁹⁴.

⁹³ A. DI MAJO, *Mezzi e risultato*, cit., 38.

⁹⁴ C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, rist. emendata, Giuffrè, 2015, 161.