



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Quaderni del
Massimario

RESPONSABILITA' SANITARIA
E TUTELA DELLA SALUTE

(a cura di MARCO ROSSETTI)

2011

2

UFFICIO DEL MASSIMARIO

PRESENTAZIONE

L'impegno, preannunciato, di un osservatorio del Massimario – nella forma di un'ampia e approfondita disamina propria di un *Quaderno* – sul tema della “responsabilità sanitaria e tutela della salute” prescinde da specifici interventi normativi e si riconnette, stavolta, alla rilevanza che il diritto vivente ha recentemente assunto mediante l'elaborazione giurisprudenziale.

In subjecta materia la funzione essenziale dell'interpretazione della Corte di cassazione, chiamata a definire concretamente regole di comportamento e contenuto di diritti, discende dalla natura degli interessi tutelati e dal fatto che nella sua primaria accezione la norma contenuta nell'art. 32 della Costituzione è volta a tutelare il diritto alla salute di ogni individuo, in maniera diretta e senza necessità dell'*interpositio legis*, trattandosi di un diritto fondamentale della persona, immediatamente tutelabile nell'ambito dei rapporti con i poteri pubblici e nei confronti dei privati.

Il riconoscimento di quel diritto è stato graduale, spesso controverso, e la stessa norma costituzionale rappresentava, al tempo della sua emanazione, una disposizione originale rispetto ad ordinamenti allora contemporanei, in cui la configurazione di un autonomo diritto alla salute è poi avvenuta mediante intervento dei giudici costituzionali; è significativo, poi, che l'affermazione del diritto alla vita e alla salute sia stata inserita, *ab initio*, in alcune costituzioni più recenti, come reazione libertaria a precedenti concezioni autoritarie, esplicitata mediante il riconoscimento specifico di diritti fondamentali della persona.

Il significato e la portata della norma sono stati definiti con precisione dalla Corte costituzionale, con l'affermazione di principi che certamente devono essere considerati anche nell'ambito dei rapporti di diritto privato ai fini della determinazione di criteri di identificazione della responsabilità sanitaria.

Vengono in rilievo, per esempio, le affermazioni (contenute nelle sentenze n. 282 del 2002 e n. 338 del 2003) riguardanti le modalità di esercizio della professione sanitaria, secondo cui si verte su diritti che devono sempre essere rispettati, e a presidiarne l'osservanza in concreto valgono gli ordinari rimedi apprestati dall'ordinamento, nonché i poteri di vigilanza sull'osservanza delle regole di deontologia professionale, attribuiti agli organi della professione. "Salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali", non è quindi, "di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni". Poiché infatti "la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione". Dunque, "autonomia del medico nelle sue scelte professionali e obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali, sotto la propria responsabilità, configurano un altro punto di incrocio dei principi di questa materia". Deve essere esclusa qualsiasi ingerenza del Legislatore sul "merito delle scelte terapeutiche"; ciò anche quando quell'ingerenza sia indirizzata a vietare dei trattamenti terapeutici, sul presupposto della loro particolare rischiosità e dubbia efficacia terapeutica. Una analoga autonomia e responsabilità del medico la Corte ha riconosciuto là dove – all'interno di tecniche terapeutiche pure ammesse, come quelle legate alla procreazione medicalmente assistita – il Legislatore era intervenuto introducendo una prescrizione negativa, che nella sua automaticità violava il principio di ragionevolezza e quello di uguaglianza. La Corte (nella sentenza n. 151 del 2009) – richiamando i principi espressi in precedenza riguardo ai limiti posti alla discrezionalità legislativa dalle acquisizioni sperimentali, sulle quali si fonda l'*ars medica* – ha dichiarato l'illegittimità costituzionale *in parte qua* della norma censurata, "in quanto la previsione legislativa non riconosce al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con

conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto”.

Nel diritto ad essere curati rientrano, oltre al diritto alle prestazioni sanitarie, anche la libertà di cura (cioè, la scelta del medico e della terapia) e il diritto al “consenso informato”. Questi diritti contribuiscono a definire la scelta terapeutica, che – secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale – coinvolge anzitutto la sfera soggettiva dell’individuo (il diritto ad essere curato, il diritto all’integrità psico-fisica), e pone in primo piano la responsabilità professionale del medico. È una configurazione che segna il superamento della concezione della “potestà” del medico di curare, in favore della moderna rappresentazione del “rapporto” fra medico e paziente in termini di collaborazione (sentenze n. 282 del 2002, n. 338 del 2003, n. 151 del 2009).

Infine, nella stessa giurisprudenza costituzionale si rinvencono alcune significative affermazioni in ordine al diritto di informazione. “La necessità che il paziente sia posto in condizione di conoscere il percorso terapeutico si evince, altresì, da diverse leggi nazionali che disciplinano specifiche attività mediche: ad esempio, dall’art. 3 della L. 21 ottobre 2005, n. 219 (Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale di emoderivati), dall’art. 6 della L. 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nonché dall’art. 33 della L. 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), il quale prevede che le cure sono di norma volontarie e nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario se ciò non è previsto dalla legge”.

Che il “consenso informato” trovi il suo fondamento nella Costituzione, negli artt. 2, 13 e 32, pone in risalto la “sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all’autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere

sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio per garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, comma secondo, della Costituzione”.

L'elaborazione, così diffusa, relativa alla essenza e ai contenuti molteplici del diritto alla salute limita, dunque, in maniera esplicita la possibilità di una “intermediazione” del Legislatore e lascia intendere che i problemi riguardanti l'individuazione e i limiti della responsabilità sanitaria debbano trovare soluzione, oltre che nei canoni deontologici, nell'applicazione giurisprudenziale.

La necessità che in una materia tanto rilevante si formino orientamenti conformi esalta il ruolo del giudice di legittimità, chiamato così ad una funzione di chiarimento e di indirizzo che è propria di una Corte regolatrice. Di questa sua ampia funzione ermeneutica (secondo i compiti del giudice-interprete che, in generale, sono stati, da ultimo, chiariti e definiti con la sentenza a sezioni unite n. 15144 del 2011) la Corte ha dimostrato di avere consapevolezza, com'è dimostrato da una assidua opera interpretativa diretta a determinare la formazione di un diritto vivente in continua evoluzione.

Il percorso della giurisprudenza non è sempre lineare, ed anzi a volte è proprio tortuoso, come viene notato sin dalle premesse del *Quaderno*, e ciò rende palese la difficoltà che si incontra allorché istituti e concetti giuridici tradizionalmente connessi alla responsabilità debbano essere applicati in relazione alla tutela di un diritto fondamentale, nella ricerca di un equilibrio che la regolamentazione esistente non può garantire. L'evenienza, d'altra parte, non è eccezionale, poiché la ricerca di soluzioni adeguate – mediante un'apertura culturale del giudice di legittimità verso orizzonti più vasti di quelli offerti dalla c.d. giuridicità formale – ha riguardato via via tutta la materia della cittadinanza sociale, dei rapporti dell'individuo con lo Stato e dei diritti della persona, là dove la carenza dello *jus positum*, obbligando la giurisprudenza a fornire strumenti per la realizzazione dei diritti, ha finito per liberare il giudice-interprete dalla staticità della fonte legale, così che, per la rilevanza dei diritti in gioco, l'intervento esegetico del giudice di

cassazione è diretto di volta in volta a individuare principi e a temperare garanzie e diritti, sì da definire la regola applicabile al caso concreto.

Come anche la dottrina non ha mancato di osservare, se si vuole individuare un filo conduttore, nel campo della responsabilità medica (e più in generale della responsabilità sanitaria), lo si può identificare nel carattere strumentale di tale responsabilità e nella ricerca di un equilibrio fra le diverse prerogative dei soggetti coinvolti, da raggiungere anche mediante la valorizzazione di profili di collaborazione dei rispettivi titolari (c.d. alleanza terapeutica), sì che la stessa garanzia della libertà professionale si ponga come mezzo per attuare pienamente la tutela della salute (che finirebbe per essere pregiudicata da una eccessiva limitazione dell'iniziativa dell'operatore e dai rischi connessi alla c.d. medicina difensiva).

L'equilibrio, però, non è facile da raggiungere, come dimostra la rassegna di alcune decisioni contenuta nel *Quaderno*, e le divergenze, anche con riguardo a fattispecie analoghe, si riferiscono a tutti gli aspetti della responsabilità, e finanche ai profili più generali come il nesso di causalità, il suo rapporto con l'elemento soggettivo, il danno risarcibile.

Il compito, d'altra parte, non è agevolato da quella osmosi fra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale, che in altri campi riesce a garantire uniformità di soluzioni, poiché la tendenza al livello comunitario e internazionale è di rimettere agli ordinamenti interni la regolamentazione o, comunque, la individuazione giurisprudenziale delle responsabilità sanitarie, sebbene la mancanza di criteri comuni si rifletta su situazioni, non infrequenti, di pazienti che ricevono cure sanitarie al di fuori del proprio Paese, per necessità o contingenze urgenti, ovvero per libera scelta. Non mancano, invero, alcuni principi relativi alla tutela della salute, al diritto di informazione e al consenso alla terapia, come nel Trattato di Lisbona, nella Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, nella Carta di Nizza, come il richiamo alla protezione dell'uomo dalle conseguenze economiche di offesa alla salute, o quello alla sua integrità e quello del diritto alla cura. Ma l'enunciazione di tali principi non esclude applicazioni divergenti sul piano della tutela risarcitoria nei confronti degli operatori

sanitari, e l'evenienza comporta la diversa tutela dei diritti e delle garanzie dei soggetti coinvolti nel rapporto obbligatorio (il paziente, ma anche l'operatore professionale e la struttura sanitaria), in antitesi alla esigenza di uniformità espressa dal Trattato di Lisbona in relazione alla tutela dei diritti civili ed economico-sociali.

Si pone, quindi, anche in questo campo, la necessità di una tutela risarcitoria collegata a criteri unitari di responsabilità, secondo un meccanismo, non tanto di concorrenza di ordinamenti, quanto di condivisione di principi e di specifici protocolli. E l'esigenza di criteri uniformi emerge ogni qual volta la *regula juris*, per la sua indeterminatezza, subisca contaminazioni di ordine morale, o filosofico, come risulta, in modo esplicito, dalle riflessioni contenute nel *Quaderno*.

MARIO ROSARIO MORELLI e ULPIANO MORCAVALLO

“Responsabilità sanitaria e tutela della salute”

(a cura di MARCO ROSSETTI)

SOMMARIO:

1. Dalla “responsabilità del medico” alla “responsabilità medica”.
 - 1.1. Un fenomeno in costante crescita.
 - 1.2. L’elaborazione giurisprudenziale di regole *ad hoc* in tema di responsabilità medica.
2. La colpa.
 - 2.1. Colpa da contatto ed inversione dell’onere della prova.
 - 2.2. La diligenza esigibile dal medico “medio”.
 - 2.3. Colpa medica ed interventi di speciale difficoltà.
 - 2.4. La colpa della struttura sanitaria privata.
 - 2.5. La colpa della struttura sanitaria pubblica.
 - 2.6. La responsabilità delle disciolte USL.
3. Il nesso causale.
 - 3.1. Causalità materiale e causalità giuridica.
 - 3.2. La causalità omissiva.
 - 3.3. La causalità “presunta”.
 - 3.4. Il concorso di cause umane e naturali.
4. Il danno.
 - 4.1. Il danno iatrogeno.
 - 4.2. La perdita delle *chances* di sopravvivenza o guarigione.
 - 4.3. Il danno da nascita indesiderata.
 - 4.4. Il danno da vaccinazione od infezione.
5. Responsabilità medica e diritto all’informazione.
 - 5.1. Il fondamento normativo dell’obbligo di informare.
 - 5.2. Natura e requisiti del consenso.
 - 5.3. Effetti della mancanza di informazione.
 - 5.4. Consenso e capacità.
 - 5.5. L’onere della prova del consenso.
6. Responsabilità medica e diritto a rifiutare le cure.
7. Aspetti processuali.
 - 7.1. Competenza.
 - 7.2. Onere di allegazione.
 - 7.3. Onere di prova.
 - 7.4. Prova liberatoria, complicità e complicazioni.
8. Il diritto comunitario. La direttiva sulle cure transfrontaliere.
9. Conclusioni.

Allegati: (CD)

1. La convenzione di Oviedo sulla biomedicina
2. La direttiva sulle cure transfrontaliere
3. La prima sentenza sulla responsabilità “da contatto” (Cassazione n. 589/1999)
4. Il *revirement* sulle conseguenze della violazione dell’obbligo di informazione (Cassazione n. 2847/2010)
5. Liceità del dissenso alle cure mediche (Cassazione n. 21748/2007)

1. Dalla “responsabilità del medico” alla “responsabilità medica”.

1.1. Un fenomeno in costante crescita.

La responsabilità dei sanitari (medici, paramedici e strutture ospedaliere) ha conosciuto negli ultimi vent'anni trasformazioni radicali.

Sebbene il quadro normativo in materia di responsabilità professionale, colpa e nesso causale sia rimasto pressoché immutato dal 1942 ad oggi, la giurisprudenza - sollecitata da un contenzioso crescente con progressione geometrica - ha rivisitato praticamente tutti gli aspetti della nostra materia: dalla natura dell'obbligazione del medico alla colpa, dal nesso di causalità alle esimenti, dai danni risarcibili al riparto dell'onere della prova. Non era, quindi, in errore chi già 15 anni fa osservò che nella borsa del diritto il titolo “responsabilità del medico” è segnalato in forte e costante rialzo¹.

Questo fenomeno è fedelmente riflesso dall'attività dello stesso Ufficio del Massimario della Corte di cassazione². Dal 1942 (anno di entrata in vigore del codice civile) al 1990 nell'archivio Italgire della Corte di cassazione sono state inserite 60 massime in materia di responsabilità del medico (in media poco più di una l'anno); negli anni dal 1991 al 2000 il numero delle massime inserite in tema di responsabilità medica è salito 83 (in media otto l'anno), per ascendere a 201 negli anni dal 2001 al 2011 (in media 20 l'anno).

¹ PALMIERI, *Relazione medico-paziente tra consenso «globale» e responsabilità del professionista*, in Foro it., 1997, I, 772.

La crescita del contenzioso e l'aumento delle decisioni giudiziarie in tema di responsabilità del medico ha fatto consequenzialmente “esplosione” l'attenzione della dottrina verso questo fenomeno, sicché sarebbe impossibile in questa sede - e, probabilmente, inutile - offrire al lettore una bibliografia analitica dei relativi contributi, che consterebbe di migliaia di titoli.

Limitandoci perciò ai contributi più recenti o più interessanti di natura monografica, segnaliamo DI PENTIMA, *La responsabilità per l'attività sanitaria in équipe*, Torino, 2009; IADECOLA e BONA, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie - Profili penali e civili*, Milano, 2009; PASTORE e PALMIERI, *La responsabilità nell'esercizio della professione medica - Profili civili, penali, amministrativi e di diritto del lavoro*, Piacenza, 2008; PARRINELLO, *Medical malpractice e regole di responsabilità civile - Tradizione e innovazione*, Milano, 2008; BAGGIO, *La responsabilità della struttura sanitaria*, Milano, 2008; CASSANO, *La giurisprudenza della responsabilità del medico*, Padova, 2007; PECCENINI (a cura di), *La responsabilità sanitaria*, Bologna, 2007; DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari - Modelli e funzioni*, Padova, 2007; BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, VI ed., Padova, 2006; RUFFOLO (a cura di), *La responsabilità medica - Le responsabilità contrattuali ed extracontrattuali, per colpa ed oggettive, del medico e degli enti sanitari (privati e pubblici)*, Milano, 2004; COMANDÉ e TURCHETTI (a cura di), *La responsabilità sanitaria - Valutazione del rischio e assicurazione*, Padova, 2004; STANZIONE e ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998; BARNI, *Diritti-doveri, responsabilità del medico - Dalla bioetica al biodiritto*, Milano, 1998; ALPA-BESSONE (a cura di), *La responsabilità civile-Aggiornamento 1988-1996*, Torino, 1997, II, 781).

² Parrà strano, ma nonostante la crescita del contenzioso legato alla responsabilità medica sia da tutti proclamata ed ammessa (talora con toni ingiustificatamente allarmistici), mancano allo stato dati scientificamente raccolti sulle dimensioni di questo fenomeno in Italia. Né l'ISTAT, né altri enti hanno sinora effettuato un monitoraggio sul numero di nuove controversie che ogni anno vengono introdotte nei confronti di medici, ed aventi ad oggetto il risarcimento di danni causati nell'esercizio della professione.

Le uniche rilevazioni statistiche diffuse hanno riguardato o l'analisi della stampa (Censis (a cura del), *L'errore in Medicina: sondaggio su 340 articoli di quotidiani e periodici (anno 2000)*, in Riv. it. med. leg., 2001, 113), o campioni limitati di pazienti (CIPOLLA, *Il contenzioso socio-sanitario. Un'indagine nazionale*, Bologna, 2004).

Il fenomeno è illustrato dallo schema che segue:

	Anni 1942-1990	Anni 1991-2000	anni 2001-2011 ³
(a) Massime archiviate dal CED	224.766	152.484	119.139
(b) Massime in tema di responsabilità medica	60	83	201
Rapporto a/b	0,03%	0,05%	0,17%

Molto significativo appare poi, oltre il numero dei casi decisi, il *trend* dei casi di colpa medica portati all'esame della S.C., che appare in *progressiva accelerazione*, come si rileva dallo schema che segue:

Anno	Massime in tema di colpa medica
1991	3
1992	1
1993	8
1994	4
1995	5
1996	3
1997	14
1998	15
1999	16
2000	14
2001	15
2002	9
2003	10
2004	32
2005	12
2006	24
2007	17
2008	15
2009	26
2010	28
2011 ⁴	13

Dalle tabelle che precedono risulta non soltanto che, negli ultimi 10 anni, il contenzioso dipendente da *malpractice* sanitaria, in sede di legittimità, è aumentato del 200% rispetto ai 60 anni precedenti; ma risulta altresì che negli ultimi quattro anni (dal 2008 al 2011) la Corte di cassazione ha deciso un numero di casi di responsabilità medica (82) pari a tutti quelli decisi tra il 1991 ed il 2000, ed addirittura superiore a quelli decisi nei quasi sessant'anni intercorsi tra il 1942 ed il 1990.

Va da sé che una simile crescita del contenzioso non è seriamente spiegabile per il solo fatto che oggi i medici sbaglino di più che in passato: al contrario, è nozione di comune esperienza che la scienza medica abbia fatto negli ultimi anni passi da gigante, e la preparazione dei sanitari sia divenuta via via più raffinata.

La dottrina ha perciò provato a spiegare il fenomeno con altre ragioni, tra le quali si è segnalato:

(a) una più consapevole presa di coscienza dei propri diritti da parte degli utenti del servizio "sanità";

³ Il dato è aggiornato a settembre 2011.

⁴ Fino al 15 settembre 2011.

- (b) l'attività di sensibilizzazione compiuta dalle associazioni di difesa dei diritti del malato;
- (c) l'accresciuta scolarizzazione della popolazione, che produce una maggiore attenzione ai propri diritti;
- (d) l'evoluzione dei mezzi di cura e diagnosi, che ha consentito sia un più approfondito controllo *ab externo* sull'attività del medico, sia l'esposizione di quest'ultimo al rischio derivante dal controllo e dal governo di strumentazioni assai sofisticate;
- (e) l'evoluzione del concetto e delle funzioni della "responsabilità civile", la quale, da criterio di riparto delle conseguenze sfavorevoli di un evento dannoso, è andata assumendo la natura di strumento di allocazione delle risorse del sistema;
- (f) il massiccio ricorso di tutti i sanitari e le strutture ospedaliere all'assicurazione di responsabilità civile;
- (g) la crescita esponenziale degli importi liquidati a titolo di risarcimento, il che ha talora alimentato istinti non proprio commendevoli da parte delle presunte vittime o dei loro consiglieri⁵.

1.2. L'elaborazione giurisprudenziale di regole *ad hoc* in tema di responsabilità medica.

La particolarità della materia della responsabilità medica non si limita ad una semplice crescita del numero di controversie giudiziali nelle quali si invoca una colpa professionale del medico.

L'altro aspetto assolutamente evidente che ha caratterizzato l'evoluzione della materia è rappresentato dall'elaborazione da parte della giurisprudenza di regole *ad hoc* per la responsabilità del medico.

Queste regole hanno riguardato la natura stessa della responsabilità; il riparto dell'onere della prova; l'applicazione dell'esimente di cui all'art. 2236 c.c.; l'accertamento del nesso causale tra condotta colposa ed evento di danno.

È questo il motivo per cui vari autori hanno insistito sulla esigenza che la responsabilità del medico debba essere tenuta distinta dalla analoga responsabilità degli altri professionisti. Non di "responsabilità del medico" occorrerebbe, dunque, parlare, ma di "responsabilità medica", concepita come un vero e proprio "sottosistema" della responsabilità civile⁶.

Si consideri, ad esempio, che:

- (a) per il principio generale risultante dal combinato disposto degli artt. 2043 e 2697 c.c., l'onere di provare la colpa del danneggiante incombe sul danneggiato; tuttavia nel caso di responsabilità medica la giurisprudenza ritiene che il paziente possa invocare la presunzione di colpa di cui all'art. 1218 c.c., anche quando non sia stato concluso nessun contratto tra questi ed il medico;
- (b) in base alla prevalente interpretazione degli artt. 40 e 41 c.p., disciplinanti il nesso di causalità materiale tra la condotta illecita e l'evento di danno, quest'ultimo si può ritenere "causato" dal danneggiante quando via sia la prova positiva che, senza la condotta del responsabile il danno non si sarebbe prodotto; nel caso di responsabilità medica, invece, la giurisprudenza ritiene configurabile l'esistenza del nesso causale anche quando vi sia incertezza circa l'effettiva causa del danno, a condizione che il medico abbia posto in essere una condotta astrattamente idonea a causare il danno⁷;
- (c) è altresì principio generale, in tema di responsabilità civile, che il danneggiato non possa rispondere dei danni quando nella sua condotta non siano ravvisabili profili di colpa; in tema di responsabilità medica, tuttavia, la giurisprudenza ha spostato a monte la valutazione in termini di colpa della condotta del medico, esigendo non soltanto che sia diligente l'esecuzione dell'intervento, ma anche che il paziente sia diligentemente informato della natura e dei rischi della prestazione

⁵ Per queste indicazioni si vedano RODOTÀ, *Tecnologie e diritto*, Bologna, 1995; Idem, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in Riv. crit. dir. priv., 1984, 595; CORSARO, *Responsabilità civile - Diritto civile*, in Enc. giur., XXVI, Roma, 1991, 1; BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in Riv. crit. dir. priv., 1988, 649.

⁶ ALPA, *La responsabilità medica*, in Resp. civ. prev., 1999, 316; LIGUORI, *La responsabilità civile medica*, in *Sub iudice*, Atti del convegno tenuto a Rimini l'8-11 ottobre 1997, Pisa, 1998, 63; DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995.

⁷ Cass. 12.9.2000 n. 12103; Cass. 16.11.1988 n. 6220, in Foro it. Rep. 1988, voce *Professioni intellettuali*, n. 94.

medica; con la conseguenza che, in difetto di informazione, il medico potrà essere chiamato a rispondere delle conseguenze sfavorevoli dell'intervento⁸;

(d) un quarto, apprezzabile scostamento del "sistema" della responsabilità medica rispetto ai principi della responsabilità civile è rappresentato dall'estensione della colpa per omissione. In ambito extracontrattuale, ognuno ha l'obbligo di astenersi dal violare l'altrui sfera giuridica (*neminem laedere*), ma nessuno può essere costretto ad attivarsi per preservare gli altrui beni. Il medico invece, anche quando opera al di fuori di un rapporto contrattuale, è tenuto a conformare la propria condotta agli stessi principi di correttezza e buona fede che presiedono all'adempimento delle *obbligazioni contrattuali*⁹, ed ha l'obbligo di attivarsi, anche ben oltre il limite dell'apprezzabile sacrificio, per accertare e curare non solo le patologie per le quali il paziente sia stato ricoverato, ma anche qualsiasi altra patologia dalla quale il paziente sia affetto, ove obiettivamente riscontrabile¹⁰.

Le particolarità ora rilevate possono essere "organizzate" nel seguente quadro sinottico:

	Responsabilità civile (generale)	Responsabilità medica
Prova della colpa	incombe sull'attore	la colpa del medico si presume <i>ex art. 1218 c.c.</i> anche quando manchi il contratto
Prova del nesso causale	incombe sull'attore, secondo le regole della "causalità umana", <i>ex artt. 40 e 41 c.p.</i>	il nesso causale tra condotta del medico e danno si presume, quando il sanitario abbia tenuto una condotta astrattamente idonea a causare il danno, anche in assenza di certezze circa l'effettiva eziogenesi dell'evento dannoso
Accertamento della colpa	E' necessario dimostrare che la condotta negligente, imperita o imprudente sia stata causa del danno	Può bastare a radicare un giudizio di colpa l'omissione di informazione al paziente, a nulla rilevando che l'intervento sia stato eseguito diligentemente
Contenuto del <i>neminem laedere</i>	Astenersi dal violare l'altrui sfera giuridica	Attivarsi per diagnosticare e curare anche i mali diversi da quelli per cui ha avuto inizio la terapia, secondo le regole della responsabilità contrattuale

Merita, infine, di essere segnalato che anche il "sistema" della responsabilità medica può essere a sua volta visto come un macrocosmo, all'interno del quale convivono tanti altri "microsistemi", quante sono le specializzazioni dell'arte medica. I rischi professionali - ad esempio - dell'anestesista e dello

⁸ Cass. 24.9.1997, n. 9374, in Resp. civ. prev. 1998, 78, con nota di MARTORANA, *Brevi osservazioni su responsabilità professionale ed obbligo di informazione*, nonché in Riv. it. med. leg. 1998, IV, 821, con nota di INTRONA, *Consenso informato e rifiuto ragionato. L'informazione deve essere dettagliata o sommaria?*; nello stesso senso, Trib. Napoli 30.1.1998, in Tagete, 1998, fasc. 4, 62.

⁹ Cass. 22.1.1999, n. 589, in Danno e resp., 1999, 294, con nota di CARBONE.

¹⁰ Cass. 12.9.2000, n. 12103.

psichiatra differiscono radicalmente, per quanto concerne le *leges artis* da seguire, i criteri di accertamento del nesso causale tra *malpractice* e danno, gli stessi tipi di danni risarcibili. Allo stesso modo, ben difficilmente nell'esercizio della propria professione lo psichiatra potrà causare un danno fisiognomico; così come è impossibile che un ortopedico causa un danno da nascita non voluta (o *wrongful birth*, come preferiscono dire gli amanti dei solecismi). Ed ancora, accertare la sussistenza del nesso causale tra condotta imperita e danno, nel caso di danno psichico, è operazione notoriamente più complessa ed articolata (a causa delle sempre possibili preesistenze), rispetto all'accertamento del nesso causale tra l'omessa diagnosi di una frattura e l'accorciamento dell'arto.

Pertanto, se è vero che appare più corretto parlare di "responsabilità medica" che di "responsabilità del medico", è altresì vero che il lemma "responsabilità" va inteso come un plurale: più che *una* responsabilità medica, esistono molti di tipi di *responsabilità mediche*, per ciascuna delle quali sono state elaborate o vengono emergendo in sede giurisprudenziale regole *ad hoc*.

2. La colpa.

L'affermazione della responsabilità esige, di norma, l'accertamento della colpa¹¹. L'accertamento della colpa nei giudizi di risarcimento del danno aquiliano può essere difficoltoso e rischioso: esso consiste infatti nel dimostrare: (a) quale sia stata la condotta (commisiva od omissiva) del preteso responsabile; (b) quale sarebbe dovuta essere la diversa condotta che avrebbe dovuto tenere, per legge o per comune prudenza; (c) se lo scarto tra la condotta (a) e la condotta (b) sia dovuto a imperizia, imprudenza o negligenza.

In tema di responsabilità del medico, difficoltà e rischi connessi all'accertamento della colpa del sanitario sono stati molto attenuati dalla giurisprudenza in tre modi:

- (a) stabilendo che debba essere il medico convenuto, anche in assenza di qualsiasi contratto d'opera col paziente, a provare la propria diligenza, e non l'attore a provare la colpa del medico;
- (b) ampliando la soglia minima della diligenza esigibile dal medico "medio";
- (c) riducendo in via interpretativa la portata mitigatrice della responsabilità dell'art. 2236 c.c.;
- (d) attenuando fortemente l'onere di allegazione di cui all'art. 163 c.p.c. gravante sull'attore.

Esamineremo nei §§ successivi i primi tre di tali orientamenti, del quarto - che ha natura schiettamente processuale - si dirà per coerenza espositiva nella sede opportuna (*infra*, § 9).

2.1. Colpa da contatto ed inversione dell'onere della prova.

Nei giudizi di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale la colpa del convenuto si presume, per espressa previsione dell'art. 1218 c.c.¹² Non così nei giudizi di risarcimento del danno extracontrattuale, nei quali sarebbe onere dell'attore provare la colpa del preteso responsabile.

Si è usato il condizionale in quanto alla regola appena ricordata si deroga nei giudizi di responsabilità medica. In questi casi, anche quando non esiste alcun contratto tra paziente e medico (come nel caso di colpa del medico dipendente di una azienda sanitaria o di una azienda ospedaliera pubblica), la giurisprudenza ritiene ugualmente applicabile l'art. 1218 c.c.

Ciò in virtù della nota tesi della "responsabilità da contatto". Secondo questo orientamento, il rapporto tra il medico pubblico dipendente e paziente, pur non scaturendo formalmente da alcun contratto (che, se mai, viene stipulato tra l'ente ospedaliero, o la A.S.L., ed il paziente stesso), nei fatti si atteggia però come un vero e proprio rapporto giuridico, nel quale ciascuna delle parti vanta

¹¹ Sterminato è il dibattito sui rapporti tra colpa e responsabilità, che ha visto dividersi i fautori del c.d. "dogma della colpa" da quanti ritengono più accettabile, più moderna e soprattutto più utile l'accettazione di ipotesi di responsabilità senza colpa. Limitando i riferimenti agli scritti essenziali, si vedano FERRARI, *L'imputazione del danno tra responsabilità civile e assicurazione*, Napoli, 2008; RADÉ, *L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile*, in *Recueil Dalloz*, 1998, 301; CORSARO, *L'imputazione del fatto illecito*, Milano, 1969; RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; DEVOTO, *L'imputabilità e le sue forme nel diritto civile*, Milano, 1963.

¹² Cfr. Cass., sez. un., 30.10.2001, n. 13533.

nei confronti dell'altra i medesimi diritti ed obblighi che scaturirebbero da un contratto di prestazione d'opera (il paziente ha diritto di essere curato, il medico ha l'obbligo di eseguire con diligenza la propria prestazione). È vero che prima del fatto illecito tra i due non esiste alcun rapporto, e quindi il medico non ha (nei confronti del paziente) l'obbligo di eseguire la prestazione sanitaria, ma se nondimeno egli interviene, perché a tanto obbligato nei confronti dell'azienda o dell'ospedale datore di lavoro, nel caso di negligente esecuzione della prestazione egli risponderà a titolo contrattuale¹³.

La tesi secondo cui alla responsabilità del medico si applicano sempre le regole della responsabilità contrattuale, anche quando il contratto manchi, è oggi assolutamente imperante ed incontrastata¹⁴.

E tuttavia è forse giunto il momento di iniziare chiedersi se la tesi della "responsabilità da contatto" sia davvero uno strumento utile allo scopo di apprestare una adeguata tutela alle vittime di colpa medica. Quella tesi infatti presenta ad avviso di chi scrive due criticità: una teorica, l'altra pratica.

Sul piano teorico, come già accennato, la tesi della responsabilità "da contatto" è costretta ad ammettere che, quando il paziente si presenta in un ospedale pubblico, egli "*non potrà pretendere la prestazione sanitaria dal medico, ma se il medico in ogni caso interviene (...) il rapporto paziente-medico (...) non potrà essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico*" (così Cass. 589/99, *cit.*). Il ragionamento dunque è il seguente: prima del "contatto" tra medico e paziente, quest'ultimo non ha alcun diritto di credito nei confronti del primo. Dopo il "contatto" invece il medico si deve comportare diligentemente, come se avesse concluso un contratto d'opera intellettuale.

C'è da sperare che nessun medico legga e rifletta mai su questa motivazione, perché altrimenti ne trarrebbe l'unica conseguenza possibile: e cioè che per non essere chiamato a rispondere a titolo contrattuale nei confronti del paziente (ed evitare così l'inversione dell'onere della prova imposta dall'art. 1218 c.c.), basterebbe... disinteressarsi del paziente! Se questi infatti "*non può pretendere la prestazione sanitaria dal medico*", e se il sanitario risponde solo "*se in ogni caso interviene*", è giocoforza concludere che l'astensione del sanitario dall'intervenire, cioè l'evitare il "contatto", non possa dare vita alla responsabilità che da quel contatto prende il nome.

Così ad esempio, se l'esecuzione di un parto cesareo d'urgenza in ora notturna viene ritardata perché il medico di turno non era presente in ospedale, seguendo a fil di logica la tesi della responsabilità da contatto si dovrebbe pervenire alla conclusione che essendo mancato il "contatto", e poiché il paziente - per usare le parole di Cass. 589/99, *cit.* - "*non può pretendere la prestazione sanitaria dal medico*", mentre il sanitario risponde solo "*se in ogni caso interviene*", il suddetto medico assenteista potrebbe essere convenuto solo a titolo extracontrattuale.

Conclusione la quale conduce alla seguente assurdità: il medico zelante e coscienzioso, che interviene per salvare il paziente, in caso di insuccesso sarà gravato in giudizio dalle più rigide regole della responsabilità contrattuale (inversione dell'onere della prova, prescrizione decennale); per contro il medico trascurato e negligente, che si guarda bene sinanche dall'intervenire, se convenuto in giudizio dovrebbe beneficiare delle regole della responsabilità extracontrattuale (onere della prova della colpa a carico dell'attore e prescrizione quinquennale).

Certo, la giurisprudenza non è mai pervenuta a quest'esito assurdo, ed innumerevoli sono le decisioni nelle quali sanitari dipendenti di strutture pubbliche sono stati condannati al risarcimento di danni causati da pura e semplice *culpa in non faciendo*. Nondimeno questo *vulnus* teorico alla tesi della responsabilità da contatto esiste e resta, pericoloso ed irrisolto come una mina vagante.

Anche sul piano squisitamente pratico, come si accennava, la tesi della responsabilità da contatto ha prodotto "effetti collaterali".

¹³ La sentenza capostipite in tal senso è Cass. 22.1.1999, n. 589, in Corr. giur., 1999, 441, con nota di DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in cassazione*, in seguito sempre conforme.

¹⁴ Tra le più recenti, senza pretesa di completezza, si segnalano Cass. 16.1.2009, n. 975; Cass., sez. un., 11.1.2008, n. 577, in Giur. it., 2008, 1653, con nota di CIATTI, *Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*; Cass. 24.5.2006, n. 12362; Cass. 19.4.2006, n. 9085, in Corriere giur., 2006, 914, con nota di CARBONE, *Responsabilità medica*; Cass. 21.6.2004, n. 21488; Cass. 28.5.2004, n. 10297.

Sorta sul terreno della responsabilità medica, la responsabilità “da contatto” ha tralignato, ed è stata esportata anche in altri settori della responsabilità civile: quello della colpa dell’insegnante per i danni patiti dall’allievo¹⁵; quello della responsabilità del mediatore nei confronti dell’intermediario dal quale non ha ricevuto alcun incarico¹⁶; quello della responsabilità disciplinare dell’avvocato per inosservanza dei doveri deontologici¹⁷, e sinanche quello della responsabilità della p.a. per provvedimento amministrativo illegittimo¹⁸.

Ma la tesi della responsabilità da contatto sociale, pur potendo prestare il fianco a qualche obiezione, ha comunque una sua razionalità ed una sua giustificazione in tema di responsabilità medica (o, al più, dell’avvocato), giacché solo in questo caso la condotta del convenuto forma oggetto di una prestazione consentita solo nell’ambito d’una professione protetta. Ricordiamolo: nella sentenza capostipite della responsabilità “da contatto” (Cass. 589/99, *cit.*), si affermò che “*la prestazione (...) del medico nei confronti del paziente non può che essere sempre la stessa, vi sia o meno alla base un contratto d’opera professionale tra i due*”, e ciò in ragione del fatto che trattandosi di professione “*che non può svolgersi senza una speciale abilitazione dello Stato, da parte di soggetti di cui il pubblico è obbligato per legge a valersi, e quindi trattandosi di una professione protetta, l’esercizio di detto servizio non può essere diverso a seconda se esista o meno un contratto*”.

È dunque evidente che, nelle intenzioni originarie della S.C., una responsabilità c.d. “da contatto” era immaginabile solo nell’ambito delle libere professioni, mentre negli altri settori sopra indicati (responsabilità dell’insegnante, del mediatore, della p.a.) essa appare tirata per i capelli: è davvero arduo, ad esempio, immaginare che tra p.a. e cittadini sussista un rapporto giuridico in tutto e per tutto identico a quello che potrebbe scaturire da un contratto d’opera!

Dunque il secondo *vulnus* della tesi della responsabilità da contatto è il rischio della sua ipertrofizzazione, dovuta agli incerti confini su cui si fonda. Essa potrebbe dilatare a tal punto la responsabilità contrattuale, da ravvisarla praticamente dovunque: in qual atto della vita quotidiana non è ravvisabile un “contatto sociale”? Anche tra il ladro ed il poliziotto che l’arresta esiste un contatto sociale; anche tra proprietari confinanti si crea un “contatto sociale” i cui contenuti sono identici a quelli che potrebbero scaturire da un contratto costitutivo di *servitus altius non tollendi*, con conseguente invocazione della responsabilità contrattuale nei confronti del vicino che non abbia rispettato le norme sulle distanze minime legali.

2.2. La diligenza esigibile dal medico “medio”.

Il medico, l’infermiere e la struttura ospedaliera svolgono un’attività professionale.

Nella valutazione della loro condotta, quando si tratti di stabilire se essa sia stata colposa o meno, si applicherà perciò la regola di maggior rigore dettata dal comma 2 dell’art. 1176 c.c., secondo cui il professionista nell’adempimento delle proprie obbligazioni è tenuto non già alla diligenza generica del *bonus paterfamilias*, ma alla *exacta diligentia* dell’*homo eiusdem generis et conditionis*.

Ciò vuol dire che tiene una condotta negligente il medico il quale non si comporti come qualunque bravo medico “ideale” avrebbe fatto nelle medesime circostanze.

Per spiegare quest’ultimo concetto occorre ricordare che sebbene l’art. 1176 c.c. sia stato definito da autorevole dottrina “un semenzaio di problemi”¹⁹, v’è un punto sul quale le opinioni sono pressoché concordi: e cioè che la diligenza di cui è menzione nella suddetta norma non costituisce il contenuto dell’obbligazione del debitore, quanto piuttosto un criterio di imputazione dell’inadempimento. La condotta diligente, detto altrimenti, non costituisce il contenuto obiettivo della prestazione

¹⁵ Cass., sez. un., 27.6.2002, n. 9346; nello stesso senso Cass. 18.11.2005, n. 24456, in *Danno e resp.*, 2006, 1081, con nota di Perna, *Il debole confine tra la responsabilità contrattuale e la responsabilità extracontrattuale: il “contatto sociale” in ambito scolastico*.

¹⁶ Cass. 14.7.2009, n. 16382.

¹⁷ Cass., sez. un., 23.3.2005, n. 6216.

¹⁸ Consiglio Stato sez. V, 6 agosto 2001 n. 4329, in *Danno e resp.* 2002, 183; Consiglio Stato sez. V, 2 settembre 2005 n. 4461.

¹⁹ CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato Rescigno*, IX, Torino, 1984, 55.

professionale (quel che il debitore deve fare), ma costituisce il *parametro* alla stregua del quale valutare se l'inadempimento sia colposo o meno (il *come* l'obbligazione va adempiuta).

Sono oltre cent'anni, infatti, che la dottrina formatasi dapprima sul *Code Napoléon*, poi sul codice civile del 1865, indi su quello attuale, ritiene che la diligenza di cui all'art. 1176 c.c. (e, prima, di cui all'art. 1224 c.c. del 1865, ovvero di cui all'art. 1137 *Code Napoléon*) costituisca nient'altro che un sinonimo della colpa. Il debitore inadempiente non è, per ciò solo, un debitore in colpa; quest'ultima sussisterà soltanto nel caso di omissione della diligenza *quam in suis* (art. 1176, comma 1, c.c.), ovvero di quella dell'*homo eiusdem generis et conditionis* (art. 1176, comma 2, c.c.)²⁰.

Pertanto dire che il medico deve comportarsi in modo diligente non vuol dire che egli debba eseguire una prestazione piuttosto che un'altra, ma vuol dire che, in caso di inadempimento, egli potrà essere ritenuto in colpa se la sua condotta sarà stata negligente, e la sua condotta sarà stata negligente se difforme dal comportamento che avrebbe tenuto nella stessa situazione un ideale medico "medio".

Ed eccoci dunque giunti al punto: chi è il medico "medio"? Quanto dev'essere ampia la sua cultura, quanto aggiornate le sue conoscenze, quanto ramificati i suoi contatti con gli specialisti di altre discipline?

A tal riguardo sono molti anni, ormai, che la Corte di cassazione viene ripetendo che la diligenza esigibile dal medico deve essere "*superiore alla media*"²¹; che la diligenza che "*deve impiegare nello svolgimento [della] professione è quella del regolato ed accorto professionista, ossia del professionista esercente la sua attività con scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione professionale*"²².

Questa speciale diligenza esigibile dal medico "*comporta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione medica*"²³, ed impone al medico non solo la corretta esecuzione della prestazione sanitaria in senso stretto, ma anche la corretta esecuzione delle attività accessorie, come l'obbligo di sorveglianza sulla salute del soggetto operato anche nella fase postoperatoria²⁴.

Può dunque concludersi che, per la Corte di cassazione, il medico "medio" di cui all'art. 1176, comma 2, c.c., non è un medico mediocre, ma al contrario è un medico bravo, anzi, molto bravo: un medico che si aggiorna, che va ai convegni, che studia, che si preoccupa della sorte del cliente anche quando non è tenuto ad essere presente in ospedale²⁵, che consiglia al paziente tutte le alternative terapeutiche possibili e ragionevoli.

²⁰ Per la configurazione della mancanza di diligenza alla *culpa levis* di cui al diritto romano, si vedano già LAURENT, *Principii di diritto civile*, XVI, Napoli-Roma-Milano, 1881, 202; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, IV, Torino, 1929, 424; per la dottrina più recente si vedano, per tutti, CANNATA, *op. cit.*, 55 e ss.; RODOTÀ, *Diligenza (dir. civ.)*, in Enc. del dir., XII, 539, ove espressamente si afferma che "[la diligenza] presuppone già stabilita l'estensione precisa di ciò che il debitore è tenuto a fare (...). Una volta intervenuto il fatto impeditivo dell'adempimento, la valutazione della condotta del debitore ad una stregua di diligenza sarà uno dei criteri idonei a stabilire se sussista o meno l'imputabilità del fatto".

²¹ Così per la prima volta, parrebbe, Cass. 15.12.1972, n. 3616, in Resp. civ. prev., 1973, 243. Il principio non è stato però sempre incontrastato: secondo Cass. 18.10.1994, n. 8470, in Foro it. Rep. 1994, *Professioni intellettuali*, n. 107, ad esempio, "*la disciplina generale di cui all'art. 1176 c.c. (...) importa [per il medico] l'obbligo di usare la diligenza del buon padre di famiglia*".

²² Principio affermato per la prima volta già da Cass. 8.3.1979, n. 1441, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 1494, e da Cass. 22.2.1988, n. 1847, in *Arch. civ.*, 1988, 684, poi divenuto *tralatizio*.

²³ Cass. 3.3.1995, n. 2466, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 91, con nota di CARUSI, *Responsabilità del medico, diligenza professionale, inadeguata dotazione della struttura ospedaliera*; Cass. 19.05.1999, n. 4852, in Foro it., 1999, I, 2874; Cass. (ord.) 29.7.2010, n. 17694, inedita.

²⁴ Cass. 11.03.2002, n. 3492, in Guida al dir., 2002, fasc. 24, 24; Cass. 1.2.2011, n. 2334, in Danno e resp., 2011, 835, con nota di BUGATTI, *Responsabilità medica: norme di diligenza e riparto dell'onere probatorio. (Responsabilità per danni al neonato)*.

²⁵ Anche con riferimento a tale principio il *leading case* è molto risalente: si tratta di Cass. 8.3.1979, n. 1441, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 1494, ove si legge: "*la prestazione professionale del chirurgo non si esaurisce nel compimento del puro e semplice atto operatorio, ma comprende tutto il complesso di cure e di rimedi cui il paziente deve essere assoggettato allo scopo di praticare l'intervento con il minore rischio e di assicurare in seguito un rapido e*

Ora, è sin troppo noto che tra la regola di diligenza di cui all'art. 1176 c.c. e l'area della responsabilità esiste un rapporto di proporzione diretta: più alta è la soglia di diligenza esigibile dal professionista, maggiore è l'area della responsabilità professionale, perché basteranno mancanze anche lievi per essere giudicati "negligenti" e, quindi, in colpa; all'opposto, più bassa è la soglia di diligenza esigibile dal professionista, minore sarà l'area della responsabilità professionale, perché per essere condannati al risarcimento occorrerà commettere mancanze macroscopiche.

Il diritto vivente attuale, come si è visto, è orientato nel primo senso: l'asticella della diligenza professionale minima, *ex art. 1176 comma 2, c.c.*, per il medico è collocata (giustamente) molto, ma molto in alto, e non sarà superfluo ricordare che questo approdo è stato il frutto di una evoluzione risalente, difficile e spesso ostacolata. Per dare la misura del cammino percorso sotto questo aspetto dalla giurisprudenza, non sarà inutile ricordare che in un passato non remoto suonava come un'eresia ammettere che il giudice potesse sindacare nel merito la correttezza della prestazione terapeutica eseguita dal medico. *"La responsabilità - si diceva - viene meno, perché manca la colpa, laddove si è nel campo della dottrina e delle opinioni disputabili, ed il medico ha seco la presunzione di capacità nascente dalla laurea"*; e di conseguenza ove si fosse ascritto al medico di avere violato leggi scientifiche, *"in questo caso [la colpa] dovrà consistere nella trascuranza di canoni fondamentali od elementari della medicina"*²⁶.

Secondo questa impostazione il medico era come depositario di un arcano sapere, il cui esercizio (od il cui mancato esercizio) era sindacabile soltanto se infirmato da errori grossolani, evidenti, madornali. Oggi invece, come si è visto (*quantum mutatum ab illo!*), non solo si ammette che qualsiasi scelta terapeutica del medico sia sindacabile dal giudice, ma si ritiene che anche modesti errori possano essere fonte di responsabilità.

E' doveroso tuttavia riconoscere che questa straordinaria evoluzione delle regole di giudizio in materia di responsabilità medica ha riguardato solo ed unicamente l'attività sanitaria. Ancora oggi, infatti, al di là delle affermazioni di principio nei giudizi di responsabilità civile a carico di altri professionisti (penso, ad esempio, a magistrati ed avvocati) la giurisprudenza si è mostrata incline a valutare con particolare mitezza i profili di colpa²⁷.

favorevole decorso dell'infermità, prevedendo o eliminando le possibili complicazioni attraverso le misure ritenute più opportune. Ne discende che, ove per il mancato compimento di tale attività, il paziente subisca un evento lesivo collegato all'insorgere di dette complicanze, non può negarsi la responsabilità del chirurgo, qualunque sia la natura, contrattuale o meno, dell'opera professionale da lui prestata nei confronti del paziente, trattandosi di compiti strettamente inerenti all'attività professionale del chirurgo, il quale e comunque tenuto al loro assolvimento quando procede ad un intervento chirurgico, indipendentemente dal rapporto giuridico in base al quale egli l'esegue e, quindi, anche se il paziente abbia concluso il contratto di prestazione d'opera professionale con il responsabile sanitario della clinica, in cui l'intervento chirurgico è stato poi effettuato. Ne tale responsabilità viene meno ove il chirurgo non abbia l'obbligo di trattarsi nella clinica ove ha effettuato l'intervento operatorio, dal momento che dal compimento dell'intervento stesso discende il suo Obbligo di praticare tutti i necessari trattamenti post-operatori e quindi di fare in modo di essere prontamente avvertibile per apprestare i necessari rimedi contro possibili complicanze".

²⁶ Cass. 22.12.1925, in Giur. it. 1926, I, 1, 537.

²⁷ In tema di responsabilità civile del magistrato, ad esempio, Cass. 18.3.2008, n. 7272, in Danno e resp., 2008, 1119, con nota di DELLACHÀ, BONACCORSI e FRATE, *La responsabilità civile del magistrato per dolo, colpa grave e violazione del diritto comunitario: equilibrio del sistema e possibili elementi di rottura*, ha ritenuto esente da colpa grave il magistrato che, indagando sul reato di realizzazione abusiva di un sentiero, dispose il sequestro quale "cosa pertinente al reato" dell'intera tenuta di 400 ettari nella quale il sentiero era stato realizzato. Dunque si trattava di una colpa per sproporzione del mezzo rispetto al fine: verrebbe di chiedersi come sarebbe stata giudicata la colpa del medico che, per asportare una verruca, avesse amputato l'intera mano.

Merita di essere ricordata anche Cass. 5.7.2007, n. 15227, inedita, la quale - peraltro in modo non isolato - ha ritenuto che la "negligenza inescusabile" la quale, sola, può fondare la responsabilità civile del magistrato sia altra e più grave cosa rispetto alla "colpa grave" di cui all'art. 2236 c.c. Dunque potremmo avere il caso di magistrati che si siano comportati in modo "gravemente colposo", ma senza che ciò costituisca una "negligenza inescusabile": Quanto tale distinzione sia netta e di facile applicazione pratica ciascun può immaginare.

Od ancora è il caso di Cass. 2.3.2006, n. 4642, inedita, la quale ha ritenuto esente da colpa il collegio giudicante che riformò *in peius* una sentenza di condanna nonostante l'assenza di uno specifico motivo di appello. Si trattava dunque di una colpa per disattenta lettura degli atti: ed anche in questo caso verrebbe di chiedersi come sarebbe stato

2.3. Colpa medica ed interventi di speciale difficoltà.

Il terzo strumento di allargamento della responsabilità medica è stata la riduzione dell'ambito di applicabilità del precetto di cui all'art. 2236 c.c. Questa riduzione è avvenuta in quattro modi:

- (a) ritenendo l'art. 2236 c.c. sempre e comunque inapplicabile nel caso di interventi routinari o di facile esecuzione;
- (b) ritenendo l'art. 2236 c.c. applicabile alle sole ipotesi di colpa per imperizia, non a quelle di colpa per imprudenza o negligenza;
- (c) interpretando in modo restrittivo il concetto di "intervento di speciale difficoltà";
- (d) (soprattutto) restringendo sin quasi ad azzerarlo il concetto di "colpa lieve".

Esaminiamoli più analiticamente.

Il primo strumento, per così dire, di svuotamento dell'art. 2236 c.c. è consistito nel ritenere tale norma inapplicabile nelle ipotesi di interventi routinari o di facile esecuzione. A tale conclusione la giurisprudenza è pervenuta sulla base della lettera dell'art. 2236 c.c., il quale fa riferimento appunto all'esistenza di "problemi tecnici di speciale difficoltà", di norma insussistenti nel caso di interventi routinari. Si è potuto così affermare che l'art. 2236 c.c. si applica soltanto se il caso affidato al medico sia di particolare complessità, o perché non ancora sperimentato e studiato a sufficienza, o perché non ancora dibattuto con riferimento ai metodi terapeutici da seguire²⁸.

Il secondo strumento di "svuotamento" dell'art. 2236 c.c. è consistito nel ritenere tale norma applicabile ai soli casi di colpa per imperizia, non a quelli di colpa per imprudenza o negligenza. In tal senso fu dapprima la Cassazione penale ad affermare questo principio, secondo cui "*in materia di colpa professionale del medico, quando l'evento venga addebitato a titolo di imperizia, la valutazione del giudice deve essere particolarmente larga nel ristretto ambito della colpa grave; mentre se l'addebito si concreta in una condotta imprudente o negligente la valutazione del giudice deve essere effettuata nell'ambito della colpa lieve per la omissione della più comune diligenza rapportata al grado medio di cultura e capacità professionale, secondo i criteri normali e di comune applicazione, valevoli per qualsiasi condotta colposa*"²⁹.

Anche la cassazione civile si adeguò ben presto: si veda, ad esempio, Cass. 18.11.1997 n. 11440, in Riv. giur. circ. trasp. 1998, 67, secondo cui "*il medico chirurgo chiamato a risolvere un caso di particolare complessità, il quale cagioni al paziente un danno a causa della propria imperizia, è responsabile solo se versa in dolo od in colpa grave, ai sensi dell'art. 2236 c.c. Tale limitazione di responsabilità invece, anche nel caso di interventi particolarmente difficili, non sussiste con riferimento ai danni causati per negligenza od imprudenza, dei quali il medico risponde in ogni caso*"³⁰.

La S.C. è pervenuta a questa conclusione osservando che se la colpa è consistita in una mancanza di perizia, l'esame non può essere necessariamente "rigoroso", in quanto il giudice deve tener conto che la patologia è sempre condizionata, nelle sue manifestazioni concrete, dalla individualità biologica del paziente; che i dati nosologici non sono tassativi e che è sempre possibile un errore di

giudicato il medico che, esaminata la radiografia nella quale si evidenziava una frattura all'arto destro, avesse operato di osteosintesi l'arto sinistro.

Nemmeno può dirsi che brilli per rigore Cass. 6.10.2000, n. 13339, inedita, la quale ha escluso la colpa grave nella condotta del collegio giudicante che fondò la propria motivazione di rigetto della domanda sulle norme di un regolamento amministrativo, trascurando di considerare l'esistenza d'una legge favorevole invece al ricorrente. Qui si trattava d'una colpa per ignoranza: ed anche qui viene fatto di chiedersi come sarebbe stato giudicato il medico che avesse eseguito una diagnosi prenatale con lo stetoscopio anziché col cardiocotografo, pur avendolo a disposizione.

²⁸ Cass. 18.4.2005, n. 7997, in Corriere giur., 2006, 257, con nota di ROLFI, *Il nesso di causalità nell'illecito civile: la Cassazione alla ricerca di un modello unitario*; Cass. 23.2.2000, n. 2044, in Giur. it., 2000, 15, con nota di ZUCCARO, *Responsabilità del medico e regime probatorio*; Cass. 11.4.1995, n. 4152, in Foro it. Rep. 1995, voce *Professioni intellettuali*, n. 168; Cass. 26.3.1990, n. 2428, in Foro it. Rep., 1990, voce *Professioni intellettuali*, n. 113.

²⁹ *Ex multis*, Cass. pen. 23.8.1994, in Mass. Cass. pen., 1995, fasc. 2, 118.

³⁰ Nello stesso senso, Cass. 19.4.2006, n. 9085, in Corriere giur., 2006, 914, con nota di CARBONE, *Responsabilità medica*; Cass. 19.5.2004, n. 9471; Cass. 10.5.2000, n. 5645; Cass. 28.3.1994, n. 3023, in Foro it. Rep. 1994, voce *Professioni intellettuali*, n. 111; Cass. 8.7.1994, n. 6464, in Foro it. Rep. 1994, voce *Professioni intellettuali*, n. 109.

apprezzamento dei riscontri clinici, sicché il giudizio diagnostico può, con frequenza, risultare errato. Di conseguenza, se il medico è stato imperito, egli risponde soltanto se versi in colpa grave (a meno che, come si è detto, l'intervento non fosse routinario o di facile esecuzione (così Cass. 18.11.1997, n. 11440, *cit.*). Se, invece, la colpa è consistita in una mancanza di diligenza, l'esame deve essere particolarmente rigoroso, perché la tutela della salute, che viene affidata al medico, impone a questi l'esercizio della massima attenzione³¹.

Il terzo strumento di "svuotamento" dell'art. 2236 c.c. consiste nella interpretazione in modo particolarmente restrittivo della nozione di "intervento di speciale difficoltà", di cui all'art. 2236 c.c. Sono stati ritenuti interventi di non speciale difficoltà, ad esempio;

-) un intervento di polipectomia endoscopica (Cass. 8.10.2008, n. 24791, in *Danno e resp.* 2009, 414, con nota di Gagliardi, *Esercizio di attività sanitaria presso cliniche in convenzione: chi è responsabile?*);
-) la discectomia di una doppia ernia cervicale (Trib. Roma 7.7.2007, *Carloni c. RAS*, inedita);
-) la diagnosi precoce nel neonato della fenilchetonuria (e cioè, si badi, da parte dei medici di un ospedale per nulla attrezzato per compiere tale diagnosi, un base al rilievo che quei medici avrebbero comunque potuto effettuare i prelievi ed inviarli ad un centro regionale specializzato per tale diagnosi: così Cass. 2.2.2005, n. 2042, in *Ragiusan*, 2005, 365);
-) l'osteosintesi di frattura clavicolare con filo di Kirschner (Trib. Roma 20.2.2005, in *www.dejure.it*);
-) l'esecuzione per via naturale di parto rivelatosi distocico per la microsomia del feto ed il prolungarsi del periodo gestazionale sino alla 43° settimana (Cass. 13.1.2005, n. 583, in questa *Rivista*, 2006, 2186);
-) la liposuzione (Trib. Roma 17.12.1998, in *Giur. romana*, 1999, 239);
-) la corretta immobilizzazione delle articolazioni di un arto ustionato (Cass. 3.3.1995, n. 2466, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, con nota di CARUSI, *Responsabilità del medico, diligenza professionale, inadeguata dotazione della struttura ospedaliera*);
-) l'elettroshock (Cass. 15.12.1972, n. 3616, in *Resp. civ. prev.*, 1973, 243).

Come emerge dalla breve casistica che precede, negli interventi di "non speciale difficoltà" vengono accomunate terapie e pratiche molto diverse, e praticamente ne restano fuori soltanto gli interventi sperimentali o di altissima specializzazione³².

Il quarto strumento di "svuotamento" dell'art. 2236 c.c., forse inconsapevole, è l'irresistibile idiosincrasia manifestata dalla giurisprudenza (specie di merito) a ritenere che, anche nei casi di interventi di speciale difficoltà, una colpa del medico possa esistere, ma sia stata lieve. Parrebbe quasi che la giurisprudenza finisca per ritenere sempre e comunque che delle due l'una: o la colpa del medico non c'è, ovvero se c'è essa è sempre e comunque "grave", per i fini di cui all'art. 2236 c.c.³³.

³¹ La sentenza capostipite in tal senso sembra essere Cass. 11.7.1980, imp. De Lilla, in *Riv. pen.*, 1981, 283.

³² E cioè, per usare le parole della S.C., gli "interventi che trascendono la preparazione media ovvero non risultino sufficientemente studiati o sperimentati": così Cass. 18.4.2005, n. 7997, in *Corriere giur.*, 2006, 257, con nota di Rolfi, *Il nesso di causalità nell'illecito civile: la Cassazione alla ricerca di un modello unitario*. Nello stesso senso, Cass. 12.8.1995, n. 8845; Cass. 26.3.1990, n. 248, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 600.

³³ Così, ad esempio, è stato ritenuto in colpa grave:

-) il medico che aveva diagnosticato un'ernia discale, e sottoposto il paziente ad un intervento chirurgico volto alla soluzione di quella patologia, non avvedendosi che i disturbi lamentati dal paziente erano dovuti ad un tumore osseo infiltrante, *sebbene radiologicamente poco visibile* (Cass. 19.4.2006, n. 9085, in *Cass.* 19.4.2006, n. 9085, in *Corriere giur.*, 2006, 914, con nota di CARBONE, *Responsabilità medica*; si noti che i fatti i quali diedero origine a tale giudizio erano avvenuti nel 1981, epoca nella quale la diagnosi differenziale del tumore per via radiologica non aveva certo le possibilità odierne);
-) il medico che, nell'esecuzione di un parto per via naturale, a fronte della presentazione podalica del feto, provocava a quest'ultimo la paralisi ostetrica dell'arto superiore (c.d. distocia di spalla: così Cass. 28.5.2004, n. 10297; si badi che la S.C. in quel caso ritenne erronea la sentenza di merito la quale aveva escluso la sussistenza di colpa medica muovendo dalla statistica sanitaria che contemplava un alto tasso di distocia di spalla nel caso di presentazione podalica del feto);
-) il medico che abbia somministrato un anestetico locale, rivelatosi poi letale per il paziente, senza previamente eseguire alcun previo accertamento sulle condizioni del paziente stesso (Cass. 1.3.1988, n. 2144, in *Foro it.*, 1988, I, 2296);

Prova ne sia che, per quanti sforzi si facciano, è ben raro individuare decisioni edite di legittimità o di merito nelle quali si sia ritenuta sussistente la colpa del medico, ma la si sia reputata “non grave”, ai sensi dell’art. 2236 c.c. Una rara decisione in tal senso è quella pronunciata da Trib. Roma 18.7.2004, P. c. *Ospedale Pediatrico Bambin Gesù*, avente ad oggetto il caso di un chirurgo il quale, nell’eseguire un intervento di correzione di una stenosi aortica mediante ricostruzione in *goretex* dell’istmo aortico in un ragazzo di 16 anni, aveva causato lo stiramento del nervo ricorrente, e la conseguente disфонia del paziente³⁴.

2.4. La colpa della struttura sanitaria privata.

Mentre è pacifico che la casa di cura privata risponda del danno causato dal medico ad essa legato da un rapporto di lavoro dipendente, maggiori problemi ha sollevato ipotesi in cui il medico autore del fatto illecito non fosse dipendente della clinica privata, ma avesse semplicemente locato le strutture di questa per l’esecuzione dell’intervento.

Per molto tempo, la giurisprudenza ha ritenuto che la responsabilità della struttura ospedaliera privata per il fatto illecito commesso dal medico nell’esecuzione di un intervento potesse essere affermata *de plano* soltanto nei seguenti casi:

(a) *ex art.* 2049 c.c., quando il medico era un lavoratore dipendente della casa di cura;

(b) *ex art.* 1228 c.c., quando il contratto avente ad oggetto l’esecuzione dell’intervento era stato stipulato direttamente con la casa di cura, la quale aveva curato la scelta del chirurgo (per questa distinzione, Cass. 11.03.1998, n. 2678, in Arch. civ., 1998, 917).

Negli altri casi (la maggioranza), nei quali era il paziente stesso a scegliere il medico, e quest’ultimo a sua volta invitava il paziente a farsi operare presso una clinica alla quale il medico non era legato da alcun rapporto di lavoro dipendente, diventava problematico individuare una responsabilità della casa di cura, in quanto questa aveva buon gioco nell’eccepire da un lato che la propria obbligazione nei confronti del paziente era limitata a fornire l’alloggio e la sala operatoria; dall’altro la propria totale estraneità all’operato del medico.

Per superare questo genere di eccezioni (evidentemente sul fondamento che la casa di cura non potesse gestire una attività economica, spesso lucrosa, pretendendo di goderne sempre i *commoda* e mai gli *incommoda*), in passato la giurisprudenza aveva lavorato quasi esclusivamente sul disposto dell’art. 1228 c.c., cercando di ravvisare un vincolo di collaborazione, fondamento della responsabilità per fatto altrui, anche nei casi in cui tra casa di cura e medico non vi fosse un rapporto di lavoro subordinato o prestazione d’opera professionale. In tal senso, ad esempio, molti anni fa il tribunale di Roma ritenne che l’attività svolta da un chirurgo libero professionista presso una casa di cura privata, in virtù di un non occasionale rapporto d’esecuzione d’opera, comporta “per sua

-) il medico specializzato in ortopedia per avere affrontato, con esito negativo, un intervento di alta neurochirurgia (Cass. 26.3.1990 n. 2428, in Foro it. Rep., 1990, voce *Professioni intellettuali*, n. 113);

-) il medico che abbia omesso di informare una donna sul possibile esito negativo dell’intervento abortivo cui si era sottoposta, in un caso in cui la paziente, dopo l’intervento, aveva volontariamente abbandonato l’ospedale (Cass. 08.07.1994, n. 6464, in Corriere giur., 1995, 91, con nota di BATÀ);

-) il medico che, nell’esecuzione di un trattamento chirurgico di riduzione di una lussazione dell’anca e di frattura femorale, con rimozione dei frammenti articolari, abbia lasciato libero nella cavità acetabolare un frammento osseo della testa femorale (Cass. 11.4.1995, n. 4152, in Enti pubblici, 1996, 908);

-) il medico che abbia omesso di rilevare una frattura del femore (Cass. 12.8.1995, n. 8845, in Foro it. Rep. 1995, voce *Professioni intellettuali*, n. 170);

-) il medico primario che, pur essendo in ferie, abbia ritardato un intervento indifferibile, causando un danno al paziente (C. Conti 20.9.1996, n. 100/A, in Riv. Corte Conti, 1997, fasc. 2, 103);

-) il medico che, chiamato ad intervenire chirurgicamente su una tumefazione al seno, decida di asportare l’intera ghiandola mammaria senza previamente eseguire un esame istologico intraoperatorio (Cass. 2.12.1998, n. 12233, inedita).

³⁴ Nella sentenza si legge che “*colpa grave, nel caso di specie, non vi fu, in quanto lo stiramento del nervo ricorrente costituisce una complicanza non infrequente nel caso di correzione chirurgica della stenosi aortica (...), e sempre teoricamente possibile allorché al chirurgo, che è pur sempre un uomo e non un braccio meccanico, si richieda di intervenire con precisione millimetrica*”.

natura” un vincolo di dipendenza, sorveglianza e vigilanza tra la casa di cura committente ed il chirurgo preposto. Da ciò si trasse la conclusione che, in caso di colpa medica, sussisteva la responsabilità solidale contrattuale (*ex art. 1218 e 1228 c.c.*) ed extracontrattuale (*ex art. 2049 c.c.*) della casa di cura³⁵.

Altri giudici, sempre al fine di applicare l’art. 1228 c.c. nei rapporti tra casa di cura e medico responsabile del danno, si sono sforzati di ravvisare un qualche potere di vigilanza della prima sul secondo³⁶.

Infine, vi sono stati di quei giudici i quali hanno ritenuto inappagante il continuo richiamo all’art. 1228 c.c. per fondare la responsabilità della causa di cura per il fatto del medico che non dipenda da essa, in quanto il preteso potere di vigilanza e controllo della casa di cura sul medico (presupposto per l’operatività dell’art. 1228 c.c.) può in concreto mancare del tutto. Alcuni giudici di merito, di conseguenza, hanno affrontato una strada del tutto nuova, ed hanno ravvisato nell’obbligazione del medico e della casa di cura una “obbligazione plurisoggettiva ad attuazione congiunta”, osservando che nel caso di colpa medica nell’esecuzione di un intervento chirurgico, la casa di cura privata dove il paziente è stato ricoverato risponde dei danni in solido col medico, quand’anche ciascuno di essi abbia stipulato col paziente un contratto distinto ed autonomo. La prestazione della casa di cura e quella del medico, infatti, sono collegate così strettamente da configurare una obbligazione soggettivamente complessa con prestazione indivisibile ad attuazione congiunta, con la conseguenza che ciascuno di uno soltanto dei coobbligati obbliga anche l’altro al risarcimento³⁷.

Anche il giudice di legittimità era pervenuto a ritenere sussistente la responsabilità della casa di cura, *ex art. 1228 c.c.*, per il danno causato dal chirurgo, quand’anche quest’ultimo non facesse parte dell’organizzazione aziendale della casa di cura, in base al rilievo che il medico è “ausiliario necessario” della casa di cura per lo svolgimento dell’attività imprenditoriale di quest’ultima, e che comunque sussiste un collegamento tra la prestazione del medico e l’organizzazione aziendale della casa di cura³⁸. In queste sentenze la Corte di cassazione ha affermato che nella remunerazione della prestazione fornita dalla casa di cura è incluso anche “il costo, inteso come rischio, dell’esercizio dell’attività di impresa della casa di cura”, ivi compreso quello della distribuzione delle competenze tra i vari operatori, delle quali il titolare dell’impresa risponde ai sensi dell’art. 1228 c.c. L’assenza di un inquadramento organico del responsabile del danno nella struttura della casa di cura è stata poi ritenuta irrilevante, sul presupposto che comunque la prestazione del medico è “indispensabile alla Casa di cura per adempiere l’obbligazione assunta con i danneggiati”.

Negli ultimi anni, infine, la S.C. ha infine rotto ogni indugio, ed affermato espressamente la responsabilità della casa di cura per il fatto del medico non dipendente, *ex art. 1228 c.c.* Ha osservato, al riguardo, il giudice di legittimità, che il rapporto che si instaura tra paziente e casa di cura ha la sua fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell’obbligazione al pagamento del corrispettivo, insorgono a carico della casa di cura - accanto a quelli di tipo *lato sensu* alberghieri - obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell’apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze. Di conseguenza la responsabilità della casa di cura nei confronti del paziente può conseguire sia all’inadempimento

³⁵ Trib. Roma, 28.6.1982, in *Temi romana*, 1982, 601, con nota di SCALFANI, *In tema di responsabilità della casa di cura privata per danni conseguenti ad un intervento operatorio*; per motivazioni più o meno analoghe si veda anche Trib. Trieste, 14.04.1994, in *Resp. civ.*, 1994, 768.

³⁶ In tal senso, Trib. Milano, 20-10-1997, in *Danno e resp.*, 1999, 82, con nota di BONA, nonché in *Resp. civ.*, 1998, 1144, con nota di GORGONI, ed in *Riv. it. medicina legale*, 1999, 596, con nota di INTRONA; Trib. Napoli, 17.1.1997, in *Nuovo dir.*, 1997, 677, n. NUNZIATA; Trib. Napoli, 15.2.1995, in *Foro nap.*, 1996, 76 (ove, significativamente, si afferma essere irrilevante, ai fini della responsabilità della casa di cura, la circostanza che il medico operi in essa una o infinite volte).

³⁷ Trib. Roma 1.6.2001, in *Giurispr. romana*, 2001.

³⁸ Cass. 26.1.2006, n. 1698; Cass. 8.1.1999, n. 103, in *Danno e resp.*, 1999, 779, con nota di DE MATTEIS, nonché in *Resp. civ.*, 1999, 683, con nota di SANNA.

delle obbligazioni direttamente a suo carico, sia, in virtù dell'art. 1228 cod. civ., all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato, comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale, non rilevando in contrario al riguardo la circostanza che il sanitario risulti essere anche "di fiducia" dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto³⁹.

2.5. La responsabilità della struttura sanitaria pubblica.

La struttura sanitaria pubblica può essere chiamata a rispondere nei confronti del paziente sia per il fatto colposo commesso dal medico suo dipendente od incaricato, sia per il fatto colposo proprio, che può consistere nella difettosa sepsi degli ambienti ospedalieri, nella o carente omessa predisposizione di macchinari, strutture e presidi terapeutici, nella omessa predisposizione di turni efficienti di personale, nella *culpa in vigilando* od *in eligendo* (Cass. 11.5.2009, n. 10743).

Può accadere che una struttura ospedaliera, gestita da un ente pubblico, sia di proprietà di altro ente pubblico (ad es., una regione che dia in godimento un ospedale ad una facoltà universitaria). In questi casi del danno patito dal paziente deve rispondere l'ente che abbia la materiale gestione della struttura (Cass. 8.10.2008, n. 24791).

Una ipotesi particolare di responsabilità della struttura sanitaria è quella derivante dai danni causati a se stessi da soggetti incapaci di intendere e di volere. Di tale questione la giurisprudenza è stata chiamata più volte ad occuparsi.

La S.C., in un caso in cui un paziente ricoverato per disturbi mentali aveva tentato il suicidio, riportando lesioni personali, ha ritenuto che la U.S.L. dovesse rispondere di tali lesioni, a prescindere dal carattere volontario od obbligatorio del trattamento sanitario praticato in concreto, non potendo quest'ultimo condizionare l'obbligo di sorveglianza da parte del medico e del personale sanitario⁴⁰.

Ed ancora, in un caso in cui un neonato era stato sottratto dal reparto maternità di un ospedale pubblico, la S.C. ha affermato recisamente che l'obbligazione dell'ente ospedaliero *non si esaurisce nella mera prestazione delle cure mediche, ma include la protezione delle persone di menomata o mancante autotutela* che siano destinatarie dell'assistenza ospedaliera, per le quali detta protezione costituisce la parte essenziale della cura. Il dovere di curare l'assistito, pertanto, implica necessariamente l'adozione delle misure necessarie alla protezione della persona ed alla tutela dei suoi diritti primari⁴¹.

È stata, invece, esclusa la responsabilità della ASL per la morte di una persona, uccisa da un soggetto affetto da vizio totale di mente all'interno di un bar, non potendosi configurare nei riguardi della ASL stessa uno stretto obbligo di sorveglianza a carico dell'omicida che, se pur risultato malato di mente, non si trovava comunque sottoposto a trattamento sanitario obbligatorio (TSO), e comunque fino a pochi giorni prima del delitto non aveva dato segni di squilibrio e premonitori di una possibile manifestazione di follia (Cass. 20.6.2008, n. 16803).

2.6. La responsabilità delle disciolte USL.

Il d.lgs. 30.12.1992, n. 502 ("Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421"), successivamente modificato dal d.lgs. 7.12.1993, n. 517, ha

³⁹ Cass. 14.6.2007, n. 13953.

⁴⁰ Cass. 10.11.1997, n. 11038, in Arch. civ., 1998, 428, nonché in Enti pubblici, 1998, 567; nello stesso senso, per la giurisprudenza di merito, si veda Trib. Velletri, 19-03-1979, in Giur. it., 1981, I, 2, 567, il quale ha affermato che "*viola l'obbligo contrattualmente assunto di vigilanza e di assistenza, oltre il principio del neminem laedere, la casa di cura per malattie nervose che non riesca ad impedire al malato schizofrenico di nuocere a se stesso, dovendosi ritenere ampiamente prevedibile il comportamento irrazionale del ricoverato*").

⁴¹ Cass. 4.8.1987, n. 6707, in Foro it. Rep., 1987, voce *Responsabilità civile*, n. 88; sostanzialmente nello stesso senso è altresì copiosa la giurisprudenza di merito: si vedano, al riguardo, Trib. Roma 26.1.2004, *Tocco c. Regione Lazio*, inedita (anch'essa concernente il caso del suicidio di un malato di mente); Trib. Venezia, 23.10.1995, in Foro It., 1996, I, 1844; Trib. Perugia, 26.6.1991, in Arch. Civ., 1992, 453; Trib. Trieste, 23.11.1990, in Nuova Giur. Civ., 1993, I, 986; Trib. Milano, 13.7.1989, in Giur. It., 1991, I, 2, 54.

disposto (art. 3 co. 1) che “l’unità sanitaria locale è azienda dotata di personalità giuridica pubblica, di autonomia organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile, gestionale e tecnica, fermo restando il diritto-dovere degli organi rappresentativi di esprimere il bisogno socio-sanitario delle comunità locali”, stabilendo altresì (art. 3, comma 5) che “le regioni disciplinano, entro il 31 marzo 1994, nell’ambito della propria competenza le modalità organizzative e di funzionamento delle unità sanitarie locali prevedendo tra l’altro:

a) la riduzione, sentite le province interessate, delle unità sanitarie locali, prevedendo per ciascuna un ambito territoriale coincidente di norma con quello della provincia. In relazione a condizioni territoriali particolari, in specie delle aree montane, ed alla densità e distribuzione della popolazione, la regione prevede ambiti territoriali di estensione diversa;

b) l’articolazione delle unità sanitarie locali in distretti;

c) i criteri per la definizione dei rapporti attivi e passivi facenti capo alle preesistenti unità sanitarie locali e unità socio-sanitarie locali”.

Nell’interpretazione di queste norme il giudice di legittimità, dopo vari contrasti iniziali, in subiecta materia ha fissato i seguenti principi:

(A) per quanto attiene la legittimazione passiva sostanziale, dei debiti contratti dalle vecchie u.s.l. non possono rispondere le nuove ASL, ma debbono rispondere le Regioni⁴².

(B) Per quanto attiene la legittimazione passiva processuale, la giurisprudenza di legittimità è ormai orientata a ritenere che anche questa, così come la legittimazione sostanziale, spetti alle Regioni⁴³. Tuttavia, se il processo è instaurato nei confronti di una U.S.L. prima della sua soppressione, e prosegue tra le parti originarie (salva l’ipotesi di intervento o chiamata in causa della Regione nella sua veste di successore a titolo particolare), è ammissibile l’appello proposto dal commissario liquidatore⁴⁴.

3. Il nesso causale.

3.1. Causalità materiale e causalità giuridica.

Nei giudizi di accertamento della responsabilità del medico è assai frequente che uno degli snodi cruciali dell’istruzione finisca per divenire l’accertamento di un valido nesso causale tra la condotta del medico ed il pregiudizio lamentato dal paziente.

Da un lato, infatti, l’opera del medico si innesta di norma su un quadro clinico già compromesso, sicché sorge il problema di stabilire se una condotta alternativa del sanitario avrebbe potuto davvero evitare il peggioramento della malattia; dall’altro lato la malattia è spesso un fenomeno multifattoriale, concausato da predisposizioni soggettive o concause esterne rispetto all’operato del medico. Di qui la difficoltà di stabilire se il peggioramento delle condizioni di salute possa effettivamente ascrivere eziologicamente alla condotta del sanitario, o se esso piuttosto non si sarebbe verificato in ogni caso.

Opportuno appare perciò, a questo punto, ricordare brevemente quali siano le acquisizioni consolidate ed i punti ancora incerti in tema di nesso causale nella giurisprudenza di legittimità.

È largamente ricevuto l’insegnamento secondo cui ai fini dell’accertamento della sussistenza e della misura dell’obbligo risarcitorio occorre accertare un duplice nesso causale: quello tra la condotta

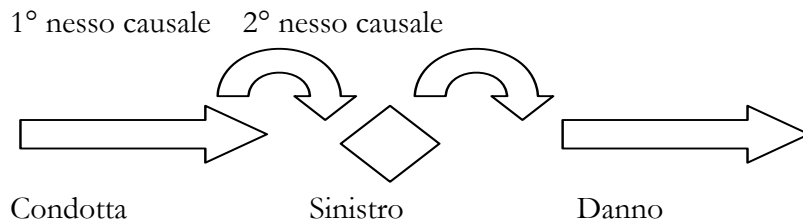
⁴² Cass., sez. un., 30.11.2000, n. 1237, in Giust. civ., 2001, I, 651; Cass., sez. un., 26.2.1999, n. 102, in Foro it. Rep. 1999, voce *Sanità pubblica*, n. 320; Cass. 06.6.1998, n. 5602, in Foro it. Rep. 1998, voce *Sanità pubblica*, n. 49; Cass., sez. un., 6.3.1997, n. 1989, in Corriere giur., 1997, 1176; Cass. 9.11.1996, n. 9804, in Enti pubblici, 1997, 810; cfr. altresì, nello stesso senso, Trib. Roma 27.3.2000, in Giurispr. romana, 2000, 370; Trib. Roma 29.1.1999, in Giurispr. romana, 1999, 167; Trib. Latina 26.1.1999, in Giurispr. romana, 1999, 325; Trib. Roma 11.6.1997, in Giurispr. romana, 1997, 312.

⁴³ Cass. 18.2.2000, n. 1829, in Foro it. Rep. 2000, *Sanità pubblica*, n. 307; Cass. 5.10.1999 n. 11070, inedita; Cass. 1.10.1999, n. 10874, inedita; Cass. 27.9.1999, n. 10647, inedita; Cass. 24.9.1999, n. 10550, inedita; Cass. 22.9.1999, n. 10317, inedita.

⁴⁴ Cass. 23.9.2004, n. 19133.

illecita e la concreta lesione dell'interesse (c.d. **causalità materiale**), e quello tra quest'ultima ed i danni che ne sono derivati (c.d. **causalità giuridica**)⁴⁵. La distinzione fra causalità materiale e giuridica è pacifica nella giurisprudenza di legittimità⁴⁶.

Secondo questa impostazione, nel caso di responsabilità per danno alla salute in ipotesi derivante da colpa del medico, occorre in primo luogo stabilire se dalla azione od omissione del medico sia derivata una lesione della salute; quindi - in caso affermativo - accertare quali conseguenze dannose (in termini di sofferenza, compromissione della validità psicofisica, pregiudizi patrimoniali) ne siano derivate. L'obbligo risarcitorio sorge dunque allorché siano positivamente accertati tre fatti giuridici (condotta, lesione e danno), legati da due nessi causali (causalità materiale tra la condotta e la lesione, causalità giuridica tra quest'ultima ed il danno), come schematizzato nel diagramma che segue:



Secondo il giudice di legittimità, l'accertamento del nesso di causalità materiale (il 1° nesso causale dello schema che precede) deve essere compiuto, in qualsiasi branca del diritto, alla luce dei principi di cui agli artt. 40 e 41 c.p. Per contro, il nesso di causalità giuridica (il 2° nesso causale di cui allo schema che precede) va accertato in base al principio posto dall'art. 1223 c.c.

Pertanto il rapporto tra condotta ed evento, e tra questo e il danno muta a seconda che il danno sia un elemento della fattispecie o un suo effetto. Di conseguenza deve distinguersi:

- (a) il nesso causale che deve sussistere tra comportamento ed evento (elemento della fattispecie), la cui sussistenza è necessaria affinché possa configurarsi una responsabilità;
- (b) il nesso causale che, collegando l'evento al danno (effetto della fattispecie), consente l'imputazione delle singole conseguenze dannose ed ha la funzione di delimitare a valle i confini della responsabilità.

Così, mentre l'accertamento della responsabilità è improntato alla ricerca del nesso di causalità, quello dell'estensione della responsabilità si fonda su un giudizio in termini ipotetici, coincidendo il danno risarcibile con la perdita e il mancato guadagno conseguenza immediata e diretta della condotta, delimitati in base al giudizio ipotetico sulla differenza tra situazione dannosa e situazione quale sarebbe stata se il fatto dannoso non si fosse verificato (Cass. 15-10-1999, n. 11629, in Foro it. Rep. 1999, *Danni civili*, n. 128).

Stabilire poi quando un fatto od un atto possa ritenersi "causa necessaria" dell'evento è questione da risolvere in base alla **teoria della causalità umana** (o dell'equivalenza causale temperata), secondo cui è "causa" in senso giuridico solo quell'antecedente storico rispetto al quale l'evento si presenti con carattere di "normalità", sulla base dell'*id quod plerumque accidit*⁴⁷.

⁴⁵ In questo senso si esprime la dottrina prevalente: per tutti, si vedano Franzoni, *L'illecito*, Milano, 2004, 60 e ss.; CARBONE, *Il rapporto di causalità*, in *La responsabilità civile (aggiornamento 1988-1996)*, diretta da ALPA e BESSONE, vol. II, Torino, 1997, 55 e ss.; SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato* a cura di ZATTI e IUDICA, Milano, 1998, 170; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999, 619; TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 198; REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1965, 111 e ss.

⁴⁶ : *ex multis*, si vedano in particolare Cass. 2.2.2001, n. 1516, in Riv. giur. circolaz. e traspr., 2001, 291, nonché in Corriere giur., 2001, 1319, con nota di SEVERI, in Giur. it., 2001, 2032, in Resp. civ., 2001, 881, con nota di FAVILLI, in Dir. e giustizia, 2001, fasc. 6, 43, con nota di ROSSETTI, e soprattutto la "storica" decisione sul "caso Meroni" resa da Cass., sez. un., 26 gennaio 1971 n. 174.

⁴⁷ La tesi come noto rimonta ad ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934, 235.

In base a questo criterio, la giurisprudenza ha ripetutamente affermato che un valido nesso causale tra condotta e danno può ritenersi sussistente allorché ricorrano due condizioni:

(a) che la condotta abbia costituito un antecedente necessario dell'evento, nel senso che questo rientri tra le conseguenze "normali" del fatto (con l'avvertenza che il concetto di "normalità" non coincide con quello di "frequenza");

(b) che l'antecedente medesimo non sia poi neutralizzato, sul piano eziologico, dalla sopravvenienza di un fatto di per sé idoneo a determinare l'evento⁴⁸.

Per quanto attiene ai criteri in base ai quali stabilire la sussistenza del nesso causale tra condotta illecita e lesione dell'interesse, si afferma che il giudice non deve fare ricorso né alla causalità naturalistica intesa in senso stretto (il che porterebbe a ritenere «causa» di un evento tutta la sterminata serie di precedenti senza i quali il fatto non si sarebbe potuto verificare); né alla causalità statistica (impossibile da applicare per la mancanza di rilevazioni oggettive); né alla intuizione del giudice, anche se fondata sulla logica. Secondo la S.C., il nesso di causalità va invece accertato "*valutando tutti gli elementi della fattispecie, al fine di stabilire se il fatto era obiettivamente e concretamente (cioè con riferimento a quel singolo caso contingente) idoneo a produrre l'evento*"⁴⁹.

In applicazione di tale principio si è affermato che l'accertamento del nesso causale tra condotta illecita ed evento di danno non è necessaria la dimostrazione di un rapporto di consequenzialità necessaria tra la prima ed il secondo, ma è sufficiente la sussistenza di un rapporto di **mera probabilità scientifica**. Pertanto il nesso causale può essere ritenuto sussistente non solo quando il danno possa ritenersi conseguenza inevitabile della condotta, ma anche quando ne sia conseguenza altamente probabile e verosimile⁵⁰.

L'effetto pratico di questa impostazione è che per la Corte di cassazione un nesso causale tra la condotta (commisiva) del medico ed il danno lamentato dal paziente può ravvisarsi non solo quando vi sia in tal senso una certezza scientifica, ma anche quando sussista unicamente "un *serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica*", purché "qualificata" da ulteriori elementi idonei a tradurre in certezze giuridiche le conclusioni astratte svolte in termini probabilistici⁵¹.

L'accertamento del nesso causale, da compiere secondo il criterio appena indicato, deve essere preliminare ad ogni altro, ed in particolare a quello della colpa. Ciò vuol dire che il giudice di merito deve accertare separatamente dapprima la sussistenza del nesso causale tra la condotta illecita e l'evento di danno, e quindi valutare se quella condotta abbia avuto o meno natura colposa o dolosa. Sulla base di questo principio è stata ritenuta viziata la decisione la quale aveva escluso il nesso causale per il solo fatto che il danno non potesse essere con certezza ascritto ad una condotta colposa, posto che il suddetto nesso deve sussistere non già tra la colpa ed il danno, ma tra la condotta ed il danno, mentre la sussistenza dell'eventuale errore rileverà sul diverso piano della imputabilità del danno a titolo di colpa⁵².

In sintesi, dunque, in tema di causalità commisiva tra atto medico e danno al paziente i principi affermati dal giudice di legittimità sono così riassumibili:

(a) il nesso eziologico va accertato col criterio della "causalità adeguata";

(b) causalità adeguata vi è ogni qual volta sia "ragionevole" ritenere che la condotta del medico abbia causato il danno;

⁴⁸ *Ex multis*, Cass. 5.1.2010, n. 25; Cass. 30.10.2009, n. 23059; Cass. 7.7.2009, n. 15895; Cass. 15.2.2003, n. 2312, in *Dir. e giustizia*, 2003, fasc. 10, 45; Cass. 22.10.2003, n. 15789, in *Foro it. Rep.* 2003, *Responsabilità civile*, n. 164; Cass. 10.05.2000, n. 5962, in *Arch. circolaz.*, 2000, 840.

⁴⁹ Cass. 30.10.2009, n. 23059; Cass. 11.09.1998, n. 9037, in *Riv. giur. circolaz. e trasparenze*, 1999, 86.

⁵⁰ Cass. 30.10.2009, n. 23059 (la quale ha escluso la sussistenza del nesso causale tra l'incendio scoppiato in un immobile e la morte di una persona ivi residente per edema polmonare acuto, nesso invocato invece dagli eredi della vittima i quali allegavano che lo spavento causato dall'incendio aveva accelerato l'esito letale della malattia; cfr. anche Cass. 26.6.2007, n. 14759).

⁵¹ Cass. 11.11.2005, n. 22894, in *Foro it. Rep.* 2005, *Professioni intellettuali*, n. 215.

⁵² Cass. 26.6.2007, n. 14759.

(c) è ragionevole ritenere che la condotta del medico abbia causato il danno quando vi sia in tal senso anche solo una mera probabilità scientifica, corroborata però da ulteriori elementi oggettivi. Nondimeno, se tali principi sono pacifici a livello teorico, l'applicazione pratica di essi non sempre ha condotto a risultati univoci e coerenti.

Così la (dichiarata) applicazione della teoria della causalità adeguata ha portato la giurisprudenza a riconoscere la sussistenza d'un valido nesso causale in alcune ipotesi nelle quali, a ben vedere, solo con una forzatura concettuale l'evento finale poteva ritenersi "conseguenza normale" della condotta illecita.

Meritano di essere ricordate, al riguardo, le decisioni con le quali il nesso causale è stato ritenuto sussistente:

(-) tra l'intervento imperito del medico e l'aggravamento del danno causato da un precedente sinistro stradale⁵³;

(-) tra le lesioni causate dal fatto illecito del terzo e il suicidio della vittima, *shockata* dalla gravità della propria menomazione⁵⁴.

Né può sottacersi il caso deciso da Cass. 11.06.2009, n. 13530, in Resp. civ., 2009, 1779, nel quale - in una vicenda avente ad oggetto il risarcimento del danno psichico in ipotesi causato da atti di libidine, ed a fronte di una c.t.u. che aveva escluso la sussistenza d'un valido nesso causale tra il reato ed il danno psichico - la S.C. ha affermato testualmente che *"ai fini della configurabilità del nesso causale tra un fatto illecito ed un danno di natura psichica non è necessario che quest'ultimo si prospetti come conseguenza certa ed inequivoca dell'evento traumatico, ma è sufficiente che la derivazione causale del primo dal secondo possa affermarsi in base ad un criterio di elevata probabilità, e che non sia stato provato l'intervento di un fattore successivo tale da disconnettere la sequenza causale così accertata"*.

Da ultimo, con la sentenza 8.7.2010, n. 16123, inedita, la corte di cassazione in tema di responsabilità medica è pervenuta ad una vera e propria "evaporazione" del nesso di causalità materiale, giungendo ad affermare che essendo il medico *"tenuto a espletare l'attività professionale secondo canoni di diligenza e di perizia scientifica, il giudice, accertata l'omissione di tale attività, può ritenere, in assenza di altri fattori alternativi, che tale omissione sia stata causa dell'evento lesivo e che, per converso, la condotta doverosa, se fosse stata tenuta, avrebbe impedito il verificarsi dell'evento stesso"*. In base a questo principio, pertanto, a chi si afferma vittima di un errore medico non è più neanche necessario provare la sussistenza della "probabilità scientifica" d'un valido nesso tra la condotta colposa del medico ed il risultato indesiderato, ma sarà sufficiente dimostrare soltanto la colpa del medico ed il peggioramento del proprio stato, tanto bastando per la S.C. a ritenere in via presuntiva sussistente il nesso di causalità.

Le decisioni ricordate da ultimo rendono palese come la giurisprudenza di fatto utilizzi l'accertamento del nesso di causalità come strumento per selezionare gli interessi ritenuti meritevoli di tutela, ovvero incidere sul *quantum* del risarcimento (questa la esatta conclusione di Giusti, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile. Il danno riflesso ed il danno da perdita di chance*, relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dal CSM sul tema *Il danno risarcibile civile*, svoltosi a Roma il 17-19 gennaio 2002. Tale contributo, per chiarezza ed esaustività, può ritenersi esemplare sul tema che qui interessa).

⁵³ Cass. 24.4.2001, n. 6023, in Dir. e giustizia, 2001, fasc. 20, 71.

⁵⁴ Cass. 23.2.2000, n. 2037, in Giust. civ., 2000, I, 1655, nonché in Orient. giur. lav., 2000, I, 299; in Riv. giur. circolaz. e trasp., 2000, 520; in Riv. giur. lav., 2000, II, 468, con nota di GUERRA; in Danno e resp., 2000, 1203, con nota di FABRIZIO-SALVATORE, PALMIERI; in Dir. e giustizia, 2000, fasc. 8, 8, con nota di ROSSETTI.

3.2. La causalità omissiva.

Ampi contrasti, solo recentemente risolti, hanno diviso la giurisprudenza in merito all'individuazione dei criteri di accertamento del nesso di causalità tra la condotta omissiva del medico ed il danno lamentato dal paziente.

Per molto tempo, la giurisprudenza penale del giudice di legittimità si era divisa tra quanti ritenevano che, nel caso di colpa omissiva, l'autore rispondesse del danno quante volte la condotta omessa avrebbe avuto "serie ed apprezzabili possibilità" di evitare il danno⁵⁵, e quanti invece esigevano la "certezza ragionevole" che la condotta omessa avrebbe evitato il danno.

Le Sezioni Unite penali della S.C., componendo il contrasto *medio tempore* insorto in seno alle sezioni semplici, hanno abbandonato la vecchia nozione di "serie ed apprezzabili possibilità di successo", e sancito per contro l'obbligo di fare ricorso a diversi criteri logici di accertamento del nesso causale, che possono essere così riassunti:

(a) per quanto attiene all'accertamento del nesso causale tra omissione e danno, resta valido il ricorso al "giudizio controfattuale", ossia a quella particolare astrazione consistente nell'ipotizzare quali sarebbero state le conseguenze della condotta alternativa corretta omessa dal medico;

(b) per quanto attiene al grado di probabilità, in base al quale stabilire astrattamente se l'effettuazione della condotta omessa avrebbe evitato il danno, occorre avere riguardo non già alla mera "probabilità statistica" desunta da eventuali precedenti, ma al differente concetto di "probabilità logica", la quale deve essere prossima alla certezza;

(c) la "probabilità logica", a sua volta, va accertata collazionando le probabilità statistiche di successo dell'intervento omesso con tutte le circostanze del caso concreto, quali risultanti dal materiale probatorio raccolto (Cass., sez. un., 11.9.2002, n. 30328, in Dir. e giust., 2002, fasc. 35, 21, ma specialmente 26-27).

Al criterio delle "serie ed apprezzabili possibilità di successo", pertanto, era venuto a sostituirsi quello della "alta o elevata credibilità razionale" del giudizio controfattuale.

Sebbene, come già avvertito, il nesso di causalità materiale sia disciplinato anche in materia civile dagli artt. 40 e 41 c.p., le sezioni civili della Cassazione non si sono uniformate all'interpretazione che di tali norma hanno dato le sezioni penali.

Al contrario, hanno continuato ad affermare che il giudizio controfattuale possa ritenersi soddisfatto, in tema di colpa omissiva, quando si possa ritenere che, in presenza della condotta omessa, il danno avrebbe avuto "serie ed apprezzabili possibilità" di non accadere⁵⁶.

Questo "scostamento" tra i criteri di accertamento della causalità omissiva in sede penale rispetto alla sede civile è stato definitivamente sancito dalla importante decisione pronunciata da Cass., sez. un., 11.1.2008, n. 581, nella quale si è definitivamente stabilito che ai fini del risarcimento del danno il nesso causale tra una condotta omissiva e l'evento dannoso deve ritenersi sussistente ogni qual volta possa affermarsi, in base alle circostanze del caso concreto, che la condotta alternativa corretta avrebbe impedito l'avverarsi dell'evento con una probabilità superiore al 50%, secondo la regola del "più sì che no".

Quindi, mentre per la Cassazione penale il nesso causale tra omissione ed evento esige l'accertamento che senza l'omissione il danno non si sarebbe verificato "con alta o elevata credibilità razionale", per la Cassazione civile il nesso causale tra omissione ed evento non esige la certezza assoluta che senza la condotta il danno sarebbe accaduto, ma semplicemente la ragionevole *probabilità* di ciò⁵⁷. Con l'ulteriore precisazione che una "probabilità ragionevole" non è necessariamente quella che abbia statisticamente una probabilità di accadimento superiore al 50%,

⁵⁵ In tal senso, *ex multis*, Cass. 24.02.2000, Minella, in Ced Cass., rv. 216732; Cass. 05.10.2000, in Riv. pen., 2001, 452; Cass. 01.10.1999, in Dir. pen. e proc., 2001, 469.

⁵⁶ Cass. 11.5.2009, n. 10743; Cass. 26.6.2007, n. 14759; Cass. 04.03.2004, n. 4400, in Foro it., 2004, I, 1403, nonché in Corriere giur., 2004, 1010, con nota di VITI; in Dir. e giustizia, 2004, fasc. 14, 38, con nota di ROSSETTI; in Resp. civ., 2004, 1040, con nota di CITARELLA; in Contratti, 2004, 1091, con nota di LISI. Nello stesso senso, peraltro, si veda già Cass. 13.05.1982, n. 3013, in Foro it. Rep. 1982, *Professioni intellettuali*, n. 45.

⁵⁷ Così Cass. 11.5.2009, n. 10741.

ma è quella da ritenersi tale in base ad una analisi logico deduttiva del singolo caso, e dunque ben potrebbe ritenersi “ragionevole” una probabilità inferiore al 50%.

3.3. La causalità “presunta”.

In linea generale, l’onere della prova del nesso causale tra condotta del medico e danno spetta alla vittima (Cass. 11.5.2009, n. 10743).

In tema di responsabilità medica, tuttavia, il giudice di legittimità ha ammesso la possibilità di pronunciare un giudizio di condanna nei confronti del medico in base ad un nesso di causalità “presunto”.

E’ stato infatti affermato che quando non è possibile stabilire se la morte di un paziente sia stata causata dall’incuria del medico curante o da altre cause, e l’incertezza derivi dalla incompletezza della cartella clinica o dall’omesso compimento di altri adempimenti ricadenti sul medico, quest’ultimo deve ritenersi responsabile del decesso, allorché la sua condotta sia stata astrattamente idonea a causarlo⁵⁸.

Questo principio è stato affermato persino in un caso in cui la probabilità che il danno fosse stato causato dalla condotta del medico appariva addirittura minore rispetto ad altre possibili cause, in base al rilievo che “il difetto di accertamento del fatto astrattamente idoneo ad escludere il nesso causale tra condotta ed evento non può essere invocato, benché sotto il profilo statistico quel fatto sia “più probabile che non”, da chi quell’accertamento avrebbe potuto compiere e non l’abbia, invece, effettuato” (Cass. 17.2.2011, n. 3847).

Pertanto, quando applica il principio della causalità adeguata alla materia della responsabilità del medico, la corte sembra aggiungervi un ulteriore corollario in materia di riparto dell’onere della prova, che può essere così riassunto:

- (a) se è accertato che il medico ha posto in essere un antecedente causale *astrattamente* idoneo a produrre il danno;
- (b) se non è accertato se, nella specie, il danno sia stato effettivamente causato dalla condotta del medico;
- (c) in simili evenienze, incombe sul medico l’onere di provare concretamente, se vuole andare esente da responsabilità, che il danno è dipeso da un fattore eccezionale ed imprevedibile.

3.4. Il concorso di cause umane e naturali.

L’accertamento del nesso di causalità, specie tra la condotta del medico ed il danno alla salute del paziente, ha fatto registrare decisioni discorsi in seno al giudice di legittimità nell’ipotesi in cui alla produzione del danno abbia concorso sia il fatto umano (la condotta del medico), sia cause naturali, quali la predisposizione del paziente o patologie pregresse di cui era portatore.

Per la comprensione di tale problema occorre ricordare come, per lunghi anni, la Corte di cassazione aveva costantemente affermato che se alla produzione dell’evento di danno concorrono la condotta dell’uomo e cause naturali, il responsabile non può invocare alcuna riduzione della propria responsabilità, in quanto una comparazione del grado di incidenza eziologica di più cause concorrenti può instaurarsi soltanto tra una pluralità di comportamenti umani colpevoli, ma non tra una causa umana imputabile ed una concausa naturale non imputabile (così, *ex plurimis*, Cass. 28.3.2007, n. 7577; Cass. 9.4.2003, n. 5539).

Poi, nel 2009, la Corte di legittimità aveva mutato avviso proprio nel decidere un caso di colpa medica, con la sentenza pronunciata da Cass. 16.1.2009, n. 975.

Il caso oggetto di quest’ultima decisione riguardava la vicenda di un paziente, già infartuato, al quale i chirurghi nel corso di un intervento procuravano un’emorragia in conseguenza della lesione accidentale di un vaso sanguigno. Dopo l’emorragia il paziente pativa un secondo infarto che lo conduceva a morte: sicché era sorto il problema di stabilire se la morte fosse stata causata

⁵⁸ ; Cass. 13.9.2000, n. 12103, in Dir. e giust., 2000, fasc. 34, 33; Cass. 21.7.2003, n. 11316; Cass. 27.4.2010, n. 10060; cfr. altresì, sull’obbligo di tenuta della cartella clinica, Cass. 18.9.2009 n. 20101.

dall'emorragia, ovvero se il secondo infarto fosse sopravvenuto per un fattore autonomo, quale naturale sviluppo dello stato di salute in cui il paziente si trovava al momento del ricovero.

La Corte nel decidere questa vicenda, dopo avere ribadito il tradizionale principio secondo cui il nesso di causalità tra la condotta e l'illecito sussiste, ai sensi dell'art. 40 c.p., a condizione che senza la prima il secondo non si sarebbe mai potuto verificare, ha sentito il bisogno di aggiungere, a mo' di *obiter dictum*, che in ogni caso il giudice di merito, cui sarebbe stata rinviata la causa, nella liquidazione del danno avrebbe dovuto tenere conto delle gravi condizioni di salute del paziente, preesistenti all'intervento.

In particolare, ove avesse accertato che la morte del paziente fu determinata da un concorso di causa (la condotta imperita dei sanitari e le pregresse condizioni di salute), secondo la S.C. il giudice di merito avrebbe dovuto "*procedere alla specifica identificazione della parte di danno rapportabile all'uno o all'altra, eventualmente con criterio equitativo*". Anche nel caso di incertezza sulle cause dell'illecito dovrebbe infatti trovare applicazione l'art. 1226 c.c., per evitare di addossare tutto il risarcimento del danno al responsabile di una sola porzione di esso.

Questa conclusione venne corroborata poi da due rilievi: sia l'art. 2055 c.c., in tema di regresso fra condebitori solidali; sia l'art. 1227 c.c., in tema di concorso colposo della vittima nella produzione del danno, prevedono che la misura del regresso e - rispettivamente - la riduzione del risarcimento siano determinate in funzione delle conseguenze derivate dalla condotta del condebitore o della vittima, in tal modo ammettendo che il nesso di causalità possa essere concettualmente frazionato.

L'effetto di questa sentenza, di fatto, fu quello di circoscrivere l'area della responsabilità medica. Infatti, quando il paziente avesse invocato la responsabilità del sanitario che l'aveva avuto in cura, ma fosse emerso che comunque alla produzione del danno alla persona del paziente aveva concorso non solo l'opera del medico, ma anche le pregresse condizioni di salute del paziente stesso, si consentiva al giudice di ridurre in via equitativa - ai sensi dell'art. 1226 c.c. - l'ammontare del risarcimento.

Il principio affermato dalla sentenza 975/09 è stato però successivamente abbandonato dalla sentenza 21 luglio 2011 n. 15991 della Corte di cassazione.

La sentenza più recente ha rilevato come la soluzione adottata nel 2009 (e cioè la graduabilità della responsabilità del medico in funzione delle pregresse condizioni del paziente) confondeva due diversi nessi di causalità: quello tra la condotta illecita e la concreta lesione dell'interesse (c.d. causalità materiale, disciplinata dall'art. 40 c.p.), e quello tra quest'ultima ed i danni che ne sono derivati (c.d. causalità giuridica, disciplinata dall'art. 1223 c.c.: cfr. *supra*, § 3.1).

La circostanza che un paziente, prima dell'intervento rivelatosi infausto, fosse portatore di patologie pregresse non può mai comportare - ha stabilito Cass. 15991/11 - il "frazionamento" del nesso di causalità tra condotta e danno. Tale nesso o c'è o manca, senza che sia possibile alcuna graduazione percentuale. Pertanto, quand'anche il medico abbia con la propria azione od omissione fornito un contributo causale solo dell'1% alla produzione del danno, il quale è dovuto per il resto al concorso di cause naturali, egli dovrà comunque risponderne per intero.

Le pregresse condizioni di salute del paziente, e più in generale il concorso di concause naturali alla produzione del danno, vengono invece in rilievo nel momento della liquidazione del danno: più esattamente, nella selezione, tra tutte le conseguenze provocate dall'errore medico, delle sole che siano *giuridicamente* risarcibili, quali conseguenze immediate e dirette dell'illecito ai sensi dell'art. 1223 c.c.

Sotto questo profilo, la sentenza 15991/11 si spinge a suggerire una autentica tassonomia dei casi più frequentemente ricorrenti:

(a) se il paziente era già malato od invalido, e l'atto medico aggrava le sue condizioni di salute, il danno va liquidato considerando quale sarebbe stata la condizione del paziente se non ci fosse stato l'errore medico;

(b) se il paziente era già "affetto da patologie prive di effetti invalidanti", e l'atto medico gli causa un danno alla salute, il danno va liquidato senza tenere conto dello stato pregresso del paziente;

(c) se il paziente era affetto da una patologia non letale, e l'errore del medico ne causa la morte, lo stato di salute pregresso:

(c') è irrilevante ai fini della liquidazione del danno patito *iure proprio* dai familiari della vittima;

(c'') può giustificare la riduzione del risarcimento dell'eventuale danno alla salute patito dalla vittima primaria e trasmesso *iure successionis* agli eredi;

(d) se il paziente era già affetto da una malattia letale, ma l'errore del medico ne accelera la morte, le sue pregresse condizioni di salute possono giustificare una riduzione del risarcimento spettante *iure proprio* ai familiari, in proporzione dello scarto temporale tra la durata della vita effettivamente vissuta e quella che la vittima, in assenza dell'errore medico, avrebbe verosimilmente potuto sperare.

La sentenza 15991/11, *cit.*, nel suo impianto teorico, ha certamente reso più lineare la ricostruzione del quadro dogmatico in tema di causalità. Essa infatti ha dettato alcuni principi chiari e coerenti così riassumibili:

(a) il nesso di causalità in responsabilità civile deve essere accertato con criteri diversi dal nesso di causalità in ambito penale;

(b) l'art. 1226 c.c. consente la liquidazione equitativa del danno, non l'accertamento equitativo della responsabilità;

(c) il concorso del fatto umano col fatto naturale nella produzione dell'evento di danno è irrilevante;

(d) le pregresse condizioni di salute del paziente possono giustificare un abbattimento del risarcimento del danno.

In questo modo la Corte di cassazione, come accennato, è tornata all'antico nel ritenere irrilevante, ai fini dell'accertamento della responsabilità aquiliana, il concorso del fatto dell'uomo con le cause naturali. Se, pertanto, il danno alla salute od alla vita di un paziente dovesse risultare ascrivibile per l'1% alla condotta di un medico, e per il 99% a cause naturali, il medico risponderà del danno per intero.

Tra le "cause naturali" che possono contribuire alla produzione dell'evento rientrano anche le condizioni di salute pregresse del paziente: in questo caso, la circostanza che prima del fatto illecito la vittima fosse già malata non esclude né riduce il nesso di causalità tra la condotta illecita ed il danno, ma incide soltanto sulla misura del risarcimento. Così, ove un medico dovesse per errore uccidere un paziente già malato e votato a morte certa, questa circostanza non varrà ad escludere la responsabilità del medico, ma potrà valere a ridurre il risarcimento da questi dovuto.

Tuttavia, se quest'ultima conclusione appare inappuntabile, maggiori perplessità suscita la soluzione suggerita dalla Corte per l'ipotesi in cui l'errore del medico dovesse determinare non la morte, ma un danno alla salute del paziente.

In questo secondo la Corte, come accennato, bisognerebbe distinguere il caso del paziente malato che si aggrava per colpa del medico, da quello malato che subisce un danno il quale non costituisca aggravamento della patologia preesistente (la Corte parla al riguardo, forse non del tutto esattamente dal punto di vista medico legale, di paziente già "affetto da patologie prive di effetti invalidanti?"). Nella prima ipotesi il risarcimento dovrà essere ridotto, nel secondo caso no.

Tuttavia questa affermazione si pone in contrasto frontale con i risultati cui era pervenuta la medicina legale nell'ipotesi di lesioni policrone, cioè sopravvenute a distanza di tempo le une dalle altre.

E' noto infatti come, secondo la scienza medico legale, per valutare l'incidenza di lesioni o malattie pregresse sul grado di invalidità permanente causato dal fatto illecito occorre distinguere a seconda che le lesioni preesistenti:

(a) interessino il medesimo organo oppure organi funzionalmente integrati (lesioni concorrenti: ad esempio, frattura di gamba in soggetto con osteoporosi agli arti inferiori), ovvero

(b) colpiscano organi diversi e non funzionalmente integrati (lesioni coesistenti: ad esempio, frattura mandibolare in soggetto affetto da zoppia).

Nel primo caso, al grado di invalidità permanente risultante dall'impiego degli ordinari criteri valutativi va applicato un coefficiente di maggiorazione, in quanto il concorso di lesioni policrone amplifica il danno disfunzionale causato dall'atto illecito. Nel secondo caso, invece, al grado di

invalidità permanente, per così dire, “ordinario”, va applicato un coefficiente di riduzione, in quanto il danno ha colpito un individuo non perfettamente sano, la cui malattia preesistente non è stata però aggravata dall’evento dannoso.

Autorevole dottrina⁵⁹ ha espresso questo coefficiente con la formula

$$D = \frac{100 - E}{100}$$

dove D rappresenta il *quantum* del danno biologico, ed E il valore percentuale dello stato di salute preesistente.

Di conseguenza, quando la minorazione conseguente al fatto illecito e quella preesistente sono in coesistenza, quando cioè le due minorazioni interessano organi o sistemi diversi senza interferenze reciproche, si verifica semplicemente un pregiudizio ad un individuo che ha già ridotta la sua validità. In questa ipotesi il suddetto coefficiente dovrebbe ridurre il grado di invalidità permanente, previa applicazione della formula

$$I = D - D \frac{100 - E}{100}$$

dove I rappresenta il grado di invalidità da risarcire.

Nel caso invece di lesioni policrone concorrenti va applicato il suddetto coefficiente in maggiorazione, e quindi la formula

$$I = D + D \frac{100 - E}{100}$$

Altri criteri, pure largamente diffusi, per tenere conto delle lesioni policrone, sono rappresentati dalla formula di Balthazard e dalla formula di Gabrielli.

La **formula di Balthazard** (o metodo scalare) viene solitamente adottata per tenere conto delle lesioni policrone coesistenti (cioè non interferenti le une con le altre). Essa si fonda sul principio secondo cui la validità di una persona già menomata non può essere pari a “100”, e quindi i postumi della nuova lesione devono essere rapportati alla validità residua.

Così, ad esempio, se una persona che ha già avuto un danno biologico del 20% (e quindi ha una validità residua dell’80%) patisce un secondo danno che normalmente ridurrebbe del 30% la complessiva validità, il grado effettivo di invalidità permanente va determinato secondo la proporzione

$$D2 : 100 = x : CR$$

Dove D2 è il grado di i.p. che normalmente residua alla seconda lesione; x è il grado di invalidità permanente che vogliamo determinare, CR è la validità antesinistro. Nell’esempio che precede il grado di i.p. (x) sarà dunque determinabile in base alla proporzione

$$30 : 100 = x : 80$$

e quindi

$$x = (30 \times 80) : 100$$

ovvero 24%.

Il danno effettivo secondo la formula di Balthazard è dunque pari al 24%, mentre la medesima lesione se avesse colpito un individuo sano sarebbe stata valutata nella misura del 30%.

La **formula di Gabrielli**, invece, è per lo più adottata al fine di tenere conto di lesioni policrone concorrenti, ed è rappresentata dall’equazione:

$$D = (Cp - Cr) / Cp$$

dove D è il grado di invalidità da determinare, Cp è la capacità preesistente al sinistro, Cr è la capacità residua al sinistro.

Così, nell’esempio fatto poco innanzi (una persona invalida al 20% che patisce una lesione quantificabile in astratto nella misura del 30%), il danno effettivo sarà pari a $(80 - 50) / 80$

⁵⁹ E’ il criterio suggerito da CHINI, *Semeiotica medico-legale*, Roma, 1988, 368-371.

e quindi al 38%.

Da quanto esposto appare dunque palese come non sia affatto condivisibile l'affermazione della S.C., sopra trascritta, secondo cui se il paziente era già "affetto da patologie prive di effetti invalidanti", e l'atto medico gli causa un danno alla salute, il danno va liquidato senza tenere conto dello stato pregresso del paziente.

Secondo la medicina legale, infatti, lo stato di salute pregresso della vittima deve *sempre* essere tenuto in considerazione nella determinazione del grado di invalidità permanente, quand'anche si tratti di lesioni policrone coesistenti.

4. Il danno.

L'accertamento e la liquidazione del danno alla salute causato dalla condotta colposa del medico presenta una particolarità, rispetto all'accertamento ed alla liquidazione dei danni causati da altre e diverse condotte colpose: è ben raro, infatti, che il medico intervenga a curare una persona sana.

Ciò vuol dire che il danno causato dal medico è di norma un *danno differenziale*, pari alla differenza tra le condizioni di salute in cui si sarebbe trovato il paziente se il medico avesse svolto diligentemente il proprio lavoro, e quelle in cui effettivamente si trova: e non è detto che il sottraendo di questa ipotetica operazione sia necessariamente pari ad una condizione di perfetta e piena efficienza fisica.

Nei §§ seguenti si sarà dunque conto delle più frequenti fattispecie di danno portate all'esame della giurisprudenza in tema di colpa medica.

4.1. Il danno iatrogeno.

Il danno iatrogeno è il pregiudizio alla salute, causato da colpa di un sanitario, che ha per effetto **l'aggravamento di una lesione già esistente**, a sua volta ascrivibile a colpa di un terzo.

Nel caso di danno iatrogeno gli eventuali postumi permanenti risultano quindi prodotti dal concorso di due cause: la condotta del terzo che ha causato la lesione originaria; e la condotta del medico, chiamato a curarla, che l'ha invece aggravata. Del danno finale rispondono quindi in solido, ai sensi degli artt. 40 e 41 c.p., e dell'art. 2055 c.c., sia l'autore della lesione originaria (sebbene meno grave di quella finale); sia il medico (sebbene senza la lesione originaria la condotta del medico sarebbe stata irrilevante).

Il danno iatrogeno pone all'interprete due problemi:

(a) l'accertamento del nesso causale;

(b) la quantificazione del danno biologico nei casi in cui sia domandato il solo danno "differenziale", ovvero nei casi di regresso tra condebitori.

Sul piano del nesso causale, ci si chiede se ad esempio il medico che ha mal curato la riduzione di una frattura scomposta di femore debba rispondere anche dei postumi permanenti che sarebbero comunque derivati dalla frattura, quand'anche correttamente curata.

A tale quesito la giurisprudenza dà risposta affermativa sia nel caso in cui la lesione originaria sia dovuta a **caso fortuito** o forza maggiore, sia nel caso in cui sia dovuta a **colpa di un terzo**.

Nel primo caso il medico risponderà dell'intero danno (quello ascrivibile alla lesione originaria, e quello ascrivibile all'aggravamento dovuto a sua colpa) perché nel caso in cui il danno finale sia prodotto dal concorso di fattori naturali e fattori umani, la responsabilità dell'offensore non è né esclusa, né limitata⁶⁰. Da ciò discende ovviamente che nella determinazione del grado di invalidità permanente debbono escludersi quei postumi che si sarebbero comunque manifestati, anche in assenza dell'illecito commesso dal medico⁶¹.

Nel secondo caso, che costituisce propriamente l'ipotesi di "danno iatrogeno", il medico risponderà comunque per intero del danno complessivo finale per due ragioni.

⁶⁰ Cass. 28.3.2007, n. 7577, in Foro it. Rep. 2007, *Responsabilità civile*, n. 214; Cass. 16.02.2001, n. 2335, in Dir. e giustizia, 2001, fasc. 8, 33.

⁶¹ Cass. 08.6.2007, n. 13400, in Lavoro e prev. oggi, 2007, 1174, la quale tuttavia non ha affermato tale principio con riferimento ad un caso di colpa medica.

La prima ragione è che l'art. 2055 c.c. considera, ai fini della solidarietà nel risarcimento stesso, l'unicità del «fatto dannoso», non delle condotte che l'hanno causato. La norma, dunque, fa riferimento alla posizione del soggetto che subisce il danno, ed in cui favore è stabilita la solidarietà, con la conseguenza che «*la suddetta unicità del fatto dannoso deve essere intesa in senso non assoluto, ma relativo al danneggiato, ricorrendo, pertanto, tale forma di responsabilità pur se il fatto dannoso sia derivato da più azioni o omissioni, dolose o colpose, costituenti fatti illeciti distinti, ed anche diversi, sempreché le singole azioni o omissioni abbiano concorso in maniera efficiente alla produzione del danno*»⁶². E non v'è dubbio che la lesione del bene «salute» costituisce un danno unitario, in quanto il suddetto bene costituisce oggetto di un diritto assoluto e non frazionabile, *ex art. 32 cost.*. Dunque più condotte colpose che, anche attingendo diversi distretti corporei, generano una invalidità permanente, sono causa di un «unico danno», ai sensi dell'art. 2055 c.c.

La seconda ragione è che, quando la condotta sia del responsabile del primo danno, sia del medico che l'ha aggravato, integra gli estremi di una cooperazione colposa nel delitto di lesioni, di tale reato rispondono tutti e due i suddetti soggetti. Quindi colui il quale ha causato le lesioni meno gravi è responsabile anche di quelle più gravi, ai sensi dell'art. 111 c.p. Tutti e due i responsabili, pertanto, sono tenuti *ex art. 187, comma 2, c.p.*, a risarcire in solido il danno causato da tale delitto, senza che sia possibile distinguere, per quanto attiene al profilo esterno dell'obbligazione solidale, tra le varie condotte dei correi⁶³.

La sussistenza di un danno iatrogeno può far sorgere problemi particolari nella liquidazione, quando il danneggiato agisca nei confronti del medico chiedendo non il risarcimento dell'intero danno patito, ma soltanto il risarcimento dell'ulteriore danno iatrogeno⁶⁴; oppure quando uno dei corresponsabili, che abbia risarcito il danneggiato per intero, agisca in regresso *ex art. 2055 c.c.* nei confronti dell'altro coobbligato.

In questi casi, è prassi di alcuni uffici giudiziari chiedere al c.t.u. quale sia il grado di invalidità permanente residuo al danneggiato, e quanta parte di esso sia stato causato dalla lesione originaria. In questo modo, il c.t.u. è indotto a fornire al giudice due valutazioni percentuali: una per il danno originario, l'altra per il danno iatrogeno.

Questa prassi però è errata. Infatti il valore monetario del punto d'invalidità cresce in modo esponenziale rispetto al crescere dell'invalidità, sicché altro è liquidare - ad esempio - una invalidità del 10%, altro è liquidare due invalidità del 5%. Per questo motivo in tutti i casi in cui sia necessario «scorporare» l'aggravamento del danno alla salute dal danno originario, il calcolo differenziale va compiuto non sottraendo il grado di invalidità permanente effettivamente residuo, da quello che sarebbe residuo se non vi fosse stato l'aggravamento dovuto all'imperizia del medico, ma sottraendo il risarcimento effettivamente dovuto, da quello che sarebbe stato dovuto se non vi fosse stato il danno iatrogeno.

Il danno iatrogeno è infatti un danno *differenziale*, per liquidare il quale occorre procedere col metodo logico della «prognosi postuma», e quindi:

⁶² Cass. 04.6.2001, n. 7507, in Foro it. Rep. 2001, *Responsabilità civile*, n. 381.

⁶³ Cass. 24.4.2001, n. 6023, in Dir. e giustizia, 2001, fasc. 20, 71; Cass. pen. 5.4.1986, n. 2589, in Dir. prat. ass. 1988, 191; Cass. pen. 1.9.1986, n. 8884, *ivi*, 1988, 190.

Per la giurisprudenza di merito, *ex multis*, Trib. Roma 30.11.2003, *Plaitano c. Toscana*, inedita; Trib. Roma 5.2.2003, *Marinkovic c. Peraino*, inedita; Trib. Roma 16.10.2002, *Condorelli c. Unipol*, inedita; Trib. Perugia 8.6.1991, in Resp. civ. prev. 1993, 630.

⁶⁴ Vertendosi in tema di obbligazioni solidali, nulla vieta al danneggiato di domandare il risarcimento dell'intero danno in giudizi promossi separatamente sia contro il medico, sia contro l'autore della prima lesione. Tuttavia è ovvio che, in caso di accoglimento delle due domande, i due risarcimenti non potranno essere mai cumulati, e quindi:

(a) il debitore escusso per secondo potrà opporre al creditore, anche in sede di opposizione all'esecuzione, l'avvenuto pagamento effettuato dal debitore escusso per primo;

(b) il debitore che senza colpa abbia pagato il risarcimento al creditore già soddisfatto dall'altro coobbligato avrà facoltà di ripetere la somma versata, a titolo di indebito oggettivo.

(a) stabilire quale sarebbe stato il grado di invalidità permanente, la durata della malattia, il danno morale ed il danno patrimoniale che la vittima avrebbe subito ove il sanitario non fosse incorso in colpa professionale;

(b) stabilire quale è l'effettivo grado di invalidità permanente, l'effettiva durata della malattia, l'effettivo danno morale e l'effettivo danno patrimoniale patito dalla vittima;

(c) detrarre il valore *sub* (a) da quello *sub* (b).

Tuttavia, nel compiere tale operazione, sottraendo e sottrattore non possono essere rappresentati dall'espressione percentuale di un certo grado di invalidità permanente, perché il valore monetario del punto di invalidità, pertanto, cresce più che proporzionalmente rispetto al crescere dell'invalidità, mentre decresce in progressione aritmetica con l'aumentare dell'età del danneggiato.

Ne consegue che il valore monetario del punto che porta - ad esempio - da 50 a 51 il grado complessivo di invalidità permanente, è notevolmente superiore al valore monetario del punto che porta da 10 a 11 il grado di i.p. Pertanto, se si sottraesse dal grado percentuale di invalidità permanente effettivamente residuo *in corpore* il grado percentuale di invalidità permanente che sarebbe residuo in assenza di colpa del medico, la conversione in termini monetari della lesione della salute avverrebbe in base ad un valore di punto falsato, e senza tener conto che il *surplus* di invalidità ascrivibile all'intervento del medico non si innesta su una situazione di validità preesistente, ma si innesta su una situazione di salute già compromessa.

La differenza pertanto va compiuta *non sul grado di invalidità permanente, ma sui valori monetari*. Sarà pertanto necessario dapprima liquidare il danno biologico complessivo patito dalla vittima; quindi liquidare il danno biologico che sarebbe verosimilmente residuo in assenza del fatto illecito: la differenza costituirà il danno iatrogeno del quale il medico deve rispondere⁶⁵.

4.2. La perdita delle *chances* di sopravvivenza o guarigione.

L'espressione "danno da perdita delle *chances* di sopravvivenza" viene usata promiscuamente nella prassi per designare due fattispecie ben diverse.

Con tale espressione infatti talora si designa il caso in cui l'atto colposo del medico ha ridotto, con certezza o con ragionevole probabilità, la speranza di vita futura del paziente. In altri casi invece la medesima espressione viene adoperata per designare i casi in cui la condotta del medico ha privato il paziente (non della salute o della vita, ma) della *mera possibilità* di guarire, senza che sia dato stabilire se tale possibilità fosse elevata, media o bassa.

Le due ipotesi sono profondamente diverse tra loro: nel primo caso, a rigore, non ci troviamo dinanzi alla perdita di una *chance*, ma ci troviamo dinanzi ad un danno certo, ancorché futuro. Solo nel secondo caso invece può predicarsi la perdita di una vera e propria *chance*, intesa quale mera opportunità, della quale non è dato sapere se, qualora fosse stata colta, sarebbe stata favorevole o sfavorevole.

Chiarezza espositiva esige dunque che le due ipotesi siano trattate separatamente.

(A) Danno da *impedita o ritardata guarigione*.

Può accadere che l'errore del medico impedisca al paziente di conoscere in tempo di essere affetto da una certa patologia, e quindi di adottare cure che sarebbero efficaci solo se tempestive; oppure aggravi una patologia preesistente, riducendo le possibilità di guarigione. In questi casi, l'errore del medico compromette la speranza di vita futura del paziente.

Per stabilire in che modo tenere conto della riduzione della durata *probabile* della vita futura occorre distinguere l'ipotesi in cui la vittima sia ancora in vita al momento della liquidazione, da quella in cui sia venuta a mancare.

Se la vittima è ancora in vita al momento della liquidazione, della riduzione verosimile della speranza di vita futura può astrattamente tenersi conto sia aumentando il grado di invalidità permanente, sia

⁶⁵ Trib. Roma 28.5.2004, *Cavagnis c. Medov*, inedita; Trib. Roma 13.1.2004, *Berrettoni c. Az. osp. S. Filippo Neri*, inedita; Trib. Roma 27.4.2003, *Iorillo c. GIOMI*, inedita; Trib. Roma, 06-10-1997, in *Giurispr. romana*, 1997, 391.

umentando il valore monetario del punto di invalidità⁶⁶. Il secondo metodo è probabilmente preferibile per la sua maggiore flessibilità. Ben possono darsi dei casi, infatti, in cui la ridotta speranza di vita non determina per ciò solo una maggiore invalidità in senso tecnico: si pensi al caso della persona affetta da patologia tumorale silente che, a causa di una falsa diagnosi negativa da parte del medico, trascuri di curarsi tempestivamente. In questo caso le condizioni *apparenti* di vita della vittima potrebbero essere identiche sia nel caso di tempestiva diagnosi, sia nel caso di omessa diagnosi e di conseguente riduzione della speranza di vita. Una ipotesi di liquidazione di questo tipo di danno potrebbe essere quella di determinarlo in misura pari alla percentuale di riduzione della speranza ordinaria di vita, applicata sul risarcimento che si sarebbe liquidato per una invalidità del 100%⁶⁷.

In ogni caso, la ridotta speranza di vita futura non incide in alcun modo sulla misura del risarcimento (vale a dire sul valore monetario del singolo punto di invalidità). Il danno perciò, una volta determinato il grado di i.p., andrà liquidato secondo i criteri ordinari, cioè come se la vittima vivrà tutti i giorni che la media statistica della mortalità gli assegna.

Se invece la vittima muore **prima della liquidazione del danno**, occorre innanzitutto stabilire se sussista un valido nesso causale tra l'errore del medico e la morte del paziente: accertare, cioè, se in assenza dell'errore il paziente sarebbe sopravvissuto più a lungo. Ove possa ragionevolmente pervenirsi a tale conclusione, l'autore dell'illecito sarà tenuto a risarcire sia il danno morale subito dagli eredi per la morte del proprio congiunto (sussistendo in questo caso un valido nesso causale tra atto illecito e morte); sia il **danno morale** sofferto dalla vittima stessa, consistito nella dolorosa consapevolezza di avere perduto delle possibilità di sopravvivenza.

Agli eredi, infine, spetta il risarcimento del **danno biologico** patito dalla vittima, per avere vissuto meno e, soprattutto, peggio di quanto il destino gli riservava.

(B) Danno da perdita di chance in senso proprio.

Si parla di perdita delle chances di sopravvivenza in senso proprio quando l'atto colposo del medico ha privato la vittima non della certezza, ma della mera speranza di guarire.

Questo pregiudizio secondo la S.C. costituirebbe una ipotesi di danno non patrimoniale, diverso dal danno biologico, in base al principio secondo cui qualsiasi *chance* (sia di incremento patrimoniale, sia di sopravvivenza) costituisce un *bene* facente parte del patrimonio (patrimoniale o personale) della vittima. La sua perdita, pertanto, costituisce un danno in se e per sé, a prescindere da qualsiasi pronostico circa l'effettiva possibilità che la *chance* potesse essere arrisa da successo, ove la si fosse potuta cogliere⁶⁸.

Nelle sentenze più recenti, anzi, la Corte arriva a qualificare senza mezzi termini la perdita di *chance* come una "forma di manifestazione della causalità", accanto a quella commissiva ed a quella omissiva (così Cass. 21.7. 2011, n. 15991, *cit.*).

⁶⁶ Trib. Monza 18.2.1997, in Resp. civ. prev., 1999, 697, ha liquidato 240 milioni di lire in via equitativa, ad una donna la quale, in conseguenza di un errore del medico durante un intervento di mastectomia, era stata costretta a sottoporsi ad un secondo intervento, perdendo la possibilità di rimuovere alla radice il male da cui era afflitta, ed esponendosi al rischio di probabili recidivazioni. La motivazione, tuttavia, nulla dice sul criterio seguito dal giudice nel determinare la cifra suddetta.

⁶⁷ In uno dei pochi precedenti editi sull'argomento, il tribunale di Monza era stato chiamato a liquidare il danno subito da un malato di tumore, il quale in conseguenza di una errata diagnosi non aveva potuto curarsi tempestivamente, perdendo una speranza di sopravvivenza che, secondo la statistica clinica, era di 5 anni nel 30% dei casi.

Il tribunale ha ritenuto di liquidare quest'ultimo tipo di danno come segue:

(a) determinando la somma che sarebbe spettata alla vittima, nel caso di invalidità permanente pari al 100%;

(b) dividendo tale somma per il numero di anni della vittima;

(c) moltiplicando il risultato per 5 (cioè il numero di anni di vita *probabilmente* persi (Trib. Monza 30.1.1998, in Resp. civ. prev., 1999, 701).

⁶⁸ Cass. 04.3.2004, n. 4400, in Dir. e giustizia, 2004, fasc. 14, 38.

La tesi che ravvisa nella perdita di *chance* una ipotesi di danno emergente presenta l'indubbio vantaggio di semplificare l'opera del giudice, e quindi di facilitare la soluzione delle controversie. Infatti secondo questa tesi, una volta accertato che la *chance* esisteva e che è andata perduta, il giudice dovrebbe affermare senz'altro l'esistenza del danno, senza preoccuparsi di motivare sulla certezza dello stesso: appunto perché una *chance*, per definizione, non può essere "certa".

Questo è il motivo per il quale alcuni autori hanno ritenuto che l'adozione, da parte della giurisprudenza, della tesi della perdita di *chance* come danno in sé, non sia stata che uno **stratagemma** per "ammantare" della qualifica di diritto soggettivo una situazione giuridica che diritto soggettivo non era, e per conferire così rilevanza giuridica ad una lesione altrimenti irrisarcibile⁶⁹.

Nondimeno, la tesi che ravvisa nella perdita di *chance* una ipotesi di danno emergente va incontro a numerose obiezioni.

Queste obiezioni possono essere sintetizzate come segue.

(a) In primo luogo, quando si parla di perdita di una *chance* si designa un pregiudizio che **non può essere distinto dal danno finale**, cioè dalla perdita del risultato sperato⁷⁰. Sopprimere una *chance* vuol dire infatti impedire il processo formativo volto all'acquisizione di una utilità futura, quando questo è ancora in fase di svolgimento. Pertanto affermare la risarcibilità della perdita di *chance* in sé non costituisce che un *escamotage* per ammettere la risarcibilità di un danno il cui nesso causale rispetto alla condotta illecita non è certo, ma **solo probabile**. Perciò come è stato rettamente osservato, "*la risarcibilità del danno da perdita di chances si traduce nel riconoscimento della giuridica rilevanza di un nesso di causalità espresso in termini probabilistici. Ma è un riconoscimento (necessariamente) velato d'ipocrisia, posto che (...) la responsabilità civile non è imputabile in funzione del probabile contributo eziologico statisticamente attribuibile a ciascuna potenziale fonte di danno. Una diversa conclusione urterebbe contro il postulato della c.d. irrilevanza delle concause, minando alla base la nozione tradizionale del nesso di causalità, improntata ai principi cardine della condicio sine qua non e della conseguente equivalenza delle condizioni*"⁷¹.

(b) In secondo luogo, una *chance* non può essere considerata un bene suscettibile di valutazione patrimoniale. Essa **non ha utilità in sé**, ma è utile se ed in quanto viene realizzata⁷².

(c) Infine, si è rilevato come, ammettendo che la "speranza" in quanto tale sia un bene autonomo e la sua lesione costituisca un danno risarcibile, dovrebbe di conseguenza ammettersi che la lesione di qualsiasi speranza, anche infinitesima, andrebbe risarcita. Una *chance* "ricca" andrà risarcita in modo ricco, una *chance* "scarsa" andrà risarcita in modo scarso; una *chance* infinitesima andrà risarcita in modo infinitesimo.

Tuttavia questa conclusione è scartata proprio da quell'orientamento il quale considera la perdita di *chance* un'ipotesi di danno emergente, il quale ricorre - come già detto - al criterio della **selezione delle chances**, ammettendo al risarcimento solo quelle "ragionevolmente fondate", oppure "statisticamente probabili", oppure "moralmente verosimili"⁷³.

Tale soluzione, oltre che onerare il giudice del gravoso compito di distinguere tra la speranza fallace e la speranza fondata, è in patente contraddizione con le premesse da cui muove l'orientamento di cui si discorre. Non si vede infatti come possa conciliarsi l'affermazione secondo cui la perdita di *chance* consiste "*non nella perdita di un vantaggio economico, ma nella perdita della mera possibilità di*

⁶⁹ ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1990, 207. È di questo avviso Trib. Venezia, 25.07.2007, in *Danno e resp.*, 2008, 51, secondo cui "*l'autonoma risarcibilità della chance va esclusa alla luce del fatto che essa si traduce nella risposta ad esigenze di compensation che provengono dalle vittime in ragione della complessità dei problemi causali*".

⁷⁰ PRINCIGALLI, *Perdita di "chance" e danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 315.

⁷¹ PACCES, *Alla ricerca delle chances perdute: vizi (e virtù) di una costruzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, 661.

⁷² PACCES, *Competizioni automobilistiche: nuovo terreno fertile per il risarcimento delle chances perdute?*, in *Riv. dir. sport.*, 1994, 447.

⁷³ Cass. 18.1.2006, n. 852, in *Resp. civ.*, 2006, 1272; Cass. 28.01.2005, n. 1752, in *Arch. circolaz.*, 2005, 827; Cass. 11.12.2003, n. 18945, in *Resp. civ.*, 2004, 751; Cass. 22.4.1993, n. 4725, in *Foro it. Rep.*, 1993, *Lavoro (rapporto)*, 750; Cass. 2.12.1996, n. 10748, in *Foro it. Rep.*, 1996, *Lavoro (rapporto)*, 764.

conseguirlo”⁷⁴, con l'altra secondo cui la perdita di *chance* è risarcibile solo quando “*sussista un pregiudizio certo anche se non nel suo ammontare*”⁷⁵. Se infatti una perdita patrimoniale futura è solo potenziale, essa non potrà mai rappresentare un “pregiudizio certo”.

Se la *chance* è un bene suscettibile di valutazione economica, essa resta tale sia che abbia molte, sia che abbia poche possibilità di successo. In altri termini, sostenere che la *chance* è un bene patrimoniale in sé, ma che esso va risarcito solo quando sia “ragionevolmente fondata”, equivarrebbe a dire che - ad esempio - la lesione della salute è un danno in sé, ma va risarcita solo quando essa superi un certo grado di invalidità permanente.

4.3. Il danno da nascita indesiderata.

Con l'espressione “danno da nascita indesiderata” si designa, più che un tipo di danno, un tipo di condotta illecita: quella di chi viola il diritto di uno o di ambedue i genitori a non avere figli, ovvero a non portare a termine la gestazione di essi. Tale condotta può assumere principalmente due forme:

(a) la prima ipotesi ricorre quando la nascita di un figlio avviene **contro la volontà** del genitore, come nell'ipotesi di insuccesso di un intervento abortivo, ovvero nel caso di insuccesso di un intervento di sterilizzazione);

(b) la seconda ipotesi ricorre quando la nascita avviene **oltre la volontà** del genitore, come nell'ipotesi di omessa informazione circa le malformazioni del feto, con conseguente perdita della possibilità di interrompere la gravidanza.

Nel primo caso viene leso il diritto del genitore a non avere figli, nel secondo caso viene leso il diritto del genitore di interrompere la gravidanza.

Il danno da nascita indesiderata può essere di diverso tipo. Esso infatti può provocare sia un danno non patrimoniale in senso lato (sofferenza e dolore morale), sia un danno biologico, sia un danno patrimoniale. Per chiarezza espositiva esamineremo perciò dapprima la fattispecie di responsabilità per nascita indesiderata, poi le fattispecie di danno.

L'accertamento della responsabilità (di norma, del medico) per nascita indesiderata esige l'accertamento dei tradizionali elementi costitutivi della colpa e del nesso causale.

L'accertamento della colpa nel caso di specie non presenta particolarità rispetto ai principi generali: si tratterà di stabilire se, nell'esecuzione dell'intervento di sterilizzazione o nell'esecuzione della diagnosi prenatale, il medico si sia attenuto alle *leges artis* della sua professione, ai sensi dell'art. 1176, comma 2, c.c. Si ricordi peraltro che in tema di responsabilità medica non è onere del paziente provare la colpa del sanitario, ma è onere di quest'ultimo provare di avere osservato la esatta diligenza esigibile dall'*homo eiusdem generis et conditionis*, cioè dal professionista di normale abilità e preparazione. Di norma tale prova sarà fornita, nei no infrequenti casi di erronea diagnosi prenatale, attraverso la dimostrazione che l'immagine (radiografica, ecografica, genetica) non consentiva nemmeno con l'uso dell'ordinaria diligenza di accertare l'esistenza della malformazione.

Più delicato è accertare il nesso di causalità tra l'omessa informazione alla madre circa eventuali malformazioni o patologie del feto, ed il danno da mancato esercizio del diritto di interrompere la gravidanza.

In questo caso l'accertamento demandato al giudice di merito è **duplice**: occorre infatti stabilire dapprima se nel singolo caso l'aborto sarebbe stato comunque consentito dalla legge; e quindi se, pur sussistendo i presupposti di legge per l'interruzione della gravidanza, la gestante avrebbe verosimilmente compiuto tale scelta.

In merito al primo di questi due nessi di causalità va ricordato che l'esercizio del diritto di abortire non è incondizionato, ma è subordinato a condizioni diverse, a seconda che venga esercitato prima o dopo del 90° giorno dell'inizio della gravidanza.

Prima di tale data, l'interruzione volontaria della gravidanza è sempre possibile a condizione che la gestante “*accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un*

⁷⁴ Così Cass. 17.4.2008, n. 10111, in Foro it. Rep. 2008, *Danni civili*, n. 120.

⁷⁵ Così Cass. 25.5.2007, n. 12243, in Foro it. Rep. 2007, *Danni civili*, n. 186.

serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito". In questo caso pertanto l'interruzione della gravidanza costituisce un intervento profilattico nei confronti di un danno temuto per la salute della gestante, intesa in senso molto lato come benessere anche psicologico. Da ciò consegue che quando la malformazione era oggettivamente rilevabile già nei primi 90 giorni di gestazione, il nesso causale tra omessa informazione alla madre e perdita del diritto di abortire è pressoché sempre sussistente.

Dopo il 90° dall'inizio della gravidanza, l'art. 6 l. 22.5.1978, n. 194 stabilisce che *"l'interruzione volontaria della gravidanza (...) può essere praticata:*

(a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna;

(b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna". A tale regola si fa eccezione ove sussista la possibilità di vita autonoma del feto, nel qual caso l'interruzione della gravidanza può essere praticata solo quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna (art. 7 l. 194/78, *cit.*).

L'accertamento della condizione *sub* (a) in genere non dà luogo a difficoltà; più complesso è invece stabilire quando sussistano le condizioni *sub* (b). La norma sopra trascritta richiede infatti, affinché sia consentito l'aborto, due condizioni: la prima è l'esistenza di un processo **patologico**; la seconda è **la pericolosità** di tale processo per la salute fisica o psichica della donna.

Queste due condizioni sono cumulative e non alternative. Esaminiamole brevemente.

Il processo patologico deve essere **già in atto**: occorre, cioè, che al momento in cui si sarebbe dovuta praticare l'interruzione della gravidanza, la gestante fosse già "ammalata", anche solo sul piano psichico. Si badi che le malformazioni del feto possono essere la causa di tale malattia psichica, ma non si identificano con essa: dunque in teoria non basta provare che la malformazione esisteva, per concludere che la gestante si sarebbe ammалata se ne fosse stata informata. Tale rigoroso onere della prova tuttavia, solennemente affermato in teoria, nella pratica viene notevolmente attenuato dalla facilità con la quale i giudici di merito *in subiecta materia* ricorrono alla prova presuntiva, in base alla quale partendo dalla sola gravità delle malformazioni del feto risalgono *ex art. 2727 c.c.* al fatto ignorato che, se la madre ne fosse stata informata, avrebbe corso il serio rischio di una malattia psichica, e ciò in quanto si afferma costituire una nozione di fatto rientrante nella comune esperienza (art. 115 c.p.c.) che ben pochi genitori siano disposti a dare alla luce un figlio che corra il rischio di essere gravemente ritardato o costretto a vivere una vita di dolore ed infelicità. Tale orientamento è avallato dalla S.C., secondo cui è *"legittimo per il giudice assumere come normale e corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto"*, e di conseguenza è *"legittimo (...) ricondurre al difetto di informazione, come alla sua causa, il mancato esercizio di quella facoltà"*⁷⁶.

Quanto alla pericolosità del processo patologico, richiesto dall'art. 6 l. 194/78, per la salute fisica o psichica della gestante, anche in questo caso nella pratica si registra un certo rigore nelle affermazioni di principio, attenuato dalla larghezza con cui nella pratica si ricorre alla prova presuntiva. Secondo la S.C., infatti, per i fini qui in esame *"non ogni pericolo per la salute fisica o psichica della donna è rilevante, tanto da assimilarlo ad ogni forma di danno biologico (tra cui lo stress o l'affaticamento o lo stesso danno alla vita di relazione compromessa), ma solo quello che abbia carattere patologico grave per la salute fisica o psichica della donna stessa"*, in quanto *"l'art. 6 [l. 194/78 fa] riferimento ad un concetto di salute ristretto, espresso in termini negativi, come assenza di malattia"*⁷⁷.

Si aggiunge tuttavia che, trattandosi di valutazione prognostica, essa va effettuata in termini di alta probabilità, secondo le nozioni della scienza medica, ma non di certezza. L'accertamento del grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna va quindi compiuto con giudizio *ex ante*, con la

⁷⁶ Cass. 10.5.2002, n. 6735, in Dir. e giustizia, 2002, fasc. 26, 24.

⁷⁷ Cass. 1.12.1998, n. 12195, in Foro it., 1999, I, 77.

conseguenza che “ciò che si è effettivamente verificato successivamente può avere solo valore indiziaro o corroborativo, ma non decisivo”⁷⁸.

Detto altrimenti, occorre stabilire se la donna avrebbe potuto esercitare il suo diritto di interrompere la gravidanza, ove fosse stata convenientemente informata sulle condizioni del nascituro, non si deve accertare se in lei si sia instaurato un processo patologico capace di evolvere in grave pericolo per la sua salute psichica, ma bisogna soltanto stabilire se la dovuta informazione sulle condizioni del feto avrebbe potuto determinare durante la gravidanza l’insorgere di un tale processo patologico⁷⁹.

In termini meno dogmatici ciò vuol dire che al medico convenuto in un giudizio di risarcimento del danno da nascita indesiderata, per andare esente da condanna, non basta articolare il seguente sillogismo:

- (a) la madre dopo la nascita del bimbo malformato, non si è affatto malata;
- (b) quindi è ragionevole ritenere che nemmeno durante la gravidanza si sarebbe ammalata, se fosse stata informata delle malformazioni;
- (c) *ergo*, non sussistendo la patologia in atto, non avrebbe potuto interrompere legalmente la gravidanza *ex art.* 6 l. 194/78.

Questo tipo di difesa è giudicato insufficiente dalla giurisprudenza, in base ai principi sopra riassunti, in quanto l’esistenza della patologia e la pericolosità di essa (cioè le condizioni legittimanti l’aborto dopo il 90° giorno) devono essere valutati con “prognosi postuma”: il giudice di merito, cioè, deve trascurare quel che è effettivamente accaduto, e deve immaginare “cosa sarebbe accaduto se” (e cioè se l’informazione fosse stata fornita). E, come accennato, è ben raro che il giudice, una volta accertata la colpa del medico, neghi il risarcimento sul presupposto che la madre, se informata, non si sarebbe ammalata.

In tutti i casi in cui l’esercizio dell’aborto sarebbe stato consentito dalla legge, v’è poi ancora da stabilire se il feto avesse comunque possibilità di vita extrauterina. V’è solo da ricordare a tal riguardo che alla donna spetta provare i fatti costitutivi del diritto, al medico i fatti idonei ad escluderlo: pertanto non spetta alla donna provare che quando è maturato l’inadempimento del medico il feto non era ancora pervenuto alla condizione della possibilità di vita autonoma, ma spetta al medico provare il contrario⁸⁰.

In tutte le ipotesi sopra esaminate (e cioè sia prima che dopo il 90° giorni di gravidanza) il nesso causale tra l’omessa informazione da parte del medico e la lesione del diritto di interrompere la gravidanza va comunque escluso in due casi.

La prima ipotesi ricorre allorché sia accertata la sussistenza di fattori ambientali, culturali, di storia personale, religiosi, idonei a dimostrare in modo certo che, pur informata delle malformazioni, la donna avrebbe accettato la continuazione della gravidanza. Il relativo onere ovviamente grava sul convenuto⁸¹.

La seconda ipotesi ricorre allorché le malformazioni erroneamente non rilevate o non comunicate alla madre da parte del medico non siano gravi. L’assenza di gravità delle lesioni infatti fa venir meno tutto il meccanismo di fatto adottato dai giudici di merito e sopra riassunto, secondo cui dal fatto noto che le malformazioni del feto erano gravi si può risalire al fatto ignorato che, se le madre le avesse conosciute, si sarebbe ammalata e quindi avrebbe potuto abortire.

La nascita di un bambino non desiderato può essere considerata un danno risarcibile? Per la giurisprudenza sì. Si perviene a tale conclusione sul presupposto che “danno risarcibile” è il *vulnus* arrecato ad una qualsivoglia situazione giuridica soggettiva attiva (diritto soggettivo assoluto, diritto soggettivo relativo, interesse legittimo), a condizione che:

- (a) tale situazione giuridica sia “presa in considerazione” dall’ordinamento: sia, cioè, direttamente od indirettamente tutelata da una o più norme di legge;

⁷⁸ Cass. 1.12.1998, n. 12195, in Foro it., 1999, I, 77.

⁷⁹ Cass. 10.5.2002, n. 6735, in Foro it. 2002, I, 3115; Cass. 1.12.1998, n. 12195, in Danno e resp., 1999, 525; si veda anche, in argomento, Cass. 24.3.1999, n. 2793, ivi, 1999, 766.

⁸⁰ Cass. 10.5.2002, n. 6735, in Foro it. 2002, I, 3115, § 4.1.5 dei “Motivi della decisione”.

⁸¹ Trib. Roma 16.11.2005, *Budini c. Natili*, inedita.

(b) dalla lesione del diritto o dell'interesse sia derivata, per consequenzialità diretta, “*la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse [o il diritto], secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega*” (così Cass., Sez. Un., 22.7.1999, n. 500/SU, dalla quale sono stati tratti i due passi che precedono).

Nel caso di omessa diagnosi prenatale di malformazioni del feto, ricorrono ambedue i requisiti appena indicati, in quanto:

(a) il diritto ad interrompere la gravidanza costituisce una situazione giuridica soggettiva attiva espressamente riconosciuta e regolata dall'ordinamento;

(b) la soppressione del suddetto diritto (derivante, in tesi, da una incompleta informazione) lede il bene della vita rappresentato dall'interesse dell'individuo a pianificare le proprie scelte familiari e godere di un *ménage* domestico conforme ai propri *desiderata*.

Quello di non avere figli, così come quello di non avere figli costretti ad una vita breve o sventurata, perché affetti da malattie incurabili e devastanti, costituiscono diritti essenziali dell'individuo, che trovano il proprio fondamento negli artt. 2 e 29 cost., e la cui violazione costituisce pertanto “danno ingiusto”, ai sensi degli artt. 1218 e 2059 c.c., a seconda che tale pregiudizio derivi da inadempimento o illecito aquiliano⁸².

Dalla nascita di un bimbo malformato, senza che la madre ne fosse stata preventivamente informata, può derivare innanzitutto un danno alla salute della madre: normalmente sotto questo profilo viene dedotta in giudizio l'esistenza di una sindrome depressiva, e quindi di un danno biologico di natura psichica.

Anche quando la madre tuttavia non patisca un vero e proprio danno alla salute, è comunque risarcibile a ciascuno dei genitori il danno non patrimoniale scaturito dalla violazione del diritto costituzionalmente garantito (*ex* artt. 2 e 29 cost.) a pianificare la propria vita familiare, e quindi a decidere se portare a termine o meno la gravidanza.

Tale danno è risarcibile anche in assenza di reato, in virtù della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. adottata negli ultimi anni dalla Corte di legittimità⁸³.

Vi è invece contrasto in giurisprudenza in merito alla configurabilità in termini di danno risarcibile delle **spese di mantenimento ed educazione** del bimbo la cui nascita era indesiderata.

Secondo un primo orientamento tale danno non sarebbe risarcibile. Ciò in quanto la l. 194/78 è preordinata a tutelare la salute, e non il patrimonio, della donna, e pertanto gli unici danni risarcibili nel caso di lesione del diritto all'aborto sono quelli scaturenti dalla violazione del bene protetto dalla norma. Pertanto gli unici danni patrimoniali risarcibili nel caso di nascita indesiderata sono

⁸² Cass. 20.10.2005, n. 20320, in Guida al dir., 2005, fasc. 44, 54; Cass. 29.07.2004, n. 14488, in Dir. e giust., 2004, fasc. 33, 12; Cass. 24.03.1999, n. 2793, in Giust. civ., 1999, I, 1598; Cass. 01.12.1998, n. 12195, in Danno e resp., 1999, 522.

Per la giurisprudenza di merito, nello stesso senso, Trib. Pesaro 26 maggio 2008, in Giust. civ. 2008, 2273; App. Roma, 12.7.2005, in Guida al dir., 2005, fasc. 35, 75; Trib. Roma 3.4.2005, *Mariani c. Ferrucci*, inedita; Trib. Camerino, 23.2.2005, in Corti marchigiane, 2005, 515; App. Perugia, 15.12.2004, in Dir. e giustizia, 2005, fasc. 13, 24; Trib. Napoli, 14.7.2004, in Danno e resp., 2005, 1015; Trib. Roma, 9.3.2004, in Danno e resp., 2005, 197; Trib. Roma 22.2.2004, *Principato c. Caserta*, inedita; Trib. Palermo, 03.03.2003, in Gius., 2003, 16-17, 1911; Trib. Genova, 10.10.2002, in Giur. it., 2003, 1825; Trib. Locri, 06-10-2000, in Corriere giur., 6, 2001, 786; Trib. Milano 20.10.1997, in Danno e resp., 1999, 82.

Contra, però, si veda Trib. Trapani, 9.7.2003, in Giur. merito, 2004, 10, secondo cui la l. n. 194 del 1978 non avrebbe introdotto nel nostro ordinamento un diritto all'interruzione della gravidanza, quale interesse in sé e per sé giuridicamente tutelato, ma si è limitata ad ammetterne il ricorso in funzione della tutela della salute e della vita della madre. Da ciò il tribunale siciliano ha tratto conseguenza che ove il medico, sulla base di un errore diagnostico, abbia impedito alla gestante l'interruzione della gravidanza, egli è tenuto a risarcire il danno “*solo quando ciò abbia determinato una lesione all'integrità fisica e psichica della madre che un tempestivo intervento avrebbe consentito di prevenire efficacemente*”.

⁸³ Dapprima con le sentenze Cass. 31.5.2003, n. 8827 e Cass. 31.5.2003, n. 8828, ambedue in Foro it., 2003, I, 2272 e ss., e quindi con Cass., sez. un., 11.11.2008, n. 26972. Nessuna di tali decisioni, beninteso, si occupa di danno da nascita indesiderata, ma i principi ivi affermati in tema di danno non patrimoniale sono suscettibili di applicazione generale.

rappresentati dai “*costi necessari a rimuovere le difficoltà economiche idonee ad incidere negativamente sulla salute della donna*”⁸⁴.

Per un diverso orientamento, invece, nel caso di omessa informazione sulle malformazioni del feto è risarcibile anche il danno patrimoniale, poiché si versa in tema di inadempimento contrattuale e dunque il creditore ha diritto al ristoro dell'intero pregiudizio subito (art. 1223 c.c.)⁸⁵.

Quest'ultimo orientamento è quello non solo assolutamente maggioritario, ma a parere di chi scrive l'unico condivisibile: il primo orientamento, infatti, si fonda sull'assioma secondo cui il danno risarcibile è solo quello scaturente dalla lesione dell'interesse tutelato dalla norma violata dal responsabile: tesi inaccettabile in tema di violazione di diritti costituzionalmente protetti, perché condurrebbe ad una inammissibile riduzione dell'area di tutela⁸⁶.

4.4. Il danno da vaccinazione od infezione.

(A). La fattispecie.

Negli ultimi 15 anni sono stati molto numerosi i casi di infezioni contratte in seguito all'effettuazione di vaccinazioni (sia obbligatorie che facoltative), ovvero in seguito all'effettuazione di trasfusioni con sangue infetto, od all'assunzione di farmaci emoderivati preparati con sangue infetto. Infatti, sino alla fine degli anni '70, non erano ancora stati scoperti ed isolati i *virus* dell'epatite B, dell'epatite C e dell'AIDS, con la conseguenza che il plasma utilizzato per la preparazione di farmaci o delle trasfusioni non veniva sottoposto a i necessari trattamenti per la eventuale individuazione di quegli agenti patogeni.

Il danno biologico da contagio presenta due peculiarità, l'una attinente l'accertamento della responsabilità; l'altra concernente la misura del risarcimento.

Sotto il profilo dell'*an debeatur*, responsabile del danno è - in teoria - colui il quale ha prodotto o diffuso, omettendo i necessari controlli, il vaccino, il farmaco od il plasma infetto. L'ossequio rigoroso a questo principio finirebbe tuttavia per frustrare, in molti casi, le istanze dei danneggiati, perché non è sempre agevole ricostruire il ciclo produttivo dei farmaci o dei vaccini.

La posizione del danneggiato è stata rafforzata dalla giurisprudenza, la quale ha ritenuto responsabile del danno in esame anche il Ministero della sanità, ove abbia omesso di effettuare i doverosi controlli sulla salubrità dei farmaci emoderivati messi in circolazione.

La responsabilità del Ministero era stata affermata per prima dalla giurisprudenza di merito, sul presupposto che le infezioni da epatite «B» e quelle scientificamente individuate come «non A, non B», nonché l'infezione da HIV, si sono sviluppate negli anni 1970-1980, e già in quegli anni era possibile individuarle, anche se ancora non si conosceva il *virus*. Invece il Ministero (allora chiamato) della sanità solo nel 1985 consigliò ai centri trasfusionali italiani il trattamento al “calore antivirucidico” (trattamento in grado di eliminare i virus portatori delle infezioni suddette), e senza provvedere a ritirare i farmaci non trattati, compresa la stragrande maggioranza in circolazione (80%). Il Ministero, inoltre, solo nel 1988 dispose l'obbligo del ritiro dei farmaci non trattati al calore; solo nel successivo 1992 ordinò il ritiro dei farmaci non trattati contro l'epatite «C», e soltanto nel 1994 veniva infine definitivamente attuato il c.d. piano sangue nazionale.

Queste condotte sono state ritenute illecite, sebbene sino al 1990 non esistesse alcuna normativa che le imponesse in modo espresso, perché anche prima dell'entrata in vigore della l. 4 maggio 1990 n.

⁸⁴ Cass. 8.7.1994, n. 6464, in *Corriere giur.*, 1995, 91.

⁸⁵ Cass. 29.7.2004, n. 14488, in *Foro it.*, 2004, I, 3327; Cass. 1.12.1998, n. 12195, in *Foro it.*, 1999, I, 77. Per la giurisprudenza di merito, nello stesso senso, Trib. Padova, 24.10.2005, in *Nuova giur. civ.*, 2006, I, 1330; App. Perugia, 25.1.2005, in *Merito*, 2005, fasc. 4, 6.

⁸⁶ Non sarà inutile ricordare che, secondo Cass. pen. 4.11.2004 (dep. 24.2.2005, n. 7259), imp. *Caprini*, in *Foro it. Rep.* 2005, *Parte civile*, n. 10 (inedita nella motivazione qui trascritta), il diritto al risarcimento del danno da reato spetta “*non soltanto in relazione all'offesa del bene oggetto della specifica tutela penale, ma anche in relazione ad ogni altro interesse patrimoniale o non patrimoniale riconducibile nell'ambito della condotta delittuosa in virtù di un nesso di derivazione eziologico*”. e se tale principio vale per gli illeciti costituenti reato, *a fortiori* dovrà valere per la lesione di diritti costituzionalmente garantiti.

107 (contenente la disciplina per le attività trasfusionali e la produzione di emoderivati), sussisteva comunque un obbligo di controllo, direttiva e vigilanza in materia di sangue umano a carico del ministero della sanità. Tale obbligo veniva desunto dal seguente blocco normativo:

(a) dall'art. 1 l. 14.7.1967, n. 592, il quale attribuiva al ministero le direttive tecniche per l'organizzazione, il funzionamento e la relativa vigilanza, nonché il compito di autorizzare l'importazione e l'esportazione di sangue umano e dei suoi derivati per uso terapeutico;

(b) dal d.P.R. 24.8.1971, n. 1256, art. 2, il quale recava le conseguenti norme di dettaglio (agli art. 2, 3, 103 e 112);

(c) dalla l. 7.8.1973, n. 519, la quale attribuiva all'istituto superiore di sanità compiti attivi a tutela della salute pubblica;

(d) dalla l. 23.12.1978, n. 833, la quale [all'art. 6, lettere (b) e (c)] aveva conservato al ministero della sanità, oltre al ruolo primario nella programmazione del piano sanitario nazionale ed a compiti di coordinamento delle attività amministrative regionali delegate in materia sanitaria, importanti funzioni in materia di produzione, sperimentazione e commercio dei prodotti farmaceutici e degli emoderivati, nonché confermato (art. 4 n. 6) che la raccolta, il frazionamento e la distribuzione del sangue umano costituivano materia di interesse nazionale;

(e) dal d.l. 30.10.1987, n. 443 (convertito nella l. 29.12.1987, n. 531), il quale prevedeva la farmacovigilanza da parte del ministero, che poteva stabilire le modalità di esecuzione del monitoraggio sui farmaci a rischio ed emettere provvedimenti cautelari sui prodotti in commercio.

La violazione di queste norme era poi ritenuta non inquadrabile come frutto di discrezionalità amministrativa, perché nell'esercizio dei poteri istituzionali di vigilanza e controllo su attività oggettivamente pericolose, atte a recare grave danno a diritti soggettivi dei privati insuscettibili di affievolimento quali il diritto alla vita, alla salute ed alla integrità fisica, i doveri di prudenza, diligenza, imparzialità e legalità costituiscono un limite esterno alla discrezionalità propria della p.a.; di conseguenza, ove il privato lamenti che dalla violazione di tali doveri sia derivato un danno ingiusto, il giudice ordinario può verificare se la p.a. sia incorsa in gravi omissioni nell'esercizio dei suoi poteri istituzionali di vigilanza e controllo e condannare la medesima al risarcimento del danno ove accerti che tali omissioni siano state concause efficienti del danno sofferto dal privato⁸⁷.

Questi argomenti sono stati sostanzialmente condivisi, dopo qualche contrasto, dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione⁸⁸.

Queste ultime hanno infatti negato il che potesse escludersi, per difetto del nesso causale tra la condotta omissiva addebitata all'amministrazione e l'evento lesivo, la responsabilità del ministero della sanità nei confronti di quanti avevano contratto patologie per infezioni da virus dell'HBV, dell'HIV o dell' HCV, a seguito di trasfusioni o assunzioni di emoderivati effettuate in epoca anteriore al momento in cui, per ciascuna di tali patologie, furono approntati i relativi test diagnostici. Tale momento era stato individuato nel 1978 per l'HBV, nel 1985 per l'HIV e nel 1988 per l'HCV⁸⁹.

⁸⁷ Queste, in sintesi, le motivazioni in base alle quali venne affermata la responsabilità del ministero nel *leading case* deciso da Trib. Roma 27.11.1998, in Giust. civ., 1999, I, 2851, con nota di COSTANZO, *La responsabilità della pubblica amministrazione per omissione di controlli: danni da trasfusione di emoderivati infetti*; identiche le motivazioni di App. Roma, 23.10.2000, in Danno e resp., 2001, 1067, con nota di IZZO, *La responsabilità dello stato per il contagio di emofilici e politrasfusi: oltre i limiti della responsabilità civile*; Trib. Roma 4.6.2001, in Giurispr. romana, 2001, 301; App. Roma 12.1.2004, n. 133, inedita; Trib. Roma, 3.1.2007, in Guida al dir., 2007, fasc. 19, 57.

⁸⁸ Cass., sez. un., 11.1.2008, n. 582, in Foro it., 2008, I, 453; Cass., sez. un., 11.1.2008, n. 584, in Foro it., 2008, I, 451. In precedenza, nello stesso senso, si veda già Cass. 31.5.2005, n. 11609, in Foro it., 2006, I, 793.

⁸⁹ Per il diverso, precedente orientamento si veda Cass. 31.5.2005, n. 11609, in Resp. civ., 2006, 101; nello stesso senso Trib. Torino, 14.3.2007, in Resp. civ., 2007, 1371, con nota di GRECO; App. Roma 23.10.2000, in Danno e resp., 2001, 1067).

In senso conforme alla decisione delle SS.UU., invece, si veda Trib. Roma, 29.8.2005, in Corriere merito, 2006, 449, con nota di CARBONE, *La «storia infinita» del sangue infetto: tra la l. 219/2005, la sentenza 11609/2005 e la decisione del tribunale di Roma*, nonché in Danno e resp., 2006, 269, con note di CAPECCHI, *Note in tema di*

In ogni caso la prova del nesso causale, che grava sul danneggiato, ove risulti provata l'idoneità della condotta della p.a. a provocare l'infezione, può essere fornita anche con il ricorso alle presunzioni (art. 2729 cod. civ.), allorché la prova non possa essere data per non avere la struttura sanitaria predisposto, o in ogni caso prodotto, la documentazione obbligatoria sulla tracciabilità del sangue trasfuso al singolo paziente, e cioè per un comportamento ascrivibile alla stessa parte contro la quale il fatto da provare avrebbe potuto essere invocato⁹⁰.

(B). L'equo indennizzo.

La legge ha previsto delle speciali provvidenze in favore delle persone contagiate in seguito a trasfusioni od assunzioni di farmaci infetti (l. **25.2.1992 n. 210**, recante "Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati")

Questa normativa è stata più volte sottoposta al vaglio della corte costituzionale, la quale:

(-) con sentenza 26.11.2002, n. 476 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 3, della legge 25 febbraio 1992, n. 210, nella parte in cui non prevede che i benefici previsti dalla legge stessa spettino **anche agli operatori sanitari** che, in occasione del servizio e durante il medesimo, abbiano riportato danni permanenti alla integrità psico-fisica conseguenti a infezione contratta a seguito di contatto con sangue e suoi derivati provenienti da soggetti affetti da epatiti;

(-) con sentenza 16.10.2000, n. 423, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge 25 febbraio 1992, n. 210, nella parte in cui non prevede il diritto all'indennizzo, alle condizioni ivi stabilite, di **coloro che siano stati sottoposti a vaccinazione antiepatite B**, a partire dall'anno 1983;

(-) con sentenza 22.6.2000, n. 226 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 della legge 25 febbraio 1992, n. 210, nella parte in cui prevedono la decorrenza dell'indennizzo dal primo giorno del mese successivo alla presentazione della domanda, anziché dal manifestarsi dell'evento dannoso o dall'avvenuta conoscenza di esso;

(-) con sentenza 22.6.2000, n. 226, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 l. 25.2.92, n. 210, nella parte in cui non prevede l'erogazione dell'indennizzo (in favore di politrasfusi o assuntori di farmaci emoderivati) per il periodo compreso tra l'insorgenza della malattia (o l'avvenuta conoscenza di essa) e l'entrata in vigore della citata l. 210/92;

(-) con sentenza 26.2.1998 n. 27, FI, 1998, I, 1370, ha dichiarato incostituzionale l'art. 1, 1° comma, l. 25 febbraio 1992 n. 210, nella parte in cui non prevede il diritto all'indennizzo, alle condizioni ivi stabilite, di coloro che si siano sottoposti a vaccinazione antipoliomielitica **nel periodo in cui quest'ultima non era obbligatoria**, ma solo promossa dall'autorità pubblica in vista della sua diffusione capillare nella società;

(-) con sentenza 18.4.1996, n. 118, ha dichiarato incostituzionali gli art. 2, 2° comma, 3, 7° comma, l. 25 febbraio 1992 n. 210, nella parte in cui escludono, per il periodo ricompreso tra **il manifestarsi dell'evento prima dell'entrata in vigore** della predetta legge e l'ottenimento della prestazione determinata a norma della stessa legge, il diritto, fuori dell'ipotesi dell'art. 2043 c.c., ad un equo indennizzo a carico dello stato per le menomazioni riportate a causa di vaccinazione obbligatoria antipolio da quanti vi si siano sottoposti, e da quanti abbiano prestato ai primi assistenza personale diretta.

Nelle sentenze da ultimo citate, la Corte costituzionale ha elaborato, e tenuto fermo, un fondamentale principio, così riassumibile: in tema di danno da infezione a causa dell'assunzione di farmaci emoderivati o di trasfusione, occorre distinguere l'ipotesi in cui il trattamento sanitario da

illecito omissivo, e di CORONGIU, *Danno da trasfusioni di sangue infetto: il ministero è responsabile per omessa vigilanza fin dai primi anni settanta*, e Trib. Roma, 31.08.2005, in Resp. civ., 2006, 113, secondo cui il ministero della salute è responsabile, nei confronti di quanti abbiano contratto epatiti C od infezioni HIV anche quando il contagio sia ascrivibile ad emotrasfusioni o somministrazioni di emoderivati praticate dopo il periodo in cui erano disponibili su larga scala i test per l'individuazione del virus dell'epatite B.

⁹⁰ Cass., sez. un., 11.1.2008, n. 582, *cit.*

cui è derivata l'infezione fosse o meno obbligatorio. Nel primo caso, l'autore dell'illecito risponderà del danno causato, ai sensi dell'art. 2043 c.c. Nel secondo caso, fermo restando il diritto al risarcimento del danno, la persona contagiata ha altresì diritto ad un "equo ristoro", oggetto di un vero e proprio diritto soggettivo, in quanto la vittima, per effetto dell'obbligatorietà del trattamento sanitario, disposta a beneficio della collettività, è stata praticamente costretta a subire una lesione della salute nell'interesse generale.

(C). Cumulo di indennizzo e risarcimento.

La possibilità di cumulare indennizzo *ex lege* 210/92 e risarcimento del danno ha dato luogo a contrasti in giurisprudenza.

Un primo orientamento ammette il cumulo, sul presupposto che dalla qualificazione dell'indennizzo *ex lege* 210/92 in termini di "equo ristoro", indipendente ed aggiuntivo rispetto al risarcimento del danno spettante alla vittima *ex art.* 2043 c.c., deve trarsi la conclusione che indennizzo e risarcimento sono del tutto indipendenti l'uno dell'altro, e nella liquidazione del secondo **non può tenersi conto** di quanto già percepito dal danneggiato, a titolo di indennizzo (App. Milano 22.10.96, in *Danno e resp.*, 1997, 734; Trib. Roma 27.11.1998, in *Giurispr. romana*, 1999, 169; sulla differenza "ontologica" tra risarcimento ed indennizzo *ex l.* 210/92 - e quindi sulla loro cumulabilità - si veda anche Cass. 21.10.2000, n. 13923, in *Dir. e giust.*, 2000, fasc. 39, 61; il cumulo è stato inoltre esplicitamente ammesso da Corte Costit. 18.4.1996, n. 118, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1879 nonché, sia pure *incidenter tantum*, da Cass. 4.5.2007, n. 10214, che ha definito l'indennizzo "non comparabile" col risarcimento).

Per un secondo orientamento, invece, dal risarcimento del danno dovuto dal Ministero della Sanità in conseguenza di un contagio causato da trasfusioni con sangue infetto deve essere detratto l'importo già percepito dalla vittima a titolo di indennizzo *ex lege* 210 del 1992, poiché altrimenti il danneggiato beneficerebbe di un ingiustificato arricchimento (Trib. Roma, sez. II 7.1.2003, in *Giurisprudenza romana*, 2003, 417).

In dottrina, sul tema dell'infezione da emoderivati, si vedano DI COSTANZO, *Il danno da trasfusione ed emoderivati infetti*, Napoli, 1998, *passim*; CASTELLI, *Emoderivati infetti e responsabilità civile*, in *Questione giustizia*, 1999, 541; COSTANZO, *La responsabilità della pubblica amministrazione per omissione di controlli: danni da trasfusione di emoderivati infetti*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2857; IZZO, *Sangue infetto e responsabilità civile: appunti per un inquadramento olistico del danno da contagio*, in *Danno e resp.*, 1998, 741; DI COSTANZO, *La riparazione dei danni da trasfusioni e da somministrazione di emoderivati infetti*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 858.

Il contrasto è stato solo parzialmente risolto da Cass., sez. un., 11.1.2008, n. 584, in *Foro it.*, 2008, I, 451, la quale ha stabilito che dal risarcimento del danno complessivamente dovuto dal ministero della salute a persona contagiata in seguito a trasfusioni con sangue infetto vanno detratti gli importi già ricevuti dalla vittima a titolo di indennizzo *ex lege* n. 210 del 1992, perché altrimenti il danneggiato realizzerebbe un ingiustificato arricchimento, percependo due diverse attribuzioni patrimoniali dal medesimo soggetto e scaturenti dal medesimo fatto materiale. Resta, quindi, ancora impregiudicata la diversa questione della cumulabilità nel caso in cui il risarcimento sia dovuto da soggetto diverso (ad es., ospedale privato).

(D). Prescrizione.

La S.C. ha escluso che, nel caso di contagio con emoderivati, il ministero della salute possa rispondere dei delitti di epidemia colposa o lesioni colpose plurime (per i quali la prescrizione era, all'epoca dei fatti, di dieci anni).

L'unico reato configurabile a carico del ministero è quello di lesioni colpose: dunque i danni derivati da tale reato si prescrivono in cinque anni, decorrenti dal momento in cui la vittima ha acquistato la consapevolezza, ovvero avrebbe potuto acquistarla con l'uso dell'ordinaria diligenza, dell'esistenza della malattia e della sua derivazione causale dal contagio con sangue infetto. Tale consapevolezza peraltro non necessariamente deve ritenersi acquisita al momento in cui la vittima ha avuto notizia

del responso della commissione medico ospedaliera che l'ha ammessa a godere dei benefici della legge n. 210 del 1992, ma in teoria potrebbe essere acquisita anche in epoca anteriore: la relativa valutazione va compiuta caso per caso, in base a quanto provato in giudizio⁹¹.

5. Responsabilità medica e diritto all'informazione.

5.1. Il fondamento normativo dell'obbligo di informare.

L'emersione del requisito del consenso libero e consapevole del paziente, quale presupposto di legittimità dell'operato del medico, costituisce l'aspetto più importante dell'evoluzione normativa, giurisprudenziale e dottrinarie degli ultimi anni, in tema di responsabilità del medico.

Si ricordi che, secondo la giurisprudenza meno recente, *“il medico ha seco la presunzione di capacità nascente dalla laurea”* (Cass. 22.12.1925, in Giur. it. 1926, I, 1, 537). Questa concezione - assai risalente nel tempo - comportava una serie di corollari: in particolare, quello secondo cui nel rapporto medico-paziente quest'ultimo non dovesse *“impiccarsi”* delle scelte del medico, unico e solo *dominus* della strategia terapeutica.

L'assetto della materia è mutato con l'introduzione del codice civile del 1942, e quindi con la promulgazione della Carta costituzionale del 1947. In considerazione del preminente rilievo che la nuova Carta costituzionale riconosceva alla salute come diritto dell'individuo, la giurisprudenza cominciò a configurare la necessità del consenso del paziente quale causa di giustificazione di un atto - quello medico - che, essendo potenzialmente lesivo dell'integrità psicofisica dell'individuo, si sarebbe dovuto considerare illecito in assenza del consenso.

Questa ricostruzione del consenso come causa di giustificazione (*volenti non fit iniuria*) prestava però il fianco a molteplici critiche: prima fra tutte, quella secondo cui non si può equiparare l'atto medico ad una *“aggressione”* della salute dell'individuo, scriminata dal consenso del paziente (al contrario, l'atto medico mira proprio a restaurare la salute perduta). In secondo luogo, col consenso all'attività medica, il paziente non rinuncia ad esercitare un proprio diritto, anzi, tutela il proprio diritto alla salute (FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in Riv. crit. dir. priv., 1998, 54). Di qui l'abbandono della vecchia concezione, ed il realizzarsi di una vera e propria rivoluzione copernicana nella tradizionale impostazione dei rapporti tra medico e paziente. Al riguardo ha osservato la Suprema Corte che *“sarebbe riduttivo (...) fondare la legittimazione dell'attività medica sul consenso dell'avente diritto (art. 51 c.p.), che incontrerebbe spesso l'ostacolo di cui all'art. 5 c.c., risultando la stessa di per sé legittima, ai fini della tutela di un bene, costituzionalmente garantito, quale il bene della salute, cui il medico è abilitato dallo Stato.*

*Dall'autolegittimazione dell'attività medica, anche al di là dei limiti dell'art. 5 c.c., non deve trarsi, tuttavia, la convinzione che il medico possa, di norma, intervenire senza il consenso o malgrado il dissenso del paziente. La necessità del consenso - immune da vizi e, ove importi atti di disposizione del proprio corpo, non contrario all'ordine pubblico ed al buon costume -, si evince, in generale, dall'art. 13 della Costituzione, il quale, come è noto, afferma l'inviolabilità della libertà personale - nel cui ambito si ritiene compresa la libertà di salvaguardare la propria salute e la propria integrità fisica -, escludendone ogni restrizione (anche sotto il profilo del divieto di ispezioni personali), se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e con le modalità previsti dalla legge. Per l'art. 32 co. 2 Cost., inoltre, “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge” (tali norme hanno trovato attuazione nella l. 13 maggio 1978, n. 180, sulla riforma dei manicomi, per la quale “gli accertamenti e trattamenti sanitari sono volontari”, salvi i casi espressamente previsti - art. 1 -, e nella l. 23 dicembre 1978, n. 833, che, istituendo il servizio sanitario nazionale, ha ritenuto opportuno ribadire il principio, stabilendo che “gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari”: art. 33). Si eccettuano i casi in cui: a) il paziente non sia in grado, per le sue condizioni, di prestare un qualsiasi consenso o dissenso: in tale ipotesi, il dovere di intervenire deriva dagli art. 593 c. 2 e 328 c.p.; b) sussistano le condizioni di cui all'art. 54 c.p.” (Cass. 25.11.1994, n. 10014, in Foro it., 1995, I, 2913, con nota di SCODITTI, *Chirurgia estetica e**

⁹¹ Cass., sez. un., 11.1.2008, n. 576, in Foro amm.-Cons. Stato, 2008, 76.

responsabilità contrattuale, nonché in Nuova giur. civ., 1995, I, 937, con nota di FERRANDO, *Chirurgia estetica, «consenso informato» del paziente e responsabilità del medico*).

Al centro della nuova concezione, non c'è più il medico, portatore di un sapere quasi arcano e non contestabile, gestore della salute del paziente; ma c'è quest'ultimo, il quale è considerato l'unico ed esclusivo "proprietario" della propria salute, e quindi l'unico soggetto cui spetta decidere se, come, quando e quanto curarsi. Naturalmente, perché il paziente possa esercitare consapevolmente questo diritto, è necessario che egli sia debitamente informato su tutto quanto possa concernere la cura: di qui, l'obbligo di informazione, divenuto, da causa di giustificazione, esercizio di un diritto.

L'obbligo del medico di informare il paziente non è previsto, in via generale ed astratta, da una precisa norma di legge, ma si desume con chiarezza ed inequivocità da un fitto reticolo di norme, sia di rango costituzionale, sia di rango ordinario.

(A) Norme sovranazionali.

Viene in rilievo, innanzitutto, l'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in vigore dal 1° dicembre 2009), a norma del quale *"ogni persona ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana"*.

(B) Norme costituzionali.

L'obbligo di informazione viene solitamente fondato innanzitutto sugli artt. 2, 13 e 32 della costituzione. Infatti, ove il paziente non fosse informato sull'attività cui sta per essere sottoposto, si violerebbe da un lato il suo diritto alla autodeterminazione, e dall'altro il suo diritto a non essere sottoposto a trattamenti sanitari contro la sua volontà.

(C) Norme ordinarie.

Il fondamento normativo dell'obbligo di informare il paziente viene poi ravvisato in numerose norme di rango ordinario, e segnatamente:

(a) nell'art. 33 co. I e V l. 23.12.1978 n. 833 ("Istituzione del servizio sanitario nazionale"), in base al quale *"Gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari (...). Gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori (...) devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il **consenso** e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato"*;

(b) nell'art. 4 l. 26.6.1967 n. 458 ("Trapianto del rene tra persone viventi"), in base al quale *"il trapianto del rene legittimamente prelevato e destinato ad un determinato paziente non può aver luogo senza il **consenso** di questo o in assenza di uno stato di necessità"*;

(c) nell'art. 14 l. 22 maggio 1978, n. 194 ("Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza"), in base al quale *"il medico che esegue l'interruzione della gravidanza è tenuto a **fornire** alla donna **le informazioni** e le indicazioni sulla regolazione delle nascite, nonché a renderla partecipe dei procedimenti abortivi, che devono comunque essere attuati in modo da rispettare la dignità personale della donna.*

*In presenza di processi patologici, fra cui quelli relativi ad anomalie o malformazioni del nascituro, il medico che esegue l'interruzione della gravidanza deve **fornire** alla donna **i ragguagli necessari** per la prevenzione di tali processi"*;

(d) nell'art. 2 l. 14 aprile 1982, n. 164 ("Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso"), in base al quale *"la domanda di rettificazione di attribuzione di sesso di cui all'articolo 1 è proposta con ricorso al tribunale del luogo dove ha residenza l'attore (...).*

Quando è necessario, il giudice istruttore dispone con ordinanza l'acquisizione di consulenza intesa ad accertare le condizioni psico-sessuali dell'interessato", dal che si desume che l'attribuzione di sesso può essere disposta solo previo esperimento di un giudizio sull'esistenza d'una **effettiva volizione**;

(e) nell'art. 121 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 ("Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di

tossicodipendenza”), in base al quale “l’autorità giudiziaria o il prefetto nel corso del procedimento, quando venga a conoscenza di persone che facciano uso di sostanze stupefacenti o psicotrope, deve farne segnalazione al servizio pubblico per le tossicodipendenze competente per territorio.

*Il servizio pubblico per le tossicodipendenze, nell’ipotesi di cui al comma 2, ha l’obbligo di **chiamare la persona segnalata per la definizione di un programma terapeutico e socio-riabilitativo**”;*

(f) negli artt. 1 e 2 d.m. 27 aprile 1992 (“Disposizioni sulle documentazioni tecniche da presentare a corredo delle domande di autorizzazione all’immissione in commercio di specialità medicinali per uso umano, in attuazione della direttiva n. 91/507/CEE”), in base ai quali “le norme di **buona pratica clinica** cui fa rinvio la «Parte 4» dell’allegato della richiamata direttiva n. 91/507/CEE sono riportate nell’allegato 1 del presente decreto (...). Fatte comunque salve le disposizioni dell’art. 1, le sperimentazioni cliniche effettuate in Italia devono essere condotte in cliniche universitarie, in strutture ospedaliere o in altre strutture a tal fine ritenute idonee dal Ministero della sanità. Ove costituiti in Italia, i comitati etici, in ogni caso conformi alle indicazioni delle norme di buona pratica clinica di cui all’art. 1, comma 2, devono aver sede presso strutture sanitarie o scientifiche di comprovata affidabilità”. Poiché nell’allegato si indicano, tra i principi della “buona pratica clinica”, il necessario consenso di coloro sui quali sono effettuate le sperimentazioni, se ne desume che anche per il legislatore comunitario il consenso del paziente è elemento indefettibile per l’avvio del programma di cure sperimentali.

(D) Norme, trattati ed accordi internazionali.

L’obbligo di informare il paziente, e di ottenere da questi un consenso libero ed informato, è infine previsto da un rilevante numero di accordi internazionali, stipulati sia tra Stati, sia tra organizzazioni non governative. Vengono in rilievo, al riguardo:

(a) il Principio 4 dei “Principi concernenti la procreazione umana artificiale”, approvati nel 1989 dal Comitato di esperti per lo sviluppo delle scienze biomediche (CAHBI) del Consiglio d’Europa, il quale stabilisce che “le tecniche di procreazione artificiale possono essere usate solo se le persone interessate hanno dato il loro **consenso libero ed informato**, esplicitamente e per iscritto”;

(b) il *General Comment* 20 all’art. 7 del Patto sui diritti civili e politici, adottato dal Comitato dei diritti umani nella 44° sessione delle Nazioni Unite, il quale stabilisce che “l’art. 7 espressamente proibisce esperimenti medici o scientifici senza **il libero consenso** della persona interessata”;

(c) l’art. 5 della Convenzione sui diritti umani e la biomedicina, adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa il 19.11.1996, ed aperta alla firma il 4.4.1997 (non ancora ratificata dall’Italia), il quale stabilisce che “un intervento nel campo della salute può essere effettuato dopo che la persona interessata ha dato un **consenso libero ed informato**. La persona interessata può liberamente revocare il consenso in qualsiasi momento”;

(d) il principio 3 della Dichiarazione europea sulla promozione dei diritti del paziente, adottata ad Amsterdam il 30.3.1994 dalla Consulta Europea per i diritti dei pazienti, sotto gli auspici dell’Organizzazione Mondiale della Sanità, il quale stabilisce che “il **consenso informato** del paziente costituisce prerequisito per qualsiasi intervento medico. Il paziente ha il diritto di rifiutare o fermare un intervento medico. Le conseguenze del rifiuto o dell’interruzione debbono essere attentamente spiegate al paziente”;

(e) la “linea direttrice” n. 4 delle “Linee direttrici etiche internazionali per la ricerca biomedica riguardante esseri umani”, elaborate a Ginevra nel 2003 dal Consiglio delle Organizzazioni Internazionali di Scienze Mediche (CIOMS), organo dell’Organizzazione Mondiale della Sanità, il quale stabilisce che “pour toute recherche biomédicale impliquant des êtres humains, l’investigateur doit obtenir le consentement libre et éclairé du sujet pressenti ou, si celui-ci n’est pas en mesure de le donner, l’autorisation d’un représentant dûment mandaté à cet effet conformément au droit applicable” (“per ogni ricerca biomedica riguardante esseri umani, il ricercatore deve ottenere il consenso libero e chiaro del soggetto presente o, se quest’ultimo non è in grado di darlo, l’autorizzazione d’un rappresentante debitamente delegato a questo scopo secondo la legge applicabile”).

(E) Codici deontologici.

La necessità del consenso del paziente per i trattamenti cui dev'essere sottoposto è infine prevista dal "Codice di deontologia medica", approvato dalla Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici chirurghi ed odontoiatri il 16.12.2006, il quale dedica al tema in esame varie disposizioni: gli artt. da 33 a 39, e l'art. 16.

Dal combinato disposto di tali norme risultano una serie di articolati principi così riassumibili:

- (a) il medico ha l'obbligo di informare sempre e comunque il paziente, tenendo conto delle sue capacità di comprensione ed adottando forme adeguate quando l'informazione ha ad oggetto una prognosi infausta; tale obbligo viene meno nel solo caso in cui il paziente chieda espressamente di non essere informato (art. 33 Cod. deont. med.);
- (b) l'informazione *sub* (a) deve risultare per iscritto (art. 35, comma 2, Cod. deont. med.);
- (c) dinanzi al dissenso alle cure manifestato del paziente capace d'intendere e di volere, il medico deve astenersi dall'intervenire (art. 35, comma 4, Cod. deont. med.);
- (d) se il paziente è incapace d'intendere e di volere, il medico deve:
 - (d') intervenire sempre nei casi d'urgenza (art. 36 cod. deont. med.);
 - (d'') "tenere conto" della volontà precedentemente manifestata dal paziente (art. 36 cod. deont. med.), a condizione che tale volontà sia stata espressa "*in modo certo e documentato*" (art. 38, comma 4, cod. deont. med.);
 - (d''') astenersi da ogni accanimento terapeutico (art. 35, comma 5, e 39, comma 2, cod. deont. med.), quando da esso non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita (art. 16 cod. deont. med.);
 - (d''''') infine, nel caso di malati terminali ed incoscienti, il medico deve "proseguire nella terapia di sostegno vitale finché ritenuta ragionevolmente utile evitando ogni forma di accanimento terapeutico.

5.2. Natura e requisiti del consenso.

Emerge, da quanto sin qui esposto, che la manifestazione del consenso all'atto medico non costituisce rimozione di un ostacolo all'esercizio di un'attività (quella medica) altrimenti illecita, ma rappresenta esercizio di un diritto di libertà. In questa nuova ottica, il rapporto medico paziente ha subito una autentica rivoluzione copernicana: al centro del rapporto non c'è più, come in passato, il medico. Protagonista del rapporto (definito in termini di "alleanza terapeutica") sta il paziente, il quale deve essere considerato l'unico titolare del potere di disporre della propria salute. In altri termini, per usare una icastica espressione adottata da un attento studioso della materia, occorre convincersi che la salute del paziente non appartiene al medico, ma solo al paziente stesso (SANTOSUOSSO, *Il consenso informato*, Ancona, 1996).

Da questa nuova concezione deriva, tra l'altro, la necessità del consenso per ogni e qualsiasi intervento medico, sia esso di diagnosi o di cura. Al contrario di quanto ritenuto dalla giurisprudenza sino a pochi anni fa (si riteneva, in passato, che l'obbligo di informare il paziente sussistesse solo nei casi in cui venissero poste in serio pericolo la vita o l'incolumità fisica del paziente: così Cass. 25.7.1967, n. 1950; Cass. 18.6.1975, n. 2439, in Foro it. 1976, I, 745; Cass. 29.3.1976, n. 1132, Foro it. Rep. 1976, voce *Professioni intellettuali*, nn. 40-42; Trib. Genova 20.7.1988, *ivi*, 1989, voce cit., n. 99; significativa, fra le altre, l'affermazione contenuta in Cass. 6.12.1968, n. 3906, in Resp. civ. prev. 1970, 389, secondo cui il medico deve adeguare l'obbligo di informazione al "grado di cultura del malato"), oggi la giurisprudenza afferma espressamente che l'obbligo in questione sussiste non solo in relazione alla necessità di intraprendere interventi devastanti o complessi, ma sussiste in relazione ad ogni attività medica che possa comportare un qualche rischio: quindi il medico ha l'obbligo di informare il paziente sia quando intende compiere attività chirurgica; sia quando intende compiere esami diagnostici o strumentali.

In quanto espressione di una facoltà ricompresa in un diritto di libertà, il consenso deve essere inquadrato nella categoria dei negozi giuridici. Da ciò consegue che esso, per essere valido, deve essere immune da qualsiasi vizio della volontà (errore, dolo, violenza).

Ne consegue - lo si rileva incidentalmente - la sostanziale imprecisione dell'espressione "consenso informato": essa è una endiadi, giacché un eventuale consenso "disinformato" non costituirebbe un negozio valido e produttivo di effetti. In altri termini, il consenso all'esercizio dell'attività medica o è informato, o non è neppure consenso (così anche In questo senso, FERRANDO Gilda, *Chirurgia estetica, «consenso informato» del paziente e responsabilità del medico*, in Nuova giur. civ., 1995, I, 941). Questo è il motivo per il quale, nel presente lavoro, si è preferito parlare di consenso *tout court*.

Perché la volontà del paziente di consentire all'intervento medico possa dirsi liberamente formata, è necessario che il paziente stesso abbia ricevuto una informazione completa e dettagliata. L'informazione fornita deve comprendere, in particolare:

- (a) la natura dell'intervento o dell'esame (se sia cioè distruttivo, invasivo, doloroso, farmacologico strumentale, manuale, ecc.);
- (b) la portata e l'estensione dell'intervento o dell'esame (quali distretti corporei interessi);
- (c) i rischi che comporta, anche se ridotti (come effetti collaterali, indebolimento di altri sensi od organi, ecc.);
- (d) la percentuale verosimile di successo;
- (e) la possibilità di conseguire il medesimo risultato attraverso altri interventi, ed i rischi di questi ultimi (In questo senso, si vedano Cass. 25.11.1994, n. 10014, in Foro it., 1995, I, 2913 *cit.*, e Cass. 15.1.1997, n. 364, in Foro it., 1997, I, 771);
- (f) le eventuali inadeguatezze della struttura ove l'intervento dovrà essere eseguito (Cass. 21.7.2003, n. 11316).

In altri termini, il paziente deve essere messo concretamente in condizione di valutare ogni rischio ed ogni alternativa: *“nell'ambito degli interventi chirurgici, in particolare, il dovere di informazione concerne la portata dell'intervento, le inevitabili difficoltà, gli effetti conseguibili e gli eventuali rischi, sì da porre il paziente in condizioni di decidere sull'opportunità di procedervi o di ometterlo, attraverso il bilanciamento di vantaggi e rischi. L'obbligo si estende ai rischi prevedibili e non anche agli esiti anomali, al limite del fortuito, che non assumono rilievo secondo l'id quod plerumque accidit, non potendosi disconoscere che l'operatore sanitario deve temperare l'esigenza di informazione con la necessità di evitare che il paziente, per una qualsiasi remotissima eventualità, eviti di sottoporsi anche ad un banale intervento. Assume rilevanza, in proposito, l'importanza degli interessi e dei beni in gioco, non potendosi consentire tuttavia, in forza di un mero calcolo statistico, che il paziente non venga edotto di rischi, anche ridotti, che incidano gravemente sulle sue condizioni fisiche o, addirittura, sul bene supremo della vita.*

L'obbligo di informazione si estende, inoltre, ai rischi specifici rispetto a determinate scelte alternative, in modo che il paziente, con l'ausilio tecnico-scientifico del sanitario, possa determinarsi verso l'una o l'altra delle scelte possibili, attraverso una cosciente valutazione dei rischi relativi e dei corrispondenti vantaggi?” (Cass. 15.1.1997, n. 364, in Foro it., 1997, I, 771. In senso sostanzialmente conforme, si vedano anche Cass. 26.3.1981, n. 1773 e Cass. 9.3.1965, n. 375, in Foro it. 1965, I, 1040).

Il giudice di legittimità ha dunque posto limiti rigorosi all'obbligo di informazione: esso comprende tutti i rischi prevedibili, anche se la loro probabilità è minima; mentre non comprende i rischi anomali, cioè quelli che possono essere ascritti solo al caso fortuito.

È quindi in colpa (da inadempimento contrattuale) sia il medico che non fornisca al paziente le necessarie informazioni, sia quello che le fornisca in modo insufficiente, sia quello che le fornisca in modo errato (Cass. 28.11.2007, n. 24742).

Deve aggiungersi che, in materia di completezza dell'informazione fornita al paziente, la giurisprudenza di legittimità ha distinto tra intervento a fini funzionali ed intervento di chirurgia estetica.

Nel primo caso, il paziente deve essere informato soprattutto sui possibili rischi dell'operazione; nel secondo caso, invece, il paziente deve essere informato sulla effettiva conseguibilità di un miglioramento fisico (Cass., 12.6.1982, n. 3604, in Giust. civ., 1983, I, 939; Trib. Roma 10.10.1992, in Giur. it. 1992, I, 2, 337). Pertanto, nel caso di chirurgia estetica, l'informazione da fornire deve essere assai più penetrante ed assai più completa (specie con riferimento ai rischi dell'operazione) di quella fornita in occasione di interventi terapeutici (Cass. 8.8.1985, n. 4394, in Foro it., 1986, I, 121).

Il consenso, inoltre, deve essere **continuato**. Esso non può essere prestato *una tantum* all'inizio della cura, ma va richiesto e riformulato per ogni singolo atto terapeutico o diagnostico, il quale sia suscettibile di cagionare autonomi rischi. La Corte Suprema è stata su questo punto molto chiara: “è noto che interventi particolarmente complessi, specie nel lavoro in équipe, ormai normale negli interventi chirurgici, presentino, nelle varie fasi, rischi specifici e distinti. Allorché tali fasi assumano una propria autonomia gestionale e diano luogo, esse stesse a scelte operative diversificate, ognuna delle quali presenti rischi diversi, l'obbligo di informazione si estende anche alle singole fasi e ai rispettivi rischi” (Cass. 15.1.1997, n. 364, in Foro it. 1997, I, 771).

A tale regola si fa eccezione nel caso di interventi urgenti, anche quando l'urgenza non sia assoluta: in tal caso, il consenso consapevole prestato dal paziente che si considera implicitamente esteso anche alle operazioni “complementari”, qual è quella di sostegno, durante l'intervento, delle risorse ematiche del paziente, che siano assolutamente necessarie e non sostituibili con tecniche più sicure (Cass. 26.9.2006, n. 20832).

In applicazione di questi principi, è stata affermata la responsabilità della USL per lesioni conseguite all'erronea effettuazione di una anestesia epidurale: la Corte ha osservato nella fattispecie che la paziente, pur essendo stata informata sulla natura e sulle alternative dell'intervento, non lo era stata sui vari tipi di anestesia che potevano esserle alternativamente praticati.

Sarebbe comunque erroneo ritenere, alla luce dei principi appena esposti, che il medico adempia i propri obblighi giuridici e deontologici rivelando tutto, fino in fondo, al paziente. Gli ampi contenuti che la giurisprudenza e la dottrina hanno assegnato all'obbligo di informazione gravante sul medico hanno infatti fatto sorgere un ulteriore delicato problema: quello di conciliare tale obbligo con le particolari esigenze del paziente, quando una informazione piena, completa, direi “brutale”, possa riverberare gravi conseguenze psicologiche e depressive sul paziente stesso.

E' inutile nascondersi che questo aspetto costituisce quello di più ardua soluzione per il personale medico, il quale si trova quotidianamente *vis à vis* con casi in cui le ragioni del diritto sembrano cedere a quelle della *pietas*. Che fare in questi casi? Informare il paziente che gli restano pochi e terribili mesi di vita? Oppure lasciargli almeno il dolce conforto della speranza?

Sul punto, un dato appare certo: deve escludersi che l'informazione (e quindi il consenso che su essa si fonda) possa essere data a **persona diversa dal paziente**, quando questi sia maggiorenne e capace. Se infatti l'esercizio del consenso costituisce manifestazione di un diritto di libertà, (come esposto *supra*, § 6), esso è personalissimo e non delegabile. Il problema del rapporto tra completezza dell'informazione e tutela psichica del paziente è stato affrontato dal Comitato Nazionale per la Bioetica (istituito con d.p.c.m. 28.3.1990) il quale, in un proprio studio del 20.6.1992 dedicato a “Informazione e consenso all'atto medico”, ha fissato due linee guida: “(a) il curante deve possedere sufficienti doti di psicologia tali da consentirgli di comprendere la personalità del paziente e la sua situazione ambientale, per regolare su tali basi il proprio comportamento nel fornire le informazioni; (b) le informazioni, se rivestono carattere tale da poter procurare preoccupazioni e sofferenze particolari al paziente, dovranno essere fornite con circospezione, usando terminologie non traumatizzanti e sempre corredate da elementi atti a lasciare allo stesso la speranza di una, anche se difficile, possibilità di successo”.

Il parere del Comitato per la Bioetica, comunque, riveste soltanto un valore (sia pur elevatissimo) morale e deontologico, ma non costituisce fonte di alcun obbligo giuridico. La conseguenza è che, con riferimento al problema di cui qui si discorre, l'attuale evoluzione dell'esperienza giuridica ha lasciato i medici sovraesposti, soli dinanzi alla tragica scelta se cautelarsi contro azioni di responsabilità, anche a costo di provocare un grave shock al paziente; oppure tutelare innanzitutto la salute di quest'ultimo, anche a costo di esporsi al rischio di azioni giudiziarie.

La prestazione del consenso non è soggetta ad alcuna **forma** particolare. Nel nostro ordinamento vige infatti il principio della libertà delle forme del negozio giuridico, con la conseguenza che le parti possono scegliere quella ritenuta più opportuna (ivi compresa la forma orale e la forma tacita, cioè il comportamento concludente: Cass. 25.7.1967, n. 1950; Cass. 6.12.1968, n. 3906, in Resp. civ. prev. 1970, 389; Cass. 18.6.1975, n. 2439). Naturalmente, la forma scritta resta quella preferibile, in quanto facilita enormemente il problema della prova del consenso.

5.3. Effetti della mancanza di informazione.

Dalla violazione dell'obbligo di informazione la giurisprudenza fa discendere la responsabilità del medico nel caso di insuccesso dell'intervento. Questa responsabilità si fonda sia sulla violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.); sia sulla assenza di un valido consenso, che - per essere tale - deve essere consapevole. In assenza di informazione, pertanto, l'intervento è impedito al chirurgo tanto dall'art. 32, 2° comma, cost., a norma del quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge, quanto dall'art. 13 cost., che garantisce l'inviolabilità della libertà personale con riferimento anche alla libertà di salvaguardia della propria salute e della propria integrità fisica, e dall'art. 33 l. 23 dicembre 1978 n. 833, che esclude la possibilità di accertamenti e di trattamenti sanitari contro la volontà del paziente se questo è in grado di prestarlo e non ricorrono i presupposti dello stato di necessità, *ex art. 54 c.p.* (Cass. 25-11-1994 n. 10014, in Foro it. Mass., 1994; Cass. pen. 21.4.1992, in Riv. pen., 1993, 42, con nota di POSTORINO; Trib. Roma, 10.10.1992, in Giur. it., 1993, I, 2, 337; Trib. Genova, 20.7.1988, in Foro pad., 1989, I, 172).

Va segnalato che, secondo un diffuso orientamento giurisprudenziale, nel caso di omessa informazione del paziente il medico risponde dell'insuccesso dell'intervento, **anche se in concreto non sia a lui addebitabile alcuna colpa** (Cass. 14.3.2006 n. 5444; Cass. 24.9.1997 n. 9374, in Resp. civ. prev. 1998, 78, con nota di MARTORANA, *Brevi osservazioni su responsabilità professionale ed obbligo di informazione*, nonché in Riv. it. med. leg. 1998, IV, 821, con nota di Introna, *Consenso informato e rifiuto ragionato. L'informazione deve essere dettagliata o sommaria?*; App. Genova, 05-04-1995, in Danno e resp., 1996, 215; App. Milano 2.5.1995, in Foro it. 1996, I, 1418; Trib. Napoli 30.1.1998, in Tagete, 1998, fasc. 4, 62). In questi casi, infatti, l'illecito del medico viene fatto consistere non nel mancato rispetto delle *leges artis*, ma nell'omessa informazione; quest'ultima, a sua volta, impedendo il paziente di esercitare il diritto di rifiutare l'intervento, viene considerata quale antecedente causale dell'evento infausto. Ha osservato, al riguardo, la S.C. che *“nessuna contraddizione sussiste tra l'accertata assenza di colpa (...) e l'affermazione della responsabilità dell'ente [ospedaliero] per il mancato adempimento del dovere di informazione nei confronti del paziente, cui erano tenuti i sanitari dipendenti (...). La mancata richiesta del consenso costituisce autonoma fonte di responsabilità qualora dall'intervento scaturiscano effetti lesivi, o addirittura mortali, per il paziente, per cui nessun rilievo può avere il fatto che l'intervento medesimo sia stato eseguito in modo corretto”* (Cass. 9374/97, *cit.*).

Questo orientamento, che aveva ricevuto non poche critiche in dottrina (in quanto consentiva la condanna del medico anche in assenza di un vero e proprio nesso di causalità tra omissione e danno) è stato di recente **abbandonato**. La S.C., infatti, rivendendo le proprie posizioni, ha ritenuto che in presenza di un atto terapeutico necessario e correttamente eseguito in base alle regole dell'arte, dal quale siano tuttavia derivate conseguenze dannose per la salute, ove tale intervento non sia stato preceduto da un'adeguata informazione del paziente circa i possibili effetti pregiudizievoli non imprevedibili, il medico può essere chiamato a risarcire il danno alla salute solo se il paziente dimostri, anche tramite presunzioni, che, ove compiutamente informato, egli avrebbe verosimilmente rifiutato l'intervento, non potendo altrimenti ricondursi all'inadempimento dell'obbligo di informazione alcuna rilevanza causale sul danno alla salute (Cass. 9.2.2010 n. 2847).

Da ultimo, la S.C. è giunta ad ammettere che, nel caso di violazione del diritto della gestante ad essere informata sui trattamenti farmacologici cui è sottoposta, il diritto al risarcimento del danno da violazione del diritto all'informazione corretta spetta anche al concepito, una volta venuto ad esistenza (Cass. 11.5.2009 n. 10741).

5.4. Consenso e capacità.

Per essere efficace, il consenso all'attività medica deve essere prestato da soggetto capace di intendere e di volere. Quando il paziente è legalmente e naturalmente capace, soltanto lui è titolare del potere di consentire o rifiutare l'intervento. La giurisprudenza - mutando il proprio precedente orientamento - ha radicalmente escluso che, quando il paziente sia *compos sui*, il consenso all'intervento possa essere richiesto ai congiunti più stretti (ad esempio, al fine di evitare traumi al

malato): così Trib. Milano, 4.12.1997, in *Danno e resp.*, 1998, 1030. Per lo stesso motivo, non può essere ritenuto responsabile il medico che ometta di eseguire una terapia «salvavita» ad un paziente che la rifiuti (cfr. Pret. Roma, 3.4.1997, in *Cass. pen.*, 1998, 950), e del pari non sarà responsabile il medico che esegua una terapia necessaria ma non voluta dal paziente, quando il dissenso di quest'ultimo non era né noto, né presumibile al medico (Cass. 23.2.2007 n. 4211).

Per il soggetto legalmente incapace, il consenso deve essere prestato da chi ne ha la rappresentanza legale (il genitore od il tutore). E' stato tuttavia sostenuto che anche il minore possa validamente prestare il proprio consenso al trattamento medico, quando abbia acquisito una sufficiente maturità di giudizio (App. Milano 25.6.1966, in *Foro it. Rep.* 1966, voce *Patria potestà*, n. 11; Trib. min. Bologna 13.5.1972, *ivi*, 1974, voce *cit.*, n. 7; Trib. min. Bologna 26.10.1973, *ivi*, n. 5).

Il consenso non può tuttavia essere prestato dal soggetto che, pur legalmente capace, si trovi in concreto in stato d'incapacità di intendere e di volere (Cass. 6.12.1968 n. 3906, in *Resp. civ. prev.* 1970, 389). In quest'ultimo caso (l'esempio tipico è quello del paziente incosciente od in stato comatoso), qualora vi sia l'urgenza e l'indifferibilità di un trattamento terapeutico anche rischioso, il medico non andrà tuttavia incontro a responsabilità di sorta per avere omesso di informare il paziente, in quanto la sua condotta sarebbe comunque giustificata dalla necessità di evitare un danno grave alla salute od alla vita del paziente, ai sensi dell'art. 54 c.p.

Va segnalato comunque che la S.C., sul punto qui in esame ha, sensibilmente ridotto l'area di responsabilità del medico, inaugurando così una controtendenza rispetto all'orientamento degli ultimi anni. Ha infatti stabilito il giudice di legittimità che la mancanza del consenso del paziente al trattamento sanitario è irrilevante non soltanto quando il medico abbia agito in stato di necessità *ex art. 54 c.p.*, ma anche quando questo stato di necessità, oggettivamente inesistente, sia stato soltanto supposto dal medico, senza sua colpa (Cass. 23.2.2007, n. 4211; Cass., 15.11.1999 n. 12621). Nella stessa decisione è contenuta, sia pure *obiter dictum*, un'altra importante affermazione: l'applicazione del principio di cui all'art. 2236 c.c. non solo alle ipotesi di *malpractice* in senso stretto, ma anche alle ipotesi di omessa informazione.

La corte ha infatti incidentalmente affermato che nei casi particolarmente complessi, così come opera la limitazione di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c. per i danni dovuti a semplice imperizia, lo stesso principio deve trovare applicazione con riguardo ai casi di omessa informazione del paziente: se l'omissione è dovuta ad imperizia, il medico risponderà soltanto se versa in colpa grave; se, invece, l'omessa informazione è dovuta a imprudenza o negligenza, il medico risponderà anche se versa in colpa lieve.

5.5. L'onere della prova del consenso.

Sul tema del riparto dell'onere di provare che il paziente sia stato correttamente informato, ha dato luogo ad un contrasto fino alla corte di cassazione.

Secondo l'orientamento meno recente, l'onere di provare che il medico curante avesse fornito una informazione completa e corretta ricade sul paziente.

Tale affermazione viene ricavata dai principi costantemente affermati in materia di responsabilità extracontrattuale, e cioè:

- (a) il medico che non fornisce un'informazione completa si rende inadempiente al contratto di prestazione d'opera professionale;
- (b) l'inadempimento è fatto costitutivo della pretesa risarcitoria;
- (c) *ergo*, incombe su chi allega l'altrui inadempimento l'onere di provarlo.

Tale principio è stato affermato *ore rotundo* da Cass. 25.11.1994 n. 10014: “*ai fini della ripartizione dell'onere della prova in materia di obbligazioni, si deve aver riguardo all'oggetto specifico della domanda, talché, a differenza del caso in cui si chiedi l'esecuzione del contratto e l'adempimento delle relative obbligazioni, ove è sufficiente che l'attore provi il titolo che costituisce la fonte del diritto vantato, e cioè l'esistenza del contratto e, quindi, dell'obbligo che si assume inadempito, nell'ipotesi in cui si domandi invece la risoluzione del contratto per l'inadempimento di una obbligazione l'attore è tenuto a provare anche il fatto che legittima la risoluzione, ossia l'inadempimento e le circostanze inerenti in funzione delle quali esso assume giuridiche rilevanza, spettando al*

convenuto l'onere probatorio di essere immune da colpa solo quando l'attore abbia provato il fatto costitutivo dell'inadempimento" (da ultimo, Cass. 29.1.1993, n. 1119). Il problema non si pone diversamente allorché l'inadempimento venga addotto non per conseguire la risoluzione del contratto, ma ai fini di ottenere il risarcimento del danno" (Cass. 25.11.1994, n. 10014, in Foro it., 1995, I, 2913).

La Corte non si era nascosta le difficoltà cui potrebbe andare incontro il paziente, obbligato a provare non un fatto positivo, ma la circostanza negativa di non essere stato informato, ma aveva rilevato che *"l'obiettivo difficoltà in cui si trovi la parte di fornire la prova del fatto costitutivo del diritto vantato non può condurre ad una diversa ripartizione del relativo onere, che grava, comunque, su di essa (fra le altre, Cass., sent. n. 83-2596 del 1983), mentre l'antico brocardo, negativa non sunt probanda, è da intendere nel senso che, non potendo essere provato ciò che non è, la prova dei fatti negativi deve essere fornita mediante la prova dei fatti positivi, ma non già nel senso che la negatività dei fatti escluda od inverta l'onere (Cass., sent. n. 2612 del 1969)"*.

Le conclusioni non mutavano ove si ritenga che la responsabilità del chirurgo per omessa informazione sia di natura aquiliana e non contrattuale. Infatti, come si è visto sopra, l'obbligo di informare sussiste prima ancora della conclusione del contratto di prestazione d'opera professionale, ed è espressione del più generale obbligo di correttezza nel corso delle trattative. Si potrebbe dunque affermare che la violazione dell'obbligo di informazione dia ingresso a responsabilità extracontrattuale, nella specie della responsabilità precontrattuale. Anche in questo caso, tuttavia, la condotta illecita (cioè l'omissione di informazione) sarebbe fatto costitutivo della pretesa risarcitoria, e dovrebbe essere provata dal paziente.

Secondo un diverso il più recente orientamento, invece, se il paziente si duole di non essere stato informato, deve essere il medico convenuto a provare di avere esaurientemente informato il paziente di tutte le caratteristiche ed i rischi dell'intervento.

Il paziente, dunque, quando la cura cui si è sottoposto ha peggiorato la sua salute, può convenire il medico in giudizio e chiedere il risarcimento del danno, allegando di non essere stato informato sui rischi dell'operazione, e dimostrando soltanto: (a) l'esistenza del contratto di prestazione d'opera professionale; (b) la sua validità; (c) l'esistenza del danno.

Sarà il medico convenuto, se vuole andare esente da condanna, a dovere provare: (a) di avere informato il paziente sui rischi e sulle modalità dell'operazione; (b) che l'omessa informazione non è dipesa da propria colpa.

Se il medico non riesce a fornire questa prova, non gli servirà a nulla né dimostrare il carattere complesso dell'operazione (art. 2236 c.c.), né dimostrare di averla eseguita attenendosi scrupolosamente a tutte le regole della buona pratica clinica ed alle *leges artis*: egli risponderà comunque del peggioramento della salute del paziente, per non avere ottenuto il "consenso informato" di quest'ultimo (Cass. 23.5.2001, n. 7027, in Danno e resp., 2001, 1165, con nota di ROSSETTI, nonché in Foro it., 2001, I, 2504, con nota di PARDOLESI).

Per pervenire a queste conclusioni, la Corte ha articolato il seguente sillogismo:

- (a) l'obbligo gravante sul medico di informare il paziente ha natura contrattuale, e la sua violazione costituisce perciò inadempimento (art. 1218 c.c.);
- (b) colui il quale chieda, in giudizio, il risarcimento del danno da inadempimento di un obbligo contrattuale, deve provare solo l'esistenza del contratto, mentre spetterà al convenuto dimostrare o di avere adempiuto, ovvero che inadempimento non è dipeso da propria colpa;
- (c) *ergo*, nel giudizio per il risarcimento del danno alla salute, derivante asseritamente causato dall'imperizia del medico, deve essere quest'ultimo a provare di avere adempiuto l'obbligo di informazione.

6. Responsabilità medica e diritto a rifiutare le cure.

Nella fondamentale sentenza pronunciata da Cass. 25.11.1994, n. 10014, in Foro it., 1995, I, 2913, come si è visto, la Corte stabilì che non potesse ritenersi lecito l'atto medico compiuto *"senza il consenso o malgrado il dissenso del paziente"*.

Mentre, tuttavia, copiosa è stata la produzione giurisprudenziale in merito alle conseguenze delle cure eseguite senza avere previamente ottenuto il consenso del paziente, assai più rare sono state le decisioni chiamate ad occuparsi della fattispecie speculare: quella cioè in cui le cure vengano somministrate al paziente nonostante questi abbia manifestato il proprio dissenso.

Il primo precedente in tal senso è rappresentato da **Cass. 23.2.2007, n. 4211**, la quale ritenne che pur in presenza di un espresso rifiuto preventivo di cure da parte del paziente, il medico può comunque legittimamente intervenire dinanzi ad un peggioramento imprevisto ed imprevedibile delle condizioni del paziente, quando - pur essendo il paziente incapace di intendere e di volere - possa ritenere certo od altamente probabile che il dissenso precedentemente manifestato non fosse più valido.

La decisione appena ricordata fissò dunque tre principi:

- (a) il paziente può legittimamente rifiutare le cure;
- (b) il dissenso alle cure deve essere inequivoco ed attuale;
- (c) il dissenso precedentemente manifestato non impedisce al medico di effettuare cure salvavita quando ricorrono tre condizioni:
 - (c^o) sia peggiorato il quadro clinico del paziente;
 - (c^o) il paziente non sia in grado di manifestare la propria volontà;
 - (c^o) possa ragionevolmente presumersi che, se fosse stato informato, il paziente non avrebbe confermato il proprio dissenso alle cure.

Tale orientamento è stato successivamente ribadito dalla importante decisione pronunciata da **Cass. 16.10.2007, n. 21748**, la quale ha affermato recisamente che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente non incontra un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita. Pertanto, dinanzi ad un paziente che rifiuti le cure dopo essere stato non solo informato, ma anche inutilmente indotto a recedere dal proprio intento, il medico deve astenersi dall'intervenire.

Nella stessa decisione è stato affrontato il principale problema connesso alla liceità del rifiuto di cure salvavita: a chi spetti esprimere tale rifiuto quando il paziente sia incapace d'intendere e di volere.

A tale quesito la decisione in esame ha dato risposta ritenendo che il dissenso all'atto medico possa essere sì espresso da un rappresentante (nella specie, legale) del paziente; tuttavia nell'esercitare tale scelta il rappresentante non gode di una discrezionalità assoluta. Al contrario, egli deve non solo agire nell'esclusivo interesse dell'incapace, ma deve altresì ricostruirne la presunta volontà, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche.

Alle decisioni che precedono si è recentemente aggiunta quella pronunciata da **Cass. 15.10.2008, n. 23676**, in corso di massimazione, la quale ha ribadito il principio secondo cui il paziente ha sempre diritto di rifiutare le cure mediche che gli vengono somministrate, anche quando tale rifiuto possa causarne la morte, precisando che il dissenso alle cure mediche, per essere valido ed esonerare così il medico dal potere-dovere di intervenire, deve essere espresso, inequivoco ed attuale: non è sufficiente, dunque, una generica manifestazione di dissenso formulata *ex ante* ed in un momento in cui il paziente non era in pericolo di vita, ma è necessario che il dissenso sia manifestato *ex post*, e cioè dopo che il paziente sia stato pienamente informato sulla gravità della propria situazione e sui rischi derivanti dal rifiuto delle cure.

La medesima sentenza ha affrontato il problema del paziente incapace di intendere e volere, affermando che in tal caso il paziente ha l'onere di conferire ad un terzo una procura *ad hoc* nelle forme di legge, ovvero di far constare il proprio dissenso attraverso una dichiarazione scritta che sia puntuale ed inequivoca, e nella quale dichiararsi espressamente di volere rifiutare le cure quand'anche venisse a trovarsi in pericolo di vita.

Le poche decisioni edite nella giurisprudenza di merito sul tema in esame sono tutte orientate nel senso di ammettere la liceità del rifiuto di cure salvavita.

È il caso di App. Trieste, 25.10.2003, in Nuova giur. civ., 2005, I, 145 (si tratta della decisione confermata *in parte qua* da Cass. 23896/08), la quale ha ritenuto lecito il rifiuto di cure mediche, a

condizione che il dissenso del paziente sia manifestato in maniera attuale, chiara ed informata. Sostanzialmente nello stesso senso si sono pronunciati anche App. Trento, 19.12.2003, in Nuova giur. civ., 2005, I, 145, e Pret. Modica, 13-08-1990, in Foro it., 1991, I, 271, ambedue relative a casi di trasfusioni effettuate a Testimoni di Geova per necessità sopravvenute ed imprevedibili.

Nello stesso ordine di idee, App. Cagliari 13 dicembre 1982, in Giur. it., 1983, II, 368, ha escluso che sia consentito «*allo Stato di interferire, come che sia, in un «ordine» che non è il suo (tal che non potrebbe imporsi ad un cittadino che appartenga alla congregazione cristiana dei testimoni di Geova di sottoporsi ad una trasfusione di sangue)*». A queste decisioni possono affiancarsi quelle rese da TAR Lazio 8.7.1985, in Dir. famiglia, 1985, 996 e 1001 (si tratta di due sentenze conformi), ove si è negato che, al di fuori delle ipotesi tassativamente previste dalla legge, sia consentito imporre al paziente cure da questi rifiutate.

Tale orientamento appare, *in parte qua*, il coerente sviluppo del più risalente principio secondo cui costituisce un atto pregiudizievole agli interessi del figlio la scelta del genitore di non sottoporlo a trasfusioni di sangue per scelte religiose, tale da consentire all'autorità giudiziaria di «adottare i provvedimenti convenienti» (art. 333 c.c.) e di ordinare la sottoposizione del minore al trattamento sanitario (Pret. Catanzaro 13 gennaio 1981, in Giust. civ., 1981, 3098, ove tuttavia si aggiunge che «*il diritto alla libera professione della fede religiosa, costituzionalmente tutelata, incontra, tuttavia, un limite invalicabile nei potiori, inviolabili diritti alla salute ed all'esistenza in vita dell'individuo*»; Pret. Arezzo 24 aprile 1963, in Arch. ricerche giur., 1964, 406).

In parziale controtendenza rispetto all'orientamento prevalente si registrano soltanto Trib. Roma, 21.12.2005, in Famiglia e dir., 2006, 523, la quale - in un procedimento di nomina di amministratore di sostegno ad un paziente incapace - ha fatto salva *obiter dictum* la facoltà dei medici di stabilire «la prevalenza o meno della volontà del paziente sullo stato di necessità», e Pret. Pescara 8 novembre 1974, in Nuovo dir., 1975, 253.

Non risulta comunque mai affrontato in giurisprudenza il problema del danno civile risarcibile, nel caso di violazione, da parte del medico, del rifiuto legittimamente opposto dal paziente all'esecuzione delle cure. Si tratta tuttavia di problema che molto delicato e di dubbia soluzione, che in questa sede può essere solo segnalato, e così riassumibile:

(a) se la condotta del medico ha comportato un miglioramento della salute del danneggiato, ovvero ne ha evitato la morte, non è razionalmente concepibile l'esistenza d'un danno alla salute o biologico, tradizionalmente definito come il **peggioramento** della complessiva validità psicofisica dell'individuo;

(b) ove poi il danneggiato intenda dolersi della violazione del proprio diritto costituzionalmente garantito alla libertà religiosa, è noto che la lesione del diritto costituisce il presupposto del diritto al risarcimento, ma questo esige pur sempre l'esistenza d'una perdita, patrimoniale o personale. E poiché il danno è sempre una differenza, nel caso di pregiudizi non patrimoniali il risarcimento dovrebbe compensare lo «scarto» tra le condizioni di vita della vittima ove non vi fosse stato l'illecito, e quelle invece che è concretamente costretta ad affrontare. Sicché, nel caso in esame, la perdita non patrimoniale derivante in tesi dal fatto di essere stato curato contro la propria volontà dovrebbe consistere nello star bene o quanto meno nel non stare peggio, il che appare difficilmente qualificabile come «danno».

In definitiva, la violazione da parte del medico del dissenso manifestato dal paziente non parrebbe uscire dall'alternativa:

- o si ammette che essa costituisce un «illecito senza danno»;

- ovvero si è costretti a ritornare alla vecchia tesi del danno *in re ipsa* o danno evento, ed ammettere che il solo fatto della violazione della libertà religiosa dell'individuo costituisca un danno risarcibile, a prescindere dalle conseguenze negative che ne sono derivate.

Il problema del rifiuto di cure mediche si pone con particolare complessità, come si è visto, nel caso di pazienti incapaci di intendere e di volere, e segnatamente nel caso di pazienti in stato vegetativo permanente (SVP). In tali fattispecie infatti occorre non solo stabilire se sia legittimo il rifiuto delle cure, ma prima ancora chi sia il soggetto legittimato a manifestare tale rifiuto ed entro quali limiti.

La sentenza 21748/07 ha risolto tale problema, lo si è detto, ritenendo il tutore (od il rappresentante volontario) legittimato ad esprimere il dissenso, purché conforme alla volontà anche presunta del malato.

Tale scelta (c.d. metodo del *best interest* del paziente) è affine a quella adottata dalla giurisprudenza **britannica**, la quale tuttavia tradizionalmente ritiene non conforme all'interesse del paziente la sua alimentazione ed idratazione artificiale in assenza di trattamenti autenticamente curativi (c.d. *intolerability test*)⁹². Questo orientamento è stato recepito nell'art. 4 (rubricato appunto "*best interest*") del *Mental Capacity Act 2005*⁹³, il quale detta una serie di puntuali prescrizioni per stabilire quale sia il *best interest* del paziente, stabilendo le regole di condotta della persona chiamata alla relativa valutazione (che non deve tenere conto soltanto delle apparenze), ma deve considerare se è probabile che il paziente possa essere in futuro capace di intendere; incoraggiarlo - ove possibile - a partecipare alla decisione che lo interessa; se la sua scelta comporta la morte del paziente, questa deve essere una *extrema ratio*; deve altresì tenere conto del passato del paziente, delle sue credenze, e delle testimonianze delle persone a lui vicine.

Affine al criterio del *best interest* del paziente è quello adottato dalla giurisprudenza **statunitense** (c.d. metodo del *substituted judgement test*), secondo cui la decisione circa la prosecuzione del sostentamento del paziente in stato di SVP dev'essere adottata da un *surrogate decision-maker*, chiamato a ricostruire la volontà presunta del paziente, sulla base delle idee da lui precedentemente espresse⁹⁴.

In **Francia** il problema qui in esame è disciplinato da una norma *ad hoc*, l'art. L1101-5, comma 2, del *Code de la santé publique*⁹⁵, il quale stabilisce che le cure non devono essere perseguite con "*une obstination déraisonnable*". Ove tali cure appaiano inutili, esagerate o prive di qualsiasi altro effetto che non sia il mantenimento artificiale in vita del paziente, possono essere sospese, ovvero non essere intraprese.

7. Aspetti processuali.

7.1. Competenza.

La controversia tra paziente e medico (o casa di cura) non sfugge agli ordinari criteri di radicamento della competenza per valore.

Per individuare il giudice competente per territorio, invece, occorre distinguere tra la controversia scaturente da un contratto d'opera stipulato col medico libero professionista, e la controversia scaturente da un "contatto" sociale tra paziente e medico pubblico dipendente (o ospedale pubblico).

Nel primo caso ci troviamo al cospetto d'un contratto che rientra nell'ambito dei contratti del consumatore, anche quando non sia stato concluso per iscritto e il paziente abbia liberamente scelto di avvalersi dell'attività di un medico esercente in un luogo diverso dalla sua residenza. In tale ipotesi, pertanto, competente a conoscere della controversia tra medico e paziente sarà il giudice del luogo di residenza del paziente-consumatore, ai sensi dell'artt. 33 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206⁹⁶. Tale foro è esclusivo e derogabile solo attraverso una trattativa individuale⁹⁷.

⁹²Palmerini, *Biologia molecolare e giustizia. Un approccio teorico pratico*, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/14859.pdf>.

⁹³ Se ne può leggere il testo in http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts2005/ukpga_20050009_en_1.

⁹⁴ Una sintetica ricostruzione della giurisprudenza nordamericana, dal caso capostipite Quinlan alla vicenda di Terry Schiavo può leggersi in Colby, *From Quinlan to Cruzan to Schiavo: what have we learned?*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, 2006, 279, leggibile anche in http://www.luc.edu/law/activities/publications/ljdocs/vol37_no2/colby.pdf.

⁹⁵ Leggibile in

http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=9A4421B3D1D1B297C5727DA725628C9A.tpdjo10v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006170991&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20080923.

⁹⁶ Cass. (ord.) 20.3.2010, n. 6824; Cass. (ord.) 27.2.2009, n. 4914; Cass. (ord.) 2.1.2009, n. 20.

⁹⁷ Cass. (ord.) 17.5.2011, n. 10832; Cass. 20.8.2004, n. 16336, in Foro it., 2005, I, 1855.

Nel secondo caso (controversia tra paziente e medico pubblico dipendente, oppure tra paziente e struttura sanitaria pubblica, od ancora tra paziente e struttura sanitaria privata che però abbia agito in regime di convenzionamento), invece, la S.C. ha ritenuto inapplicabili le norme sul foro speciale del consumatore (art. 33, comma 2, lettera (u), d.lgs. 7 settembre 2005, n. 206), e ciò per due ragioni:

(-) sia perché, pur essendo l'organizzazione sanitaria imperniata sul principio di territorialità, l'assistito può rivolgersi a qualsiasi azienda sanitaria presente sul territorio nazionale, sicché se il rapporto si è svolto al di fuori del luogo di residenza del paziente tale circostanza è frutto di una sua libera scelta, che fa venir meno la *ratio* dell'art. 33 *cit.*;

(-) sia perché la struttura sanitaria non opera per fini di profitto, e non può quindi essere qualificata come "imprenditore" o "professionista"⁹⁸.

7.2. Onere di allegazione.

Come noto, per onere di allegazione si intende la compiuta descrizione, nell'atto introduttivo del giudizio, dei fatti posti a fondamenti della pretesa. Nei giudizi di responsabilità, tali fatti consistono nella descrizione della condotta illecita e dei danni che ne sono derivati.

Sull'onere di allegazione la Corte di cassazione è sempre stata rigorosa nei confronti degli attori. L'onere di allegazione, è arrivata ad affermare a Sezioni Unite, "precede l'onere di contestazione" (Cass., sez. un., 13.5.2004, n. 11353, in *Dir. e giust.*, 2004, fasc. 32, 36, con nota di Turco, *Come si scrive l'atto introduttivo del giudizio*), perché se non è assolto il primo, il convenuto non può a sua volta adempiere l'onere di contestare i fatti adottati dall'attore a fondamento della propria pretesa, senza limitarsi ad una generica contestazione. Ed in un sistema processuale nel quale non più soltanto nel rito del lavoro, ma in tutti i giudizi di qualsiasi tipo la non contestazione costituisce fonte di prova dei fatti non contestati⁹⁹, va da sé che il convenuto *ha bisogno* di sapere in modo puntuale quali colpe gli asciva l'attore, a pena di violazione del suo diritto di difesa.

Tale rigore tuttavia subisce una significativa flessione in tema di responsabilità del medico. Rispetto a questo tipo di giudizio, infatti, la S.C. ha ritenuto che, pur gravando sull'attore l'onere di allegare i profili concreti di colpa medica posti a fondamento della proposta azione risarcitoria, tale onere non si spinge fino alla necessità di enucleazione e indicazione di specifici e peculiari aspetti tecnici di responsabilità professionale, perché "*conosciuti e conoscibili soltanto agli esperti del settore, essendo sufficiente la contestazione dell'aspetto colposo dell'attività medica secondo quelle che si ritengono essere, in un dato momento storico, le cognizioni ordinarie di un non professionista che, espletando la professione di avvocato, conosca comunque (o debba conoscere) l'attuale stato dei profili di responsabilità del sanitario*" (Cass. 19.5.2004, n. 9471, in questa Rivista, 2005, I, 2450).

Il caso merita di essere ricordato: l'attrice, sottopostasi ad un intervento chirurgico di cambiamento del sesso, nell'atto di citazione aveva ascritto al medico di avere per imperizia conseguito un risultato che le impediva i rapporti sessuali, e chiedeva il risarcimento del danno.

Nel corso del giudizio il giudice d'ufficio dispose una c.t.u. che si spinse ad accertare non solo le conseguenze dell'errore medico sulla vita sessuale, ma anche su tutti gli altri ambiti fisiologici, organici e funzionali; all'esito, accolse la domanda.

Il giudice d'appello - del tutto correttamente, a mio modo di vedere - riformò tale decisione, ritenendo che il giudice di primo grado non potesse avventurarsi alla ricerca di profili di danno nuovi ed ulteriori rispetto a quelli dedotti dall'attrice, né ovviamente a nuovi profili di colpa.

La sentenza d'appello venne a sua volta cassata dalla Suprema Corte, la quale in sostanza ha affermato che:

(a) l'attore non è tenuto a conoscere le peculiarità tecniche della scienza medica;

⁹⁸ Così Cass. (ord.) 2.4.2009, n. 8093, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1283, con nota di CHINDEMI, *Non si applica al paziente di una struttura sanitaria pubblica il foro del consumatore. Il paziente di una struttura sanitaria pubblica non è "consumatore" e l'azienda non è "professionista"*.

⁹⁹ Così l'art. 115 c.p.c., nel testo modificato dalla l. 18.6.2009, n. 69, il quale peraltro non ha fatto che elevare a dignità normativa il principio di diritto vivente già introdotto da Cass., sez. un., 23.1.2002, n. 761.

(b) la c.t.u. volta ad accertare fatti non allegati dall'attore non era una ampliamento inammissibile del *thema decidendum*, ma “un semplice ampliamento, di carattere esclusivamente tecnico scientifico, [del] *petitum*, onde pervenire ad una soluzione confacente ai fatti esposti”;

(c) diversamente opinando, “si finirebbe per gravare il richiedente di un onere supplementare, quanto inammissibile, quale quello di richiedere, sempre e comunque, un accertamento tecnico preventivo onde supportare l'atto introduttivo del giudizio delle necessarie connotazioni tecnico-scientifiche”.

Questa decisione tuttavia potrebbe suscitare più d'una perplessità: sia per i presupposti su cui si fonda, sia per gli effetti che produce.

Quanto ai presupposti, essa muove dall'assunto che il paziente non sia tenuto a conoscere i dettami della scienza medica. Ma questa affermazione è una *aberratio ictus*: qui il punto non è se l'attore sia o non sia tenuto a conoscere fisiologia e patologia, ma se il suo atto di citazione abbia messo il convenuto in condizione di difendersi.

Un esempio varrà a chiarire questo concetto.

Immaginiamo che l'attore intenda dolersi dell'imperita esecuzione di un intervento di rinoplastica nei confronti del chirurgo che l'ha eseguita. Immaginiamo che nell'atto di citazione si limiti ad allegare che l'intervento ha compromesso l'estetica del volto. Il medico, costituendosi, giustamente non sarà tenuto a prendere posizione in merito all'esistenza di altri ed ulteriori danni, ad esempio la compromissione della capacità respiratoria. Ora, se il giudice chiedesse al c.t.u. di accertare l'esistenza di pregiudizi diversi da quello estetico, il c.t.u. lo facesse, ed il giudice condannasse il convenuto al risarcimento di questi ulteriori pregiudizi, il convenuto ne sarebbe del tutto spiazzato: nella comparsa di risposta infatti, non dovendo contrastare domande di risarcimento di danni diversi da quello estetico, il convenuto nulla avrà verosimilmente detto in merito alla riduzione della capacità respiratoria, e non avendolo fatto in comparsa non potrà più farlo successivamente.

Lo stesso dicasi per l'ipotesi in cui al medico convenuto si ascriva di essere incorso in colpa per avere operato con la tecnica “A” anziché con la tecnica “B”. Il convenuto, verosimilmente, in questo caso si costituirà spiegando per quali ragioni la tecnica “A” doveva ritenersi preferibile ed indicata. Ora, se nel corso del giudizio emergesse in esito ad una c.t.u. che il medico non solo ha adottato la tecnica “A” in luogo di quella “B”, ma per di più l'ha eseguita maldestramente, questo *fatto materiale* a mio modo di vedere non potrebbe essere posto a fondamento di alcuna pronuncia di condanna, perché mai allegato dall'attore, e di conseguenza mai su esso il convenuto ha avuto la possibilità di difendersi.

L'orientamento che, nei giudizi di responsabilità medica, assottiglia per l'attore sinanche l'onere di allegazione, come si anticipava, appare poi inaccettabile anche per gli effetti cui conduce, oltre che per i presupposti su cui si fonda. E questi effetti sono, diciamolo *ore rotundo*, molto iniqui.

Questo orientamento di fatto tollera che l'attore possa dire al medico: “pagami, perché hai sbagliato”, e che poi in corso di causa si possa andare con tutta tranquillità ad accertare - *anche d'ufficio* - se, come e dove il medico abbia sbagliato.

Ebbene, proviamo ora ad immaginare un giudizio di responsabilità nei confronti di amministratori o sindaci di società commerciali, introdotto da un atto nel quale si dica “pagami, perché hai redatto un bilancio inveritiero”, senza indicare in cosa siano consistite le falsità. Oppure immaginiamo un giudizio di responsabilità nei confronti di un avvocato, introdotto da un atto nel quale si dica “pagami, perché mi hai fatto perdere la causa”, senza indicare in cosa sia consistita la *mala gestio*. Od ancora proviamo a supporre un giudizio nei confronti di un commercialista, introdotto da un atto nel quale si dica “pagami, perché mi hai fatto pagare più tasse del dovuto”, senza indicare quali atti il convenuto abbia ommesso o erroneamente compilato. In tutti questi casi nessuno dubiterebbe della nullità della citazione *ex art. 164 c.p.c.*, per omessa indicazione del fatto costitutivo della pretesa. Per il medico invece non è così, e la giurisprudenza si accontenta - in genere - che nell'atto di citazione ci si limiti ad allegare la “grave imperizia” e gli “ingenti danni patiti e patienti” (con scempio in quest'ultimo caso anche della grammatica, oltre che del diritto processuale).

Questo orientamento è dunque iniquo, come si diceva, perché usa due pesi e due misure, ed accorda a chi agisce nei confronti del medico quel che nega a chi agisce nei confronti degli altri professionisti. Oltre che iniquo, l'orientamento qui in contestazione è altresì contraddittorio rispetto a quanto, in materie diverse dalla responsabilità medica, la Cassazione aveva sempre affermato in tema di *mutatio libelli*.

Il diritto al risarcimento del danno da colpa medica, come qualsiasi diritto di obbligazione, è - come si usa dire - eterodeterminato. In materia di diritti eterodeterminati, come noto, si ha formulazione di domanda nuova quando viene immutato il fatto costitutivo della pretesa.

A sua volta, si ha mutamento del fatto costitutivo della pretesa quando per effetto della modifica della domanda si amplia non solo l'oggetto del *pronuntiare*, ma anche quello del *cognoscere*, vale a dire si introducono nel processo nuovi temi di indagine¹⁰⁰. Pertanto se nella citazione si dice che il medico ha sbagliato perché ha fatto "X", ovvero perché ha causato il danno "Y", e poi in corso di causa dovesse emergere che il medico ha sì sbagliato, ma non perché abbia fatto "X", sebbene perché ha fatto "Z", ovvero perché ha causato il danno "K", porre a fondamento della decisione questi *fatti diversi* significa mutare la domanda, in modo tanto evidente quanto inoppugnabile.

7.3. Onere di prova.

Notevolmente agevolato è l'onere probatorio gravante sull'attore, nelle controversie tra paziente e medico in tema di risarcimento del danno.

Come già visto, il paziente ha l'onere di provare il solo nesso causale tra intervento del medico e peggioramento delle proprie condizioni di salute: tale prova, tuttavia, può essere fornita anche solo dimostrando l'astratta idoneità della condotta dei sanitari a provocare il danno, quando manchi o sia incompleta la cartella clinica (*supra*, § 3.3).

La colpa del medico, invece, si presume *iuris tantum* ai sensi dell'art. 1218 c.c.: nei giudizi di responsabilità medico è dunque il medico (o l'ospedale) convenuto a dovere provare la propria assenza di colpa, e cioè che il danno è dipeso "da causa ad essi non imputabile".

Come andrà fornita questa prova?

In passato, la giurisprudenza del giudice di legittimità distingueva al riguardo due ipotesi:

(A) se l'intervento è routinario, il fatto stesso che non sia riuscito pone a carico del medico una presunzione *de facto* di imperizia (si ricordi che la presunzione semplice è il fatto noto dal quale il giudice, con una deduzione logica, risale ad un fatto ignoto (art. 2727 c.c.), secondo il principio *res ipsa loquitur*.

Pertanto in questi casi:

(a¹) il paziente ha l'onere di provare soltanto la routinarietà dell'intervento;

(a²) sarà il medico, se vuole andare assolto, a dover provare che l'insuccesso va ascritto a complicazioni imprevedibilmente insorte.

(B) Se l'intervento è complesso, il fatto che non sia riuscito non è idoneo a far ritenere imperito il medico. Pertanto:

(b¹) il medico ha soltanto l'onere di provare la complessità dell'intervento;

(b²) sarà il paziente, se vuole ottenere la condanna del medico, a dover provare che, nonostante la complessità dell'intervento, l'insuccesso va ascritto ad una banale imprudenza o negligenza del medico¹⁰¹.

Questo orientamento è stato tuttavia ormai abbandonato.

¹⁰⁰ così, *ex multis*, Cass. 10.04.2000, n. 4538, in Foro it. Rep. 2000, *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 140; Cass. 19.8.2004, n. 16262, in Foro it. Rep. 2004, *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 104; Cass. 27.5.2004, n. 10204, in *Impresa*, 2004, 1481; Cass. 8.1.2003, n. 88, in Foro it. Rep. 2003, *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 123; Cass. 15.4.1999, n. 3774, in Foro it. Rep. 1999, *Procedimento civile*, n. 214; Cass. 18.6.1998, n. 6106, in Foro it. Rep. 1998, *Infortuni sul lavoro*, n. 189.

¹⁰¹ Le sentenze in questo senso sono state numerose e sempre conformi: si vedano, tra le ultime, Cass. 21.7.2003, n. 11316; Cass. 16.11.1988, n. 6220, in Foro it. Mass., 1988; Cass. 16.11.1993, n. 11287, in Foro it. Mass., 1993; Cass. 18.10.1994, n. 8470, in Foro it. Mass., 1994; Cass. 30.5.1996 n. 5005, in Foro it. Mass. 1996.

Ed infatti, in seguito all'intervento delle Sezioni Unite, si è stabilito che colui il quale lamenta l'inadempimento di una obbligazione contrattuale deve soltanto dimostrare l'esistenza e l'efficacia del contratto, mentre è onere del convenuto dimostrare o di avere adempiuto, ovvero che l'inadempimento non è dipeso da propria colpa¹⁰².

Tali principi trovano applicazione anche nell'ipotesi di responsabilità professionale del medico. In questi casi, è dunque onere del medico dimostrare che il danno non sussiste, ovvero non è dipeso da propria colpa¹⁰³.

Per effetto di questo nuovo orientamento, il paziente che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria deve provare il contratto e allegare l'inadempimento del professionista, restando a carico di quest'ultimo l'onere di provare l'esatto adempimento, con la conseguenza che la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà rileva soltanto per la valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, restando comunque a carico del sanitario la prova che la prestazione era di particolare difficoltà¹⁰⁴.

Una considerazione a parte merita l'ipotesi in cui il medico ha garantito al paziente il conseguimento di un determinato risultato, come può accadere - ad es. - in tema di interventi odontoiatrici od estetici.

In questo tipo di contratti il sanitario può assumere una semplice obbligazione di mezzi, ovvero anche una obbligazione di risultato, da intendersi quest'ultimo non come dato assoluto ma da valutare con riferimento alla situazione pregressa ed alle obiettive possibilità consentite dal progresso raggiunto dalle tecniche operatorie. Ricorrendo tale ipotesi il sanitario sarà responsabile nei confronti del cliente per l'omesso conseguimento del risultato promesso, ma l'onere di provare che il sanitario aveva garantito il risultato incombe sul paziente¹⁰⁵.

7.4. Prova liberatoria, complicanze e complicazioni.

Si è visto come, secondo la giurisprudenza di legittimità, spetti al medico convenuto nel giudizio di risarcimento del danno l'onere di provare che l'insuccesso dell'intervento non è dipeso da propria colpa.

Ci si è chiesti tuttavia se tale prova possa ritenersi fornita quando il convenuto dimostri che il danno - specie se successivo ad interventi chirurgici - sia derivato da c.d. "complicanze", cioè rischi connaturali all'esecuzione dell'intervento.

A tale quesito la S.C. ha dato risposta negativa, ritenendo che - massimamente nel caso di prestazioni di non particolare difficoltà - il giudice al fine di escludere la responsabilità del medico non può limitarsi a rilevare l'accertata insorgenza di "complicanze" intra - o postoperatorie, ma deve verificare la loro eventuale imprevedibilità ed inevitabilità, nonché l'insussistenza del nesso causale tra la tecnica operatoria prescelta e l'insorgenza delle predette complicanze, unitamente all'adeguatezza delle tecniche scelte dal chirurgo per porvi rimedio¹⁰⁶.

Tale principio è stato affermato, di recente, in un caso che mette conto ricordare: una persona, dopo essere stata operata di artrodesi alla caviglia¹⁰⁷, patì una frattura di quella stessa caviglia. Il chirurgo provò a ridurre la frattura con mezzi di sintesi, ma nel decorso postoperatorio la consolidazione non avvenne in modo regolare, sicché il paziente guarì con gravi postumi permanenti. Il medico convenuto si era difeso con successo, dinanzi al giudice di merito, sostenendo che la diastasi dei

¹⁰² Cass., sez. un., 30.10.2001, n. 13533, in *Dir. e giust.*, 2001, fasc. 42, 26.

¹⁰³ *ex permultis*, Cass., sez. un., 11.1.2008, n. 577; Cass. 23.5.2001, n. 7027, in *Danno e resp.*, 2001, 1165; Cass. 6.10.1997, n. 9705, in *Giust. civ.*, 1998, I, 424.

¹⁰⁴ Cass., sez. un., 11.1.2008, n. 577; Cass. 9.11.2006, n. 23918; Cass. 31.7.2006, n. 17306; Cass. 24.5.2006, n. 12362.

¹⁰⁵ Cass. 25.11.1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, 2913.

¹⁰⁶ Cass. 29.9.2009, n. 20806.

¹⁰⁷ L'artrodesi è una "anchilosi chirurgica", e cioè l'immobilizzazione chirurgica di un'articolazione, in modo da fissarla in posizione più corretta e funzionale.

monconi e le altre anomali insorte nel decorso postoperatorio erano dovute a *complicanze*, e cioè fattori non previsti e non prevedibili.

La Corte di legittimità ha invece ritenuto erronea la decisione dei giudici di merito sia per quanto attiene la colpa, sia per quanto attiene il nesso causale.

Sotto il primo profilo, la S.C. pur ammettendo che l'intervento richiesto al convenuto fosse di speciale difficoltà, ha tuttavia ritenuto che di "speciale difficoltà" non fosse la sorveglianza del paziente nel decorso postoperatorio. E poiché le complicanze si erano verificate in questa fase, spettava al medico provare la propria assenza di colpa, ovviamente anche lieve.

Ora, di fronte a tale affermazione non si può fare a meno di rilevare che essa finisce per limitare ulteriormente l'ambito di applicabilità dell'art. 2236 c.c. La Corte infatti al fine di stabilire se un intervento fosse semplice o complesso, per i fini di cui all'art. 2236 c.c., ha proceduto a "sezionare" le varie fasi della prestazione sanitaria, stabilendo che solo la prima parte di essa (l'intervento chirurgico) poteva ritenersi di speciale difficoltà, mentre tale non era la seconda fase (l'assistenza postoperatoria). La Corte ha dunque ritenuto che il concetto di "prestazione" di cui all'art. 2236 c.c. non consista nell'attività professionale complessivamente considerata, ma possa essere scomposto in ulteriori "unità elementari", quali altrettanti segmenti della prestazione complessa.

Tale argomento tuttavia forse prova troppo.

Se davvero la "prestazione" di cui all'art. 2236 c.c. può essere scomposta in unità più semplici, e se la "speciale difficoltà" richiesta dalla norma ora ricordata deve sussistere per ciascuna di tali "unità elementari", si potrebbe pervenire all'assurdo di non ravvisare mai quella speciale difficoltà, perché anche l'intervento chirurgico più complesso si compone di atti in sé elementari. Facciamo un esempio banale: a seguire il ragionamento della Corte, si potrebbe arrivare a dire che il cardiocirurgo infantile chiamato ad applicare un *patch* per ostruire un difetto interventricolare in un neonato non compia alcun intervento di speciale difficoltà, perché per eseguirlo deve: incidere col bisturi, e l'incisione non è atto di speciale difficoltà; praticare la sternotomia, che nemmeno è atto di speciale difficoltà; applicare il *patch* con punti di sutura, e la sutura non è atto di speciale difficoltà... e via estremizzando. Ma l'atto medico andrebbe riguardato nella sua struttura complessa ed articolata, e frazionarlo in tanti segmenti impedisce di coglierne la reale natura, e di conseguenza la sussistenza o meno della "speciale difficoltà" ex art. 2236 c.c.

Ma la recente sentenza sopra ricordata (20206/09) merita di essere ricordata anche nella parte in cui, chiamata a stabilire se l'accertata sussistenza di una "complicanza" sia di per sé sufficiente a superare la presunzione posta a carico del medico dall'art. 1218 c.c., ha dato risposta negativa, osservando in sostanza che anche quando è accertata la sussistenza di complicanze postoperatorie, ciò non esclude la colpa del medico, se non prova di avere fatto di tutto per eliminarle.

Deve tuttavia soggiungersi che, ai fini dell'accertamento della colpa del medico e/o del superamento della presunzione di colpa su di lui gravante, il concetto di "complicanza" appare fuorviante e pericoloso.

Tale concetto infatti, assai utilizzato nel mondo della medicina, non ha alcun diritto di cittadinanza in quello del diritto, dove è foriero solo di inutili equivoci.

Col lemma "complicanza" la medicina clinica e quella legale designano solitamente un evento dannoso, insorto nel corso dell'*iter* terapeutico, che pur essendo astrattamente prevedibile, non sarebbe evitabile. Tale nozione è del tutto inutile sul piano giuridico, dove non basta invocare salvificamente una "complicanza" per sottrarsi a responsabilità.

Se con quel lemma, infatti, si volesse designare un fattore causale autonomo, di per sé idoneo a produrre l'evento, non c'è bisogno di creare categorie concettuali *ad hoc*: le cause di per sé sufficienti a produrre l'evento dannoso escludono infatti la responsabilità, ai sensi dell'art. 41 c.p. (applicabile anche in materia di responsabilità aquiliana). Dunque più che di "complicanza", dovrebbe parlarsi in questo caso puramente e semplicemente di insussistenza d'un valido nesso causale tra l'azione (o l'omissione) e l'evento di danno.

Se, invece, con l'espressione "complicanza" si intendesse designare un fattore di esclusione della colpa del medico (caso fortuito), anche in questo caso tale concetto riuscirebbe inutile.

La responsabilità del medico, ricadente nell'ambito dell'art. 1218 c.c., è una ipotesi di responsabilità presunta, non una ipotesi di responsabilità oggettiva. Di conseguenza, il medico al quale si ascrive una condotta colposa, per liberarsi dalla presunzione di colpa, non è tenuto a fornire la prova concreta della causa reale del danno, ma è sufficiente che dimostri di essersi comportato in modo diligente e conforme alle *leges artis*. E', pertanto, del tutto inutile dal punto di vista giuridico stabilire quale sia stata la causa concreta della lesione o dell'evento letale che ha colpito il paziente, in quanto delle due l'una: o il medico non riesce a superare la presunzione di cui all'art. 1218 c.c., ed allora risponderà del danno; ovvero riesce a dimostrare di avere tenuto una condotta diligente, ed allora il processo finirà qui, e sarà inutile preoccuparsi di stabilire se il danno sia stato causato da un caso fortuito, dal fatto del terzo, da forza maggiore o da una "complicanza".

Detto altrimenti, all'esito del processo la diligenza del medico può risultare accertata oppure no, e nel primo caso la domanda verrà accolta per assenza di colpa, e non perché - pur sussistendo la colpa - l'evento costituisce una "complicanza"¹⁰⁸.

8. Il diritto comunitario. La direttiva sulle cure transfrontaliere.

Una importante novità in tema di responsabilità sanitaria è rappresentata dall'approvazione della Direttiva UE del Parlamento e del Consiglio del 9 marzo 2011 n. 24, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera.

In questa direttiva il legislatore comunitario, volendo conseguire l'obiettivo di favorire la circolazione dei cittadini dall'uno all'altro dei Paesi dell'Unione per finalità di cura, ha rilevato (cfr. il XXIII ed il XXIV "*Considerando*") che la mancanza di fiducia dei cittadini di uno Stato nei meccanismi di risarcimento del danno da attività sanitaria previsti da un altro Stato membro costituisce un ostacolo al ricorso all'assistenza sanitaria transfrontaliera.

Per ovviare a tale inconveniente, il già ricordato *Considerando XXIV* della Direttiva prevede che ciascuno Stato membro dovrebbe "*garantire che sussistano meccanismi di tutela dei pazienti e di risarcimento dei danni per l'assistenza sanitaria prestata sul loro territorio e che tali meccanismi siano appropriati alla natura o alla portata del rischio. La determinazione della natura e delle modalità di tali meccanismi dovrebbe tuttavia spettare allo Stato membro*".

La direttiva ha poi previsto l'obbligo per ciascuno Stato membro di informare in modo compiuto ed organico i propri cittadini circa la possibilità di ricevere assistenza sanitaria in un altro Stato membro, e di ottenere dallo Stato di appartenenza il rimborso o l'anticipazione dei relativi costi.

Stabilisce, in particolare, l'art. 6, comma 3, della Direttiva, che ciascuno Stato ha l'obbligo di istituire "punti di contatto", in grado di fornire ai pazienti le informazioni sui diritti dei pazienti, sulle procedure di denuncia e sui meccanismi di tutela, come pure sulle possibilità giuridiche ed amministrative disponibili per risolvere le controversie, anche in caso di danni derivanti dall'assistenza sanitaria transfrontaliera.

9. Conclusioni.

Ogni sistema organico di norme, come quello della responsabilità civile, deve perseguire un giusto equilibrio tra garanzia ed efficienza. Norme troppo garantiste verso il convenuto compromettono l'efficienza del sistema, ma per contro norme marcatamente volte a velocizzare e semplificare il processo compromettono le garanzie del convenuto.

In tema di responsabilità medica, per lunghi anni l'interpretazione giurisprudenziale ha privilegiato l'effetto di garanzia su quello di efficienza: ad esempio concependo il medico come *dominus* del rapporto col paziente ed unico titolare del diritto di scelta terapeutica, addossando al paziente l'onere

¹⁰⁸ In questi esatti termini Trib. Roma 7.7.2007, *Carloni c. Cantore*, inedita; Trib. Roma 5.6.2006, *Miceli c. Casagrande*, inedita; Trib. Roma 17.7.2005, *Angerami c. Allegri*, inedita.

della prova della colpa del sanitario, concependo in modo ampio la nozione di intervento di “speciale difficoltà” e la conseguente limitazione di responsabilità *ex art.* 2236 c.c.

All’inizio degli anni ‘90 è iniziata una revisione di questa vecchia impostazione, che ha portato ad una progressiva riduzione dei principi di garanzia, a beneficio di quelli di efficienza. E’ giunto ora il momento di chiedersi se questo processo non abbia a sua volta passato il segno, comprimendo le garanzie del convenuto al di sotto del minimo accettabile.

Proviamo, infatti, a metterci nelle vesti del medico convenuto in un giudizio di responsabilità medica. Che eccezioni solleveremo nella nostra comparsa? Non potremo dire “provi l’attore la fondatezza dei suoi assunti”, perché saremo gravati da una presunzione di colpa *ex art.* 1218 c.c., anche se nessun contratto abbiamo concluso col paziente. Non potremo dire che l’intervento era di speciale difficoltà, perché praticamente nessun intervento è tale per la giurisprudenza, ed anche se lo fosse saremmo sempre gravati dall’onere di provare che comunque l’insuccesso non poteva essere prevenuto. Non potremo dire che il nesso causale manca, perché sol che la cartella clinica sia meno che certolina, quest’ultimo potrà essere presunto dal giudice. *Dulcis in fundo*, anche se per mostro e miracolo si dimostrasse l’assoluta inesistenza di nesso causale tra la condotta del medico ed il danno del paziente, questi potrebbe sempre sostenere che comunque il sanitario, non intervenendo od intervenendo in modo imperito, gli ha fatto perdere la *chance* di guarire, che è danno diverso ed ulteriore rispetto a quello alla salute!

Un sistema così concepito, a mio modesto avviso, non è più un sistema di responsabilità per colpa, ma un sistema di responsabilità “di posizione”, dove il sanitario finisce per rispondere dell’insuccesso dell’intervento per il solo fatto di rivestire la qualifica di sanitario.

Certo, non si vuol qui sostenere che il sistema precedente alle innovazioni degli anni Novanta fosse preferibile: ma quello peccava per difetto di garanzia, il sistema attuale pecca del vizio opposto. Per recuperare un maggiore equilibrio, e garantire soprattutto decisioni più eque, specie ove si tenga conto della natura dell’attività sanitaria¹⁰⁹, a mio modesto avviso occorrerebbe smussare gli aspetti meno condivisibili del “sistema” ricostruito nelle pagine precedenti, attraverso poche e semplici regole operative.

(a) La prima regola dovrebbe essere quella di esigere sempre dall’attore che nell’atto di citazione sia chiaramente indicato in cosa sia consistita la colpa del medico (per erronea scelta terapeutica, per malaccorta esecuzione della pur corretta scelta terapeutica, per omessa informazione, per difettosa assistenza postoperatoria, ecc.), in rigorosa applicazione dell’art. 164 c.p.c. In questo caso si eviterebbero processi e sentenze “a sorpresa”, iniziati con l’attribuzione al medico di una certa condotta, e conclusi con la condanna del medico per una condotta ben diversa.

(b) La seconda regola dovrebbe essere quella di evitare accuratamente di delegare al c.t.u. eventualmente nominato giudizi prettamente giuridici, del tipo “dica se ci sia stata colpa nell’esecuzione dell’intervento”; “dica se il medico sia stato imperito od imprudente”; “dica se l’intervento era di speciale difficoltà”. Al c.t.u. si potrà al massimo domandare: (a) come si sarebbe dovuto eseguire l’intervento; (b) come è stato concretamente eseguito; (c) se l’eventuale scostamento tra le condotte (a) e (b) sia giustificato da elementi oggettivi. Una volta stabilito questo, dovrà essere il giudice e non il consulente a valutare se l’eventuale difformità tra condotta esigibile in astratto e condotta tenuta in concreto sia dovuta a colpa.

(c) La terza regola dovrebbe essere quella di espungere dallo strumentario delle decisioni in tema di responsabilità medica concetti estranei al mondo del diritto, quali quello di “complicanza”, come si è visto forieri di incertezze e confusioni.

(d) La quarta regola dovrebbe essere quella di ammettere che concetti come quello di “danno da perdita delle *chances* di guarigione” non sono che *escamotages* per aggirare le conseguenze del difetto di

¹⁰⁹ Anche i medici, come gli avvocati ed i giudici, debbono prendere decisioni: mentre però questi ultimi hanno tutto il silenzio e l’agio di riflettere nei propri studi o nelle camere di consiglio, correndo al più il rischio di provocare un danno patrimoniale, il medico deve spesso decidere in poche ore se non in pochi secondi, correndo il rischio di provocare ben altri danni che quelli patrimoniali.

prova del nesso causale. Se un nesso concepito in termini di “*condicio sine qua non*” non ci piace, ebbene lo si cambi attraverso una adeguata riflessione teorica, ma non lo si aggiri attraverso categorie concettuali dal dubbio aggancio con la realtà.

(e) La quinta regola dovrebbe essere un maggior *self restraint* della Corte di legittimità nel valutare - sia pure sotto l'apparenza del sindacato sulla motivazione - questioni di puro merito, come tali demandate al giudice di prima istanza¹¹⁰. Non saprei dire quale sia la causa profonda di questa tendenza, registrabile in tema di danno alla persona e di responsabilità medica più che altrove. Non si può in teoria escludere che quella appena segnalata sia una reazione inconscia degli organi giudicanti al fatto che i giudizi aventi ad oggetto la responsabilità del medico spesso vertono su vicende umane assai dolorose. Ma se così è, si tratterebbe di contaminazioni di natura metagiuridica, che non dovrebbero mai fare premio sulle regole del diritto.

¹¹⁰ Un esempio di questo modo di procedere può leggersi nella motivazione di Cass. 12.12.2008, n. 29191, in Resp. civ. prev., 2009, 811: in tale sentenza la Corte - con motivazione in verità non del tutto comprensibile - ha cassato la decisione di merito che aveva quantificato in 200 milioni di lire il danno biologico derivato da una invalidità permanente del 62%, sul presupposto che tale criterio di valutazione “*appare (...) in violazione dei principi consolidati che esigono (...) una analitica indicazione e valutazione delle componenti di tale danno*”. E tuttavia, poiché il giudice di merito si era attenuto nella quantificazione del grado di invalidità alla relazione peritale, non si vede davvero quali sarebbero dovute essere le “componenti” che ha ommesso di indicare.

Lo stesso ordine di rilievi può muoversi alla decisione pronunciata da Cass. 11.6.2009, n. 13530, la quale, sia pur facendo le viste di censurare un vizio di motivazione, nella sostanza ha sindacato non solo il merito della decisione impugnata, ma addirittura il contenuto della c.t.u. psichiatrica condivisa da quella sentenza, nella parte in cui aveva ritenuto che il danno psichico patito dalla vittima solo in parte era dovuto al fatto illecito, mentre per altra parte era dovuto ad altri fattori.

In realtà, a guardar le cose nella loro verità effettiva, in decisioni come quelle appena ricordate la Corte di legittimità sceglie puramente e semplicemente di sindacare il criterio equitativo, con risultati forse apprezzabili sul piano del caso concreto, ma deleteri sul piano della “tenuta” dell’ordinamento processuale.