
Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) – Silvio BOLOGNINI (Professore straordinario di Filosofia del diritto) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) – Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) – Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) – Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) – Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) – Francesca PROIETTI (Magistrato) – Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) – Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

**La responsabilità del medico come responsabilità di tipo
contrattuale¹**

Articolo di Antonio MASONE

(giudice del Tribunale di Frosinone)

¹ Relazione, rimaneggiata, effettuata nel corso del convegno promosso dall'Associazione Culturale dott. Pietro Taglienti, svoltosi in Veroli il 17 maggio 2014.

Come e' noto la responsabilita' civile professionale del medico risulta dalla giurisprudenza inserita nell'alveo della responsabilita' di tipo contrattuale.

La Suprema Corte di Cassazione infatti, sin dal 1999 (Cass. Sez. III., sentenza n.589 del 22/1/1999, alla cui lettura integrale per brevità si rimanda), dopo avere confermato la natura contrattuale del rapporto paziente - struttura sanitaria, ha ritenuto di dover qualificare come contrattuale anche il rapporto tra paziente e medico dipendente della struttura sanitaria, aderendo alla teoria del c.d. contatto sociale.

A prescindere dai sempre possibili rilievi critici alla predetta ricostruzione, sta di fatto che la natura contrattuale e diretta della responsabilita' del medico nei confronti del paziente e' divenuta "diritto vivente", con le conseguenti implicazioni in ordine alla prescrizione estintiva (decennale) ed all'applicazione dell'art. 1218 c.c..

La costante giurisprudenza di legittimita' non esita nel ritenere che l'art.1218 c.c. integri una vera e propria presunzione di colpa dell'inadempimento del debitore, cosicche' (cfr Cass. Sez. U, Sentenza n. 577 del 11/01/2008),

A) il creditore (ovvero, nel caso di responsabilita' professionale del medico, il paziente) danneggiato deve:

- 1) provare l'esistenza del contratto (o del contatto sociale);
- 2) provare l'insorgenza o l'aggravamento della patologia;
- 3) allegare qualificate inadempienze, astrattamente idonee a provocare (quale causa o concausa efficiente) il danno lamentato;

B) il debitore convenuto (ovvero, nel caso di responsabilita' professionale del medico, il medico stesso) ha invece l'onere:

- 1) di provare che nessun rimprovero di scarsa diligenza o di imperizia possa essergli mosso;
- 2) di provare che, pur essendovi stato un suo inesatto adempimento, questo non abbia avuto alcuna incidenza causale sulla produzione del danno.

Numerosi appaiono essere i punti controversi di questa apparentemente semplice ricostruzione sistematica.

Il primo di tali punti controversi riguarda il nesso di causalità'.

Le massime delle sentenze della Suprema Corte infatti ripetono tralaticciamente che l'attore danneggiato avrebbe l'onere soltanto di *allegare* qualificate inadempienze. Dando per nota la differenza concettuale tra allegare e provare, se ne dovrebbe dedurre che l'attore non abbia, sul punto, un vero e proprio onere di prova.

In realtà' dalla lettura del testo delle sentenze (ed anche da quelle di numerosissime massime tra cui le 4792/13, n. 10743/09, n. 12362/06, n.22894/05) emerge invece piuttosto chiaramente che il positivo accertamento del nesso di causalità (secondo il criterio civilistico del "*piu' probabile che non*") deve formare comunque oggetto di prova da parte del danneggiato e che, soltanto dopo che tale prova sia stata fornita, si potrà passare alla valutazione dell'elemento soggettivo dell'illecito, e cioè alla valutazione circa la sussistenza, o meno, della colpa dell'agente (che, pur in presenza di un comprovato nesso causale, potrebbe essere autonomamente esclusa secondo criteri di prevedibilità ed evitabilità.)

In sostanza dall'analisi della giurisprudenza sembrerebbe che il riferimento alla mera *allegazione* del nesso di causalità' debba essere inteso in senso improprio, spettando comunque all'attore l'onere di fornire prova dell'idoneità' causale della condotta del convenuto nella determinazione del danno. D'altra parte, ove così' non fosse, si dovrebbe giungere, ad esempio in cause contumaciali, all'accoglimento della domanda anche in assenza di prova della sussistenza del nesso di causalità', conclusione che appare davvero paradossale.

Rebus sic stantibus, appare quindi possibile affermare che l'attore ha comunque l'onere di dimostrare che la sua ricostruzione causale del danno, riconducibile alla condotta -in tesi erronea- del convenuto, sia quella piu' probabile. Tale idoneità' causale potrà dirsi quindi soddisfatta solo ove raggiunga probabilità' scientifico-razionali serie e maggiori rispetto ad ogni altra probabile e diversa ipotesi (per brevità': l'attore deve dimostrare che la sua ricostruzione causale è', tra le tante, quella piu' rilevante).

Chiaramente, ove il convenuto sia costituito (come di regola avviene in tale tipo di cause) ed abbia contestato la sussistenza del nesso di causalità'

materiale, si dovrà distinguere tra le due seguenti ipotesi:

a) il debitore, sulla base delle conoscenze scientifiche del momento, riesce a dimostrare che la ricostruzione attorea del nesso di causalità non supera la soglia del "*piu' probabile che non*" (in sostanza la spiegazione causale fornita dall'attore risulterebbe incerta e non convincente);

b) pur risultando dimostrata la ragionevolezza scientifica della ipotesi causale fatta dall'attore, il convenuto riesce positivamente a dimostrare (con certezza che, ove non raggiunta, in questo caso ricade contro esso debitore) la sussistenza, nel caso di specie, di una interruzione del nesso di causalità per fatto a se' non imputabile. In questa ipotesi, in sostanza, il convenuto riesce a fornire la prova positiva di una vera e propria *causazione* alternativa che, pur astrattamente poco probabile, risulta invece in concreto essersi verificata.

Così ricostruiti i termini delle questione, sembra venire in radice meno anche la *vexata quaestio* relativa alla c.d. causa ignota.

La Suprema Corte (Sez. 3, Sentenza n.17143 del 9/10/2012) in tema di *c.d. causa ignota* del danno così testualmente si esprime in motivazione: "*Senza sottacersi che laddove la causa del danno rimanga infine ignota, le conseguenze non possono certamente ridondare a scapito del danneggiato (nel caso, del paziente), ma gravano sul presunto responsabile che la prova liberatoria non riesca a fornire (nel caso, il medesimo e/o la struttura sanitaria), il significato di tale presunzione cogliendosi - come sopra esposto - nel principio di generale favor per il danneggiato, nonché della rilevanza che assume al riguardo il principio della colpa obiettiva, quale violazione della misura dello sforzo in relazione alle circostanze del caso concreto adeguato ad evitare che la prestazione dovuta arrechi danno (anche) a terzi, senza peraltro indulgere a soluzioni radicali, essendo attribuita la possibilità di liberarsi dalla responsabilità*".

Ad una prima lettura, il predetto passo sembrerebbe affermare che la causa ignota del danno dovrebbe andare comunque a scapito del debitore. In realtà la "*causa ignota*", di cui in tal caso si parla, deve essere intesa come la mancanza di una spiegazione scientifica della ragione per la quale si sia in concreto verificata una determinata anomalia del trattamento terapeutico, anomalia che tuttavia (prima di potersi pretendere che resti a carico del

debitore), l'attore ha l'onere di dimostrare come assai probabilmente rientrante nell'alveo di quella idoneità causale riconducibile, comunque, all'allegata condotta inadempiente del debitore.

Solo a questo punto (una volta dimostrato cioè dall'attore che l'anomalia foriera di danno sia comunque riconducibile alla serie causale posta in essere dal convenuto), il debitore (eventualmente non in grado di fornire la prova liberatoria sul piano strettamente causale) potrà tentare di liberarsi dalla responsabilità dimostrando la propria diligenza e, quindi, l'assenza di colpa.

Viene così in rilievo un altro punto controverso della responsabilità del professionista, quello concernente la prova (liberatoria) della diligenza. Ci si chiede infatti se e come il convenuto possa superare la presunzione di responsabilità dell'inadempimento.

Giova a tal fine ricordare che sulla genesi normativa dell'art. 1218 c.c. ebbe particolare rilevanza la teoria della colpa oggettiva, storicamente riconducibile alla dottrina di Giuseppe Osti. Preoccupazione evidente del legislatore era quella di fornire certezza ai traffici commerciali, certezza che sarebbe venuta meno ove avessero prevalso, a fini liberatori del debitore, circostanze esclusivamente soggettive (quali il non essere riusciti ad adempiere all'obbligazione dedotta in contratto per impedimenti prettamente personali). Per tali ragioni si giunse quindi alla formulazione dell'art. 1218 c.c. in chiave spiccatamente oggettiva (come si evince dal riferimento alla *"impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile"*.)

La rigidità del testo di legge è stata tuttavia ben presto superata attraverso una interpretazione sistematica della nozione di inadempimento. Attraverso il collegamento con l'art. 1176 c.c. (in particolare, per quanto riguarda la responsabilità del professionista, al comma secondo) e mediando tra le concezioni oggettiva e quella soggettiva dell'impossibilità della prestazione, si è finiti con l'approdare ad una teoria mediana (propugnata da Bianca) per la quale in tanto si può parlare di inadempimento in quanto il debitore non abbia tenuto una condotta diligente oggettiva parametrata all'agente modello (Cass. 583/05, 2334/2011 e 17143/2012). Pertanto il medico deve, *"per evitare la condanna in sede risarcitoria, provare che l'insuccesso dell'intervento è dipeso da fattori indipendenti dalla propria"*

volontà e tale prova va fornita dimostrando di aver osservato nell'esecuzione della prestazione sanitaria la diligenza normalmente esigibile da un medico in possesso del medesimo grado di specializzazione" (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 24791 del 08/10/2008).

Quando tuttavia si passa dalle affermazioni di principio all'analisi delle decisioni del caso concreto, l'onerosità della prova liberatoria (che deve superare quella che si ritiene essere una vera e propria presunzione di colpa) fondata sulla diligenza del debitore appare in tutta la sua gravità. La Suprema Corte infatti afferma:

- *"Un intervento chirurgico di norma routinario non può mai ritenersi "di speciale difficoltà", ai sensi dell'art. 2236 cod. civ. per il solo fatto che nel corso di esso si verificano delle complicanze (in virtù di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza di merito, la quale aveva ritenuto di non speciale difficoltà un intervento di isterectomia complicato dalla presenza di aderenze tra i tessuti, le quali avevano causato alla paziente un danno nefrologico)" (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 20586 del 22/11/2012);*

- *"... la difettosa tenuta della cartella clinica non vale ad escludere la sussistenza del nesso eziologico tra la colposa condotta del medico e le conseguenze dannose sofferte dal paziente, ove risulti provata la idoneità di tale condotta a provocare il danno, ma consente anzi il ricorso alle presunzioni, assumendo rilievo, al riguardo, il criterio della "vicinanza alla prova", cioè della effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla" (Cass. .Sez. 3, Sentenza n. 10060 del 27/04/2010);*

- *"...l'inadempimento del professionista in relazione alla propria obbligazione, e la conseguente responsabilità dell'ente presso il quale egli presta la propria opera, deve essere valutato alla stregua del dovere di diligenza particolarmente qualificato inerente lo svolgimento della sua attività professionale. Pertanto, è configurabile un nesso causale tra il suo comportamento, anche omissivo, e il pregiudizio subito da un paziente, qualora, attraverso un criterio necessariamente probabilistico, si ritenga che l'opera del professionista, se correttamente e prontamente svolta, avrebbe avuto serie ed apprezzabili possibilità di evitare il danno verificatosi" (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 19133 del 23/09/2004);*

- *"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 imprevisto ed imprevedibile secondo la diligenza qualificata in base alle conoscenze tecnico-scientifiche del momento. Ne consegue che il giudice, al fine di escludere la responsabilità del medico nella suddetta ipotesi, non può limitarsi a rilevare l'accertata insorgenza di "complicanze intraoperatorie", ma deve, altresì, verificare la loro eventuale imprevedibilità ed inevitabilità, nonché l'insussistenza del nesso causale tra la tecnica operatoria prescelta e l'insorgenza delle predette complicanze, unitamente all'adeguatezza delle tecniche scelte dal chirurgo per porvi rimedio" (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 20806 del 29/09/2009, nonché Cass. Sez. 6, Ordinanza n. 17694 del 29/07/2010);*

- *Il risultato "anomalo" o anormale - in ragione dello scostamento da una legge di regolarità causale fondata sull'esperienza - dell'intervento medico-chirurgico, fonte di responsabilità, è da ravvisarsi non solo in presenza di aggravamento dello stato morboso, o in caso di insorgenza di una nuova patologia, ma anche quando l'esito non abbia prodotto il miglioramento costituente oggetto della prestazione cui il medico-specialista è tenuto, producendo invece, conseguenze di carattere fisico e psicologico" (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 8826 del 13/04/2007);*

- *"È onere del medico provare, a fronte dell'allegazione di inadempimento da parte del paziente, l'adempimento dell'obbligazione di fornirgli un'informazione completa ed effettiva sul trattamento sanitario e sulle sue conseguenze, senza che sia dato presumere il rilascio del consenso informato sulla base delle qualità personali del paziente (nella specie, avvocato), potendo esse incidere unicamente sulle modalità dell'informazione, la quale deve sostanziarsi in spiegazioni dettagliate ed adeguate al livello culturale del paziente, con l'adozione di un linguaggio che tenga conto del suo particolare stato soggettivo e del grado delle conoscenze specifiche di cui dispone" (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 19220 del 20/08/2013).*

Tra i suddetti arresti giurisprudenziali particolare attenzione merita quello

in cui si fa riferimento al "risultato anomalo" dell'intervento di routine.

E' noto infatti che la Suprema Corte di Cassazione (fin da Cass. S.U. sentenza n.577/08) proprio con riferimento alla responsabilita' del medico, e' giunta a superare la tradizionale distinzione tra "obbligazione di mezzi" e "obbligazione di risultato" distinzione che, ove fosse rimasta in vita, avrebbe comportato una diversa distribuzione degli oneri probatori. In epoca risalente, infatti, la Suprema Corte affermava che *"L'obbligazione inerente alla prestazione di attività professionale costituisce un'obbligazione di mezzi e non già di risultato, in quanto il professionista, assumendo l'incarico, s'impegna a prestare la propria opera intellettuale per raggiungere il risultato sperato, ma non a conseguirlo. Per aversi, pertanto, inadempimento da parte del professionista non basta il semplice fatto del risultato mancato, ma occorre la prova - che incombe al committente - che **cio** sia dipeso da difettosa esecuzione dell'opera e, nel caso che sia richiesta la risoluzione del contratto, che i vizi o le difformita' dell'opera siano tali da renderla del tutto inidonea allo scopo"*(Cass. Sez. 2, Sentenza n. 2294 del 31/08/1966).

Tale distinzione, come si accennava, sembrerebbe essere stata abbandonata dalla citata sentenza a Sezioni Unite a mente della quale tutte le obbligazioni (siano esse di mezzi o di risultato, terminologia usata a meri fini descrittivi) sarebbero regolate, in ordine all'inadempimento, dall'art. 1218 c.c..

Senonché, scorrendo i massimari della Suprema Corte, ci si imbatte nella seguente recente sentenza (in tema di appalto): *"Le obbligazioni, siano esse "di risultato" o "di mezzi", sono sempre finalizzata a riversare nella sfera giuridica del creditore una "utilitas" oggettivamente apprezzabile, fermo restando che, nel primo caso, il risultato stesso è in rapporto di causalità necessaria con l'attività del debitore, non dipendendo da alcun fattore ad essa estraneo, mentre nell'obbligazione "di mezzi" il risultato dipende, oltre che dal comportamento del debitore, da fattori ulteriori e concomitanti (come, nella specie, fattori agronomici non controllabili dall'appaltatore, impegnatosi solo alla corretta esecuzione di un trattamento antiossidante della frutta stoccata in celle frigorifere). Ne consegue che il debitore "di mezzi" prova l'esatto adempimento dimostrando di aver osservato le regole dell'arte e di essersi conformato ai protocolli dell'attività, mentre non ha l'onere di provare che il*

risultato è mancato per cause a lui non imputabili" (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 4876 del 28/02/2014).

Così stando le cose, non stupisce che il legislatore abbia ritenuto di dover intervenire, asseritamente mosso dall'intento di evitare i costi derivanti dalla c.d. medicina difensiva.

Cio' è avvenuto con il c.d. decreto Balduzzi (D.L.158/2012, convertito nella legge n.189 dell'8.11.2012 che, sul punto, testualmente recita *"L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo. ..."*.

La presenza del preciso riferimento normativo (art. 2043 c.c. che comporterebbe la prescrizione quinquennale ed il totale onere probatorio a carico dell'attore), peraltro sorretta da una chiara intenzione del legislatore (che ha modificato, in sede di conversione in legge del decreto, i precedenti riferimenti alla diligenza dell'obbligato) ha naturalmente colpito gli interpreti che hanno quindi iniziato a cimentarsi con l'esegesi della norma, fortemente contrapponendosi tra chi ritiene che nulla sia cambiato (Cass. 19/2/2013 n. 4030, Cassazione, ordinanza del 17/4/2014 n. 8940, Tribunale di Rovereto del 29/12/2013, Tribunale di Cremona 19/9/2013) e chi ritiene invece che la norma abbia introdotto una vera e propria rivoluzione copernicana (Tribunale di Milano 17/9/2014, Tribunale di Arezzo 14/2/2013, Tribunale di Varese 29/12/2012, Tribunale di Torino 26/2/2013).

Le ragioni di tale contrapposizione sono peraltro ampiamente giustificabili risultando piuttosto incerta (in entrambe le possibili soluzioni interpretative) l'esatta portata complessiva della norma.

Chi sostiene infatti che il legislatore abbia inteso tutto cambiare in materia di responsabilità civile del medico (in forza del richiamo all'art. 2043 c.c.) è costretto ad equilibrismi interpretativi per superare il significato dell'inciso *"In tali casi....."*. Ove infatti si volesse ritenere che sia definitivamente mutato lo statuto della responsabilità civile personale del

medico dipendente pubblico (ovvero del medico che non abbia stipulato alcun formale contratto con il paziente), sarebbe alquanto difficile affermare che una tale "rivoluzione copernicana" possa limitarsi solo a "tali casi" (ovvero all'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, non rispondendo così penalmente per colpa lieve). Si arriverebbe infatti al paradosso che il riferimento all'art. 2043 c.c. opererebbe solo in caso di colpa lieve non penalmente rilevante e non anche, ad esempio, in caso di colpa grave. Con la conseguenza che, in caso di colpa grave, la responsabilità sarebbe ancora di tipo contrattuale da contatto sociale e, in caso di colpa lieve, la responsabilità sarebbe di natura extracontrattuale. Appare evidente l'irragionevolezza di siffatta conclusione che farebbe dipendere la natura del rapporto dal grado della colpa. (Inoltre, ma questo sembrerebbe pacifico, la responsabilità della Azienda Sanitaria -non scalfita dalla norma- resterebbe comunque di natura contrattuale, cosicché si dovrebbe ammettere che, ove in giudizio l'attore abbia convenuto sia l'Azienda che il medico da essa dipendente, dovrebbero coesistere due azioni, quella contrattuale verso l'Ente e quella extracontrattuale verso il medico-dipendente.)

In sostanza, chi sostiene la tesi della generale portata innovatrice della norma, si trova costretto a privare quasi di ogni significato l'inciso *"in tali casi"*.

Chi invece (e tra questi, come già detto, la Suprema Corte di Cassazione con l'ordinanza Sez. 6, n. 8940 del 17/04/2014 massimata ufficialmente come segue: *"L'art. 3, comma 1, del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, come modificato dalla legge di conversione 8 novembre 2012, n. 189, nel prevedere che "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", fermo restando, in tali casi, "l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile", non esprime alcuna opzione da parte del legislatore per la configurazione della responsabilità civile del sanitario come responsabilità necessariamente extracontrattuale, ma intende solo escludere, in tale ambito, l'irrelevanza della colpa lieve"*) finisce con il sostenere l'irrelevanza della portata innovatrice della norma, parte, nella lettura della stessa, proprio dal significato dell'incipit *"In tali casi"*.

In sostanza, secondo questa ricostruzione, il legislatore avrebbe fatto riferimento (consapevolmente o meno) all'art. 2043 c.c. soltanto per evitare che una riconosciuta colpa lieve del sanitario potesse condurre ad escludere, oltre alla responsabilita' penale, anche quella civile.

I detrattori di quest'ultima soluzione interpretativa accusano quindi i sostenitori di essa di avere privato di ogni significato il richiamo all'art. 2043 c.c..

In realta', a ben vedere, una tale "accusa" potrebbe essere agevolmente mossa anche nei loro confronti, laddove, per sostenere che tutto sia cambiato in ordine alla responsabilita' civile del sanitario, sono costretti a svilire completamente il significato della locuzione "*in tali casi*".

Nell'attesa, necessariamente piuttosto lunga, che un indirizzo giurisprudenziale prevalga definitivamente, sarebbe auspicabile un intervento legislativo idoneo a fornire certezze a tutti i soggetti coinvolti in queste - comunque tristi - vicende giudiziarie.

La Nuova **Procedura Civile**
Direttore Scientifico: Luigi Viola

ADMAIORA

Editrice
