

**LA RESPONSABILITÀ PER ATTIVITÀ MEDICO – CHIRURGICA
NELLA COMPLESSITÀ DEI RAPPORTI TRA MEDICO,
STRUTTURA SANITARIA E PAZIENTE NEGLI ORIENTAMENTI
DELLA SUPREMA CORTE ***

di Irene Ambrosi

SOMMARIO:

1. Natura della responsabilità della struttura e del medico in essa operante. – 1.1. Responsabilità contrattuale della struttura sanitaria nei confronti del paziente. – 1.2. (segue) Conseguenti corollari, in parte consolidati, in parte problematici. – 1.3. Responsabilità «da contatto» del medico operante nella struttura sanitaria nei confronti del paziente ricondotta al tipo contrattuale. – 2. Criteri di accertamento degli elementi costitutivi della responsabilità. – 2.1. La misura dell'obbligo ovvero il criterio della diligenza qualificata. – 2.2. (segue) Sul versante della responsabilità del medico. 2.3. (segue) Sul versante della responsabilità della struttura. 2.4. Garanzie del diritto di autodeterminazione del paziente. 3. La regola “del più probabile che non” nell'accertamento del nesso causale. 3.1 (segue) La regola “del più probabile che non” quale regola di funzione. – 4. I criteri di ripartizione dell'onere probatorio in tema di nesso causale.

1. Natura della responsabilità della struttura e del medico in essa operante.

Il tema della responsabilità civile derivante dallo svolgimento dell'attività medico-chirurgica continua a rappresentare per la giurisprudenza sia di legittimità sia di merito un laboratorio privilegiato per la elaborazione di regole e principi che, lungi dall'essere statici, risentono della continua evoluzione, da un lato, degli avanzamenti scientifici e tecnici in campo medico, dall'altro, dalla mutevolezza dei valori assunti nella coscienza sociale come meritevoli di tutela giuridica.

Echeggiano, nello sforzo ermeneutico compiuto dal diritto vivente in materia, le riflessioni dottrinali in tema di nuove funzioni della responsabilità civile¹ maturate nella consapevolezza dei suoi incerti confini e delle variabili frontiere del danno ingiusto².

Dalla scelta operata dalla giurisprudenza di legittimità di inquadrare la responsabilità della struttura sanitaria e del medico operante in essa, in quella

¹ Lipari, Le categorie civilistiche, 2013, 194 e ss.; Barcellona, L'ingiustizia del danno e il doppio regime di responsabilità, Art. 2043, art. 96 c.p.c., in Commentario al codice civile diretto da Gabrielli, a cura di Carnevali, Torino, 2011, 701; Scognamiglio, Il danno tanatologico e le funzioni della responsabilità civile, in Responsabilità civile e previdenza, 2015, 145 e ss.

² Castronovo, La nuova responsabilità civile, 2006, 443 e ss.; Galgano, Le mobili frontiere del danno ingiusto, in Contratto e Impresa, 1985, 1 e ss.

contrattuale discendono conseguenze ermeneutiche fondamentali sul piano dell'inquadramento sistematico dei rispettivi rapporti (l'uno tra struttura e paziente e l'altro, tra medico e paziente), tra loro distinti e autonomi, seppur tra loro saldamente connessi tenuto conto che l'opera intellettuale medica rimane il nucleo qualificante della prestazione sanitaria, pur quando questa si svolga nella cornice di una struttura ospedaliera³.

Muovendo da tale scelta, appare utile compiere una ricognizione dello stato degli arresti più significativi della Cassazione, recenti e meno recenti, nei diversi ambiti.

1.1. Responsabilità contrattuale della struttura sanitaria nei confronti del paziente.

La complessità e l'atipicità del legame che si instaura tra struttura e paziente che va ben oltre Come già accennato, la giurisprudenza della Suprema Corte da circa un ventennio ha costantemente inquadrato la responsabilità della struttura sanitaria all'interno della responsabilità contrattuale, sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto⁴.

In particolare, si è ritenuto e più volte ribadito che l'accettazione del paziente in una struttura pubblica o privata deputata a fornire assistenza sanitaria ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, trova la sua fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive (talvolta definito come contratto di ospedalità, talvolta come contratto di assistenza sanitaria) con effetti protettivi nei confronti del terzo.

Le Sezioni unite, nel confermare tale ricostruzione, hanno valorizzato la fornitura di prestazioni alberghiere atteso che, in virtù del contratto che si conclude con l'accettazione del paziente in ospedale, la struttura ha l'obbligo di fornire al paziente una prestazione assai articolata, definita genericamente di "assistenza sanitaria", che ingloba al suo interno, oltre alla prestazione principale medica, anche una serie di obblighi cd. di protezione ed accessori. Pertanto, la responsabilità della struttura ricondotta all'inadempimento di obblighi propri della medesima, per un verso, si muove sulle linee tracciate dall'art. 1218 c.c. e, per l'altro, in relazione alle prestazioni mediche che essa svolge per il tramite dei medici propri ausiliari, consente di abbandonare il richiamo, «alquanto artificioso, *alla disciplina del contratto d'opera professionale e di fondare, semmai, la responsabilità dell'ente per fatto dei dipendenti sulla base dell'art. 1228 c.c.*»⁵. Quindi, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal servizio sanitario nazionale o da altro ente), insorgono a carico della struttura (ente

³ Castronovo, op. cit. 2006, 480.

⁴ Per tutte: Sez. 3. n. 9085/2006, Manzo, Rv. 589631.

⁵ Così Sez. U. n. 577/2008, Segreto, Rv. 600903.

ospedaliero o casa di cura), accanto a obblighi di tipo *lato sensu* alberghieri, quelli 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. Con la conseguenza che la responsabilità della struttura (casa di cura o ente ospedaliero) nei confronti del paziente ha natura contrattuale che può dirsi “diretta” *ex art. 1218 c.c.* in relazione a propri fatti d’inadempimento (ad esempio in ragion della carente o inefficiente organizzazione relativa alle attrezzature o alla messa a disposizione dei medicinali o del personale medico ausiliario o paramedico o alle prestazioni di carattere alberghiero) e che può dirsi “indiretta” *ex art. 1228 c.c.* perché derivante dall’inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale ausiliario necessario dell’ente, pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato, comunque sussistendo “un collegamento” tra la prestazione da costui effettuata e la organizzazione aziendale della struttura, non rilevando in contrario al riguardo la circostanza che il sanitario risulti essere anche “di fiducia” dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto⁶.

A conferma della consolidata ricostruzione in termini autonomi delle rispettive responsabilità della struttura sanitaria nei confronti del paziente, da un lato e del medico nei confronti del paziente, dall’altro, va segnalata una recente pronuncia che, in una ipotesi in cui la domanda risarcitoria aveva ad oggetto solo l’operato del medico e non anche i profili strutturali e organizzativi della struttura sanitaria ha ritenuto che la transazione tra medico e danneggiato, con conseguente declaratoria di cessata materia del contendere, impedisce la prosecuzione dell’azione nei confronti della struttura medesima, perché questa è convenuta in giudizio solo in ragione del rapporto di lavoro subordinato col professionista, e dunque per fatto altrui, sicché la transazione raggiunta tra il medico e il danneggiato, escludendo la possibilità di accertare e dichiarare la colpa del primo, fa venir meno la responsabilità della struttura, senza che sia neppure possibile invocare l’art. 1304 c.c.⁷

Inoltre, in un’altra recente fattispecie, la Corte ha confermato la decisione di merito che aveva ritenuto per un verso l’operato del medico chirurgo scevro da responsabilità e per l’altro, responsabile l’azienda ospedaliera per lesioni derivate da un trapianto di cornee infette fornite dalla “banca degli occhi” gestita dalla stessa azienda⁸.

1.2. (segue) Conseguenti corollari, in parte consolidati, in parte problematici.

⁶ in tal senso, si vedano: Sez. 3. n.13066/2004, Manzo, Rv. 594562, Sez. 3. n.01698/2006, Varrone, Rv. 587618, Sez. 3. n.13953/2007, Trifone, Rv. 597575 e, infine, Sez. 3, n.18610/2015, Scrima, Rv. 636984.

⁷ Sez. 3, n.15860/2015, D’Amico, Rv. 636191.

⁸ Sez. 3, n.24213/2015, Rossetti, Rv. Rv. 637836.

Dall'inquadramento nella responsabilità contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria discendono i seguenti corollari.

In primo luogo, si è affermata l'irrelevanza della qualificazione pubblica o privata della struttura *«tenuto conto che sostanzialmente equivalenti sono a livello normativo gli obblighi dei due tipi di strutture verso il fruitore dei servizi, ed anche nella giurisprudenza si riscontra una equiparazione completa della struttura privata a quella pubblica quanto al regime della responsabilità civile anche in considerazione del fatto che si tratta di violazioni che incidono sul bene della salute, tutelato quale diritto fondamentale dalla Costituzione, senza possibilità di limitazioni di responsabilità o differenze risarcitorie a seconda della diversa natura, pubblica o privata, della struttura sanitaria»*⁹.

In secondo luogo, non assume più rilievo - ai fini della individuazione della natura della responsabilità della struttura sanitaria - se il paziente si sia rivolto direttamente ad una struttura sanitaria del Servizio Sanitario Nazionale o convenzionata oppure ad una struttura privata o se, invece, si sia rivolto ad un medico di fiducia che ha effettuato la prestazione presso una struttura privata¹⁰.

Neppure rileva, come costantemente ritenuto sin dalle pronunce anni 80', la sussistenza o meno di un rapporto di dipendenza del medico con la struttura, in quanto l'imprenditore risponde del fatto doloso e colposo dell'ausiliario, ancorché questo non sia alle sue dipendenze, in forza del principio fissato dall'art. 1228 c.c., sulla responsabilità del debitore per l'illecito di terzi di cui si avvalga per l'adempimento dell'obbligazione¹¹.

Da ultimo, in tema di rapporto tra medico generico e Azienda Sanitaria Locale in ordine al fatto illecito commesso dal medico generico, con essa convenzionato, nell'esecuzione delle prestazioni curative comprese tra quelle assicurate e garantite dal Servizio sanitario nazionale in base ai livelli stabiliti dalla legge, la giurisprudenza di legittimità ha ulteriormente chiosato che perché possa operare la responsabilità della Azienda Sanitaria Locale ex art. 1228 c.c. *«non è affatto dirimente la natura del rapporto che lega il debitore all'ausiliario, ma trova fondamentale importanza che il debitore in ogni caso si avvalga dell'opera del terzo nell'attuazione della sua obbligazione, ponendo tale opera a disposizione del creditore, sicché la stessa risulti così inserita nel procedimento esecutivo del rapporto obbligatorio»*¹².

Nello stesso ambito, possono inoltre registrarsi i seguenti profili problematici.

Un primo aspetto problematico è quello concernente i criteri di imputazione del rapporto qualora una struttura sanitaria sia gestita, in virtù di apposita convenzione, da un soggetto diverso dal proprietario. Si è al riguardo sottolineato che la Convenzione tra Università ed enti ospedalieri o unità

⁹ così, Sez. U. n. 577/2008, Segreto, Rv. 600903

¹⁰ In tal senso, ancora Sez. U. n. 577/2008, Segreto, Rv. 600903.

¹¹ Sez. 3, n. 1855/1989, Taddeucci, Rv. 462532, Sez. 1, n. 1883/1998, Carbone, Rv. 512887.

¹² Sez. 3, n.06243/2015, Vincenti, Rv. 635072.

sanitarie locali può dar luogo, quanto all'attività di assistenza sanitaria ed in modo rilevante per i terzi, al trasferimento dalla prima ai secondi della gestione delle cliniche universitarie, tenuto conto che l'elemento idoneo ad individuare il soggetto titolare del rapporto instaurato con il paziente (e con il medico) ed a conseguentemente fondare la correlativa responsabilità è quello della «*diretta gestione*» della clinica¹³. Con riferimento ad una fattispecie nella quale un degente aveva subito danni alla persona in conseguenza di un intervento chirurgico, eseguito all'interno di una clinica di proprietà di una università privata, ma concessa in uso, in virtù di apposita convenzione, ad una università pubblica e nella quale operavano medici dipendenti di quest'ultima, la Suprema Corte ha affermato che dei danni causati dai medici ivi operanti è tenuto a rispondere il soggetto che ha la diretta gestione dell'ospedale, e non il proprietario, in quanto è col primo e non col secondo che il paziente stipula, per il solo fatto dell'accettazione nella struttura, il contratto atipico di ospedalità. La Corte sulla base di tale principio ha confermato la decisione di merito che aveva condannato l'università pubblica a risarcire il danno del paziente e rigettato la domanda di regresso formulata da quest'ultima ex art. 2055 c.c. nei confronti dell'ente proprietario dell'ospedale¹⁴.

Ulteriore profilo problematico è quello relativo all'applicabilità della disciplina di cui all'art. 33, comma 2, lett. u), del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, concernente il cd. "foro del consumatore", ai rapporti tra pazienti e struttura sanitaria pubblica e/o privata operante in regime di convenzione con il Servizio Sanitario Nazionale. Dapprima, la Corte ne aveva escluso l'applicabilità per un duplice ordine di ragioni, la prima, perché, pur essendo l'organizzazione sanitaria imperniata sul principio di territorialità, l'assistito ha la possibilità di 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.; la seconda, perché la struttura sanitaria non opera per fini di profitto, e non può quindi essere qualificata come "imprenditore" o "professionista"¹⁵. Più di recente, invece, ne ha affermato l'applicabilità limitatamente alle controversie relative ad eventuali prestazioni aggiuntive rese nell'ambito del rapporto contrattuale intercorrente tra un utente ed una struttura del Servizio Sanitario Nazionale (o convenzionata), i cui costi siano posti direttamente a carico del primo. Nella specie, il contratto aveva ad oggetto una prestazione resa al di fuori delle procedure del S.S.N. ovvero un intervento operatorio eseguito da un medico scelto dal paziente ed operante come libero professionista, sebbene nell'espletamento di attività intramuraria. Secondo la Corte, ai fini dell'applicazione del foro del consumatore, diventa imprescindibile valutare la natura del rapporto o della prestazione che ne è oggetto, con la conclusione che il foro del consumatore è in

¹³ Così, Sez. 3, n. 9198/1999 Vittoria, Rv. 529566.

¹⁴ In tal senso: Sez. 3, n. 24791/2008, Scarano Rv. 605179.

¹⁵ Sez. 6-3, n. 8093/2009, Frasca, Rv. 607875.

linea tendenziale applicabile all'utente del Servizio Sanitario Nazionale «*previo riscontro della idoneità del relativo rapporto ad essere ricondotto sotto le norme del codice del consumo di volta in volta considerate*»¹⁶.

1.3. Responsabilità «da contatto» del medico operante nella struttura sanitaria nei confronti del paziente ricondotta al tipo contrattuale.

Sul versante dell'obbligazione del medico dipendente dalla struttura sanitaria nei confronti del paziente, la giurisprudenza di legittimità, con orientamento consolidato, ha dagli ultimi anni 90' affermato che ancorché non fondata sul contratto, ma sul «*contatto sociale*», anche essa viene ricondotta al tipo contrattuale in quanto si fonda sull'affidamento che il professionista crea per essere stato prescelto per rendere l'assistenza sanitaria dovuta e la sua prestazione, per quanto non derivante da contratto, ma da altra fonte *ex art. 1173 c.c.*, assume un contenuto contrattuale¹⁷.

La teoria del contatto sociale, elaborata dalla dottrina italiana sulla scorta di quella tedesca è stata, dapprima utilizzata dalla giurisprudenza nelle ipotesi di danni subiti da un paziente a causa della non diligente esecuzione della prestazione da parte di un medico dipendente di un ente ospedaliero e, poi, utilizzata in una varietà di casi accomunati dalla violazione di obblighi di comportamento posti dall'ordinamento a carico di determinati soggetti.

La responsabilità da contatto sociale si caratterizza come responsabilità per inadempimento senza obblighi di prestazione contrattualmente assunti, in fattispecie di danno di difficile inquadramento sistematico, «ai confini tra contratto e torto». Vengono ricondotte ad essa, ipotesi in cui la responsabilità extracontrattuale appare insufficiente, in quanto generica responsabilità del «chiunque», e nelle quali manca il fulcro del rapporto obbligatorio, costituito dalla prestazione vincolante. Fonte della prestazione risarcitoria non è ne' la violazione del principio del *neminem laedere*, né l'inadempimento della prestazione contrattualmente assunta, ma la lesione di obblighi di protezione, di comportamento, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi esposti a pericolo in occasione del contatto stesso. Il rapporto che scaturisce dal "contatto" è ricondotto allo schema della obbligazione da contratto.

Acutamente la dottrina ha, per un verso, inquadrato la responsabilità da contatto sociale nella zona di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale¹⁸ e, per l'altro, storicizzato la teorizzazione relativa all'obbligazione senza prestazione in ragione del limite costituito dalle categorie tradizionali le quali non consentirebbero di andare oltre «*le colonne del diritto soggettivo, ma anche perché si intuisce che, oltre queste colonne,*

¹⁶ Sez. 6-3, n. 27391/2014, Frasca, Rv. 633920.

¹⁷ Cfr. Sez. 3, n. 589/1999, Segreto, Rv. 522538.

¹⁸ Lipari, op. cit., 2013, 194 e ss.

vi è uno spazio che non ammette di essere abbandonato all'irrelevanza giuridica»¹⁹.

Per avere un'idea quantitativa dell'impatto della teoria sulla pratica, basta operare una ricerca con le parole "contatto sociale" nella banca dati *Italgiureweb* del Centro elettronico di documentazione della Corte di cassazione per ottenere (dal 1999 al 2015) il dato complessivo di 205 decisioni, 23 delle quali risultano massimate.

Per quanto concerne l'obbligazione del medico nei confronti del paziente, efficacemente ha spiegato la Suprema Corte che tale situazione ricorre in presenza di un operatore di una professione cd. protetta (per l'esercizio della quale è richiesta una speciale abilitazione), particolarmente quando essa, come la professione medica, abbia ad oggetto beni costituzionalmente garantiti come il bene della salute tutelato dall'art. 32 Cost.²⁰.

Come opportunamente osservato in dottrina, la stessa qualificazione professionale del medico genera inevitabilmente un affidamento nei soggetti che su di essa fanno conto sulla base di un contatto sociale funzionale, cioè originariamente volto ad uno specifico fine, «*affidamento dal quale, in forza del principio di buona fede, nascono obblighi di conservazione della sfera giuridica altrui che si interpongono tra la condotta e il danno e sottraggono l'eventuale responsabilità al regime del torto aquiliano*»²¹.

Nel 2008, le Sezioni unite hanno ribadito l'assunto secondo cui l'obbligazione del professionista operante in una struttura sanitaria non è fondata sul contratto, ma sul contatto sociale, cui si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire gli interessi emersi o esposti a pericolo in occasione del contatto stesso e hanno precisato che la responsabilità da contatto caratterizza la categoria più ampia dei cd. contratti di protezione, quali sono quelli che si concludono nel settore sanitario e consente di riconoscere tutela, oltre al paziente, a soggetti terzi, ai quali si estendono gli effetti protettivi del contratto²².

In applicazione di tale estensione, difatti, si è riconosciuta tutela, oltre alla gestante, al nascituro, subordinatamente alla nascita e al padre, nel caso di omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata²³.

1.4. (segue) Utilizzazione del contatto sociale in altri ambiti.

In questa ottica di protezione, il contatto sociale, è stato utilizzato in

¹⁹ Barcellona, op. cit. 2011, 139 e ss.

²⁰ In tal senso, Sez. 3. n. 9085/2006, Manzo, Rv. 589631.

²¹ Castronovo, op. cit. 2006, 482- 483..

²² Così Sez. U. n. 00577/2008, Segreto, Rv. 600903

²³ Cfr., rispettivamente, v. Sez. 3, n. 11503/1993, Segreto, Rv. 484431 e Sez. 3, n. 06735/2002, Vittoria, Rv. 554299; pronunce citate, tra l'altro, in Sez. U., n. 26972/2008, Preden, Rv. 605492

ulteriori ambiti simili rispetto a quello della professione medica, ad esempio, con riferimento a quella forense²⁴, a quella bancaria²⁵ e a quella di mediazione²⁶ e, addirittura, esportato fuori dall'ambito delle responsabilità professionali, come nel caso dell'insegnante, dipendente dell'istituto scolastico, ritenuto responsabile in solido con l'istituto, del danno da autolesione procuratosi dall'allievo; in tale ipotesi, è stato precisato che tra precettore e alunno si instaura, per contatto sociale, un rapporto giuridico, nell'ambito del quale l'insegnante assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona²⁷ e come, ancora, nel peculiare interessante caso di danno conseguente a inesatte informazioni (nella specie previdenziali), attinenti al rapporto di lavoro, fornite, a richiesta, dall'ex datore di lavoro al lavoratore. In tale ipotesi, l'obbligo di comportamento in capo al datore di lavoro rispetto a informazioni in suo possesso attinenti al rapporto di lavoro che non sia più attuale, trova fondamento nell'affidamento che l'ex dipendente ripone nell'ex datore di lavoro, quale detentore qualificato delle informazioni relative ad un rapporto contrattuale ormai concluso, in un contesto che ha sullo sfondo la tutela costituzionale apprestata al lavoro dall'art. 35 Cost.²⁸. Vanno segnalate, infine, le precisazioni di particolare rilievo, - in tema di evoluzione giurisprudenziale della responsabilità da contatto sociale tra medico e paziente - fornite da due recenti pronunce; la prima occupandosi della disposizione di esonero dalla responsabilità sostitutiva, prevista a carico dello Stato ospitante per ogni evento dannoso provocato da atto, comportamento o fatto posto in essere da un soggetto civile o militare straniero nell'esercizio delle sue funzioni (come disposto dall'art. VIII, paragrafo 5, della Convenzione di Londra del 19 giugno 1951, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 30 novembre 1955, n. 1335), ha affermato che tale esonero opera allorché la richiesta di indennità trovi la sua ragione giustificativa nell'applicazione di un contratto, da intendere - secondo i canoni internazionali pattizi - come accordo bilaterale o plurilaterale su singole clausole, che vanno adempiute dalle parti contraenti. Nella specie, è stata confermata la sentenza con cui il giudice di merito ha escluso che l'esonero da responsabilità potesse operare in favore dello Stato italiano, in relazione alla domanda risarcitoria da errato trattamento medico effettuato in Italia da una struttura sanitaria statunitense, proposta dal coniuge di un militare - e poi dipendente civile - della *U.S. Navy*, ritenendo estranea alla nozione di contratto, di cui alla norma summenzionata, quella del contatto sociale frutto di elaborazione giurisprudenziale interna²⁹.

²⁴ V. Sez. U. n. 6216/2005, Morelli, Rv. 580918

²⁵ V. Sez. U. n. 14712/2007, Rordorf, Rv. 597395

²⁶ V. Sez. 3 n. 16382/2009, Spagna Musso, Rv. 609183

²⁷ Cfr. Sez. U. n. 09346/2002, Preden, e nello stesso senso più di recente Rv. 555386 Sez. n. 02413/2014, Cirillo, Rv. 630341.

²⁸ Cfr. Sez. 3 15992/2011, Carluccio, Rv. 619454.

²⁹ Sez. 3, n.07909/2014, Vivaldi, Rv. 630750.

La seconda ha chiarito come il primario ospedaliero, in ferie al momento del contatto sociale, del ricovero e dell'intervento, non possa essere chiamato a rispondere delle lesioni subite da un paziente della struttura ospedaliera solo per il suo ruolo di dirigente, non essendo configurabile una sua responsabilità oggettiva; in proposito, viene osservato opportunamente che *«nella evoluzione giurisprudenziale intorno al contatto sociale ed alla coesistenza tra la funzione apicale del reparto e la sua organizzazione, la responsabilità civile attiene alla imputabilità soggettiva dello inadempimento, che qui manca all'origine del primo contatto, del primo ricovero e del primo intervento»*³⁰.

La dottrina, prendendo spunto dalla modifica al codice civile intervenuta in Germania (§ 311 BGB) che ha ricondotto la rilevanza della teoria del contatto sociale nell'ambito della *culpa in contraendo* e ne ha limitato l'operatività al versante dei rapporti di cortesia, ha posto in luce l'autonomia della rielaborazione compiuta dalla letteratura civilistica italiana della teoria di origine tedesca che, sviluppando l'idea di un rapporto obbligatorio privo di prestazione ed intuendone le potenzialità, l'ha utilizzata per *«dare forma giuridica a rapporti altri da quello precontrattuale, ma con essi caratterizzati da uno scopo e, in relazione a questo, qualificati da un affidamento reciproco tra le parti, adottando tale modello in una serie di fattispecie nelle quali in particolare la qualificazione professionale di una delle parti rende plausibile il sorgere di un affidamento sul quale la buona fede, così come nella culpa in contrahendo, ha potuto essere analogamente accreditata del ruolo di fonte di obblighi di protezione la cui violazione ha iscritto la responsabilità nell'area contrattuale, nel momento in cui reciprocamente, i soggetti interessati non potevano considerarsi, proprio in ragione dello scoccato affidamento, alla stregua di passanti reciprocamente estranei»*³¹.

Vanno per completezza segnalati taluni sporadici disallineamenti contenuti in alcune pronunce di legittimità rispetto al consolidato orientamento secondo cui la responsabilità contrattuale da contatto è ravvisabile soltanto nel rapporto tra medico (operante nella struttura) e paziente³². Ma non pare che tali disallineamenti abbiano condizionato in alcun modo il consolidato orientamento

³⁰ Sez. 3, n.06438/2015, Petti, Rv. 634965.

³¹ Castronovo, op. cit. , 2015, 131, nota 100, 133 e ss.

³² Invero, in un passaggio contenuto nelle c.d. sentenze gemelle delle Sez. U., nn. 26972, 26973, 26974 e 26975/2008, Preden, Rv. 605494, dovuto probabilmente ad un mero *lapsus calami* - al fine di sostenere la tesi secondo cui anche gli interessi di natura non patrimoniale possono assumere rilevanza nell'ambito delle obbligazioni contrattuali - si prendeva ad esempio la categoria dei cd. contratti di protezione che *«sono quelli che si concludono nel settore sanitario»* e pur richiamando Sez. U. n. 589/1999, Segreto, Rv.522538 e le successive pronunce conformi, si affermava che *«quanto alla struttura [tali pronunce] hanno applicato il principio della responsabilità da contatto sociale qualificato»*. Ancora più di recente Sez. 3, n. 4030/2013, Petti, non massimata, in un passo della motivazione ha affermato a proposito delle modifiche normative recate dal decreto legge Balduzzi che la novella ha innovato soltanto la responsabilità penale del medico, mentre quella civile *«segue le sue regole consolidate, e non solo per la responsabilità aquiliana del medico, ma anche per la c.d. responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria, da contatto sociale»*.

di cui si è tentato di ricostruire in sintesi l'*excursus*.

2. Criteri di accertamento degli elementi costitutivi della responsabilità.

Ferma la natura contrattuale delle distinte responsabilità della struttura sanitaria e del medico nei confronti del paziente, l'analisi che segue, senza alcuna pretesa di completezza e al fine di percorrere un tracciato sicuro, non può che prendere le mosse dalla struttura della responsabilità civile, di cui la responsabilità sanitaria costituisce "sottosistema"³³ valendo per questa, gli elementi costitutivi di quella: ovvero la condotta, il danno ingiusto (cioè lesivo di un interesse giuridicamente protetto) e il nesso di causalità tra la prima ed il secondo.

Ci si propone quindi di limitare l'esame al primo e al terzo di tali elementi (condotta e nesso), analizzando i criteri utilizzati dalla giurisprudenza di legittimità per accertare, per un verso, il contenuto degli obblighi di diligenza e, per l'altro, i criteri di ricostruzione del nesso causale e di ripartizione dell'onere probatorio con riferimento al rapporto trilatero tra paziente, struttura sanitaria e medico operante in essa.

2.1. La misura dell'obbligo ovvero il criterio della diligenza qualificata.

Criterio di valutazione della condotta nella responsabilità sia della struttura sanitaria sia del medico, è quello della diligenza che, per la prestazione a contenuto professionale, come è quella in esame, deve "valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata" come recita l'art. 1176, comma 2, c.c.

In termini generali, è stato autorevolmente affermato in dottrina che «*la diligenza misura l'obbligo cui il soggetto è tenuto*» e che, con riferimento alla responsabilità in campo medico, la giurisprudenza della Corte di cassazione ha da tempo assunto un orientamento assai rigoroso nell'esigere che il medico presti la sua attività con diligenza scrupolosa e superiore alla media³⁴. Tale analisi trova conferma nell'esame degli ultimi trenta anni di giurisprudenza di legittimità secondo cui la nozione del professionista medio, lungi dal riferirsi ad un professionista «*mediocre*» sottende un professionista «*bravo*»: *ovvero serio, preparato, zelante, efficiente*³⁵.

2.2. (segue) Sul versante della responsabilità del medico.

In tema di responsabilità del professionista medico, un cenno merita la regola di cui all'art. 2236 c.c. che limita la responsabilità del prestatore d'opera

³³ Come affermato sin da Sez. 3, n.009471/2004, Travaglino, Rv. 572947.

³⁴ Bianca, *Il contratto*, Diritto civile, 3 vol., Milano, 1990, 478.

³⁵ Sin da Sez. 3, Sentenza n. 3616/1972 Minerbi, Rv. 361619, per giungere, da ultimo, a Sez. 3, n.24213/2015, Rossetti, Rv. 637836.

ai casi di dolo e colpa grave «se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà» . Correttamente in dottrina si è osservato al riguardo, per un verso, che sono pochi i casi in cui la giurisprudenza ha fatto riferimento a tale norma e, per l'altro, che la valutazione del carattere normale o eccezionale del problema offerto alla soluzione del professionista offre ampi spazi di manovra al prudente apprezzamento del giudice³⁶. La giurisprudenza, dal suo canto, ha precisato che la distinzione fra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà non vale come criterio di ripartizione dell'onere della prova, ma rileva soltanto ai fini della valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, spettando, al sanitario la prova della particolare difficoltà della prestazione, in conformità con il principio di generale *favor* per il creditore danneggiato cui l'ordinamento è informato (che avrebbe, in quel caso, l'onere di provare la colpa grave)³⁷ .

La giurisprudenza ha chiarito che una semplice «complicanza» non equivale a speciale difficoltà dell'intervento medico e non esclude la colpa del sanitario. Pertanto, la regola della speciale difficoltà per consolidato orientamento non si applica agli interventi di *routine* e di facile esecuzione³⁸.

In tema di onere della prova della diligenza, la Corte ha pure di recente affermato come al medico convenuto in un giudizio di responsabilità - per superare la presunzione a suo carico posta dall'art. 1218 c.c. - non basti dimostrare che l'evento dannoso per il paziente costituisca una «complicanza», rilevabile nella statistica sanitaria, dovendosi ritenere tale nozione priva di rilievo sul piano giuridico e soltanto indicativa «nel lessico medico» di un evento, insorto nel corso dell'*iter* terapeutico, astrattamente prevedibile, nel cui ambito il peggioramento delle condizioni del paziente può solo ricondursi ad un fatto o prevedibile ed evitabile, e dunque ascrivibile a colpa del medico, ovvero non prevedibile o non evitabile, sì da integrare gli estremi della causa non imputabile³⁹.

Il criterio della diligenza «qualificata» posto dall'art.1176, 2° comma ,c.c., costituisce dunque regola generale di valutazione del comportamento del

³⁶ Di Majo, Delle obbligazioni in generale, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano.1988, 437.

³⁷ Sez. 3 n.22222/2014, Scarano, Rv. 633277 con cui è stata cassata la sentenza di merito che aveva respinto la domanda di risarcimento danni di una paziente per la lesione di una corda vocale conseguente ad un intervento di tiroidectomia, ritenendolo, da un lato, di non facile esecuzione ed omettendo, dall'altro, di valutare la condotta del medico specialista alla stregua del criterio di diligenza qualificata.

³⁸ 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); - la diagnosi precoce nel neonato della fenilchetonuria (Cass. 2.2.2005 n. 2042, in Giur san, 2005, 365); -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 Giust. civ., 2006, I, 2186); - la corretta immobilizzazione delle articolazioni di un arto ustionato (Cass. 3.3.1995 n. 2466, in Giur. it., 1996, I, 1); - l'elettroshock (Cass. 15.12.1972 n. 3616, in Resp. civ. prev., 1973, 243).

³⁹ Sez. 3, n.13328/2015, Rossetti, Rv. 636015.

debitore e di apprezzamento dell'esattezza della prestazione dovuta ai fini di cui all'art.1218 c.c.

E' stato anche precisato che la diligenza esigibile dal medico nell'adempimento della sua prestazione professionale, pur essendo quella "qualificata" (nella massima si è preferita l'aggettivazione "rafforzata"), non è sempre la medesima, ma varia col variare del grado di specializzazione di cui sia in possesso il medico e del grado di efficienza della struttura in cui si trova ad operare. Da ciò consegue che da un medico di alta specializzazione ed inserito in una struttura di eccellenza è esigibile una diligenza più elevata di quella esigibile, dinanzi al medesimo caso clinico, da parte del medico con minore specializzazione od inserito in una struttura meno avanzata⁴⁰.

Nello stesso segno, si è aggiunto altresì che al professionista e (*a fortiori* allo specialista) è richiesta una diligenza "particolarmente qualificata" dalla perizia e dall'impiego di strumenti tecnici adeguati al tipo di attività da espletare e dallo *standard* professionale della categoria cui si appartiene e l'impegno dovuto dal professionista, se si profila superiore a quello del comune debitore, va considerato viceversa corrispondente alla diligenza normale in relazione alla specifica attività professionale o lavorativa esercitata, giacché il medesimo deve impiegare la perizia ed i mezzi tecnici adeguati allo *standard* professionale o lavorativo della sua categoria; tale *standard* valendo a determinare, in conformità alla regola generale, il contenuto della perizia dovuta e la corrispondente misura dello sforzo diligente adeguato per conseguirlo, nonché del relativo grado di responsabilità.

Così, da ultimo, in una interessante fattispecie in cui un aiuto primario, in caso di impedimento del primario, aveva omesso di eseguire un intervento chirurgico urgente, la Corte ha affermato che il predetto viola gli obblighi su di esso gravanti, i quali includono non solo quello di attivarsi secondo le regole dell'arte medica, avuto riguardo al suo *standard* professionale di specialista, ma anche di salvaguardare, ai sensi dell'art. 1375 c.c., la vita del paziente. Il caso riguardava i danni irreversibili patiti dal nato in conseguenza del ritardo con cui avevano effettuato il taglio cesareo durante il parto. Sotto il profilo più generale dell'adempimento delle obbligazioni, particolarmente significativo il richiamo che la pronuncia fa agli obblighi di buona fede oggettiva o correttezza, quale generale principio di solidarietà sociale la cui violazione comporta l'insorgenza di responsabilità (anche extracontrattuale) che si concreta nel «*mantenere un comportamento leale, osservando obblighi di informazione e di avviso nonché di salvaguardia dell'utilità altrui - nei limiti dell'apprezzabile sacrificio - dalla cui violazione conseguono profili di responsabilità in ordine ai falsi affidamenti anche solo colposamente ingenerati nei terzi*»⁴¹.

In ordine alla scelta di un trattamento terapeutico o di un metodo di

⁴⁰ In tal senso, v. Sez. 3, n. 17143/2012, Scarano, Rv. 623986.

⁴¹ Sez. 3, n. 7682/2015, Scarano, Rv. 633277; in proposito, cfr. in dottrina, Bianca, op. cit. 1990, 478 e v. inoltre Sez. U., n. 28056/2008, Morcavallo, Rv. 605685.

intervento rischiosi, la Corte ha ribadito un principio già affermato⁴², secondo cui, qualora nel corso di un trattamento terapeutico o di un intervento, emerga una situazione la cui evoluzione può comportare rischi per la salute del paziente, il medico, che abbia a disposizione metodi idonei ad evitare il verificarsi della situazione pericolosa, è tenuto ad impiegarli, essendo suo dovere professionale applicare metodi che salvaguardino la salute del paziente, preferendoli a quelli che possano anche solo esporla a rischio, sicché, ove egli privilegi il trattamento più rischioso e la situazione pericolosa si determini, non riuscendo egli a superarla senza danno, la colpa si radica già nella scelta inizialmente compiuta. Il caso riguardava i danni lamentati in conseguenza di intervento microchirurgico di asportazione di ernia discale per via *trans* articolare all'esito del quale si era reso necessario un altro intervento (dopo tre giorni) effettuato con tecnica *trans* toracica con esito finale di lesione dell'integrità psico-fisica del 68%.

2.3. (segue) Sul versante della responsabilità della struttura.

Quanto alla responsabilità della struttura, è stato precisato, che *«anche il pieno rispetto della normativa vigente»* in materia di dotazioni *«non esime affatto da responsabilità la struttura ospedaliera se, in relazione proprio a quelle condizioni di partenza pur non ottimali, le condotte degli operatori siano valutate comunque inadeguate»*. Spiega la Corte in proposito che la responsabilità di una struttura ospedaliera di emergenza per contratto cd. di spedalità deriva dall'obbligo di erogare la propria prestazione con massima diligenza e prudenza; essa comprende, oltre all'osservanza delle normative di ogni rango in tema di dotazione e struttura delle organizzazioni di emergenza, la tenuta in concreto, per il tramite dei suoi operatori, di condotte adeguate alle condizioni disperate del paziente, anche in rapporto alle precarie o limitate disponibilità di mezzi o risorse, pur conformi alle dotazioni o alle istruzioni previste dalla normativa vigente, adottando di volta in volta le determinazioni più idonee a scongiurare l'esito infausto⁴³.

Una recente pronuncia ha affrontato la questione della natura delle Linee Guida⁴⁴ e ha affermato - in tema di accertamento giudiziale della paternità - come le cd. linee guida di esecuzione delle indagini genetiche, dettate dalle principali associazioni internazionali di studiosi ed operatori della genetica forense, sebbene prive di forza cogente in quanto non tradotte in protocolli

⁴²Cfr. Sez. 3, n.19213/2015, Scarano, Rv. 637015; principio già affermato da Sez. 3, n. 8875/1998, Vittoria, Rv. 518666.

⁴³ da Sez. 3, n. 21090/2015, De Stefano, Rv. 637449.

⁴⁴ Sez. 1, n. 16229/2015, Genovese, Rv. 636498. Le L.G. possono essere definite come forme codificate del sapere scientifico in continua evoluzione e che operano come direttiva scientifica per l'esercente le professioni sanitarie, con una funzione di orientamento. Attualmente il sistema nazionale delle linee Guida è gestito dall'Istituto Superiore della Sanità, ma a queste L.G. se ne aggiungono altre formulate dalla Regioni, dalle Aziende Ospedaliere e addirittura dalle Compagnia assicurative.

imposti da norme di legge o di regolamento, costituiscono regole comportamentali autoimposte e normalmente rispettate, volte ad assicurare, sulla base delle acquisizioni tecnico-scientifiche del tempo, risultati peritali attendibili e verificabili. E' evidente che il sapere scientifico medico non può essere standardizzato e dunque le linee guida non eliminano la libertà del professionista medico nella scelta terapeutica, piuttosto hanno una funzione di orientamento sia per il professionista che per il giudice che ne dovrà discernere il valore a seconda dell'accREDITAMENTO scientifico del soggetto e della comunità che le ha prodotte, il grado di indipendenza da interessi economici condizionanti e l'ampiezza del consenso che si è formato intorno ad esse. Il giudice compirà questa verifica avvalendosi di un perito per l'acquisizione delle informazioni necessarie e poi verificando il grado di accREDITAMENTO delle regole contenute nelle linee guida presso la comunità scientifica.

2.4. Garanzie del diritto di autodeterminazione del paziente.

Sul dovere del medico di informare il paziente in ordine al trattamento sanitario, la Corte di cassazione ha già precisato che esso costituisce prestazione altra e diversa da quella dell'intervento medico richiestogli, assumendo autonoma rilevanza ai fini dell'eventuale responsabilità risarcitoria in caso di mancata prestazione da parte del paziente,⁴⁵. In tale solco, è stato ulteriormente precisato che il diritto all'autodeterminazione è diverso dal diritto alla salute, sebbene entrambi trovino fondamento nell'art. 32 Cost.; difatti, il primo attiene al diritto fondamentale della persona di esprimere mediante il consenso informato consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico e il secondo, ha riguardo alla tutela del diverso diritto fondamentale alla salute. Pertanto, l'autonoma rilevanza della condotta di adempimento della prestazione medica dà luogo ad un danno suscettibile di ulteriore e autonomo risarcimento rispetto a quello dovuto per la violazione dell'obbligo di informazione⁴⁶. Sul tema, ulteriore interessante precisazione è contenuta in una recente pronuncia che torna ad esaminare la delicata questione della violazione degli obblighi di informazione da parte del medico in tema di scelte diagnostiche e cassa la decisione di merito che aveva omesso di valutare la lesione del diritto di autodeterminazione della gestante la quale, a seguito del referto negativo del *bi-test*, che pure non escludeva con certezza la presenza di una patologia genetica, non era stata informata in modo completo della possibilità di ricorrere ad altro esame (amniocentesi) dagli esiti più certi⁴⁷.

Per ultimo, va pure segnalato che è stata rimessa all'esame delle Sezioni Unite la soluzione di un contrasto di giurisprudenza insorto sul tema del danno da nascita indesiderata per omessa diagnosi prenatale (ricorrente quando, a causa

⁴⁵ v. Sez. 3 Sez. 3, n. 11950/2013, Carleo, Rv. 626347.

⁴⁶ In tal senso Sez. 3, n.02854/2015, Scarano, Rv. 634415.

⁴⁷ Cfr. Sez. 3, n. 24220/2015, Barreca.

del mancato rilievo dell'esistenza di malformazioni congenite del feto, la gestante perda la possibilità di interrompere la gravidanza), contrasto che si incentra su due questioni: quella relativa ai criteri di ripartizione dell'onere probatorio e quella concernente la legittimazione del nato alla richiesta risarcitoria in ordine al diritto all'autodeterminazione⁴⁸. Le Sezioni Unite a risoluzione del contrasto hanno affermato, quanto alla prima questione, che la madre è onerata dalla prova controfattuale della volontà abortiva, ma può assolvere l'onere mediante presunzioni semplici; quanto alla seconda, che il nato con disabilità non è legittimato ad agire per il danno da «vita ingiusta», poiché l'ordinamento ignora il «diritto a non nascere se non sano»⁴⁹.

3. La regola “del più probabile che non” nell'accertamento del nesso causale.

Il nesso di causalità è quello tra gli elementi costitutivi della responsabilità a porre le più difficili questioni in termini ermeneutici e costituisce un tema “classico” sul quale sia la dottrina sia la giurisprudenza si sono misurate e che in ragione delle difficoltà di ricostruzione teorica è stato definito «nozione oscura»⁵⁰.

Il nesso è la relazione che pone in collegamento la condotta con il danno e che identifica l'uno come conseguenza dell'altra.

La letteratura giuridica in argomento è sterminata⁵¹ e le soluzioni proposte dalla giurisprudenza evidenziano che la questione non è ancora compiutamente risolta e sconta - quali fattori di criticità - la disomogeneità tra gli orientamenti adottati in ambito sia penalistico sia civilistico e la complessità di materie assai delicate, come l'infortunistica o la responsabilità professionale, le cui peculiarità specifiche hanno posto in discussione la tenuta di una ricostruzione sistematica unitaria.

Al fine di sottolinearne le difficoltà ermeneutiche di inquadramento

⁴⁸ Ordinanza interlocutoria Sez. 3, n. 3569/2015, Sestini.

⁴⁹ Sez. U., n. 25767/2015, Bernabai, Rv. 637625 e 737626; si riportano di seguito entrambe le massime: 1) In tema di responsabilità medica da nascita indesiderata, il genitore che agisce per il risarcimento del danno ha l'onere di provare che la madre avrebbe esercitato la facoltà d'interrompere la gravidanza - ricorrendone le condizioni di legge - ove fosse stata tempestivamente informata dell'anomalia fetale; quest'onere può essere assolto tramite "praesumptio hominis", in base a inferenze desumibili dagli elementi di prova, quali il ricorso al consulto medico proprio per conoscere lo stato di salute del nascituro, le precarie condizioni psico-fisiche della gestante o le sue pregresse manifestazioni di pensiero propense all'opzione abortiva, gravando sul medico la prova contraria, che la donna non si sarebbe determinata all'aborto per qualsivoglia ragione personale; 2) In tema di responsabilità medica da nascita indesiderata, il nato disabile non può agire per il risarcimento del danno, neppure sotto il profilo dell'interesse ad avere un ambiente familiare preparato ad accoglierlo, giacché l'ordinamento non conosce il "diritto a non nascere se non sano", né la vita del bambino può integrare un danno-conseguenza dell'illecito omissivo del medico.

⁵⁰ Bianca, Il nesso causale: una nozione oscura in cerca di chiarezze, in *Leçons du droit civil : mélanges en l'honneur de François Chabas, Bruxelles*, 2011, p. 133 ss..

⁵¹ Per una ricostruzione completa delle teorie sul nesso di causalità, v. Bianca, 2 *Diritto civile*, 5 vol., 2012, 142 e ss.

sistematico, la giurisprudenza di legittimità ha efficacemente rilevato che «l'indagine sull'aspetto genetico dell'istituto del nesso causale conduce ad una prima, significativa rilevazione ermeneutica, quella per cui nulla di realmente definito parrebbe emergere dalle fonti legislative, penali e civili, sul tema della causalità in sè considerata»⁵². Difatti, il nesso causale riceve una scarna descrizione normativa nell'assetto codicistico; l'art. 40 c.p., rubricato "rapporto di causalità", stabilisce che "nessuno può essere punito (...) se l'evento da cui dipende l'esistenza del reato non è conseguenza della sua azione od omissione"; il successivo art. 41 c.p. si occupa del concorso di cause, per stabilire, il principio "dell'interruzione del nesso causale" conseguente all'intervento di quella causa "sufficiente da sola a determinare l'evento"; gli artt. 1227 e 2043 c.c. strutturano, rispettivamente, il rapporto tra fatto - doloso o colposo - ed evento - dannoso - attraverso l'utilizzo del verbo "cagionare".

In tema di responsabilità civile, risponde ormai a principio consolidato quanto affermato dalle Sezioni Unite sia civili sia penali che, tenuto conto della diversità del regime probatorio applicabile in relazione ai valori sottesi ai distinti ambiti civile e penale, hanno ritenuto come nell'accertamento del nesso causale la regola probatoria applicabile nel giudizio penale sia quella della prova "oltre ogni ragionevole dubbio" e quella applicabile nel giudizio civile sia la regola della preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non"⁵³.

Secondo le Sezioni Unite, quindi, i principi generali che regolano la causalità di fatto sono anche in materia civile quelli delineati agli artt. 40 e 41 c.p. in materia penale ovvero un evento è da considerare causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (criterio dettato dalla teoria della c.d. *condicio sine qua non*), dando necessario rilievo, all'interno della serie causale, solo a quegli eventi che non appaiano -alla stregua di una valutazione *ex ante*- del tutto inverosimili (criterio della c.d. causalità adeguata)⁵⁴.

Nell'ambito dell'illecito civile, la Corte ha inoltre scomposto il nesso causale tra causalità materiale e causalità giuridica precisando che, secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, tale distinzione è ravvisabile, rispettivamente, nell'art. 1227 c.c., commi 1 e 2. In particolare, la causalità materiale indica il nesso che deve sussistere tra comportamento ed evento perché possa configurarsi, a monte, una responsabilità e, la causalità giuridica indica il nesso che, collegando l'evento al danno, consente l'individuazione delle singole conseguenze dannose, con la precipua funzione di delimitare, a valle, i confini di una responsabilità risarcitoria; difatti, il primo comma dell'art. 1227 c.c. attiene al contributo eziologico del debitore nella produzione dell'evento dannoso, il

⁵² Sez. 3, n. 21619/2007, Travaglino, Rv. 599816,

⁵³ cfr. Sez. U. civili n. 576/2008, Segreto, R. 600899 - v. anche Sez. U. penali, n.30328/2002, Canzio, Rv. 222138 -

⁵⁴ V. più di recente, Sez. 3, n. 16123/2010, Spirito, Rv. 613967.

secondo comma attiene al rapporto evento - danno conseguenza.

Emblematiche, tra l'altro, due precisazioni contenute nella stessa pronuncia; la prima è quella secondo cui *«l'applicazione dei principi generali di cui agli artt. 40 e 41 c.p. temperati dalla regolarità causale, ai fini della ricostruzione del nesso eziologico, va adeguata alla peculiarità delle singole fattispecie normative di responsabilità civile»*. L'aver utilizzato il verbo "adeguare" al fine di attenuare i principi generali di diritto penale alla stregua del principio di regolarità causale, pone in evidenza l'intento pragmatico di valorizzare le peculiarità strutturali delle fattispecie civilistiche cui l'operazione di ricostruzione del nesso causale si riferisce. La seconda precisazione è quella formulata a proposito della differenza tra nesso eziologico e criterio di imputazione stante che *«il criterio di imputazione serve ad indicare quale è la sequenza causale da esaminare e può anche costituire supporto argomentativo ed orientativo nell'applicazione delle regole proprie del nesso eziologico ma non vale a costituire autonomo principio della causalità»*. L'aver affermato ciò implica aver sgombrato il campo del nesso causale da elementi che gli sono estranei e che riguardano il criterio di imputazione della responsabilità (ad esempio, nell'esame dei criteri di imputazione delle responsabilità oggettive o presuntive).

Sulla base di tali principi, le Sezioni Unite hanno affermato che la regola "del più probabile che non" costituisce uno *standard* di "certezza probabilistica" in materia civile che *«non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa - statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana). Nello schema generale della probabilità come relazione logica va determinata l'attendibilità dell'ipotesi sulla base dei relativi elementi di conferma (c.d. evidence and inference nei sistemi anglosassoni)»*. Applicata detta regola alla fattispecie allora esaminata (danno da emotrasfusioni), le Sezioni Unite hanno affermato la responsabilità civile del Ministero della sanità - su cui gravava un obbligo di controllo e di vigilanza in materia di raccolta e distribuzione di sangue umano per uso terapeutico - per aver omesso controllo e vigilanza, tenuto conto delle cognizioni scientifiche esistenti all'epoca di produzione del preparato ed accertata l'esistenza di una patologia da virus HIV, HBV o HCV in soggetto emotrasfuso o assunto di emoderivati, così da far ritenere, in assenza di altri fattori alternativi, che tale omissione fosse stata causa dell'insorgenza della malattia e che, per converso, la condotta doverosa del Ministero, se fosse stata tenuta, avrebbe impedito il verificarsi dell'evento.

Rilevante, la precisazione, più di recente, operata dalla Corte secondo cui le regole di causalità (la *condicio sine qua non* per il giudice penale e quelle materiale e giuridica per il giudice civile) sono "regole di struttura" della

causalità mentre sono “regole di funzione” «(id est probatoria in seno al processo, in relazione a quella specifica, singola, unica e irripetibile vicenda che è il singolo processo)» (...) «rispettivamente, l'alto grado di probabilità logico/credenza razionale (per il giudizio penale) e il più probabile che non (per quello civile)». In particolare, con riguardo alla causalità giuridica, la pronuncia in esame chiarisce che essa “gode di una regola operativa negata per converso a quella materiale: saranno causalmente rilevanti tutte le conseguenze dirette ed immediate dell'evento di danno sul piano della regola di struttura, mentre regola di funzione (id est, probatoria) sarà ancora (vertendosi in tema di causalità vera e propria) quella del “più probabile che non”⁵⁵.

La regola “del più probabile che non” ha suscitato critiche da parte della dottrina che, tra l'altro, ha osservato: “ritenere che il giudice civile possa accontentarsi di una “minore” certezza probatoria appare in netto contrasto, col principio che richiede comunque l'accertamento del fatto per il quale il soggetto è condannato»⁵⁶ e ancora, nello stesso senso, che «se la fattispecie sostanziale si incardina su un nesso causale, esso non è adeguatamente descritto da un enunciato che esprime una correlazione probabilistica»⁵⁷.

3.1 (segue) La regola “del più probabile che non” quale regola di funzione.

I criteri sostanziali da utilizzare per la ricostruzione del nesso di causalità restano dunque quelli classici della condizione necessaria (della causalità adeguata, dello scopo della norma e del rischio specifico (per la causalità materiale) e quello della consequenzialità immediata e diretta (per la causalità giuridica).

Il “più probabile che non” non rientra tra tali criteri in quanto attiene non al momento sostanziale della ricostruzione, in astratto, del rapporto di causalità (regole di struttura), ma al momento processuale dell'accertamento, in concreto, del predetto rapporto (sia materiale che giuridico) con riguardo ad una specifica fattispecie. In tal senso si chiarisce l'incisiva espressione utilizzata dalla Suprema Corte, secondo cui il “più probabile che non” assurge a regola di

⁵⁵ Sezione 3, n. 21255/2013, Travaglino, Rv. 628703.

⁵⁶ Così, Bianca, op. cit. 2011, 133.

⁵⁷ Cfr. Taruffo, La prova del nesso causale, in Rivista critica diritto privato, 2006, 106. Inoltre, a proposito delle cautele nell'utilizzo della regola probabilistica, era già stato evidenziato da Sez. 3, n. 21619/2007, Travaglino, che «in una diversa dimensione di analisi sovrastrutturale del (medesimo) fatto, la causalità civile “ordinaria”, attestata sul versante della probabilità relativa (o “variabile”), caratterizzata, specie in ipotesi di reato commissivo, dall'accedere ad una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella penale, secondo modalità semantiche che, specie in sede di perizia medico-legale, possono assumere molteplici forme espressive (“serie ed apprezzabili possibilità”, “ragionevole probabilità” ecc.), senza che questo debba, peraltro, vincolare il giudice ad una formula peritale, senza che egli perda la sua funzione di operare una selezione di scelte giuridicamente opportune in un dato momento storico: senza trasformare il processo civile (e la verifica processuale in ordine all'esistenza del nesso di causa) in una questione di verifica (solo) scientifica demandabile tout court al consulente tecnico: la causalità civile, in definitiva, obbedisce alla logica del “più probabile che non”».

funzione.

La pertinenza dell'istituto al diritto processuale - e, più in particolare, a quello probatorio - non deve portare a ritenere, peraltro, che si tratti di un mezzo di prova. Esso in particolare, non può essere confuso con le prove indirette di carattere presuntivo, in base alle quali il giudice trae delle conseguenze da un fatto noto per risalire ad un fatto ignorato (art.2727 c.c.) e che sono ammesse nei limiti in cui siano gravi, precise e concordanti (art. 2729 c.c.).

Piuttosto, attraverso l'affermazione che una condotta deve ritenersi la causa dell'evento dannoso se le probabilità che esso sia la conseguenza di quella condotta siano maggiori delle probabilità che non lo sia, il giudice compie un'operazione logica che si inserisce nel procedimento di valutazione dei mezzi di prova, tenendo presente la quantità, la qualità, l'attendibilità e la coerenza interna delle prove raccolte.

Non viene quindi in considerazione un mezzo di prova ma un criterio di valutazione delle risultanze probatorie dopo che l'istruttoria è stata esperita, siano esse dirette (prove testimoniali, documenti ecc.) siano esse indirette (presunzioni), purché si tratti di prove liberamente valutabili dal giudice secondo il suo prudente apprezzamento (art. 116, primo comma, c.p.c.), con esclusione, dunque, delle prove legali.

L'adozione del criterio della probabilità relativa (o del "più probabile che non") si delinea invero in una analisi specifica e puntuale di tutte le risultanze probatorie del singolo processo, sicché la concorrenza di cause di diversa incidenza probabilistica deve essere attentamente valutata e valorizzata in ragione della specificità del caso concreto, senza limitarsi ad un meccanico e semplicistico ricorso alla regola del 51% ma facendosi luogo ad una compiuta valutazione dell'evidenza del probabile .

Da ultimo, il criterio "del più probabile che non" è stato ribadito dalla Corte che ha affermato come l'accertamento del nesso causale in materia di responsabilità per attività medico-chirurgica, implica una valutazione della idoneità della condotta del sanitario a cagionare il danno lamentato dal paziente che deve essere correlata alle condizioni del medesimo, nella loro irripetibile singolarità. Nella fattispecie esaminata, la Corte ha ritenuto immune da vizi logici la decisione con cui il giudice di merito aveva affermato la responsabilità di una struttura sanitaria, in relazione alla paralisi degli arti inferiori subita da un paziente sottoposto ad un intervento di trombectomia, per essere stato omesso un trattamento preventivo a base di eparina, sebbene lo stesso non fosse previsto da alcun protocollo, ma solo raccomandato in via precauzionale nella letteratura scientifica perché in astratto idoneo a prevenire tale complicanza, attesa l'oggettiva gravità del rischio, sul piano causale, a carico del paziente per le sue particolari condizioni personali, trattandosi di soggetto fumatore, affetto da diabete e, verosimilmente, da vasculopatia⁵⁸.

⁵⁸ Cfr. Sez. 3, n. 003390/2015, Vincenti, Rv. 634481.

4. I criteri di ripartizione dell'onere probatorio in tema di nesso causale.

Complesso è il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova del nesso causale tra la condotta ed il danno.

Come da tempo chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, in tema di responsabilità medica, il problema della prova del nesso causale, anzitutto, va depurato dai riflessi che in esso proietta la tradizionale distinzione tra obbligazioni di risultato e di mezzi. Secondo tale superata impostazione, si riteneva che, nelle obbligazioni di mezzi essendo aleatorio il risultato, incombesse sul creditore l'onere di provare che il mancato risultato fosse dipeso da scarsa diligenza e che, nelle obbligazioni di risultato, invece, incombesse sul debitore l'onere di provare che il mancato risultato fosse dipeso da causa a lui non imputabile.

Secondo le Sezioni Unite, il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2967 c.c. in materia di responsabilità contrattuale «è identico sia che il creditore agisca per l'adempimento della obbligazione, ex art. 1453 c.c., sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale, ex art. 1218 c.c., senza richiamarsi in alcun modo alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato». Da ciò consegue, che nell'ipotesi in cui la lesione sia avvenuta all'interno di una struttura sanitaria (la fattispecie riguardava il danno da contagio per epatite derivante da emotrasfusione con sangue infetto), per un verso, il danneggiato deve provare il contratto relativo alla prestazione sanitaria ed il danno assunto (allegando che i convenuti erano inadempienti avendolo sottoposto ad emotrasfusione con sangue infetto), per l'altro, la struttura sanitaria e il medico in essa operante, debbono entrambi fornire la prova «che tale inadempimento non vi era stato, poiché non era stata effettuata una trasfusione con sangue infetto, oppure che, pur esistendo l'inadempimento, esso non era eziologicamente rilevante nell'azione risarcitoria proposta, per una qualunque ragione, tra cui quella addotta dell'affezione patologica già in atto al momento del ricovero»⁵⁹.

In altri termini, una volta che il paziente abbia provato l'esistenza del rapporto contrattuale e l'insorgenza della patologia e abbia allegato l'inadempimento del medico o della struttura sanitaria, astrattamente idonei a provocare il danno lamentato, rimane comunque a carico di questi ultimi l'onere di dimostrare che non vi sia stato inadempimento o che esso non sia stato rilevante dal punto di vista causale.

In via generale, in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, le Sezioni Unite si sono spinte oltre affermando che detto riparto dell'onere probatorio non vale soltanto nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma anche quando sia dedotto il suo inesatto adempimento;

⁵⁹ Così, Sez. U., n. 577/2008, Segreto, Rv. 600903.

quindi al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento⁶⁰.

Regole e principi, già affermati in tema di riparto degli oneri probatori, sono stati riaffermati in modo esemplare da due recenti pronunce.

Sul versante dell'onere probatorio del nesso causale dovuto dal paziente, la Corte ha precisato che l'onere probatorio gravante sul danneggiato/paziente si sostanzia nella prova che l'esecuzione della prestazione si è inserita nella serie causale che ha condotto all'evento di danno, rappresentato o dalla persistenza della patologia per cui era stata richiesta la prestazione, o dal suo aggravamento, fino ad esiti finali costituiti dall'insorgenza di una nuova patologia o dal decesso del paziente⁶¹.

Sul versante dell'onere probatorio del nesso gravante sulla struttura e sul sanitario, è stato inoltre, nitidamente, osservato che in ogni caso di “insuccesso” incombe al medico o alla struttura provare che il risultato “anomalo” o “anormale” - rispetto al convenuto esito dell'intervento o della cura, e quindi dello scostamento da una legge di regolarità causale fondata sull'esperienza - dipende da fatto a sè non imputabile, in quanto non ascrivibile alla condotta mantenuta in conformità alla diligenza dovuta, in relazione alle specifiche circostanze del caso concreto, bensì ad evento imprevedibile e non superabile con l'adeguata diligenza, rimanendo in caso contrario soccombente, in applicazione della regola generale *ex artt. 1218 e 2697 c.c.* In proposito, viene evidenziato che la regola di ripartizione dell'onere probatorio del nesso causale gravante sul debitore (sanitario o struttura), applicata in via costante dalla giurisprudenza di legittimità, si fonda sul principio cd. di “vicinanza della prova” o “riferibilità” *«o ancor più propriamente (come sottolineato anche in dottrina), sul criterio della maggiore possibilità per il debitore onerato di fornire la prova, in quanto rientrante nella sua sfera di dominio, in misura tanto più marcata quanto più l'esecuzione della prestazione consista nell'applicazione di regole tecniche sconosciute al creditore, essendo estranee alla comune esperienza, e viceversa proprie del bagaglio del debitore come nel caso specializzato nell'esecuzione di una professione protetta»*,⁶².

Casi già più volte risolti hanno chiarito, ad esempio, che l'incompletezza della cartella clinica costituisce circostanza di fatto che il giudice può utilizzare per ritenere dimostrata l'esistenza di un valido legame causale tra l'operato del medico e il danno patito dal paziente soltanto quando proprio tale incompletezza abbia reso impossibile l'accertamento del relativo nesso eziologico e il professionista abbia comunque posto in essere una condotta astrattamente idonea

⁶⁰ In tal senso Sez. U., n.13533 /2001, Preden, Rv. 549956.

⁶¹ Sez.3 n.20904/2013, Frasca, Rv. 628993.

⁶² così motiva, Sez. 3, n.8989/2015, Scarano, Rv. 635339.

a provocare la lesione⁶³.

In tema di accertamento dell'efficienza concausale di un fattore naturale, la Corte ha ritenuto che, una volta accertato il nesso causale tra l'inadempimento e il danno lamentato, l'incertezza circa l'eventuale efficacia concausale di un fattore naturale non rende ammissibile, sul piano giuridico, l'operatività di un ragionamento probatorio "semplificato" che conduca ad un frazionamento della responsabilità, con conseguente ridimensionamento del *quantum* risarcitorio secondo criteri equitativi. Ciò è stato affermato, in un caso di danno celebrale patito da un neonato, confermando la decisione del giudice di merito che aveva posto l'obbligo risarcitorio interamente a carico della struttura sanitaria in cui egli era stato ricoverato immediatamente dopo il parto - avvenuto in altra struttura - e presso la quale aveva contratto un'infezione polmonare, e ciò sebbene le risultanze della consulenza tecnica d'ufficio non avessero escluso la possibilità che un contributo concausale al pregiudizio lamentato fosse derivato da una patologia sviluppata in occasione della nascita⁶⁴. Nello stesso senso, è stato da ultimo affermato che, ove si individui in una pregressa condizione genetica del paziente, qual è la "sindrome di Down", un antecedente privo di interdipendenza funzionale con l'accertata condotta colposa del sanitario, ma dotato di efficacia concausale nella determinazione dell'unica e complessiva situazione patologica riscontrata, allo stesso non può attribuirsi rilievo sul piano della ricostruzione del nesso di causalità tra detta condotta e l'evento dannoso, appartenendo ad una serie causale del tutto autonoma rispetto a quella in cui si inserisce il contegno del sanitario, bensì unicamente sul piano della determinazione equitativa del danno⁶⁵.

** Il presente scritto riproduce, in parte e con l'aggiunta di note, i contributi monografici in corso di pubblicazione della Rassegna Civile della Suprema Corte per l'anno 2015 per i tipi del Poligrafico dello Stato.*

⁶³ Sez. n. 12218/2015, Rossetti, Rv. 635623.

⁶⁴ Sez. 3, n.08995/2015, Cirillo, Rv. 635338.

⁶⁵ Sez. 3, n. 3893/2016, Scarano, Rv. 639350.