

ROCCO FAVALE*

*Profili attuali della responsabilità civile medica***

Sommario: 1. Richiami introduttivi. – 2. L'adempimento professionale e la diligenza. – 3. La negligenza professionale e la legge Balduzzi. – 4. L'atteggiamento mite sul piano causale. – 5. L'onere della prova. – 6. Il consenso informato. – 7. L'orizzonte applicativo del danno da perdita di *chance*.

1. *Richiami introduttivi*

Ormai non v'è dubbio che l'area della responsabilità medica costituisce un sistema o – per alcuni un sottosistema – caratterizzato dalla primazia del formante giurisprudenziale rispetto agli altri che regolano le relazioni della vita.

Siffatta peculiarità avvicina fortemente il nostro modello di stampo legislativo ad altro, come quello anglo-americano, alimentato dal lavoro quotidiano della giurisprudenza.

Nel quadro complesso dell'ordinamento la componente della dottrina assume un ruolo fondamentale per comprendere le dinamiche normative, e guardando al nostro ordine giuridico la scienza del diritto ha il compito di costruire un sistema come ordine assiologicamente coerente aperto alle dinamiche normative e sociali.

Purtroppo va constatato – oggi più che mai – come gli attori del mondo normativo a volte ignorino i contributi che offrono gli altri, rendendo più difficile l'opera di ricostruzione del sistema giuridico.

* Professore Ordinario di Diritto privato comparato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Camerino.

** Lo scritto costituisce la relazione al Convegno su "La responsabilità degli operatori sanitari", organizzato dall'Università di Camerino, Camerino-Osimo 9-10 maggio 2013.

La giurisprudenza istituzionalmente ha il dovere di non rivelare la dottrina, ovvero, con le parole del *conditor iuris*, deve omettere «ogni citazione di autori giuridici» (art. 118, comma 3, d.att. c.p.c.)¹. Eppure gli arresti fondamentali in materia di responsabilità medica si fondano su opinioni dottrinali non solo domestiche, ma anche straniere, come dimostrano, fra le altre, le figure della perdita di *chance* di conio francese², del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*³, delle *Schutzpflichten*⁴, dei *Schuldverhältnisse ohne primäre Leistungspflicht*⁵, dei *faktische Vertragsverhältnisse*⁶, del *soziale Kontakt*⁷ di sponda tedesca.

L'esempio della legge Balduzzi dimostra invece come il legislatore talvolta ignori i formanti dottrinale e giurisprudenziale⁸, rendendo attuale la celebre frase di von Kirchmann espressa in una conferenza del 1848: «tre parole di rettifica del legislatore, ed intere biblioteche diventano cartastraccia»⁹. Ciò forse non accadrà, in quanto oggi gli interpreti sono ben preparati sia ad attuare nella massima efficacia le regole legali sia a correggerle nelle ipotesi che esse possano corrompere le linee fondamentali del sistema.

Un'azione di genere diverso – avente una finalità più ampia e diretta ad integrare il sistema del formante legale oltre che codificare gli orientamenti giurisprudenziali consolidati – si è avuta di recente in Germania, che ha varato una legge organica sui diritti dei pazienti¹⁰. Questo intervento era obiettivo già da diversi anni del *conditor iuris* tedesco, addirittura

¹ Questa mentalità è così radicata nei giudici che a volte ci si imbatte anche in contributi scientifici che omettono di citare la dottrina, dando l'impressione in chi legge che l'articolo dissimula una vera e propria sentenza.

² Per un chiaro quadro del problema, cfr. M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, Napoli, 2004.

³ Ad oggi l'unica monografia sul tema in Italia è quella di G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004.

⁴ In generale, cfr. L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007.

⁵ Fondamentale lo studio di C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 191 ss. (ora in *La nuova responsabilità civile*, 3^a ed., Milano, 2006, p. 443 ss.).

⁶ Di recente è stata proposta per la letteratura italiana la traduzione della famosa prolusione di G. HAUPT tenuta a Lipsia nel 1941 (*Sui rapporti contrattuali di fatto*, ed. it. di G. Varanese, Torino, 2012), con l'interessante presentazione di G. VARANESE, *Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto*.

⁷ Per una rigorosa ricostruzione che parte dal modello tedesco v. di recente A. ZACCARIA, *Der Aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (La resistibile ascesa del «contratto sociale»)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 77 ss.

⁸ Sul concetto di formante riferimento d'obbligo è R. SACCO, *Formante*, *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VIII, Torino, 1992, p. 438 ss.

⁹ J.H. VON KIRCHMANN, *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*, in J.H. VON KIRCHMANN e E. WOLF, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, trad. it., Milano, 1964, p. 17. Per un'osservazione critica alla famosa frase cfr. C.-W. CANARIS, *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza sviluppati sul modello del diritto privato tedesco*, ed. it a cura di G. Varanese, Napoli, 2009, p. 34, nt. 63.

¹⁰ È il *Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten (PartRG)* del 20 febbraio 2013, in *BGBI*, 25 febbraio 2013, I, p. 277 ss.

costituendo una sorta di codificazione sanitaria¹¹. L'anno scorso i Ministri della giustizia e della sanità hanno preparato un progetto di legge «per un miglioramento dei diritti delle pazienti e dei pazienti» entrato in vigore il 26 febbraio 2013¹². Una legge diretta a rafforzare la certezza giuridica e la trasparenza, dove pazienti e medici possano guardarsi negli occhi.

Anche se questa non è la sede per attardarsi più di tanto su questa novità legislativa, uno dei profili più importanti sta nella codificazione del contratto di trattamento medico inserito in seno al BGB quale particolare tipo di contratto di servizio (§§ 630a-630h). Il Titolo 8 della Sezione 8 del Libro II sui rapporti obbligatori assume il nuovo titolo «contratto di servizio e contratti simili». Subito dopo la disciplina del *Dienstvertrag* segue quella dedicata al *Behandlungsvertrag*, la quale contiene i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto professionale, ciò in prosecuzione delle regole consolidate dalla giurisprudenza¹³. Rinunciando alla definizione del contratto di trattamento medico, il legislatore disciplina gli obblighi tipici delle parti, dove la prestazione professionale è qualificata obbligazione di mezzi, salvo che le parti stabiliscano diversamente, l'obbligo di collaborazione fra le parti, il consenso del paziente, l'obbligo di informazione dell'operatore sanitario e, infine, lo spinoso problema della distribuzione dell'onere della prova. Su quest'ultimo profilo il legislatore accoglie i principi consolidati nei decenni precedenti dalla giurisprudenza. La disposizione del § 630h BGB si caratterizza per l'uso quasi ossessivo dello strumento della presunzione, a cominciare dalla presunzione di errore professionale quando si realizza un rischio governabile dall'operatore sanitario. Per l'errore grossolano che cagiona un danno alla vita, alla salute e all'integrità fisica la disposizione presume il nesso causale fra *malpractice* e danno. Infine la prova del consenso del paziente e delle informazioni sul trattamento medico è a carico del medico.

¹¹ Sulle discussioni pregresse risultano utili A. LAUFS, *Patientenrechte*, in *NJW*, 2000, p. 846 ss.; C. KATZENMEIER, *Individuelle Patientenrechte – Selbstbindung oder Gesetz?* in *JR*, 2002, p. 444 ss.; H.G. BOLLWEG e K. BRAHMS, *Patientenrechte in Deutschland" – Neue Patientencharta*, in *NJW*, 2003, p. 1505 ss.

¹² Non va sottovalutato che nei lavori preparatori della legge si evidenzia le lacune legislative in materia di diritti dei pazienti. La responsabilità medica non è regolata dalla legge, bensì dal formante giudiziale (*Richterrecht*), rendendo più difficile ai pazienti di conoscere e di pretendere i propri diritti.

¹³ Sulla legge tedesca, in generale C. KATZENMEIER, *Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus im BGB*, in *NJW*, 2013, p. 817 ss.; A. SPICKHOFF, *Patientenrechte und Patientenpflichten – Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus*, in *VersR*, 2013, p. 267 ss.

L'apporto della dottrina sul formante legale non pare sminuito, posto al margine, ma resta fondamentale come guida alla *richterliche Findung e Fortbildung* del diritto civile¹⁴ e, quindi, anche del diritto della responsabilità professionale medica¹⁵.

Trascorrendo ai profili attuali, va evidenziato che il progressivo processo di contrattualizzazione della responsabilità del medico conferisce nuova luce al problema centrale della negligenza medica o meglio della sua attività professionale integrante l'adempimento della prestazione¹⁶.

Nel primo lustro del nuovo secolo la giurisprudenza mostra un atteggiamento diretto ad accelerare il cambiamento in seno a siffatta area dell'ordinamento¹⁷. Fra i vari profili, quello dell'attività di prestazione dell'operatore sanitario ha trovato una grande attenzione degli studiosi al fine di incanalare e modulare la sua condotta verso gli interessi, meritevoli di protezione, del paziente. Interessi ora diretti alla prestazione, ora diretti invece a garantire la protezione della sfera personale e patrimoniale del soggetto creditore nonché di soggetti terzi qualificati, per il cui *Wohl und Wehe* (sorte) sia corresponsabile il diretto contraente.

¹⁴ In proposito, istruttive le pagine di O. SANDROCK, *Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung*, Frankfurt a.M.-Berlin, 1966, p. 30 ss. (ora lingua italiana: O. Sandrock, *Significato e metodo del diritto civile comparato*, trad. it. L. Aresta e a cura di R. Favale, Napoli, 2009, p. 45 ss.).

¹⁵ Forse la dottrina dovrebbe adottare un trattamento reciproco, ossia omettere la citazione delle singole decisioni.

¹⁶ Sulla svolta contrattuale in materia sanitaria cfr. R. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari*, in *Tratt. dir. comm.* Galgano, Padova, 2007, p. 123 ss.; L. KLESTA DOSI, *Assistenza sanitaria e tutela del cittadino. Modelli privatistici e orizzonte europeo*, Torino, 2008, p. 169 ss.

¹⁷ Così, Cass., 19 maggio 2004, n. 9471, in *Danno resp.*, 2005, p. 32, illustra la situazione della responsabilità medica: «Da almeno un trentennio si registra, difatti, in Italia una notevole accentuazione dei giudizi di responsabilità professionale, segnatamente in campo medico, sia sotto il profilo quantitativo dei processi civili e penali, sia sotto quello qualitativo delle tecniche giuridiche attraverso le quali pervenire ad un'equa distribuzione dei rischi comunque e sempre collegati a tale attività, tendenza, questa, peraltro, comune a tutti i paesi tanto di *common law* quanto di *civil law*. Tale accentuazione segue, non a caso, alla parallela evoluzione delle strutture e della natura stessa della responsabilità civile che, disegnata, all'epoca della codificazione, secondo l'architettura delle *Generalklauseln* funzionali alla tutela dei (soli) diritti soggettivi assoluti lesi, viene via via "ripensata", da dottrina e giurisprudenza, secondo una storia (soprattutto intellettuale) sempre più raffinata, come un problema di diritto vivente, da rielaborare incessantemente modellandolo sulle esigenze delle singole epoche storiche in funzione della ricerca di criteri mediante i quali un determinato costo sociale debba venir collocato presso il danneggiato ovvero traslato in capo ad altri soggetti (in ipotesi, anche non diretti danneggiati). Il sistema della responsabilità civile diventa, così, come acutamente osservato, un'opera di ingegneria sociale, commissionata quasi interamente agli interpreti, il cui compito diviene, allora, lo studio dei criteri di traslazione del danno. Ne deriva l'individuazione di *standards* di condotta alla luce dei quali l'intera teoria della colpa, del nesso causale e dello stesso danno, sotto il profilo tanto sostanziale quanto probatorio, ne esce, in definitiva, profondamente mutata rispetto agli archetipi tradizionali, ed è in particolare la colpa, elemento soggettivo dell'illecito, a connotarsi sempre più non come insieme di fatti, ma come qualificazione giuridica di tale insieme (con le relative conseguenze in tema di sindacabilità delle pronunce di merito da parte della Cassazione sulla predetta qualificazione giuridica, intangibile essendo soltanto la ricostruzione dei fatti storici)».

Gli sforzi posti in essere da tutti gli attori del mondo giuridico al fine di edificare un sistema armonico e coerente della responsabilità medica possono subire un autentico *vulnus* ad opera di un intervento legislativo dell'anno scorso. La legge n. 189 del 2012 – che costituisce la conversione modificata di un decreto legge (il c.d. decreto Balduzzi) – interviene, in guisa a dir poco maldestra, nel sottosistema della responsabilità medica mettendo in pericolo la stabilità del corpo normativo a fatica realizzato dalla giurisprudenza.

I punti focali dell'architettura del sistema della responsabilità medica avvolgono, accanto al tema centrale della natura della responsabilità, quello dell'adempimento dell'obbligazione professionale e di riflesso l'altro dell'inadempimento, del nesso di causa nonché dei danni risarcibili, senza dimenticare il problema del consenso informato, quale obbligo parallelo, protetto a livello costituzionale, collegato alla esatta esecuzione della prestazione; per finire, infine, la questione della distribuzione del relativo onere della prova.

2. L'adempimento professionale e la diligenza

Il problema dell'adempimento professionale ha sempre scontato la giustapposizione fra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato¹⁸, paradossalmente mai codificata nel panorama europeo¹⁹. Le dispute degli studiosi in materia per più di un secolo oggi paiono superate e ciò ha spinto la stessa giurisprudenza a ridimensionarne la portata²⁰.

La dottrina ammoniva alla fine del vecchio secolo che la distinzione andava abbandonata perché «fonte di confusione»²¹ e quasi trent'anni prima la S. Corte individuava i reali termini del problema. Così, «se per risultato s'intende designare il raggiungimento dello scopo finale per cui la prestazione è stata richiesta, ossia il conseguimento dell'aspirazione del committente, è d'uopo convenire che tale risultato resta al di fuori dell'orbita del contratto d'opera professionale, dipendendo da una serie di circostanze il cui verificarsi non è

¹⁸ Classico il contributo di L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185 ss.

¹⁹ Sulle origini della distinzione sia consentito il rinvio a R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, 2ª ed., Padova, 2011, p. 100 ss.

²⁰ Significative: Cass., Sez. Un., 28 luglio 2005, n. 15781, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 716 s.; Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Danno resp.*, 2007, p. 881, sulla quale A. SCALISI, *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità*, p. 965 ss.; Cass., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno resp.*, 2008, p. 871, con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*.

²¹ C. CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, 1998, p. 124.

nel potere del debitore [...]. Nel rapporto obbligatorio contratto con il medico o con l'avvocato l'interesse del creditore, premessa del rapporto stesso, tende alla guarigione od alla vittoria della lite, mentre il risultato dovuto non è rispettivamente né la guarigione né l'esito vittorioso della lite, entrambi dipendenti da situazioni che sfuggono al controllo del medico o dell'avvocato. Ma se per risultato si intenda indicare l'opera intellettuale che il prestatore d'opera è tenuto a compiere in vista del fine ultimo che il committente si ripromette di conseguire, cioè praticamente i mezzi tecnici astrattamente e normalmente idonei per consentire al committente medesimo la possibilità di soddisfare le proprie aspirazioni, allora la distinzione tra l'obbligazione di mezzi e l'obbligazione di risultato non ha più ragione d'essere perché i mezzi altro non sono che il cosiddetto risultato immateriale dovuto, il quale, inteso in questo senso, non si distingue dall'attività impiegata per ottenerlo»²².

L'inconsistenza dogmatica della distinzione viene addotta allo scoccare del primo lustro dell'ultimo secolo dalla Cassazione con riferimento al contenuto dell'obbligazione se è vero che un risultato è dovuto in ognuna²³.

Due anni dopo, i giudici supremi associano obbligazioni di mezzi ed irresponsabilità: «per il professionista (e conseguentemente per la struttura sanitaria) non vale dunque invocare, al fine di farne conseguire la propria irresponsabilità, la distinzione tra “obbligazione di mezzi” e “obbligazione di risultato”, sostenendo che la propria attività è da ricomprendersi tra le prime, sì da non rispondere in caso di risultato non raggiunto. Siffatta distinzione costituisce infatti, come ormai da qualche tempo dalla migliore dottrina non si manca di porre in rilievo, il frutto di una risalente elaborazione dogmatica accolta dalla tradizionale interpretazione e tralattivamente tramandata, priva invero di riscontro normativo e di dubbio fondamento»²⁴.

²² Così, Cass. 22 marzo 1968, n. 905, in *Foro it.*, 1968, I, c. 2207.

²³ Cass., Sez. Un., 28 luglio 2005, n. 15781, cit., p. 717, ove prosegue che «in realtà, in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile, sicché molti autori criticano la distinzione poiché in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo, come l'impegno che il debitore deve porre per ottenerlo. In tal senso la dottrina porta ad esempio proprio l'obbligazione dell'appaltatore, che deve in ogni caso utilizzare idonee procedure e modalità di esecuzione».

²⁴ Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, cit., p. 881.

Lo stato della dottrina e della giurisprudenza sulla distinzione può dirsi quindi «sottoposta a revisione»²⁵ e orientata ad assottigliare sempre più il solco differenziatore entro i limiti di quel «fondo di verità»²⁶ che è a monte della distinzione.

La prestazione professionale e la sua esecuzione si parametrano alla figura della diligenza, concetto elastico che integra non una regola giuridica, bensì una norma-standard, caratterizzata da un contenuto aperto, non rigido e aderente alla realtà storica, che mostra una conoscenza secondo la quale “può essere così o anche altrimenti”²⁷.

Nelle obbligazioni professionali, innanzitutto in quella del medico, la figura della diligenza assume la doppia funzione di rappresentare, da una parte, criterio oggettivo di determinazione del contenuto dell’obbligazione, dall’altra, parametro di imputazione del mancato adempimento.

I giudici della responsabilità professionale stabiliscono che «la diligenza esigibile dal medico nell’adempimento della sua prestazione professionale, pur essendo quella “rafforzata” di cui al secondo comma dell’art. 1176 c.c., 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. Pertanto dal 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 avanzata»²⁸. La diligenza deve valutarsi in riferimento alla natura della specifica attività esercitata, e non è quella del buon padre di famiglia ma quella del debitore qualificato ai sensi dell’art. 1176, comma 2, c.c., che comporta il rispetto degli accorgimenti e delle regole tecniche obiettivamente connesse all’esercizio della professione e ricomprende pertanto anche la perizia. La preparazione media costituisce l’essenza del parametro della diligenza, per cui la limitazione di responsabilità di cui all’art. 2236 c.c. ricorre

²⁵ Così, Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 871.

²⁶ A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 808.

²⁷ Sul concetto di *standard* e sulla concezione tipologica, significativo il contributo di K.-H. STRACHE, *Pensare per standards. Contributo alla tipologia*, trad. it. di R. Favale e P. Femia, Camerino-Napoli, 1995.

²⁸ Così, di recente, Cass., 9 ottobre 2012, n. 17143, in *Pluris online*.

solamente per i casi impicanti la risoluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà che la trascendono o non ancora sufficientemente studiati dalla scienza medica²⁹.

Va poi in capo al professionista la c.d. colpa per assunzione, ossia l'erronea valutazione circa la preparazione necessaria per eseguire correttamente una determinata prestazione.

3. *La negligenza professionale e la legge Balduzzi*

In seno al sistema della responsabilità medica, il legislatore è intervenuto con una disciplina settoriale molto ambigua contenuta nella l. 8 novembre 2012, n. 189 (di conversione del d.l. 13 settembre 2012, n. 158).

Senza voler enfatizzare la circostanza che la disposizione dell'art. 3, comma 1, del testo convertito diverge significativamente dalla regola omologa del precedente decreto, l'attenzione va rivolta prevalentemente alla disciplina vigente. Il *conditor iuris* così dispone: «L' esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo».

Lasciando da parte gli aspetti di diritto penale della negligenza medica, dove questa normativa *ad professionem* è sospettata di illegittimità costituzionale³⁰, l'interprete non può non interrogarsi sull'esplicito richiamo della regola dell'art. 2043 c.c. e riflettere sulla sua propagazione in un complesso di responsabilità consolidato sulla disposizione dell'art. 1218 c.c.

Dai lavori preparatori risulta abbastanza agevolmente che l'innovazione è diretta a dare «un durissimo colpo ai guasti della medicina cosiddetta difensiva (il medico, temendo responsabilità, evita di agire), stimolando un percorso virtuoso che, ad effetto domino, por-

²⁹ Cass., 1° febbraio 2011, n. 2334, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 427 ss.

³⁰ In proposito v. Trib. Milano, ord., 21 marzo 2013, in *Danno resp.*, 2013, p. 370 ss.

terà il professionista ad essere più attento all'adempimento, con beneficio per i pazienti e per l'intero sistema-sanità»³¹.

Una prima lettura della previsione di nuovo conio potrebbe sopravvalutare il dettato legislativo perseguendo una restaurazione del regime di responsabilità medica *ante* decisione 589/1999 calata nell'architettura del modello di responsabilità extracontrattuale³².

Un'alternativa e minimalista può, per contro, ridurre il richiamo legislativo a mero riferimento estetico: la norma dell'art. 2043 c.c. quale semplice ancora del principio della risarcibilità dei danni cagionati dal professionista³³.

La soluzione extracontrattuale indubbiamente contribuirebbe ad alleggerire la posizione del medico, prima di tutto sotto il profilo probatorio riallocando il peso delle prove sul capo del paziente, poi per quanto concerne il tempo della prescrizione, dimezzato da dieci a cinque anni.

Questa interpretazione che pare perseguire il maggior effetto utile della disposizione non convince e gli argomenti non mancano. Innanzitutto una disparità di trattamento con il regime delle altre figure professionali e non meno importante il richiamo, oramai desueto, alla concezione patrimonialistica del danno alla persona, disconoscendo le nuove letture costituzionalmente orientate della disposizione dell'art. 2059 c.c. Il luogo di richiamo della norma dell'art. 2043 c.c. in un periodo della disposizione apposto come mero inciso pare persuadere per una interpretazione minimale che non indebolisca le linee fondamentali del sistema della responsabilità professionale medica costruita a piccoli passi dalla giurisprudenza sulla base delle indicazioni della migliore dottrina. Un intervento occasionale del legislatore – spinto a tutelare alcuni interessi economici non meritevoli di particolare tutela –

³¹ Intervento dell'On.le Barani quale relatore della legge di conversione. Anche l'On.le Turco sottolinea che «evitare il contenzioso medico legale, superare la medicina difensiva è possibile se il medico svolge la sua opera in un ambiente sicuro che gli consente di prevenire gli errori e se sa che è perseguito penalmente quando c'è il dolo e non per colpa lieve, quando c'è un sistema di assicurazione che lo tutela».

³² Un'interpretazione favorevole alla legge Balduzzi è seguita dalla giurisprudenza di merito: Trib. Varese, 26 novembre 2012, n. 1406, in *Danno resp.*, 2013, p. 375 ss., secondo cui l'art. 3 l. n. 189/2012 «ripropone il modello di responsabilità civile medica, come responsabilità *ex* art. 2043 c.c.»; Trib. Torino, 26 febbraio 2013, in *Danno resp.*, 2013, p. 373 ss., ove il richiamo della legge all'art. 2043 c.c. «significa che la responsabilità del medico è extracontrattuale. Questo getta alle ortiche la utilizzabilità in concreto della teorica del contatto sociale, e porta la lite all'interno della responsabilità aquiliana, con conseguente spostamento dell'onere probatorio tutto a carico della parte attrice».

³³ In questo senso, Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Danno resp.*, 2013, p. 367 ss., secondo la quale il richiamo della legge all'art. 2043 c.c. non esclude il regime della responsabilità contrattuale del medico fondata sul contatto sociale.

non pare possa essere sufficiente a sconvolgere lo statuto attuale della responsabilità medica. L'intento vero del *conditor iuris* resta esclusivamente quello di introdurre una sorta di esclusione dalla responsabilità penale medica, limitandola alle sole ipotesi di dolo e colpa grave.

4. L'atteggiamento mite sul piano causale

Le difficoltà di giustizia per la posizione giuridica del paziente si acquiscono anche sul piano causale e una svolta di favore avviene con la tesi probabilistica della Cassazione del 2007³⁴.

I giudici superiori affermano che il concetto di causalità in sede civile non coincide con quello operante in sede penale dal momento che le esigenze dell'elemento del nesso eziologico sottese al sistema penalistico non sono in alcun modo riprodotte, né riproducibili, nella diversa e più ampia dimensione dell'illecito aquiliano. La causalità civile ordinaria si attesta sul versante della probabilità relativa (o variabile), caratterizzata dall'accedere ad una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella penale, secondo modalità semantiche che possono assumere molteplici forme espressive (quali: «serie ed apprezzabili possibilità», «ragionevole probabilità» etc.). In questo senso, la causalità civile, in sostanza, obbedisce alla logica del «più probabile che non».

Il pianeta civile assume una sua configurazione: al centro non v'è l'autore del reato, ma la figura del danneggiato che ha subito la lesione di una situazione soggettiva protetta. Inoltre, sotto il profilo sistematico, la materia civile è regolata dal principio di atipicità, capace di avvolgere sempre nuove situazioni meritevoli di tutela³⁵.

La regola del “più probabile che non” ha trovato conferma immediata nelle Sezioni Unite, secondo le quali «ciò che differenzia l'accertamento del nesso causale in sede penale ed in sede civile è la regola probatoria, valendo per il primo il principio dell'”oltre ogni ragionevole dubbio” mentre nel secondo vale il principio della preponderanza dell'evidenza o

³⁴ Cass., 16 dicembre 2007, n. 21619, in *Danno resp.*, 2008, p. 43 ss., con nota di R. PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, e in *Corr. giur.*, 2008, p. 35 ss., con nota di M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due “dimensioni di analisi”*.

³⁵ Non sono mancate riserve in dottrina su questo orientamento: per alcuni, C. CASTRONOVO, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 787 s.; L. LOCATELLI, *Causalità omissiva e responsabilità civile del medico: credibilità razionale o regola del “più probabile che non”*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 332 ss.

“del più probabile che non”, la regola della “certezza probabilistica” non può essere ancorata esclusivamente alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classe di eventi (cd. probabilità quantitativa), ma va verificata riconducendo il grado di fondatezza all’ambito degli elementi di conferma disponibili nel caso concreto (c.d. probabilità logica)³⁶. La giurisprudenza di merito ha accolto con favore questa ricostruzione più mite del nesso di causa³⁷, ove a volte è stata richiamata la teoria dell’aumento di rischio³⁸.

5. L’onere della prova

I principi classici sulla distribuzione degli oneri di prova, nella materia professionale medica hanno subito una serie di correttivi diretti ad agevolare la non facile posizione probatoria del paziente.

A grandi passi, nel periodo antecedente al *dictum* delle Sezioni Unite del 2001³⁹, la ripartizione dell’onere della prova seguiva il binomio degli interventi di *routine* e degli interventi chirurgici complessi. Nel primo caso, al malato era sufficiente provare il titolo e allegare il carattere routinario del trattamento e il peggioramento dello stato di salute. Per contro al medico spettava dimostrare che la prestazione fosse stata eseguita correttamente e che l’evento avverso era seguito ad un’alea a lui non imputabile. Nell’altro, l’esito infausto dell’intervento non supportava la presunzione di negligenza, per cui il medico era tenuto a dimostrare il carattere complesso dell’intervento e allegare che la prestazione professionale fosse stata eseguita correttamente. Al paziente, invece, spettava provare che l’insuccesso del trattamento fosse il risultato della condotta inadempiente del professionista.

La decisione delle Sezioni Unite del 2001 uniforma il regime probatorio di qualsiasi rimedio in caso di inadempimento. Tre anni più tardi, la S. Corte adotta il principio della

³⁶ Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Danno resp.*, 2008, p. 1011 ss., con nota di R. SIMONE, *Equivoci della causalità adeguata e contaminazione dei modelli di spiegazione causale*; v. altresì G. IADECOLA, *La spiegazione del nesso causale “più probabile che non” nelle pronunce della Cassazione: una possibile svolta verso (auspicata) posizioni di maggior equilibrio nella responsabilità civile del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, p. 849 ss.; ID., *La causalità nella responsabilità civile del medico*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2057 ss. Per la giurisprudenza successiva: Cass., 18 giugno 2012, n. 9927, in *Pluris online*;

³⁷ Per alcune: Trib. Terni, 8 marzo 2008, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1838 s.; Trib. Udine, 31 marzo 2011, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 1597 ss., con nota di M. GORGONI.

³⁸ Così, Trib. Brindisi, 2 febbraio 2009, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 637 ss., con nota di R. BORDON, *L’aumento di rischio in un caso di responsabilità medica*.

³⁹ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1565 ss., con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*.

vicinanza alla prova, secondo il quale il relativo onere va in capo al soggetto che ha l'effettiva possibilità di offrire la prova⁴⁰, indipendentemente dalla distinzione fra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà⁴¹.

Sotto il profilo dell'onere della prova, la giurisprudenza in materia medica adotta lo statuto dell'obbligazione di risultato; il mancato risultato fa presumere l'inadempimento, per cui sul medico cade l'onere di provare che l'evento avverso fosse imprevedibile e non prevenibile con l'uso dell'ordinaria diligenza⁴².

L'agevolazione della posizione del paziente si ha nel c.d. onere di allegazione dell'inadempimento professionale astrattamente idoneo a provocare il danno subito. In questa guisa, secondo la S. Corte «lo sforzo probatorio dell'attore può non spingersi oltre la deduzione di qualificate inadempienze in tesi idonee a porsi come causa o concausa del danno, restando poi a carico del convenuto l'onere di dimostrare o che nessun rimprovero di scarsa diligenza o di imperizia può essergli mosso, o che, pur essendovi stato un suo inesatto adempimento, questo non ha avuto alcuna incidenza causale sulla produzione del danno»⁴³.

La nostra giurisprudenza – dopo aver sollevato il paziente dall'onere di provare l'inadempimento professionale indipendentemente dal grado di difficoltà della prestazione – negli ultimi tempi ha elaborato ulteriori regole di ulteriore *favor* per il paziente.

⁴⁰ Cass., 19 maggio 2004, n. 9471, cit., p. 29, precisa che «in tema di responsabilità professionale del medico-chirurgo, 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, 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».

⁴¹ In generale, cfr. R. FAVALE, *La responsabilità professionale: alcune linee evolutive*, in *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile* a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2005, p. 455 ss.

⁴² Cass., 18 settembre 2009, n. 20101, in *Pluris online*; Cass., 29 luglio 2010, n. 17694, in *pluris online*, ove stabilisce: «in caso di prestazione professionale medico-chirurgica di “routine”, spetta al professionista superare la presunzione che le complicanze siano state determinate da omessa o insufficiente diligenza professionale o da imperizia, dimostrando che siano state, invece, prodotte da un evento impreveduto ed imprevedibile secondo la diligenza qualificata in base alle conoscenze tecnico-scientifiche del momento»; Cass., 7 giugno 2011, n. 12274, in *Danno resp.*, 2012, p. 401 ss., con nota di A. BARBARISI, *Onere della prova e causa non imputabile nella responsabilità sanitaria*; Cass., 21 luglio 2011, n. 15993, in *Pluris online*; Cass., 11 novembre 2011, n. 23562, in *Pluris online*; Cass., 15 dicembre 2011, n. 27000, in *Pluris online*; Cass., 9 ottobre 2012, n. 17143, in *Pluris online*.

⁴³ Cass., 26 gennaio 2010, n. 1538, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 665 ss.

Quest'ultimo, come attore in giudizio di responsabilità professionale, aveva fino a qualche anno fa l'onere di dimostrare il contratto concluso con la struttura (o il contatto sociale col medico), l'allegazione dell'inadempimento, il danno subito e che quest'ultimo fosse legato alla condotta del professionista.

Siffatto orientamento pare superato di recente allorquando alcune pronunce stabiliscono che l'operatore sanitario – dopo che il paziente abbia provato l'esistenza del titolo, il danno subito e allegato l'inadempimento – ha l'onere di dimostrare o di avere esattamente adempiuto ovvero che non sussiste un nesso causale fra il suo inadempimento e il pregiudizio al paziente. Per questa via anche il nesso di causalità costituisce oggetto di una presunzione. Ciò è accaduto nelle fattispecie di trattamenti sanitari di facile esecuzione⁴⁴ e di omissioni o inesattezze nella tenuta della cartella clinica⁴⁵. L'indirizzo appena illustrato ha sollecitato voci favorevoli e contrarie in dottrina. A favore si pone il principio di vicinanza alla prova che giustifica l'onere in capo al professionista in quanto più facilmente può fornire la prova della mancanza del nesso causale⁴⁶. In contrario, non mancano voci che sottolineano come i giudici in questo caso abusino dello strumento della presunzione, il quale comporta il passaggio da un fatto noto da provare ad un fatto ignoto; qui il nesso di causa non costituisce un fatto, bensì l'esito di un ragionamento che collega fatto ed evento⁴⁷.

Nell'anno in corso, la Cassazione declama che «per i danni subiti da un paziente a seguito di un intervento chirurgico, l'accertamento da parte del consulente tecnico della presenza di fattori che riconducono con certezza probabilistica la patologia ad altre cause, e-

⁴⁴ Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 612 ss.; Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Giur. it.*, 2008, p. 63 ss.; Cass., 16 gennaio 2009, n. 975, in *Danno resp.*, 2010, p. 372 ss.

⁴⁵ Cass., 26 gennaio 2010, n. 1538, in *Dir. econ. ass.*, 2010, p. 1263.

⁴⁶ G. VETTORI, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 396; anche A. LEPRE, *Responsabilità medica: il c.d. inadempimento qualificato, la prova del nesso causale tra inadempimento e danni e il diverso onere probatorio a seconda del contenuto dell'obbligazione sanitaria*, in *Giur. merito*, 2009, p. 114 s.

⁴⁷ Cfr. M. GORGONI, *Gli obblighi sanitari attraverso il prisma dell'onere della prova*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 669 s., secondo cui «per effetto dell'alleggerimento dell'onere probatorio gravante sul paziente, il libero convincimento del giudice verrebbe in realtà a basarsi non già sul complesso degli indizi, gravi, precisi e concordanti, raccolti nel corso dell'istruttoria bensì su regole statistiche che prendono il posto degli indizi nella formazione della decisione. In particolare, il meccanismo di attribuzione della responsabilità opera in ragione dell'appartenenza della fattispecie ad una classe più ampia di vicende, tutte contraddistinte dall'elevata probabilità di realizzazione dell'evento e che impediscono di prospettare una ricostruzione degli eventi più persuasiva se confrontata con quella allegata dalla vittima».

sclude con certezza probabilistica il nesso eziologico tra la patologia e la condotta del medico»⁴⁸.

Per quanto riguarda l'obbligo di informazione, all'onere in capo al paziente di dimostrare, anche con presunzioni, la violazione del diritto all'autodeterminazione, spetta al medico fornire la prova che il mancato consenso non ha avuto alcuna rilevanza causale, nel senso che il paziente adeguatamente informato avrebbe aderito al trattamento. Tuttavia, la S. Corte impone in capo al paziente la prova che in ipotesi di corretta informazione non si sarebbe sottoposto all'intervento⁴⁹.

6. Il consenso informato

L'obbligo del sanitario di acquisire preventivamente il «consenso consapevolmente prestato»⁵⁰ dal paziente⁵¹ trova fondamento diretto nelle norme costituzionali di cui agli artt. 13 e 32 cost.⁵².

Un lustro addietro, una pregevole decisione dei giudici della Consulta sostiene che «il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 cost., i quali stabiliscono, rispettivamente, che “la libertà personale è inviolabile”, e che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge»⁵³.

⁴⁸ Cass., 26 febbraio 2013, n. 4792, in *DeJure online*.

⁴⁹ Cass., 13 luglio 2010, n. 16394, in *Pluris online*; Cass., 30 marzo 2011, n. 7237, in *Pluris online*. L'importanza della figura cresce soprattutto se il suo richiamo avviene allorché il paziente non riesce a provare l'errore medico: così, D. GIESEN, *Arzthaftungsrecht*, Bielefeld, 1981, p. 19; A. LAUFS, *Die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht und ihre deliktische Rechtsfolge*, in *NJW*, 1974, p. 2026 ss.; BGH, 27 settembre 1977, in *NJW*, 1978, p. 588; BGH, 15 maggio 1979, in *JZ*, 1979, p. 530 s.

⁵⁰ Così, Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1201 ss., con nota di A. DI MAJO, *La responsabilità da violazione del consenso informato*, «locuzione più propria di quella corrente, giacché “informato” non è il consenso, ma deve esserlo il paziente che lo presta».

⁵¹ In tempi passati prevaleva la tutela meramente penalistica con il richiamo alla figura del consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.).

⁵² Vanno poi aggiunte numerose fonti internazionali: art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 (ratificata con l. 27 maggio 1991, n. 176), art. 5 della Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina del 1997 (ratificata con l. 28 marzo 2001, n. 145), art. 3 della Carta di Nizza dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁵³ Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *www.cortecostituzionale.it*, ove sottolinea che «la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 cost. pone in risalto la sua funzione di sinte-

Il principio viene per la prima volta espresso dalla giurisprudenza negli anni Sessanta allorquando precisava che, ad eccezione dei casi d'intervento necessario, il medico non poteva esercitare l'attività professionale, senza valido consenso del paziente, sottoponendolo ad un trattamento medico-chirurgico suscettibile di porre in grave pericolo la vita e l'incolumità fisica.

Il consenso informato rappresenta il punto di intersecazione fra i due diritti fondamentali di autodeterminazione e della salute, per questo un trattamento sanitario privo di consenso costituisce un illecito.

Il quadro normativo è completato dal versante deontologico, le cui diverse disposizioni del relativo codice tratteggiano la relazione fra medico e paziente come un'alleanza terapeutica.

Fra i diversi profili della figura, la giurisprudenza ha posto l'attenzione sul contenuto dell'obbligo di informazione, analitico e, nel contempo, personalizzato, per consentire una reale autodeterminazione nella scelta del trattamento da parte del paziente. Di conseguenza non è soggetto a nessuna valutazione discrezionale l'obbligo di informare il paziente, ma «comprende tutti gli aspetti diagnostici e prognostici dello stato di salute del paziente e quindi anche i rischi meno probabili, purché non del tutto anomali, in modo da consentirgli di capire non solo il suo attuale stato, ma anche le eventuali malattie che possono svilupparsi, le percentuali di esito fausto ed infausto delle stesse, nonché il programma diagnostico per seguire l'evoluzione delle condizioni del paziente e l'indicazione delle strutture specializzate ove svolgerlo, ovvero di specialisti esperti per formularlo, pur se a tal fine il paziente si deve allontanare dal luogo ove è in cura»⁵⁴.

Per quanto riguarda il problema del *vestimentum* in senso lato del consenso, il codice deontologico propende per la forma scritta, modalità che agevola ma non garantisce appieno la comprensione e la consapevolezza del paziente sottoscrittore⁵⁵. Per questo, «la com-

si 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 al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, cost.»

⁵⁴ Così, Cass., 2 febbraio 2010, n. 2354, in *Pluris online*.

⁵⁵ Il modulo informativo va inserito nella cartella clinica nell'ipotesi di ricovero.

pleta e corretta informazione non è un dato che può desumersi dalla mera sottoscrizione di un modulo del tutto generico»⁵⁶.

In guisa chiara, un interessante arresto di merito sostiene che «in tema di prestazioni terapeutiche si ritiene non vada confuso il consenso informato con il consenso documentato, e se la sottoscrizione del modulo relativo non costituisce la dimostrazione del consenso informato, anche l'assenza del prestampato firmato non vuol dire che la prestazione sanitaria sia stata carente dall'angolo visuale del diritto all'informazione»⁵⁷.

L'obbligo di informazione avvolge tutte le fasi dell'intervento, aventi carattere autonomo, e soprattutto va attualizzato nelle ipotesi di variazioni che il medico apporti al programma terapeutico⁵⁸.

L'aspetto più rilevante del consenso informato concerne il risarcimento dei danni cagionati dal medico che ha violato gli obblighi di informazione, ormai entrati nel programma contrattuale⁵⁹.

⁵⁶ Così, Cass., 9 dicembre 2010, n. 24853, in *Resp. civ.*, 2011, p. 829 ss., con nota di G. MIOTTO, *La prova del «consenso informato» e il valore di confessione stragiudiziale delle dichiarazioni rese nel «modulo» di adesione al trattamento terapeutico*, ove aggiunge che «il medico (e la struttura nell'ambito della quale egli agisce) debbono invece fornire, in modo completo ed esaustivo, tutte le informazioni scientificamente acquisite sulle terapie che si vogliono praticare, o sull'intervento chirurgico che si intende eseguire, illustrandone le modalità e gli effetti, i rischi di insuccesso, gli eventuali inconvenienti collaterali»; il modulo prestampato firmato costituisce quindi uno degli fattori dai quali il giudice parte per la verifica dell'avvenuta informazione (Cass., 8 ottobre 2008, n. 24791, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 540 ss.). In precedenza, la giurisprudenza ha ritenuto determinante la sottoscrizione del paziente dell'apposito modulo contenuto nella cartella clinica rispetto alle prove testimoniali e alla consulenza tecnica d'ufficio.

⁵⁷ Così, Trib. Genova, 12 maggio 2006, in *DeJure online*, ove nel caso di specie ha ammesso la prova testimoniale. Non accettabile quindi l'orientamento che non ammette la prova testimoniale contro il modulo firmato.

⁵⁸ Per Cass., 2 luglio 2010, n. 15698, in *Danno resp.*, 2010, p. 1076 ss., «anche le variazioni del programma operatorio rientrano tra le informazioni che il chirurgo deve fornire al paziente ai fini di un valido consenso informato»; Cass., 29 settembre 2009, n. 20806, in *pluris online*.

⁵⁹ Ormai la giurisprudenza è univocamente nel senso di riconoscere natura contrattuale agli obblighi di informazione: la S. Corte declama che «la condotta di corretta informazione sul trattamento sanitario, specie quando è ad alto rischio, non appartiene ad un momento prodromico esterno al contratto ma è condotta interna del c.d. contratto medico sanitario ed è elemento strutturale interno al rapporto giuridico che determina il consenso al trattamento sanitario» (Cass., 19 ottobre 2006, n. 22390, in *Danno resp.*, 2007, p. 103 ss.; *adde*: Cass., 23 maggio 2001, n. 7027, in *Corr. giur.*, 2001, p. 855 ss.; Cass., 29 settembre 2009, n. 20806, in *Resp. civ.*, 2010, p. 92 ss.; Cass., 19 maggio 2011, n. 11005, in *Danno resp.*, 2012, p. 515 ss.). Per il superato orientamento che collocava l'obbligo di informazione nella fase precontrattuale v. Cass., 25 novembre 1994, n. 10014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 937 ss., secondo cui «nel contratto di prestazione d'opera intellettuale tra il chirurgo ed il paziente, il professionista anche quando l'oggetto della sua prestazione sia solo di mezzi, e non di risultato, ha il dovere di informare il paziente sulla natura dell'intervento, sulla portata ed estensione dei suoi risultati e sulle possibilità e probabilità dei risultati conseguibili, sia perché violerebbe, in mancanza, il dovere di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.) sia perché tale informazione è condizione indispensabile per la validità del consenso, che deve

Certamente l'esito infausto del trattamento sanitario dovuto a *malpractice* medica non pone alcun problema per il risarcimento dei danni subiti dal paziente.

Il profano, al contrario, potrebbe rimanere sorpreso se dalla divaricazione del diritto all'autodeterminazione dal diritto alla salute scaturisca un risarcimento del danno a favore di un paziente, sì beneficiario da un intervento sanitario perfettamente riuscito ma non adeguatamente informato⁶⁰.

In proposito, da una parte, v'è un orientamento restrittivo, secondo il quale il risarcimento dei danni conseguenti per omessa o inadeguata informazione presuppone l'esistenza di un legame causale fra il trattamento medico e l'aggravamento delle condizioni del paziente ovvero l'insorgenza di nuove patologie. Di conseguenza «non l'inadempimento da mancato consenso informato è di per sé oggetto di risarcimento, ma il danno consequenziale, secondo i principi di cui all'art. 1223 c.c.»⁶¹.

All'opposto, si colloca un orientamento estensivo e maggioritario, alla luce del quale il difetto di informazione aggrava la posizione del professionista, il quale risponde non soltanto dell'adempimento difettoso ma altresì dei rischi fisiologici dell'intervento⁶².

Su questa scia la S. Corte riconosce «la risarcibilità del danno da lesione della salute che si verifichi per le non imprevedibili conseguenze dell'atto terapeutico necessario e correttamente eseguito a regola d'arte medica, ma tuttavia effettuato senza la preventiva informazione del paziente circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli e dunque senza un consenso consapevolmente prestato, necessariamente presuppone l'accertamento che il paziente quel determinato intervento avrebbe rifiutato se fosse stato adeguatamente informato»⁶³.

essere consapevole, al trattamento terapeutico e chirurgico»; Cass., 15 gennaio 1997, n. 364, in *Contratti*, 1997, p. 339 ss.; Cass., 30 luglio 2004, n. 14638, in *Resp. civ.*, 2007, p. 688 ss.

⁶⁰ Così, Trib. Bologna, 10 gennaio 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 1000 ss., declama che «il medico può essere chiamato a risarcire il danno alla salute maturatosi in capo al paziente ancorché la prestazione sia stata correttamente eseguita».

⁶¹ In questa prospettiva, Cass., 30 luglio 2004, n. 14638, in *Resp. civ.*, 2007, p. 688 ss.; per il merito: Trib. Monza, 7 marzo 2007, in *www.enpam.it*; Trib. Bologna, 13 aprile 2006, in *www.personaedanno.it*; App. Milano, 2 ottobre 2002, in *Gius*, 2003, p. 876).

⁶² Così, Cass., 26 settembre 2006, n. 20832, in *Pluris online*.

⁶³ Così, Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, cit., p. 1201 ss.; anche: Cass., 15 settembre 2008, n. 23676, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 947; Cass., 20 aprile 2010, n. 9315, in *Resp. civ.*, 2010, p. 732 ss.; Cass., 28 luglio 2011, n. 16543, in *Danno resp.*, 2012, p. 621 ss., con nota di V. MONTANI, *L'inadempimento medico per la (sola) violazione del consenso informato*.

La responsabilità del medico per i danni subiti dal paziente segue ad una prognosi postuma condotta dal giudice, ossia verificare se l'adempimento all'obbligo di informazione da parte del medico avrebbe distolto il paziente dall'intervento a seguito del quale, senza colpa di alcuno, è derivato il pregiudizio alla salute.

La risarcibilità del danno può essere fondata anche sulla sola lesione del diritto all'autodeterminazione, purché si accerti che il paziente avrebbe rifiutato di sottoporsi all'intervento, ove adeguatamente informato⁶⁴.

Alla luce dell'insegnamento delle decisioni di San Martino⁶⁵, la risarcibilità del danno non patrimoniale postula la "serietà" e la "gravità" delle conseguenze dannose⁶⁶. In conclusione, il giudice in questa fattispecie è tenuto a compiere un bilanciamento fra i principi di solidarietà (a favore del danneggiato) e di tolleranza (a favore del danneggiante)⁶⁷.

⁶⁴ Cass., 28 luglio 2011, n. 16543, in *Danno resp.*, 2012, p. 621 ss.; prima in merito: Trib. Paola, 15 maggio 2007, in *Foro it.*, 2007, I, c. 2948 ss.; Trib. Viterbo, 27 novembre 2006, in *Guida dir.*, 2007, 3, p. 39 ss.; Trib. Venezia, 4 ottobre 2004, in *Giur. merito*, 2005, I, p. 1036 ss.; Trib. Busto Arsizio, 17 luglio 2001, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 441 ss. Da ultimo, Cass., 27 novembre 2012, n. 20984, in *De Jure on line*.

⁶⁵ Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972-26975, in *Danno resp.*, 2009, p. 19 ss., decisioni commentate in tutte le principali riviste giuridiche: per alcuni, P. PERLINGIERI, *L'onipresente art. 2059 c.c. e la «tipicità» del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 520 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le sezioni unite e il danno non patrimoniale: luci ed ombre*, in *Dir. giur.*, 2008, p. 527 ss.; F.D. BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 97 ss.; G. PONZANELLI, *Sezioni Unite: il «nuovo statuto» del danno alla persona*, in *Foro it.*, 2009, I, c. 134 ss.; P.G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 56 ss.

⁶⁶ Già prima, Trib. Milano, 29 marzo 2005, in *www.altalex.com*, aveva precisato che «nelle ipotesi in cui [...] non sia stato dato il consenso informato da parte del paziente (o in cui tale consenso sia stato prestato per un intervento eseguito con modalità diverse da quelle previste) – in assenza di colpa medica, e qualora non consegua alcun pregiudizio alla salute del paziente, ma anzi un miglioramento delle sue condizioni psico-fisiche – la lesione del diritto all'autodeterminazione produce sì un danno non patrimoniale, ma pur tuttavia ontologicamente trascurabile o comunque di entità economica non apprezzabile»; nello stesso senso, Trib. Milano, 4 marzo 2008, n. 2847, in *www.enpam.it*, secondo cui «va rigettata la richiesta risarcitoria nel caso in cui è stata fornita solo la prova della lesione del proprio diritto all'autodeterminazione, in assenza di allegazione né dimostrazione del danno-conseguenza risarcibile, né in relazione al danno morale soggettivo, inteso quale patema d'animo interiore, né in relazione al cosiddetto danno esistenziale, inteso quale compromissione esteriore delle proprie abitudini di vita. Inoltre, poiché tali danni non sono mai *in re ipsa*, e, nella specie, non si accompagnano alla lesione del bene salute, ma, al contrario, risulta addirittura provato un miglioramento delle condizioni di salute della paziente, non è neppure ammissibile una qualsivoglia prova per presunzioni. Incombe sul ricorrente l'onere di allegare specifiche sofferenze o peggioramenti delle proprie quotidiane condizioni di vita».

⁶⁷ Di recente Trib. S. Maria Capua Vetere, 10 maggio 2011, in *Dannoerroremedico.it*, secondo cui «in tema di responsabilità professionale medica, l'inadempimento dell'obbligo di informazione sussistente nei confronti del paziente può assumere rilievo a fini risarcitori – anche in assenza di un danno alla salute o in presenza di un danno alla salute non ricollegabile alla lesione del diritto all'autodeterminazione – tutte le volte in cui siano configurabili, carico del paziente, conseguenze pregiudizievoli di carattere non patrimoniale di apprezzabile gravità derivanti dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in se stesso considerato,

7. L'orizzonte applicativo del danno da perdita di chance

Nell'ambito sanitario il danno da perdita di chance trova il suo statuto a partire dall'arresto della S. Corte nel 2004⁶⁸. Qui per la prima volta vengono distinti chiaramente, da un lato, il caso «in cui il soggetto creditore agisca per il risarcimento del danno costituito dal mancato raggiungimento del risultato sperato, allorché ciò sia conseguenza, sia pure in termini di probabilità concrete, dell'inadempimento della prestazione del medico, perché omessa, errata o ritardata»⁶⁹; da un altro lato, la diversa fattispecie in cui, «in una situazione in cui è certo che il medico ha dato alla patologia sottopostagli una risposta errata o in ogni caso inadeguata, è possibile affermare che, in presenza di fattori di rischio, detta carenza aggrava la possibilità che l'esito negativo» possa realizzarsi⁷⁰. Anche se non è possibile affermare che l'evento si sarebbe verificato, ossia che il giudice non può riconoscere il nesso causale fra omissione colposa ed evento in base al principio della preponderanza dell'evidenza, si ha la certezza «che il paziente ha perso, per effetto di detto inadempimento, delle *chances*, che statisticamente aveva, anche tenuto conto della particolare situazione concreta»⁷¹.

Le due ipotesi richiamano danni del tutto diversi, come diverso è l'accertamento del nesso eziologico. In un caso va risarcito il danno totale consistente nella morte, nell'invalidità o nel suo aggravamento sulla base di un nesso causale che legghi condotta negligente ed evento dannoso. Nell'altro, il giudice ripara il solo danno costituito dalle *chances* effettivamente perse sulla base di un diverso nesso causale fra condotta omissiva o commissiva e questa tipologia di danno.

Sul risarcimento del danno da perdita di *chance* si è «ormai da tempo evidenziato, tanto da autorevole dottrina quanto dalla giurisprudenza di questa Corte», che la *chance*, quale «concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato, non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione, onde la sua perdita, *id est* la perdita

sempre che tale danno superi la soglia minima di tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale e che non sia futile, ossia consistente in meri disagi o fastidi».

⁶⁸ Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, in *Dir. giust.*, 2004, n. 14, p. 38 ss., e annotata da M. FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*, in *Danno resp.*, 2005, p. 49 ss.

⁶⁹ Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., p. 40.

⁷⁰ Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., p. 40.

⁷¹ Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., p. 40.

della possibilità consistente di conseguire il risultato utile del quale risulti provata la sussistenza, configura un danno concreto ed attuale»⁷². Questo danno, «non meramente ipotetico o eventuale (quale sarebbe stato se correlato al raggiungimento del risultato utile), bensì concreto ed attuale (perdita di una consistente possibilità di conseguire quel risultato), non va commisurato alla perdita del risultato, ma alla mera possibilità di conseguirlo»⁷³.

I giudici superiori non mancano di sottolineare che «il modello di giudizio basato sul sacrificio delle possibilità (la perdita di chances) è accolto, negli stessi termini dalla giurisprudenza di altri ordinamenti, segnatamente quello francese, in tema di responsabilità dei medici»⁷⁴.

Così ricostruita la *chance*, «ragioni di coerenza del sistema inducono a ritenere condivisibile una tale soluzione in tema di responsabilità dei medici anche nel nostro ordinamento, ispirandosi, anzi, essa alla ripartizione del carico del danno tra creditore e debitore»⁷⁵.

Ma ciò che occorre rilevare «è che la domanda per perdita di *chances* è ontologicamente diversa dalla domanda di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato»⁷⁶. In quest'ultimo caso «la stessa collocazione logico-giuridica dell'accertamento probabilistico attiene alla fase di individuazione del nesso causale, mentre nell'altro caso attiene al momento della determinazione del danno»⁷⁷.

La S. Corte osserva che non «può ritenersi, come pure sostenuto da parte minoritaria della dottrina, che con l'espressione “perdita di una probabilità favorevole” non si fa riferimento ad un danno distinto da quello finale, ma si descrive solo una sequenza causale, nella quale la certezza del collegamento fatto-evento si evince dalla sola probabilità del suo verificarsi, ed il risarcimento viene adeguato alla portata effettuale della condotta illecita sul danno finale»⁷⁸. La tesi accolta è quella che «dissocia [...] il danno come perdita della possibilità dal danno per mancata realizzazione del risultato finale, introducendo così una distin-

⁷² Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., p. 40.

⁷³ Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., p. 40.

⁷⁴ Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., p. 40.

⁷⁵ Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., p. 40.

⁷⁶ Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., p. 40.

⁷⁷ Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., p. 40.

⁷⁸ Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., p. 40 s.

ta ed autonoma ipotesi di danno emergente, incidente su di un diverso bene giuridico, la possibilità del risultato appunto»⁷⁹.

Di conseguenza, nell'ambito della responsabilità del medico «per prestazione errata o mancante, cui è conseguito il danno del mancato raggiungimento del risultato sperato, se è stato richiesto solo questo danno, non può il giudice esaminare ed eventualmente liquidare il danno da perdita di *chances*, che il creditore della prestazione sanitaria aveva, neppure intendendo questa domanda come un *minus* rispetto a quella proposta, costituendo, invece domande diverse, non ricomprese l'una nell'altra»⁸⁰.

Il caso concreto deciso nel 2004 è ritornato in Cassazione dopo il giudizio di rinvio e i principi sono stati riconfermati. Così la giurisprudenza ripete che «la domanda per perdita di *chances* è ontologicamente diversa dalla domanda di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato»⁸¹. Nella specie, la domanda di tutti i danni derivanti dalla morte del paziente non può comprendere anche il danno da perdita di *chance* intesa come un *minus* e il giudice non può pronunciare su di essa d'ufficio⁸².

Camerino, giugno 2013

⁷⁹ Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., p. 41.

⁸⁰ Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, cit., p. 41.

⁸¹ Cass., 29 novembre 2012, n. 21245, in *Pluris online*.

⁸² Secondo Cass., 29 novembre 2012, n. 21245, cit., l'irrisarcibilità del danno al paziente scaturisce dalla mancanza del nesso di causalità materiale sulla base della regola del "più probabile che non". In particolare il giudice ha affermato «che il giudizio controfattuale in ordine alla incidenza eziologica del comportamento dei sanitari sulla morte del paziente non dava possibilità di salvezza dello stesso superiori al 10%, di talché, anche a volere ipotizzare una immediata, corretta diagnosi della patologia che lo aveva colpito, mancava una soglia di probabilità di sopravvivenza apprezzabile in termini tali da consentire di addebitare all'ente ospedaliero la responsabilità della morte del [paziente]».