



LA LIBRERIA ON LINE DEL PROFESSIONISTA

L'estratto che stai visualizzando
è tratto da un volume pubblicato su
ShopWki - La libreria del professionista

[VAI ALLA SCHEDA PRODOTTO](#)



Capitolo 4

PROVA E RESPONSABILITÀ MEDICA

(Flaviano Sanzari-Michelino Villani¹) *

L'Autore si propone di illustrare le problematiche in tema di prova che si pongono nei giudizi aventi ad oggetto ipotesi di responsabilità medica, tracciando l'evoluzione giurisprudenziale e normativa sul punto e focalizzando infine l'attenzione sulla responsabilità da prodotto difettoso, in particolare protesi mediche. All'interno del presente capitolo verranno, inoltre, evidenziate le novità apportate dalla Legge Gelli all'intero comparto della responsabilità sanitaria, soffermandosi, principalmente, sugli aspetti inerenti al tema della prova.

Sommario: 1. La prova nel processo civile – 1.1. La differente ripartizione degli oneri probatori fra ambito contrattuale e ambito extracontrattuale – 2. L'orientamento tradizionale circa la distribuzione degli oneri probatori nelle ipotesi di responsabilità medica – 2.1. (Segue): Gli interventi di facile esecuzione – 2.2. (Segue): Gli interventi di difficile esecuzione – 3. I recenti interventi normativi e giurisprudenziali in materia di riparto degli oneri probatori in caso di inadempimento contrattuale – 3.1. (Segue): Conseguenze in ambito di responsabilità medica – 4. L'istruzione probatoria e la consulenza tecnica d'ufficio – 4.1. (Segue): La rinnovazione della consulenza tecnica d'ufficio in appello – 5. Il nesso causale – 5.1. Nesso causale e il riparto dell'onere probatorio – 5.1.1. (Segue): Il criterio probabilistico – 5.1.2. Le condotte omissive. La probabilità "logica" – 5.1.3. (Segue): Omissione propria ed impropria – 5.1.4. (Segue): Il rispetto delle linee guida – 5.1.5. (Segue): Il nesso causale in sede penale in caso di omissione medica – 5.2. La "probabilità logica" in sede civile. Il concorso di cause nella verifica del danno – 6. La perdita di *chances* – 7. I risvolti processuali della Legge Gelli – 8. Le azioni risarcitorie per i danni prodotti dall'installazione di protesi difettosa – 8.1. La domanda risarcitoria per responsabilità da prodotto difettoso: caratteristiche generali – 8.2. L'applicazione del rimedio al caso della protesi difettosa: questioni in tema di prova – 8.3. Brevi cenni sui possibili profili di responsabilità del medico e della struttura sanitaria: implicazioni in tema di prova.

* All'aggiornamento ha contribuito il dott. Pietro Maria Mascolo

¹ F. Sanzari ha redatto i paragrafi 1-6; M. Villani il paragrafo 7.



Casi: 1. Intervento di difficile esecuzione – 2. Prova del carattere difettoso del dispositivo medico – 3. Difettosità del prodotto e prova per presunzioni.

Riferimenti normativi: artt. 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, D.Lgs. 6.9.2005, n. 206 – artt. 1218, 1227, 2043, 2059, 2697 c.c. – art. 10, D.Lgs. 24.2.2007, n. 46 – L. 8 marzo 2017, n. 24

1. LA PROVA NEL PROCESSO CIVILE

Il codice civile disciplina le prove nel contesto del processo, all'interno del quale, in base al principio dispositivo, il giudice, salvi i casi previsti dalla legge, decide sulla base delle prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero (nei casi in cui è prevista la presenza di quest'ultimo: cfr. artt. 69 ss. c.p.c.).

Recita testualmente l'art. 2697, comma 1, c.c.: «chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento». D'altra parte, secondo quel che precisa l'art. 2697, comma 2, c.c.: «chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda».

La norma richiede, pertanto, all'attore di provare i fatti su cui si fonda la sua domanda ed al convenuto di eccepire la verità di tali fatti o la loro idoneità a costituire il fondamento del diritto vantato dall'attore, ovvero di provare la sussistenza di altri fatti, tali da modificare o estinguere il diritto dell'attore.

Sulla distinzione tra fatti costitutivi, impeditivi, modificativi ed estintivi si basa la ripartizione dell'onere della prova fissata dall'art. 2697 c.c. La dottrina dominante considera fatti costitutivi quelli che, in base alla legge, sono rilevanti per la produzione di determinati effetti. Mentre la prova di questi fatti grava sull'attore, la prova dei fatti che rendono inefficaci i fatti costitutivi, impedendo cioè il prodursi degli effetti ad essi ricollegati, o modificandone i diritti (e quindi gli effetti) che su di essi si basano o determinandone la cessazione, incombe sul convenuto.

Il sistema descritto è stato spesso definito dalla dottrina come "sistema della semplificazione", che consiste appunto nella riduzione dell'onere probatorio dell'attore, il quale non è chiamato a provare i fatti costitutivi ed anche la mancanza di fatti impeditivi, modificativi ed estintivi, ma soltanto i primi².

Il meccanismo di prova così disciplinato, all'interno del processo civile, riguarda "di regola" la dimostrazione di fatti positivi, cioè avvenuti. Rispetto ai fatti negativi, invece, varrebbe il principio espresso dal brocardo *negativa non sunt probanda*.

² Cass., 13.2.1998, n. 1557, in *Giust. civ.*, 1999, I, 249.

Con la locuzione "fatti negativi" si intendono fatti che si assume non siano avvenuti: e cioè fatti non accaduti, e, quindi, "non fatti". Per questo non è possibile fornire la prova degli stessi, dato che non è possibile dare la dimostrazione di un "non accadimento". Ciò che si assume come non accaduto può essere provato solamente mediante presunzioni: il "non accadimento", difatti, non può essere che desunto, e cioè derivato.

E poiché le presunzioni, ai sensi dell'art. 2727 c.c., «sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire ad un fatto ignorato», è gioco-forza ritenere che la prova del fatto negativo dev'essere data con la prova di un fatto positivo contrario, poiché questo, con la sua certezza, importa, appunto per presunzione, che debba desumersi il "fatto negativo". Ma poiché, come si è rilevato, la prova del "fatto negativo" va data non con un fatto positivo contrario, ma con presunzioni, se è vero che di regola è il fatto positivo contrario che fonda la presunzione che si adduce come prova del "fatto negativo", non è escluso che fatti pur non (esattamente) contrari a questo, possano, in quanto rispondano a requisiti di gravità, precisione e concordanza, ai quali l'art. 2729 c.c. ancora le presunzioni semplici, costituire fondamento della presunzione del "fatto negativo".

Dal ragionamento esposto, la giurisprudenza desume che l'onere probatorio, previsto dall'art. 2697 c.c., non subisce, dunque, deroga allorché concerna "fatti negativi": questi, se non possono essere provati direttamente, possono, comunque, essere dimostrati con presunzioni e le presunzioni, a propria volta, se di regola sono basate sulla prova di fatti positivi contrari al "fatto negativo", possono fondarsi su fatti positivi che, sebbene non esattamente contrari a "quello negativo", possano essere ritenuti idonei, sulla base dei criteri previsti dall'art. 2729 c.c., a far desumere la sussistenza del "fatto negativo"³.

Il brocardo *negativa non sunt probanda* ha, dunque, perso persuasività nel pensiero giuridico moderno⁴. Anche la dottrina ha escluso la operatività del principio espresso dal brocardo, in quanto esso non può essere ritenuto una regola generale probatoria, in assenza di una espressa disposizione normativa (Cass., 13.2.1998, n. 1557, in *Giust. civ.*, 1999, I, 249).

³ Cass., 20.5.1993, n. 5744, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 163.

⁴ Infatti, si deve constatare come ipotesi di prove di fatti negativi siano previste con una certa frequenza nella legge (oltre all'art. 2033 in questione, anche gli artt. 1453 c.c., per il quale l'inadempimento deve essere provato dal convenuto debitore, 2047 ss., 2900 c.c.). La Cassazione (Cass., 20.5.1993, n. 5744; Cass., 23.12.1991, n. 13872; Cass., 28.11.1992, n. 12746; 15.6.1982, n. 3644; 28.4.1981, n. 2586) sempre più frequentemente ha statuito che la deduzione di un fatto negativo non esonera dall'onere della prova, che sempre incombe a chi chiede una pronuncia giudiziale. Allorché i fatti da provare sono negativi, ciò comporta non l'inversione dell'onere della prova, ma soltanto che essi siano provati con la prova dei fatti positivi contrari. L'onere probatorio, previsto dall'art. 2967 c.c., non subisce deroga allorché concerne fatti negativi (Cass., 20.5.1993, n. 5744, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 163).

Pertanto, l'onere probatorio previsto dall'art. 2967 c.c. non subisce deroga quando sia riferito a fatti negativi. Tali fatti (o meglio "non fatti"), pur non potendo essere dimostrati in via diretta, possono essere provati attraverso presunzioni, che a propria volta – di regola – sono basate sulla prova di fatti positivi contrari al fatto negativo, ma possono anche fondarsi su fatti positivi che, sebbene non "esattamente" contrari a quello negativo, siano comunque idonei, ai sensi dell'art. 2729 c.c., a far desumere il fatto negativo (Cass., 20.5.93, n. 5744, in *Nuova giur. civ., comm.*, 1994, I, 163).

A completamento della disciplina, va aggiunto che l'art. 2698 c.c. sancisce la nullità dei patti con cui è invertito ovvero modificato l'onere della prova, a) laddove si tratti di diritti indisponibili; b) «quando l'inversione o la modificazione ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto».

Vigendo il c.d. principio dispositivo all'interno del processo civile, soltanto in casi rari (che fanno riferimento a controversie che hanno ad oggetto diritti indisponibili) sarà poi operativo il c.d. principio inquisitorio, tipico del processo penale, in base a cui le prove sono acquisite al processo (anche) ad iniziativa del giudice, trattandosi di vicende di interesse pubblico e, dunque, sottratte anche processualmente sul piano probatorio alla libera iniziativa dispositiva delle parti in causa.

Onere della prova	
Art. 2697, comma 1, c.c.	All'attore spetta provare i fatti costitutivi della domanda.
Art. 2697, comma 2, c.c.	Al convenuto spetta provare i fatti impeditivi, modificativi, estintivi
Fatti negativi	La prova dei fatti negativi va data per presunzioni, fondate o su fatti positivi contrari, oppure su fatti pur non (esattamente) contrari, ma che in ogni caso rispondano ai requisiti di gravità, precisione e concordanza di cui all'art. 2729 c.c.
Art. 2698 c.c.	Nullità dei patti con cui è invertito, ovvero modificato l'onere della prova, a) laddove si tratti di diritti indisponibili; b) quando l'inversione o la modificazione ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto.

1.1. La differente ripartizione degli oneri probatori fra ambito contrattuale e ambito extracontrattuale

L'art. 2698 c.c. prevede i limiti in cui possano essere considerate valide le inversioni e/o modificazioni pattizie dell'onere della prova, per la cui distribuzione vale quanto prevede l'art. 2697 c.c.

Occorre, però, tenere presente che – a volte – è la stessa legge a distribuire in modi peculiari gli oneri probatori tra le parti in causa.

Ci si riferisce, ad esempio, alle differenze di disciplina fra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale: esse investono anche il profilo probatorio (oltre i presupposti di capacità – v. artt. 2046 e 1191 c.c. – il limite della prevedibilità dei danni per l'inadempimento contrattuale non doloso, la prescrizione e i profili di diritto internazionale privato).

Così, se l'illecito è contrattuale – se, cioè, si deduce la violazione della regola contrattuale lamentando l'inadempimento del debitore – l'attore deve provare di avere un credito esigibile.

Pertanto egli dovrà provare

- a) il titolo (la fonte dell'obbligazione);
- b) la scadenza del debito.

Incomberà sul debitore convenuto la dimostrazione del diligente adempimento ovvero la prova di non aver potuto adempiere per una causa a lui non imputabile (secondo quanto stabilisce l'art. 1218 c.c.).

Nel caso dell'illecito extracontrattuale (art. 2043 c.c.), invece, chi agisce in giudizio deve provare

- a) il fatto dannoso,
- b) i danni,
- c) il nesso causale tra fatto e danni, nonché
- d) il dolo o la colpa del danneggiante.

Si rileva, d'altra parte, che la differenza tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, sul piano del regime probatorio, si attenua e i contorni tendono a diventare più sfumati, laddove si agisca per uno dei casi di responsabilità extracontrattuale previsti dagli artt. 2047 ss. c.c., che disciplinano ipotesi specifiche di responsabilità extracontrattuale⁵.

Con riferimento all'illecito aquiliano, è stato notato che, man mano che ci si avvicina al modello della responsabilità oggettiva, l'ascrizione della responsabilità al danneggiante si fonda solo sul presupposto del fatto dannoso e della causalità; resta, invece, al danneggiante l'onere di una prova

⁵ Si v. anche Cass., 20.4.2010, n. 9325, a proposito di responsabilità dell'istituto scolastico in caso di lesioni subite dall'allievo (eventualmente anche autoprocurate): «in caso di responsabilità di soggetti obbligati alla sorveglianza dei minori, in caso di danno cagionato dall'alunno a sé stesso, sia che si invochi la presunzione di responsabilità sancita dal secondo comma dell'art. 2048 c.c., sia che si configuri la responsabilità come di natura contrattuale, la ripartizione dell'onere della prova non muta poiché il regime probatorio desumibile dall'art. 1218 c.c. impone che, mentre l'attore deve provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, all'altra parte spetta dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile all'obbligato».

liberatoria, il cui oggetto (c.d. *thema probandi*) viene definito in vario modo: «non aver potuto impedire il fatto» (art. 2048 c.c.), «avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno» (art. 2050 c.c.), «il caso fortuito» (art. 2051 c.c.), ecc. L'oggetto della prova liberatoria contribuirebbe a dare la misura del carattere più o meno oggettivo della responsabilità.

La demarcazione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, con tutte le sue poste conseguenze che ne derivano dal punto di vista dell'onere probatorio, rappresenta, altresì, uno degli aspetti essenziali in materia di responsabilità sanitaria. Sul punto, infatti, come si avrà modo di argomentare più diffusamente in seguito, si rileva come l'entrata in vigore della recente Legge n. 24 dell'8.3.2017 (c.d. Legge Gelli) abbia espressamente sancito la natura contrattuale della responsabilità della struttura (pubblica o privata), prevedendo che la struttura che nell'adempimento della propria obbligazione si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria (anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa) risponda delle eventuali condotte dolose o colpose poste in essere da quest'ultimi ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c.⁶.

Per contro, la responsabilità del sanitario viene attratta nell'orbita dell'illecito aquiliano: il sanitario infatti risponderà del proprio operato in base all'art. 2043 c.c., salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente.

Tali determinazioni comportano delle inevitabili conseguenze dal punto di vista probatorio.

Ripartizione dell'onere della prova	
Responsabilità contrattuale	<p>Attore:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ titolo (la fonte dell'obbligazione); ✓ scadenza del debito. <p>Convenuto:</p> <p>dimostrazione del diligente adempimento, ovvero prova di non aver potuto adempiere per una causa a lui non imputabile (art. 1218 c.c.).</p>
Responsabilità extracontrattuale	<p>Attore:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ fatto dannoso, ✓ danni, ✓ nesso causale tra fatto e danni, ✓ dolo o colpa del danneggiante. <p>Tranne che nelle ipotesi di responsabilità di cui agli artt. 2047 ss. c.c.</p>

⁶ Questa regola vale anche per le prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria o nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica o in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale o attraverso la telemedicina.

2. L'ORIENTAMENTO TRADIZIONALE CIRCA LA DISTRIBUZIONE DEGLI ONERI PROBATORI NELLE IPOTESI DI RESPONSABILITÀ MEDICA

L'orientamento consolidato in giurisprudenza inquadrava l'obbligazione assunta dal medico nei confronti del paziente, al pari di tutte le altre prestazioni professionali, come un'obbligazione di mezzi e non di risultato. Assumendo l'incarico, il professionista si impegnerebbe, dunque, a prestare la propria opera intellettuale per raggiungere il risultato sperato, ma non si vincolerebbe a conseguirlo (Cass., 25.11.1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, 2913, e Cass., 27.5.1997, n. 4704, in *Foro it.*, 1997, I, 2078). Ripetutamente è stato precisato che «l'obbligazione che il professionista assume verso il cliente per effetto dell'incarico conferitogli ha per contenuto lo svolgimento dell'attività professionale necessaria ed utile al caso concreto ed in vista del risultato che, attraverso il mezzo tecnico-professionale, il cliente spera di conseguire (cosiddetta obbligazione di mezzi o di comportamento e non di risultato). Il professionista, dunque, ha il dovere di svolgere l'attività professionale necessaria od utile al caso concreto, ed ha il dovere di svolgerla con la necessaria diligenza» (sin da Cass., 18.6.1975, n. 4394)⁷. La diligenza non è quella del buon padre di famiglia ma quella del debitore qualificato⁸ 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 perizia⁹. La natura intrinsecamente aleatoria del risultato dedotto in obbligazione dal medico si riflette, d'altra parte, sul riparto dell'onere della prova fra paziente e sanitario. La risoluzione del problema implica – anzitutto – la risoluzione della problematica della distribuzione degli oneri probatori circa l'oggetto del contratto (Cass., 25.11.1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, 2913).

⁷ Il principio si riallaccia alla nota distinzione tra obbligazione di mezzi ed obbligazione di risultato. «Se è pacifico, peraltro, che l'obbligazione assunta dal sanitario è, in generale – adottando quella distinzione – “di mezzi”, il problema si pone in forma parzialmente diversa nell'ambito della chirurgia estetica, in cui il chirurgo estetico può assumere una semplice obbligazione di mezzi, ovvero anche una obbligazione di risultato, osservandosi tuttavia che quest'ultimo (...) non costituisce, comunque, un dato assoluto, dovendosi viceversa valutare con riferimento alla situazione pregressa ed alle obiettive possibilità consentite dal progresso raggiunto dalle tecniche operatorie» (Cass., 25.11.1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, 2913).

⁸ Cass., 1.2.2011, n. 2334. La Cassazione ha annullato la sentenza di merito che aveva escluso la responsabilità del ginecologo per danni neurologici patiti dal neonato in occasione del parto, senza valutare se il ginecologo potesse essere ritenuto responsabile per avere indirizzato la gestante presso una struttura (privata) carente di un centro di rianimazione neonatale, per aver omesso di adottare un sistema di monitoraggio cardiocografico, nonostante l'esistenza di sintomi di sofferenza fetale, e per aver omesso di vigilare sulla tempestività delle cure somministrate al neonato dal neonatologo-pediatra e dall'anestesista, presenti al parto.

⁹ Cass., 19.5.1999, n. 4852, in *Resp. civ., e prev.*, 1999, 995.

Ai fini della ripartizione dell'onere della prova in materia di obbligazioni, si deve aver riguardo all'oggetto specifico della domanda. Vi è differenza fra il caso in cui si chieda l'esecuzione del contratto e l'adempimento delle relative obbligazioni, ove è sufficiente che l'attore provi il titolo che costituisce la fonte del diritto vantato, e cioè l'esistenza del contratto e dell'obbligo che si assume inadempito, ed il caso in cui si domandi, invece, la risoluzione del contratto per l'inadempimento di una obbligazione. In tale seconda ipotesi, infatti, l'attore è tenuto a provare anche il fatto che legittima la risoluzione, ossia l'inadempimento e le circostanze inerenti in funzione delle quali l'inadempimento assume rilevanza giuridica, mentre al convenuto spetta l'onere probatorio di essere immune da colpa soltanto quando l'attore abbia provato il fatto costitutivo dell'inadempimento (Cass., 29.1.1993, n. 1119). Il problema non si pone diversamente allorché l'inadempimento venga addotto non per conseguire la risoluzione del contratto, ma ai fini di ottenere il risarcimento del danno. L'obiettivo difficoltà in cui si trovi la parte di fornire la prova del fatto costitutivo del diritto vantato non può condurre ad una diversa ripartizione del relativo onere, che grava, comunque, su di essa (fra le altre, Cass., sent. n. 2596 del 1983), mentre l'antico brocardo, *negativa non sunt probanda* è da intendere nel senso che, non potendo essere provato ciò che non è, la prova dei fatti negativi deve essere fornita mediante la prova dei fatti positivi, ma non già nel senso che la negatività dei fatti escluda od inverta l'onere (Cass., sent. n. 2612 del 1969)¹⁰. Secondo il generale principio sancito dall'art. 2697 c.c., *onus probandi incumbit ei qui dicit*, dunque, grava sul paziente che assume di aver subito un danno l'onere di dimostrare la difettosa o inadeguata prestazione professionale, l'esistenza del danno ed il rapporto causale tra questo e quella. Il medico, a sua volta, secondo il disposto dell'art. 1218 c.c., dovrà provare che non è a lui addebitabile alcuna colpa, cioè che l'intervento è stato correttamente eseguito e l'evento dannoso deriva da una causa a lui non imputabile, quale un evento imprevisto ed imprevedibile o una preesistente situazione fisica del paziente non riscontrabile con la dovuta diligenza professionale.

2.1. (Segue): Gli interventi di facile esecuzione

In tale quadro, si inserisce l'ormai costante orientamento giurisprudenziale secondo il quale se l'intervento da cui è derivato il danno sia di facile e routinaria esecuzione, non richiedendo una particolare abilità tecnica, bensì una preparazione professionale ordinaria, la dimostrazione da parte del paziente dell'aggravamento della sua condizione patologica o l'insorgenza di nuove patologie è idonea a fondare una presunzione semplice in ordine

¹⁰ Cass., 25.11.1994, n. 10014, in *Foro it.*, 1995, I, 2913.

all'inadeguata o negligente prestazione, spettando all'obbligato fornire la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto ed imprevedibile.

Il cliente, che assume di essere stato danneggiato dalla prestazione professionale del chirurgo, ha l'onere di provare che l'operazione (ed eventualmente le terapie postoperatorie) era di facile esecuzione (non richiedeva, cioè, particolare abilità e presentava un minimo rischio di esito negativo o peggiorativo) e che per effetto dell'intervento (e, se del caso, delle terapie postoperatorie) ha subito un peggioramento delle condizioni originarie. Per converso, il chirurgo, per liberarsi della presunzione di inadeguata o negligente effettuazione della prestazione conseguente all'adempimento dell'indicato onere probatorio a carico del cliente, deve provare che ha eseguito in modo adeguato e diligente la prestazione e che l'esito peggiorativo dell'operazione è stato determinato da un evento imprevisto e imprevedibile secondo l'ordinaria diligenza professionale ovvero dalle particolari condizioni fisiche del paziente non accertabili con la medesima diligenza¹¹.

Quindi, in tema di danni cagionati ad un paziente da prestazioni mediche chirurgiche, nell'ipotesi dell'intervento di non difficile esecuzione, a seguito del quale sia stato conseguito un risultato peggiorativo delle condizioni iniziali del paziente, quest'ultimo adempie l'onere a proprio carico, provando

- a) che l'operazione era di facile esecuzione e
- b) che ne è derivato un risultato peggiorativo,

dovendosi presumere l'inadeguata o non diligente esecuzione della prestazione professionale del chirurgo.

La conseguenza è che, in tal caso, spetta ai professionisti fornire la prova contraria al fine di superare la presunzione e, cioè, che l'insuccesso dell'operazione non è dipeso da un difetto di diligenza propria (Cass., 30.5.96, n. 5005, in *Mass. Giust. civ.*, 1996, 797) attraverso la dimostrazione del fatto

- a) che la prestazione era stata eseguita in modi idonei e
- b) che l'esito peggiorativo è stato causato dal sopravvenire di un evento imprevisto ed imprevedibile ovvero dalla preesistenza di una particolare condizione fisica del malato, non accertabile con il criterio della ordinaria

¹¹ È stata respinta l'esclusione di responsabilità del chirurgo, e, quindi, dell'ospedale da cui dipendeva, per il notevole aggravamento della deambulazione e per la distorsione e l'incurvatura verso l'alto dell'arto inferiore sinistro, subito dal paziente a seguito dell'intervento chirurgico e della ingessatura preordinati ad eliminare il plantismo plantare di cui era affetto (Cass., 21.12.1978, n. 6141).

diligenza professionale¹². In altre parole, occorre comunque tenere in considerazione la possibilità di dimostrare l'interruzione del nesso di causalità fra evento dannoso e prestazione sanitaria. Come si è già avuto modo di sottolineare, nel valutare l'efficienza causale di un fatto rispetto ad un evento dannoso, dovrà, in ogni caso, essere considerata, anzitutto, la concomitanza o – eventualmente – la preesistenza di altri fatti/atti che abbiano capacità interruttiva del nesso eziologico, di modo che il fatto originariamente considerato "degradi" a mera occasione dello stesso (Cass., 14.6.1982, n. 3621, in *Mass. giust. civ.*, 1982, 6) per la sopravvenienza di un fatto idoneo di per sé a determinare l'evento (secondo il c.d. criterio della *condicio sine qua non*) (Cass., 20.2.1998, n. 1857, in *Giust. civ.*, 1998, I, 1259). Va, tuttavia, ricordato che la giurisprudenza, sia pure con riferimento ad ipotesi di responsabilità extracontrattuale, ha riconosciuto che, ove non sia dimostrata l'efficacia interruttiva del nesso, l'efficienza causale è da ricondursi a tutti i fatti, non essendo dato distinguere tra gli antecedenti che hanno operato in via diretta e prossima e quelli che hanno avuto influenza soltanto indiretta e remota (Cass., 3.3.1981, n. 1228, in *Mass. Giust. civ.*, 1981, 3). In altre parole, l'evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all'autore di una condotta sopravvenuta, soltanto se questa sia tale da rendere irrilevanti le altre cause preesistenti, collocandosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto (Cass., 27.5.1995, n. 5923, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, 1093)¹³.

¹² Una volta accertato il nesso eziologico tra l'evento dannoso e la prestazione sanitaria, «poiché il danneggiato fa valere la responsabilità contrattuale del prestatore d'opera intellettuale e/o dell'ente contrattualmente tenuto alla prestazione, quando l'intervento chirurgico subito da cui è derivato un danno non è di difficile esecuzione, l'aggravamento della situazione patologica del paziente o l'insorgenza di nuove patologie eziologicamente ricollegabili ad esso comportano, a norma dell'art. 1218 c.c., una presunzione semplice in ordine all'inadeguata o negligente prestazione, spettando all'obbligato – sia esso il sanitario o la struttura – fornire la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo idoneo e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento impreveduto e imprevedibile, eventualmente in dipendenza di una particolare condizione fisica del paziente, non accertabile e non evitabile con l'ordinaria diligenza professionale» (Cass., 11.3.2002, n. 3492, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 435).

¹³ In materia di responsabilità aquiliana, il rigore del principio dell'equivalenza delle cause, posto dall'art. 40 c.p., in base al quale, se la produzione di un evento dannoso è riferibile a più azioni od omissioni, deve riconoscersi ad ognuna di esse efficienza causale, trova il suo temperamento solo nel principio della causalità efficiente, desumibile dal comma 2 dell'art. 41 dello stesso codice, in base al quale l'evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all'autore della condotta sopravvenuta, solo se questa azione risulti tale da rendere irrilevante le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto. In un caso di morte di un militare di leva provocata da "sindrome epilettogena" a seguito del trauma dovuto allo scoppio di una bomba durante un'esercitazione, i giudici di merito, pur avendo accertato gravi negligenze dei medici militari, avevano negato che costituissero l'antecedente causale necessario della morte osservando che l'infortunato era stato poi sottoposto da un proprio medico di fiducia ad idonea terapia onde non poteva escludersi che l'aggravamento e la morte

2.2. (Segue): Gli interventi di difficile esecuzione

Secondo l'orientamento tradizionale, nel caso di intervento operatorio di difficile esecuzione (quello che richiede notevole abilità ed implica la soluzione di problemi tecnici nuovi o di speciale complessità e comporta un largo margine di rischio), gli oneri probatori dovevano essere distribuiti in modi diversi. In tali ipotesi il paziente, per dimostrare la responsabilità del chirurgo, avrebbe dovuto provare, in modo preciso e specifico, le modalità di esecuzione dell'atto e delle prestazioni post-operatorie. In base a tali principi, la Suprema Corte ha così confermato la decisione del merito che aveva accertato l'esistenza del nesso causale e colpa professionale con riguardo ad un'atrofia testicolare insorta a seguito della recisione del canale deferente avvenuta nel corso di un'operazione di ernia¹⁴.

Ove il medico provi che, ai sensi dell'art. 2236 c.c., l'intervento ha implicato la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà – in quanto richiede notevole abilità, presuppone la soluzione di problemi tecnici nuovi o di speciale complessità e comporta, quindi, un largo margine di rischio – spetterà al paziente provare, con precisione (v. Cass., 30.5.1996 n. 5005, in *Mass. Giust. civ.*, 1996, 797; Cass., 4.2.1998, n. 1127, in *Giur. it.*, 1998, 1800):

- a) il modo di esecuzione dell'intervento nelle sue varie fasi ed, eventualmente,
- b) il dolo e la colpa grave del sanitario.

Il medico, in questo caso, dovrà dimostrare di aver partecipato all'intervento con le conoscenze tecniche e scientifiche necessarie per affrontare problemi tecnici di particolare difficoltà, indipendentemente dall'esito dell'operazione (Cass., 21.12.1978, n. 6141, in *Foro it.*, 1979, 4, I)¹⁵.

fossero dipesi da insufficiente risposta al trattamento e da errori commessi dal paziente nell'assunzione dei farmaci, e non poteva, per contro, affermarsi che egli sarebbe sicuramente sopravvissuto se, a seguito di tempestiva e corretta diagnosi, i medici militari gli avessero prescritto una diversa e migliore terapia. (La Cassazione ha annullato la decisione ribadendo il principio di cui alla massima) (Cass., 27.5.1995, n. 5923, in *Mass. giust. civ.*, 1995, 1093).

¹⁴ In tema di danni cagionati ad un paziente da prestazioni mediche, nel campo chirurgico, quando l'intervento operatorio sia di difficile esecuzione (poiché richiede notevole abilità, implica la soluzione di problemi tecnici nuovi o di speciale complessità e comporta un largo margine di rischio), il paziente deve provare, ai fini dell'accertamento della responsabilità del chirurgo, in modo preciso e specifico le modalità di esecuzione dell'atto e delle prestazioni post-operatorie (Cass., 16.11.1988, n. 6220, in *Mass. Giust. civ.*, 1988, 11).

¹⁵ La responsabilità del medico in ordine al danno subito dal paziente presuppone la violazione dei doveri inerenti allo svolgimento della professione, tra cui il dovere di diligenza da valutarsi in riferimento alla natura della specifica attività esercitata. La diligenza 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 limitazione di responsabilità alle ipotesi di dolo e colpa grave di cui all'art. 2236, comma 2, c.c. non ricorre con riferimento ai danni causati per negligenza o imperizia ma soltanto per i casi impicanti

CASO 1. – INTERVENTO DI DIFFICILE ESECUZIONE

In applicazione dei principi sopra esposti, la Cassazione ha così ritenuto non viziata la sentenza di merito che, in un caso di "grave sofferenza perinatale con danno cerebrale", aveva escluso l'applicabilità dell'art. 2236, comma 2, c.c., e affermato la responsabilità concorrente del medico ginecologo – ostetrico, il quale aveva omesso di praticare tempestivamente il taglio cesareo e aveva indugiato nel disporre "perfusioni ossitociche", pur essendo in presenza di una dilatazione anomala. Così facendo, infatti, il sanitario aveva colposamente condotto la partoriente ad una complicanza finale che aveva imposto la scelta tecnica di particolare difficoltà consistente nell'applicazione della ventosa, ciò che aveva implicato ulteriore ritardo, al fine di reperire un altro chirurgo e un anestesista. In tal caso, era stata ritenuta responsabile, altresì, la casa di cura, per essere stata dotata di attrezzature non funzionanti, non aver predisposto terapie di rianimazione adeguate e ad aver tardato il trasferimento in una struttura pubblica (Cass., 19.5.1999, n. 4852, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 995; Cass., 4.2.1998, n. 1127, in *Giur. it.*, 1998, 1800).

3. I RECENTI INTERVENTI NORMATIVI E GIURISPRUDENZIALI IN MATERIA DI RIPARTO DEGLI ONERI PROBATORI IN CASO DI INADEMPIMENTO CONTRATTUALE

Tale consolidato orientamento è stato, inizialmente, sottoposto a sostanziale revisione da parte della Suprema Corte. Il ripensamento prende le mosse dai principi enunciati dalle Sezioni Unite con la nota sentenza 30 ottobre 2001 n. 13533, a proposito dell'onere della prova dell'inadempimento e dell'inesatto adempimento.

La Cassazione ha, infatti, statuito a tal proposito che, circa gli oneri probatori in tema di inadempimento di una obbligazione, la situazione non cambia sia che il creditore agisca per la risoluzione contrattuale ovvero per il risarcimento del danno, ovvero ancora per l'adempimento. In tutti i casi egli deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento. Uguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il

risoluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà che trascendono la preparazione media o non ancora sufficientemente studiati dalla scienza medica. Quanto all'onere probatorio, spetta al medico provare che il caso era di particolare difficoltà e al paziente quali siano state le modalità di esecuzione inidonee ovvero a questi spetta provare che l'intervento era di facile esecuzione e al medico che l'insuccesso non è dipeso da suo difetto di diligenza (Cass., 19.5.1999, n. 4852, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 995).

risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 c.c., risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione¹⁶.

Gli stessi principi valgono anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento.

La diversa consistenza dell'inadempimento totale e dell'inadempimento inesatto non può, infatti, giustificare il diverso regime probatorio. In entrambi i casi il creditore deduce che l'altro contraente non è stato fedele al contratto. Non è ragionevole ritenere sufficiente l'allegazione della circostanza dell'inadempimento per l'inadempimento totale (massima espressione di infedeltà al contratto) e pretendere dal creditore la prova del fatto negativo dell'inesattezza, se è dedotto soltanto un inadempimento inesatto o parziale (più ridotta manifestazione di infedeltà al contratto). In entrambi i casi, la pretesa del creditore si fonda sulla allegazione di un inadempimento alla quale il debitore dovrà contrapporre la prova del fatto estintivo costituito dall'esatto adempimento¹⁷.

In tale ipotesi, al creditore istante sarà, quindi, 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 ovvero, ancora, per difformità quantitative o qualitative dei beni. Graverà sempre sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento.

Le Sezioni unite hanno, tuttavia, avvertito che il principio affermato trova un limite nell'ipotesi di inadempimento delle obbligazioni negative.

Ove sia dedotta la violazione di una obbligazione di non fare, la prova dell'inadempimento va posta, infatti, sempre a carico del creditore, anche nel caso in cui agisca per l'adempimento. Il diverso regime è giustificato dal fatto che l'art. 1222 c.c. dispone che ogni fatto compiuto in violazione di obbligazioni di non fare costituisce di per sé inadempimento; pertanto, l'inadempimento di siffatte obbligazioni integra un fatto positivo e non già un fatto negativo come avviene per le obbligazioni di dare o di fare¹⁸. In caso di inadempimento di obbligazioni negative, qualora il creditore agisca per l'adempimento, richiedendo l'eliminazione delle modificazioni della realtà materiale poste in essere in violazione dell'obbligo di non fare, ovvero agisca

¹⁶ Cass., SS.UU., 30.10.2001, n. 13533, in *Danno e resp.*, 2002, 318.

¹⁷ Cass., SS.UU., 30.20.2001, n. 13533, in *Danno e resp.*, 2002, 318.

¹⁸ «Comune presupposto dei rimedi previsti dall'art. 1453 c.c. è, quindi, un inadempimento costituito da un fatto positivo (l'esecuzione di una costruzione, lo svolgimento di una attività)» (Cass., 30.10.2001, n. 13533, in *Danno e resp.*, 2002, 318).

per la risoluzione o il risarcimento, nel caso di violazioni con effetti irreversibili, non opera, quindi, il principio della persistenza del diritto insoddisfatto. Nel caso di obbligazioni negative, infatti, il diritto nasce soddisfatto e ciò che viene in considerazione è la sua successiva violazione; né sussistono le esigenze pratiche determinate dalla difficoltà di fornire la prova di fatti negativi sulle quali si fonda il principio di riferibilità della prova, dal momento che l'inadempimento dell'obbligazione negativa ha – come si è detto – natura di fatto positivo. Ciò spiega perché, nel caso di inadempimento di obbligazioni negative, la prova dell'inadempimento stesso è sempre a carico del creditore, anche nel caso in cui agisca per l'adempimento e non per la risoluzione o il risarcimento.

3.1. (Segue): Conseguenze in ambito di responsabilità medica

Seguendo la traccia segnata dalle Sezioni unite, la Cassazione ha fornito un'accurata rilettura dei principi che regolano il riparto dell'onere della prova tra paziente e medico.

Partendo dall'affermazione secondo cui al creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'inesatto adempimento è sufficiente provare la fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione dell'inadempimento o inesatto adempimento della controparte, il Giudice di legittimità è giunto ad affermare che al paziente sarà sufficiente provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale)¹⁹ ed allegare l'inadempimento del sanitario e/o della struttura ospedaliera, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato²⁰. Resterà a carico del debitore l'onere di dimostrare l'esattezza dell'adempimento.

Più precisamente, consistendo l'obbligazione professionale in un'obbligazione di mezzi²¹, il paziente dovrà provare l'esistenza del contratto e l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento, mentre resterà a carico del sanitario o dell'ente ospedaliero la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto ed imprevedibile²².

¹⁹ Cass., SS.UU., 11.11.2008, n. 577.

²⁰ Cass., 26.1.2010, n. 1538.

²¹ Anche se la distinzione obbligazioni di risultato-obbligazioni di mezzi è ritenuta superata da Cass., SS.UU., 11.11.2008, n. 577.

²² Cass., SS.UU., 11.11.2008, n. 577: «Una diversa regola probatoria non potrebbe essere introdotta in base alla superata distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. Tale distinzione, infatti, non è immune da profili problematici, specialmente se applicata proprio alle ipotesi di prestazione d'opera intellettuale, in considerazione della struttura stessa del rapporto obbligatorio e tenendo conto, altresì, che un risultato è dovuto in tutte le obbligazioni (nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che – in relazione ad una domanda risarcitoria avanzata da un paziente nei confronti di una casa di cura privata

La distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà non rileva più come criterio di distribuzione dell'onere della prova, ma dovrà essere apprezzata per la valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, restando in ogni caso a carico del sanitario la prova che la prestazione era di particolare difficoltà.

Porre a carico del sanitario o dell'ente ospedaliero la prova dell'esatto adempimento della prestazione medica soddisfa in pieno quella linea evolutiva della giurisprudenza in tema di onere della prova che va accentuando il principio della vicinanza della prova, inteso come apprezzamento dell'effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla. Infatti, nell'obbligazione di mezzi il mancato o inesatto risultato della prestazione non consiste nell'inadempimento, ma costituisce il danno consequenziale alla non diligente esecuzione della prestazione. In queste obbligazioni, in cui l'oggetto è l'attività, l'inadempimento coincide con il difetto di diligenza nell'esecuzione della prestazione, cosicché non vi è dubbio che la prova sia «vicina» a chi ha eseguito la prestazione; tanto più che trattandosi di obbligazione professionale il difetto di diligenza consiste nell'inosservanza delle regole tecniche che governano il tipo di attività al quale il debitore è tenuto²³.

A tale riguardo, occorre mettere in rilievo che il legislatore, con l'art. 3 del D.L. n. 158 del 13.9.2012, convertito, con modificazioni, dalla Legge di conversione n. 189 dell'8.11.2012 (c.d. Legge Balduzzi), ha sancito il principio secondo cui «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 Suprema Corte di Cassazione ha chiarito come detto principio sarebbe stato da intendersi nel senso che la esimente penale non avrebbe eliminato l'illecito civile, con la conseguenza di mantenere inalterato l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c., clausola generale del *neminem laedere*, sia nel diritto positivo, sia con riguardo ai diritti umani inviolabili quale è la salute.

La descritta disposizione normativa è stata di recente abrogata dall'entrata in vigore della Legge n. 24 dell'8.3.2017 (c.d. Legge Gelli) che, all'art. 6, ha profilato una nuova disciplina circa il rapporto tra responsabilità penale

per aver contratto l'epatite C asseritamene a causa di trasfusioni con sangue infetto praticate a seguito di un intervento chirurgico – aveva posto a carico del paziente l'onere di provare che al momento del ricovero egli non fosse già affetto da epatite)».

²³ Cass., 28.5.2004, n. 10297, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 5. Si veda anche Cass., 24.5.2006, n. 12362, in *Ced RV*, 2006.

dell'esercente la professione sanitaria e rispetto delle linee guida, prevedendo l'introduzione del nuovo art. 590-*sexies* all'interno del codice penale, a mente del quale, qualora nell'esercizio della professione sanitaria fossero commessi fatti integranti i reati di «omicidio colposo» e/o «lesioni personali colpose», «la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

Un maggiore grado di specificità rispetto a cosa debba intendersi per «linee guida» viene fornito all'art. 5 del medesimo intervento normativo, prevedendosi che gli esercenti professioni sanitarie, nell'esecuzione delle proprie prestazioni, siano tenuti ad attenersi, salvo le specificità del caso concreto, alle linee guida pubblicate dall'Istituto Superiore di Sanità nonché alle raccomandazioni elaborate dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie accreditate dal Ministero della Salute. Sulla falsariga della previgente disciplina si prevede, inoltre, che il rispetto delle linee guida debba altresì guidare il giudice nella quantificazione del danno spettante al soggetto danneggiato²⁴.

In sostanza, in base a questa inedita disposizione, ferma la responsabilità civile *ex art. 2043 c.c.*, il medico che *nello svolgimento della propria attività* abbia rispettato le linee guida e le *best practices* non risponderà dei reati colposi eventualmente commessi – omicidio e lesioni personali – solo qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia. Allo stesso, tempo, nella diversa ipotesi in cui le stesse linee guida non siano idonee in relazione al caso concreto, il medico è tenuto a non rispettarle ed agire diversamente, tenendo conto delle peculiarità della singola fattispecie. La novella legislativa, quindi, da un lato individua nelle linee guida una vera e propria forma di *soft law* regolarmente codificata, dall'altra tiene sempre in debita considerazione le specificità del caso concreto qualora le citate linee guida non possano o non debbano essere osservate, rendendo sostanzialmente quest'ultime uno strumento flessibile per l'accertamento della colpa, limitatamente, però, all'accezione di "imperizia".

Ne consegue che la recente novella legislativa non ha determinato alcuna conseguenza di rilievo sul versante civilistico, in particolare con riguardo al profilo probatorio.

Poiché l'obbligazione assunta dal professionista consiste in un'obbligazione di mezzi – cioè in un'attività indirizzata ad un risultato – non è il mancato raggiungimento del risultato a determinare l'inadempimento (Cass., 26.2.2003,

²⁴ Cfr. art. 7 comma 3 Legge n. 24 dell'8.3.2017.

n. 2836), che è, invece, costituito dal difetto di diligenza nell'esecuzione della prestazione.

In tali casi, quindi, risulta evidente che la prova è "vicina" a chi ha eseguito la prestazione, tanto più che, trattandosi di obbligazioni professionali, il difetto di diligenza consiste nell'inosservanza delle regole tecniche che governano il tipo di attività al quale il debitore è tenuto.

Successivamente, la Suprema Corte ha affermato che, in tema di responsabilità della struttura sanitaria per inesatta esecuzione della prestazione medica, in base alla regola di cui all'art. 1218 c.c., non compete al paziente provare la colpa, né tanto meno, la gravità di essa, dovendo il difetto di colpa o la non qualificabilità di essa in termini di gravità (nel caso di cui all'art. 2236 c.c.) essere allegate e provate dal medico, posto che la relazione che si instaura tra medico e paziente dà luogo ad un rapporto di tipo contrattuale (Cass., 21.6.2004, n. 11488).

Sul punto risulta doveroso rilevare che la c.d. Legge Gelli ha fornito dignità normativo al suesposto principio giurisprudenziale prevedendo che «la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose».

Seguendo questa scia, l'inaugurato *trend* giurisprudenziale tende così a rendere più agevole la posizione del paziente sul piano probatorio, nel tentativo – comune a diverse esperienze giurisprudenziali dell'area europea – di pervenire ad un'equa distribuzione dei rischi comunque connessi all'attività medica.

Poiché si configura come rapporto di tipo contrattuale, nella relazione che si instaura tra medico e paziente, in base alla regola di cui all'art. 1218 c.c., non spetta al paziente provare la colpa, né tantomeno la gravità di essa, dovendo il difetto di colpa o la non qualificabilità di essa in termini di gravità (nel caso di cui all'art. 2236 c.c.) essere allegate e provate dal medico.

Questo orientamento è ritenuto maggiormente conforme all'esigenza di non rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto del creditore di reagire all'inadempimento, senza peraltro penalizzare il diritto di difesa del debitore adempiente. Il principio di riferibilità o di vicinanza della prova pone, in ogni caso, l'onere della prova a carico del soggetto nella cui sfera si è prodotto l'inadempimento, il quale, essendo in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore, sia questa diretta all'adempimento, alla risoluzione o al risarcimento del danno, potrà fornire la prova del fatto estintivo del diritto azionato, costituito dall'adempimento²⁵.

²⁵ Cass., 30.10.2001, n. 13533, in *Danno e resp.*, 2002, 318.

Il principio di riferibilità o vicinanza della prova deve valere tanto più ove l'esecuzione della prestazione consista nell'applicazione di regole tecniche sconosciute al creditore, in quanto estranee al bagaglio della comune esperienza e specificamente proprie di quelle del debitore (ad es. uno specialista di una professione protetta).

In applicazione di tale principio probatorio, compete, quindi, al paziente l'onere di allegare l'inesattezza dell'adempimento (ad esempio, l'esecuzione dell'esame ecografico di controllo; l'omessa diagnosi di malformazione fetale grave; la nascita di un bambino con grave malformazione agli arti: cfr. Cass., 21.6.2004, n. 11488). Mentre spetta al medico, che è in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore, provare l'incolpevolezza dell'inadempimento (ovvero l'impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore), nonché la diligenza tenuta nell'adempimento, ovvero – ancora – il fatto che l'inadempimento, pur sussistente, non è stato eziologicamente rilevante²⁶.

Questo orientamento testimonia come la giurisprudenza, in parallelo con l'evoluzione delle strutture sanitarie e con il proliferare dei giudizi, abbia iniziato a "ripensare" la natura stessa della responsabilità civile, ricondotta non più ai tradizionali ed "immobili" archetipi romanistici, ma concepita come un problema di diritto vivente, da rielaborare incessantemente modellandolo sulle esigenze emergenti dal contesto storico-sociale, 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.

Il sistema della responsabilità civile diventa così un'opera di ingegneria sociale, commissionata quasi interamente agli interpreti, il cui compito diviene, allora, lo studio dei criteri di traslazione del danno. Diviene occasione per l'individuazione di standard 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, devono essere rilette. Rispetto agli archetipi tradizionali 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)²⁷.

²⁶ Cass., SS.UU., 11.1.2008, n. 577; (ma v. anche Cass., 4.1.2010, n. 13, fattispecie relativa a responsabilità del medico per la nascita di un bambino malformato dovuta a tardiva esecuzione dei dovuti accertamenti clinici e conseguente incidenza sul diritto della donna alla interruzione della gravidanza nei termini di legge).

²⁷ Superate così le iniziali tendenze interpretative volte ad assicurare un'area di sostanziale immunità ai liberi professionisti, di cui si è avvertita ancora eco in pronunce neanche troppo risalenti (Cass., 18.6.1975, n. 2439), l'art. 2236 c.c. diviene una sorta di cartina di tornasole del cambiamento ("rivoluzionario", secondo non poca parte della dottrina italiana) della linea di pensiero, prima ancora che dell'ermeneutica

L'attenuazione di responsabilità prevista dall'art. 2236 c.c. è, peraltro, ulteriormente limitata dalla richiesta, in capo al professionista, di una scrupolosa attenzione, pretendendosi dallo specialista uno standard di diligenza superiore al normale. Così, il richiamo (ormai, poco più che formale e declamatorio) al concetto di colpa grave non vale più come criterio di valutazione di una grossolana divergenza dalla diligenza media, ma come scarto di diligenza esigibile da uno specialista (dal quale, appunto, pretendere una preparazione ed un dispendio di attività superiore al normale: Cass., 7.8.1982, n. 4437)²⁸, mentre non si consente al non specialista il trattamento di un caso altamente specialistico (Cass., 26.3.1990, n. 2428, che ritenne responsabile un ortopedico il quale, senza esperienza nel campo, affrontò un intervento di alta chirurgia neoplastica).

Nell'ambito degli atti ordinari della professione, pertanto, si è giunti a chiedere al danneggiato soltanto la prova del nesso causale, e della facilità di esecuzione dell'intervento (intervento c.d. routinario), mentre la colpa, anche lieve, si presume sussistente ogni volta che venga accertato un risultato peggiorativo delle condizioni del paziente (Cass., 18.10.1994, n. 8470). «La colpa medica giunge così a sfiorare, capovolgendo la situazione originaria di protezione "speciale" del professionista, una dimensione paraoggettiva della responsabilità (o, quantomeno, una dimensione comunque "aggravata", in sintonia con le nuove frontiere del concetto di professionalità e imprenditorialità che, anche per effetto della normativa comunitaria, si è via via venuta affermando nei più svariati campi del sottosistema civilistico italiano, dalla responsabilità del mediatore e dell'amministratore di condominio a quella dei soggetti indicati dagli artt. 1469 *bis* ss. c.c.), salva prova di avere eseguito la propria prestazione con la dovuta diligenza (Cass., 28.3.1994, n. 3023)» (Cass., 19.5.2004, n. 9471, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 5).

Riparto dell'onere probatorio in ambito di responsabilità medica

<p>Rapporto di tipo contrattuale (contatto sociale)</p>	<p>Paziente: ha l'onere di allegare l'inesattezza dell'adempimento.</p> <p>Medico: deve provare l'incolpevolezza dell'inadempimento (ovvero l'impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore), nonché la diligenza tenuta nell'adempimento, ovvero – ancora – il fatto che l'inadempimento, pur sussistente, non è stato eziologicamente rilevante.</p>
--	---

normativa, sviluppatasi sul tema della responsabilità del sanitario (Cass., 19.5.2004, n. 9471, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 5).

²⁸ Cass., 1.2.2011, n. 2334.



LA LIBRERIA ON LINE DEL PROFESSIONISTA

L'estratto che stai visualizzando
è tratto da un volume pubblicato su
ShopWKI - La libreria del professionista

[VAI ALLA SCHEDA PRODOTTO](#)