

Avvertenza

di *Claudio Consolo*

La materia delle liti fra pazienti e medici (e strutture sanitarie), fra la legge Balduzzi e la legge Gelli (in vigore dal 1° aprile 2017), non sembra avere attratto finora molti approfondimenti, tanto meno in forma e con sistematicità trattatistica.

Di qui, anche in ragione del coinvolgimento in vari convegni giuridici (a Roma, Venezia, Firenze, Milano, Lecce) e di medicina legale, l'idea di far germinare una concisa ma completa opera di tal fatta dal vecchio Istituto (oggi: Sezione) di diritto processuale civile della Università la Sapienza, memore anche del fatto che la prima titolarità di un insegnamento la ricevetti nel 1982 nella patavina Scuola di medicina legale.

Abbiamo così avviato, in dialogo costante, al lavoro di sistemazione tre giovani eccellenti dottorandi di ricerca, assieme ad una presenza da tempo versata nei temi della perizia civile (Vincenzo Ansanelli della Università di Genova), che la nuova legge esalta e rende (tendenzialmente) adempimento preliminare.

Abbiamo poi chiesto a due illustri Magistrati che molto (forse più di ogni altro) hanno contribuito a questi temi, Giacomo Travaglini e Vincenzo Carbone, rispettivamente una prefazione ed una postfazione con visuali di più ampio respiro.

Confidiamo che questo lavoro artigianale di “bottega” risulti utile e, quanto all'art. 8¹, ponga anche le premesse per una riscrittura più razionale di que-

¹ Ci permettiamo di riformulare, in chiave propositiva, l'art. 8, che dovrebbe allora, per noi, suonare come segue:

comma 1: «Chi intende far valere un diritto fondato su una responsabilità di qualsivoglia natura, nascente dalle disposizioni della presente legge, è tenuto in via preliminare ad esperire l'accertamento tecnico preventivo nelle forme di cui all'art. 696-bis c.p.c., affinché il giudice designato nomini due consulenti, di cui uno specialista delle materie cui ineriscono le patologie pregiudizievoli e l'altro specialista di medicina legale, onde redigere una consulenza tecnica allo stato degli atti e in base ad essa tentare la bonaria conciliazione delle parti presenti nella fase preliminare».

comma 2: «Il ricorso di cui al comma 1, con pedissequo decreto di fissazione dell'udienza per la nomina dei consulenti deve essere notificato a tutti i soggetti che l'attore assume responsabili o corresponsabili dell'illecito, siano essi medici, operatori sanitari, e/o strutture sanitarie, oltre che alle imprese di assicurazione di costoro. I destinatari della notificazione del ricorso hanno l'obbligo di partecipare all'udienza e ai relativi incumbenti. Il giudice condanna, in solido tra loro, le parti che non hanno parteci-

sta (oggi arruffata) disposizione cruciale per liti meno angosciose e aleatorie, sia per gli attori sia per i convenuti.

Roma, 29 novembre 2017

pato alla procedura di cui al comma 1 alle spese di lite del relativo procedimento.

La mancata partecipazione all'accertamento tecnico preventivo comporta altresì la condanna al pagamento delle spese del successivo giudizio di cognizione per un importo non inferiore ad un terzo delle stesse, e potrà rilevare ai fini della responsabilità processuale di cui all'art. 96, comma 1 e 3, c.p.c.».

comma 3: «L'attore può chiedere al giudice competente per la causa di merito, con ricorso motivato, che evidenzi le ragioni per cui ritiene allo stato non necessario un accertamento tecnico preventivo, di essere autorizzato, in luogo dell'accertamento tecnico di cui ai due commi precedenti, ad avvalersi della procedura di cui al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, indicando altresì l'organismo di mediazione che verrà designato. Il giudice provvede in camera di consiglio con decreto motivato ed irrevocabile, tenuto anche conto dell'idoneità conciliativa dell'organismo di mediazione indicato dal ricorrente nella sua istanza. La mancata indicazione delle ragioni di irrilevanza, allo stato, di un accertamento tecnico preventivo, o dell'organismo di mediazione prescelto, comportano l'inammissibilità dell'istanza, che non potrà essere riproposta».

comma 4: «Esaurite le procedure di cui ai tre commi precedenti o decorsi comunque novanta giorni dal loro inizio, ciascuno dei soggetti coinvolti può iniziare il giudizio di merito con il rito sommario di cui agli art. 702-*bis* ss. c.p.c. Per il caso in cui il giudizio venisse instaurato dai destinatari del ricorso di cui al comma 1, o della domanda di mediazione di cui al comma 3, il convenuto può modificare l'importo indicato nella domanda giudiziale e/o le ragioni di tale domande nella comparsa di costituzione e risposta tempestivamente depositata *ex art. 702-bis*, comma 4. Il rispetto del termine di 90 giorni consente la retrodatazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda al momento di proposizione dell'istanza di cui al comma 1, o della domanda di mediazione di cui al comma 3. L'introduzione tardiva del giudizio di merito esclude la retrodatazione degli effetti della domanda, ma non preclude la sua decidibilità. Alla prima udienza, il giudice designato controlla i presupposti di procedibilità testé evocati. La mancata introduzione del tentativo di conciliazione nelle forme di cui al comma 1 o 3 è rilevata anche d'ufficio entro la prima udienza. In tal caso il giudice concede alle parti termine di 15 giorni per l'introduzione del procedimento di cui al comma 1, senza possibilità di ricorrere all'alternativa di cui al comma 3, e fissa la successiva udienza per la prosecuzione del giudizio. Il mancato deposito del ricorso nel termine di 15 giorni determina l'improcedibilità del processo pendente, che andrà dichiarata all'udienza fissata per la prosecuzione del giudizio. Ove il giudice rilevi che il procedimento di cui ai commi 1 o 3 è ancora pendente, senza che sia decorso il termine di 90 giorni per la sua conclusione, fissa una nuova udienza per la prosecuzione del giudizio successiva al decorso del termine di 90 giorni».

comma 5: «Alla udienza di cui al comma precedente dovranno essere assunti, previo contraddittorio orale delle parti, i provvedimenti relativi all'acquisizione delle risultanze dell'accertamento tecnico preventivo ed alla necessità di una sua rinnovazione. Sempre alla prima udienza, ed alla luce del contraddittorio svoltosi sulla precedente questione, il giudice potrà disporre il mutamento del rito da sommario ad ordinario, *ex art. 702-ter*, comma 3, c.p.c.».

comma 6: «Se una delle parti dei procedimenti di cui ai commi 1 e 3 agisce direttamente nelle forme del rito ordinario, alla prima udienza il giudice, dopo contraddittorio orale tra le parti, potrà disporre il mutamento del rito da ordinario a sommario ai sensi dell'art. 183-*bis* c.p.c., salvo che non sia necessario procedere alla concessione del termine per l'espletamento o la conclusione del filtro conciliativo».

comma 7: «La chiamata in causa *ex art. 106* c.p.c. o l'intervento *ex art. 105*, comma 1, è possibile solo nella fase preliminare di cui ai commi 1 e 3. L'intervento *ex art. 105*, comma 2, potrà essere svolto anche nel successivo giudizio di merito, entro la prima udienza. Il ricorso *ex art. 702-bis* dovrà essere notificato a tutti i soggetti destinatari del ricorso di cui al comma 1 o della domanda di mediazione di cui al comma 3, e pure agli ulteriori soggetti intervenuti o chiamati in causa nella fase preliminare. Il destinatario del ricorso *ex art. 702-bis* potrà proporre la domanda giudiziale relativa al diritto azionato con l'intervento nella fase preliminare nella comparsa di costituzione e risposta tempestivamente depositata di cui all'art. 702-*bis*, comma 4. Non opera per tale soggetto, il termine di cui al precedente comma 4».

Prefazione

di Giacomo Travaglino

Ha visto infine la luce, dopo un tormentoso e tormentato iter parlamentare, la legge di riforma della responsabilità sanitaria.

Parto non poco sofferto, dietro i cui significanti, rappresentati da ciascuna delle disposizioni approvate in seconda lettura alla Camera, pare celarsi un chiaro significato, che tutto permea di sé la silenziosa filosofia dell'intera riforma: l'Impero del *Lebendesrecht* (di forma e di sostanza) giurisprudenziale volge al tramonto, s'annuncia l'avvento della Repubblica della Norma positiva (né altro senso potrebbe attribuirsi a quel buffo *calembour* previsto, in guisa di singolare "norma di chiusura", dal comma 5 dell'art. 7, malcelato presagio d'un'oscura minaccia: «le disposizioni del presente articolo costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile») (*sic!*).

Una novella i cui echi paternamente consolatori della spaurita classe medica risuonano nel cuore pulsante dell'art. 7, atteso e agognato rimedio allo sguardo di Medusa della "medicina difensiva", definitivo ritorno ad un salutare doppio binario di responsabilità (con cui parrebbe coniugarsi l'alta velocità del rito sommario), sperabile contenimento dei costi assicurativi, auspicato ridimensionamento dei temutissimi risarcimenti "non patrimoniali", stretti nella camicia di Nesso di numeri e tabelle.

Ecco un primo libro approfondito di analisi sia sistematica sia pratica, curato dal Prof. Claudio Consolo di Roma, nato nello Istituto giuridico della Sapienza.

Tra i molti pregi che caratterizzano il volume, secondo l'ordine dei capitoli, di Sara Barone, Claudio Consolo, Vincenzo Ansanelli, Paolo Bertollini, Alice Buonafede, colpisce, in particolare, l'approccio culturale, prima ancora che giuridico, che tutti gli autori del volume riservano al tema della riformata responsabilità sanitaria.

Approccio intelligente, sereno, costruttivo, rispettoso.

E soprattutto consapevole.

Consapevole delle immaginabili difficoltà, delle tante sirene, dei mille scogli su cui la riforma ha rischiato di infrangersi e naufragare.

Consapevole della caratteristica prima e della prima necessità della politica,

la mediazione tra interessi contrapposti. La composizione di conflitti tra interessi apparentemente irriducibili a sintesi.

Colpisce questa vera e propria lezione di stile (che traspare già dai modi e dalle forme del lessico usato) che gli autori, forse non del tutto volontariamente, ma di certo ineluttabilmente, impartiscono ai non pochi, e non poco autorevoli uomini di Dottrina (le donne non trascendono quasi mai) che ci hanno ormai abituato ad approcci ermeneutici inusitatamente critici, incontenibilmente polemici, irrefrenabilmente demolitivi (e questo è accaduto, ahimè, sempre più di frequente, negli ultimi tempi, non solo nello studio e nei commenti alla legge n. 24).

La lettura di codesti (pur autorevolissimi) Autori lascia talvolta sgomenti.

Viviamo una mesta stagione di tempeste lessicali, dove lo sperdimento di coloro che non hanno perso il sano senso del limite e del significato della parola (“le parole sono pietre”) si mescola all’amarezza del trovarsi al cospetto di atteggiamenti più consoni alle arene calcistiche che alle stanze del pensiero.

E si fa sempre più flebile, benché mai sopita, la speranza che l’inasprimento parrocchiale del linguaggio torni ad essere prerogativa delle curve degli stadi del *football*.

Colpisce, in tutte le pagine di questa dotta e sapiente monografia, la cristallinità dell’intento di offrire un contributo di pensiero costruttivo e rispettoso del faticoso lavoro del legislatore.

Colpisce il garbo, la levità delle (giuste, inevitabili, efficaci) riflessioni critiche su ciò che, della legge, non appare ancora del tutto convincente.

Colpisce il rispetto e la serenità con cui si suggeriscono soluzioni che consentano ad una normativa finalmente “di sistema” di trovare una razionale e ragionevole applicazione nei casi dubbi, non del tutto esplorati, poco o niente affatto considerati dal legislatore.

Colpisce la assoluta assenza di quella che, con felice espressione, Josef Esser definiva *die Vorverstaendnis* (ESSER, *Vorverstaendnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, trad. Patti-Zaccaria, Napoli, 1983), indicando, con quella parola di straordinaria efficacia, la supponente precomprensione dell’interprete che, nell’avvicinarsi al testo normativo, cancella ogni approccio calato in un contesto applicativo che ne ricerchi e ne predichi l’efficienza e ne colmi le deficienze, per seguire lo sterile percorso del proprio pre-convincimento che pieghi ad esso tutto ciò che, in realtà, egli non comprende. E perciò solo rifiuta, come *res a sé aliena*.

Colpisce, in definitiva, delle pagine che seguono, l’approccio maturo, adulto, consapevole, caratterizzato da un autentico *animus construens* di un nuovo e moderno sistema, monito silenzioso per tutti coloro che, della precomprensione di un fenomeno giuridico, fanno il vessillo del proprio credo, rifiutando, criticando, demolendo tutto ciò che con il loro pensiero ed il loro pensare originario non si armonizzi docilmente, attentando pericolosamente al loro inossidabile convincimento.

* * *

Dalla lettura del capitolo 1 – che affronta alcuni degli aspetti sostanziali della riforma (e che avrebbe potuto anche intitolarsi “*La responsabilità sanitaria tra passato e futuro*”) – emerge la sensazione che, nel complesso, ci si trovi al cospetto di una normativa ben scritta, che induce ad un inevitabile paragone con l’assai criticata legge n. 189/2012 (la c.d. legge “Balduzzi”), le cui disposizioni in materia civile non sembrarono scritte da un esperto civilista, volta che si veniva a sovrapporre il titolo di responsabilità con l’elemento soggettivo dell’illecito, per di più limitando quest’ultimo alla sola colpa lieve, e così lasciando inquietantemente temere l’esistenza di un doppio binario di responsabilità (aquiliano/da contatto sociale) a seconda che fosse di volta in volta predicabile, nel caso concreto, la levità ovvero la gravità della colpa dell’agente (e ci fu allora chi pensò come Henri Beyle, più noto come Stendhal, prima del sonno, leggesse ogni sera un articolo del *code civil* che teneva sul comodino, apprezzandone e magnificandone la perfezione lessicale ed espressiva ...).

Si osserva, senza sussulti o timori (quelli che addirittura sembrano sprofondare taluni nel baratro dell’incostituzionalità!), come il legislatore abbia consapevolmente scelto di porre fine – tra voci acclamanti di non poche, entusiaste *tricoteuses* – alla teoria del contatto sociale che, da quasi vent’anni (Cass. n. 589/1999) aveva radicalmente rivoluzionato la storia e l’essenza della colpa medica, creando quello che alcuni, con felice espressione, avevano definito un vero e proprio sottosistema di responsabilità a sé stante, nell’universo dell’illecito civile.

Sarebbe stato un fuor d’opera ripercorrere *funditus* le tappe, le ragioni, gli intenti che avevano indotto i giudici di legittimità ad una scelta di vera e propria “politica” del diritto – plaudente al tempo molta autorevole dottrina (plauso sia pur caratterizzato dal vezzo del *distingue frequenter*) – per poi porsi inopinatamente in contrasto aperto e spesso assai polemico con la teoria del *soziales Kontakt*.

Si è scelto, di converso, e del tutto opportunamente, nel capitolo introduttivo, di affrontare le (nuove) tematiche dell’onere della prova, del nesso di causalità, del rilievo statistico (in funzione di risoluzione della *quaestio facti* in sede processuale), dei (nuovi e più complessi) rapporti tra i veri protagonisti della riforma – che non sono, loro malgrado, i suoi allarmati commentatori, ma il paziente, il sanitario, la struttura, la compagnia assicurativa – formulando, in chiusura del capitolo, qualche cauta previsione di un futuro ormai già pronto a farsi presente.

Il capitolo 2 affronta il tema del tentativo obbligatorio di conciliazione *ex art. 696 bis* c.p.c., e della conseguente instaurazione del rito semplificato di cui al successivo art. 702 *bis*, sotto il profilo morfologico dell’istituto. Vi si svolgono alcune considerazioni critiche sull’estensione del procedimento conciliativo

alla mediazione (ma, in proposito, non va dimenticato che, nel testo originariamente licenziato alla Camera del deputati, il procedimento di accertamento tecnico preventivo *ex art. 696 bis* era previsto come unica ipotesi di conciliazione *ante causam – et pour cause!* – e che l'introduzione della mediazione a latere sia stata imposta al relatore della legge soltanto al Senato, pena la mancata approvazione dell'intero impianto normativo); sui rapporti tra rito ordinario e rito semplificato; sulla eventualità di rinnovazione della consulenza in sede di giudizio contenzioso (rinnovazione che andrà disposta, a giudizio dell'autore, con congrua motivazione sulla relativa necessità e/o opportunità); sul problema della collegialità peritale in sede di ATP e del coordinamento con il disposto dell'art. 15 della legge; ancora, si riflette sull'ammissibilità delle produzioni documentali e sulla non ammissibilità di altri mezzi di prova; si invita il giudice alla formulazione di quesiti "schietti e concisi", si aprono spazi alla consulenza (anche) deducente, si pone l'accento sul duplice scopo – conciliativo/istruttorio – dell'ATP e sull'esigenza di rispettare il contraddittorio, oltre che su quella di celerità del procedimento onde minimizzare il rischio, "connaturato al passare del tempo, dell'offuscamento degli eventi" e dell'impossibilità di tracciarne la più probabile che non diacronica progressione.

Il capitolo si conclude con una riflessione sui possibili risvolti "patologici" conseguenti alle previsioni dei commi 2 e 3 dell'art. 8, e sulla facoltà delle parti di modificare l'originario *thema decidendum* alla luce della ATP; con la preoccupata analisi delle (rigorose e particolarmente afflittive) conseguenze dell'inosservanza dell'obbligo di partecipazione al tentativo obbligatorio di conciliazione – prescindendo del tutto la condanna alle spese dalla soccombenza in giudizio – e con l'invito ad una più attenta valutazione della pur prevista condanna a pena pecuniaria (di natura meramente sanzionatoria) alla luce del trattamento riservato dal nostro sistema processuale alla contumacia delle parti, nel ricordo degli insegnamenti della stessa Corte costituzionale.

Il capitolo 3 approfondisce ulteriormente la tematica della consulenza tecnica preventiva, esaminandola nei suoi aspetti più propriamente funzionali, e sottolineando ancora la inopportunità dell'allargamento alla mediazione obbligatoria *ex art. 5*, comma 1 del d.lgs. n. 28/2010 della fase conciliativa – mediazione che, posta su di un piano di alternatività rispetto all'ATP, "rischia di svuotare di effettività una delle scelte di fondo del legislatore", che pure aveva mostrato di recepire alcune critiche sollevate in dottrina demandando non più al Presidente del Tribunale, ma allo stesso giudice competente per il merito il compito di gestire la consulenza *ante causam* –.

Si sottolinea, poi, l'esigenza (pur se non unanimemente condivisa in dottrina) di consentire al giudice uno spazio di valutazione dell'ammissibilità dell'istanza di ATP (ciò che appare tanto più necessario nei casi in cui la controversia dovesse riguardare il consenso informato); si plaude all'innalzamento, *ex art. 15*, degli standard di qualificazione professionale degli esperti chiamati

a prestare la loro opera (anche se si resta lontani da quelli richiesti dalla disciplina federale statunitense); ci si interroga nuovamente sulla esigenza di collegialità in sede di ATP, sancita espressamente dall'art. 15 per la sola CTU; si evidenziano i poteri di controllo del giudice in ordine al corretto svolgimento procedimentale dell'accertamento tecnico preventivo, con speciale riguardo al rispetto del contraddittorio; si sottolinea il diacronico contrasto giurisprudenziale sul valore delle dichiarazioni rese dalle parti al consulente nel corso dell'accertamento preventivo, per concludere poi nel senso che gli indubbi miglioramenti apportati alla disciplina generale della consulenza *ante causam* appaiono auspicabilmente forieri di un rinnovato attivismo/dinamismo giudiziario, realizzato attraverso un controllo costante sulle diverse fasi di formazione del materiale probatorio "conciliativo" e di utilizzazione nel processo di merito "delle conoscenze esperte", onde evitare il rischio di una de-giurisdizionalizzazione/privatizzazione delle controversie in materia sanitaria, affinché il ruolo del magistrato non degradi da quello di *peritus peritorum* a quello di *servus peritorum*.

Il capitolo 4 esplora il delicato e controverso tema dell'azione di rivalsa nei confronti dell' esercente la professione sanitaria.

Si traccia, nell'*incipit* dello scritto, l'invalidabile confine (sottolineando l'innammissibilità del cumulo) tra azione di rivalsa (attribuita alla struttura sanitaria privata) ed azione di responsabilità amministrativa, devoluta (del tutto opportunamente) in via esclusiva alla magistratura contabile, evidenziandosi poi, altrettanto opportunamente, il "nesso di naturale consecutività, sul piano logico se non addirittura cronologico" tra l'azione risarcitoria del paziente e la successiva rivalsa, fermi i suoi tratti tipici di azione di garanzia c.d. "propria" (pur nella consapevolezza del ridimensionamento della relativa disciplina e delle relative distinzioni in conseguenza della sentenza n. 24707/2015 delle Sezioni Unite della Suprema Corte).

Si distinguono, analizzandone partitamente gli aspetti e le problematiche, le diverse ipotesi di azione del paziente nei confronti della sola struttura sanitaria, di partecipazione al giudizio di entrambi i coobbligati solidali, di azione intrapresa nei confronti del solo medico.

Esaminando congiuntamente la prima e la seconda ipotesi, si tratteggiano efficacemente le analogie e le differenze tra azione di rivalsa e regresso *ex art. 1299 c.c.*, differenziando le ipotesi in cui la struttura sia chiamata a rispondere anche di un inadempimento direttamente riferibile ad essa da quella in cui l'inadempimento sia ascrivibile alla sola condotta del sanitario; indagando *funditus* sul rapporto di solidarietà tra condebitori *ex art. 2055 c.c.*; evidenziando il duplice compito del giudice di graduare il risarcimento in relazione all'elemento soggettivo e di quantificare la somma dovuta secondo i criteri e nei limiti previsti dall'art. 9; tratteggiando le differenze con l'azione amministrativa in punto di ulteriore, possibile riduzione del *quantum debeatur*; esaminando il

regime processuale delle eccezioni opponibili dal sanitario non partecipe del giudizio; analizzando le complesse problematiche scaturenti, di converso, dalla sua partecipazione al processo come parte, resa tale in conseguenza dell'intervento volontario *ex art.* 105 c.p.c. o della chiamata *ex art.* 106 (limitata al solo scopo di estendere la portata soggettiva del futuro giudicato, senza, peraltro, facoltà di proporre contestuale domanda di garanzia da parte della struttura); escludendo, di converso, l'applicabilità delle norme *ex art.* 107 (chiamata *iussu iudicis*) e 108 c.p.c. (estromissione del garantito); analizzando i rapporti tra il giudizio risarcitorio e quello di rivalsa anche sotto il profilo della sospensione, necessaria o discrezionale (artt. 295 e 337 c.p.c.), del processo; esaminando la portata, la rilevanza e l'utilizzabilità delle prove acquisite nel processo pregiudiziale di risarcimento rispetto a quello dipendente di rivalsa; dubitando della legittimità del *simultaneus processus* giusta disposto del comma 2 dell'art. 9 (che condizione l'esercizio della rivalsa al pagamento in base a titolo giudiziale o stragiudiziale); esaminando la c.d. "inammissibilità" della (*rectius*, decadenza dalla) azione in mancanza di comunicazione al professionista dell'instaurazione del giudizio ovvero dell'avvio delle trattative (i dieci giorni previsti dall'art. 13 sono stati portati a 90 dai decreti attuativi già emanati).

Quanto alla terza ipotesi, si evidenzia che il medico chiamato da solo in giudizio risponderà integralmente del danno subito dal paziente, poiché i limiti (soggettivi, quanto al grado della colpa, ed oggettivi, quanto alla determinazione della somma dovuta dal sanitario) previsti dall'art. 9 sono opponibili alla sola struttura sanitaria – con la conseguenza che anche in caso di colpa lieve la responsabilità del sanitario dovrà ritenersi predicabile e integrale –, nei confronti della quale non sarà peraltro esercitabile alcuna azione di regresso, poiché la fattispecie di responsabilità solidale di cui all'art. 1228 c.c. è prevista in favore del solo danneggiato dall'inadempimento, e non anche in favore dell'ausiliario: si ipotizza, allora, che il medico, una volta adempiuta in toto l'obbligazione risarcitoria, possa esperire nei confronti della struttura un'azione di ingiustificato arricchimento (*sub specie* di risparmio di spesa) *ex art.* 2041 c.c.

Con l'ultimo capitolo, infine, vengono accuratamente esplorate le delicate tematiche dell'azione diretta nei confronti delle imprese assicurative quale strumento di una più effettiva tutela del danneggiato, sottolineandosene le pervasive difficoltà di inquadramento sistematico, la rilevanza delle distinzioni tra azione diretta c.d. "pura", con rilievo eminentemente processuale, ed azione diretta conseguente ad obblighi di assicurazione avente consistenza precipuamente sostanziale; si analizzano, in guisa di elementi della fattispecie costitutiva del diritto del danneggiato al risarcimento nei confronti dell'assicuratore, il fatto storico della condotta colpevole del danneggiante e il fatto giuridico costituito dal contratto di assicurazione; si analizzano partitamente il regime delle eccezioni opponibili dall'assicuratore nel giudizio instaurato dal danneggiato, la posizione del responsabile civile, l'ipotesi del litisconsorzio necessario c.d. *prop-*

ter opportunitatem; si esaminano i problemi di coordinamento tra l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore e l'azione ordinaria nei confronti del responsabile civile; si evidenziano i tratti dell'azione di rivalsa dell'assicuratore nei confronti dell'assicurato e la legittimità del suo esperimento nell'ambito dello stesso giudizio instaurato dal danneggiato.

E si conclude, infine, con alcune preganti considerazioni critiche, il cui contenuto non verrà svelato in questa sede ... per non privare il lettore del gusto e della curiosità di scoprirle da sé.

CAPITOLO 1

L'onere della prova nelle controversie in materia di responsabilità sanitaria alla luce della legge n. 24/2017

di Sara Barone

SOMMARIO: 1. La “nuova” responsabilità extracontrattuale del medico professionista si affianca alla responsabilità contrattuale della struttura sanitaria: l’art. 3, legge Balduzzi e l’art. 7, legge Gelli a confronto. – 2. L’onere della prova nelle controversie in materia di responsabilità sanitaria. Il nesso di causalità. – 3. *Segue*: la prova del nesso di causalità e l’incidenza dei dati statistici. – 4. Conclusioni: qualche previsione, in attesa delle prime applicazioni pratiche nel nuovo *framework* civilistico e delle ricadute processuali anche sul quesito per il ctu, *ante causam* oppure anche lite pendente.

1. La “nuova” responsabilità extracontrattuale del medico professionista si affianca alla responsabilità contrattuale della struttura sanitaria: l’art. 3, legge Balduzzi e l’art. 7, legge Gelli a confronto

Il 1° aprile 2017, è entrata in vigore la legge 8 marzo 2017, n. 24, recante «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie».

La nuova riforma giunge a distanza di cinque anni dalla legge n. 189/2012, tanto criticata per l’ambiguità del suo art. 3, contenente un confuso richiamo dell’art. 2043 c.c. ai fini della individuazione della responsabilità dell’esercente la professione sanitaria, sino ad allora indiscutibilmente qualificata come contrattuale *da contatto*.

La legge Balduzzi e oggi la legge Gelli rappresentano i due momenti legislativi di un percorso contraddistinto dalla predominanza di soluzioni di matrice giurisprudenziale.

Non è questa la sede per descrivere *funditus* tutte le stagioni della responsabilità sanitaria. Ciò nondimeno, senza alcuna pretesa ricostruttiva, si deve perlomeno dare conto della decisiva svolta segnata dalla pronuncia della Cass.

n. 589/1999, con cui la responsabilità del medico venne radicata nel campo della responsabilità contrattuale tramite l'*escamotage* del contatto sociale. Nonostante qualche osservatore abbia messo a fuoco i limiti di tale dottrina di derivazione tedesca – a sua volta nata dall'evoluzione della precedente teoria fondata sui rapporti contrattuali di fatto – non ne è stata impedita la diffusione, peraltro non solo nel campo della responsabilità sanitaria¹.

Come noto, il caso di specie riguardava una minore che veniva ricoverata d'urgenza presso un ospedale, dopo essere caduta sopra i vetri di una bottiglia. Non avendo recuperato la funzionalità della mano, dopo il primo intervento, la paziente veniva nuovamente operata presso un'altra struttura, con esito non ancora del tutto positivo.

Questo l'impianto logico della pronuncia del 1999. Partendo dal presupposto che l'art. 1173 c.c. annovera tra le fonti delle obbligazioni, insieme al contratto e al fatto illecito, anche «ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico», si ammette che l'obbligazione possa nascere da rapporti contrattuali *di fatto*. Del resto, colui che si rivolge ad un medico «non si limita a chiedere un *non facere* e cioè il puro rispetto della sua sfera giuridica, bensì un *facere* ben preciso nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento». Pertanto, il medico non può essere considerato un *quisque de populo*, chiamato a rispondere ex art. 2043 c.c. per aver commesso l'illecito, come se non fosse mai sorto alcun *vinculum iuris* nei confronti del paziente danneggiato.

Il «difetto di montaggio» da alcuni riscontrato² nell'*iter* argomentativo della pronuncia n. 589/1999 è consistito nell'aver avallato un capovolgimento della

¹ Una «resistibile ascesa», come ha scritto A. Zaccaria, *Der Aufhaltsame aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del «contatto sociale»)*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1, 2013, 77 ss. L'A. assume un atteggiamento fortemente critico verso la pretesa di trasporre nel nostro ordinamento una fattispecie negoziale codificata dal legislatore tedesco, ma non da quello italiano. Infatti, il § 311, (3) BGB fa espresso riferimento a «*ähnliche geschäftliche Kontakte*», anch'essi come le fattispecie previste ai nn. (2) e (3) della stessa norma, contraddistinti dalla nascita di un rapporto negoziale, ma comunque di minore intensità e, dunque, simili ma non identici. Ebbene, dal 1999 in poi, «ben presto, il «contatto sociale» è quindi diventato un elemento di moda, «terribilmente» di moda, utilizzato dai Giudici in situazioni le più disparate e a fini anche considerevolmente diversi». E a proposito della Cass. del 1999, Zaccaria scrive: «Il fondamento teorico dato dalla Cassazione alla responsabilità da «contatto sociale» è tutto qui: un fondamento teorico abbastanza stringato e di alquanto dubbia consistenza, per varie ragioni. Innanzi tutto, perché l'art. 1173 c.c. indica quali possibili fonti delle obbligazioni ulteriori rispetto al contratto e al fatto illecito (solo) gli altri atti o fatti idonei a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico, e in nessun luogo dell'ordinamento si parla del contatto sociale quale possibile fonte di obbligazioni: il «contatto sociale» rappresenta una fonte extralegale di obbligazioni, di «*aussergesetzlichen Erhaltungspflichten*», come scriveva Dölle, così che non si può invocare l'art. 1173 c.c. per giustificare il riconoscimento».

² Come lo ha definito A. Lanotte, *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*, in *Foro it.*, 1999, I, 3238 ss.

normale sequenza che vede l'obbligazione precedere la prestazione, con vistoso accento sul momento esecutivo della prestazione, tale che la responsabilità è riconducibile non al momento dell'assunzione dell'obbligazione, ma a quello successivo della realizzazione della prestazione³. Si tratta, dunque, di una re-

³ Per un approccio critico alla teorica del contatto sociale, v. anche E. Navarretta, *L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 7-8, 2011, 1453B ss., secondo cui è sì innegabile che la pronuncia n. 589/1999 abbia corretto il tiro, rifuggendo dal paradigma dell'obbligazione senza prestazione, ma al contempo non è riuscita a dare una qualunque spiegazione «del passaggio dalla dimensione del contatto puramente sociale al piano della rilevanza giuridica». L'A. è molto critica rispetto alla ricostruzione giurisprudenziale della responsabilità da contatto sociale e, infatti, scrive: «[...] E certo una motivazione sufficiente non appare il mero contatto sociale con un soggetto professionalmente qualificato, anche perché se così fosse la responsabilità contrattuale dovrebbe prodursi persino se al paziente si presentasse un medico non dipendente della struttura ospedaliera che di fatto apprestasse le sue cure. D'altro canto, ove ciò fosse affermato, si dovrebbe constatare l'inutilità o l'abrogazione implicita della *negotiorum gestio* rispetto alla prestazione professionale, posto che a creare il vincolo giuridico e la responsabilità contrattuale basterebbe il contatto sociale tout court [...] ed è proprio la motivazione di «un altro modo di essere nel diritto» ciò che manca nelle pronunce che accolgono la tesi del contatto sociale, il cui argomentare piuttosto apodittico disvela banalmente il bisogno di una via di fuga da un groviglio normativo con difficoltà districabile». Richiamando la lezione di R. Nicolò e le figure di “adempimento del terzo” e “obbligazione del fatto altrui”, Navarretta traccia una strada alternativa alla dottrina della responsabilità da contatto sociale che possa, al contempo, evitare di ricorrere allo schema dell'art. 1228 c.c., nutrendo più di una perplessità sull'opportunità di trattare il medico alla stregua di un soggetto ausiliario che, in quanto tale, sarebbe privo di autonomia nell'adempimento dell'obbligazione. Scrive l'autore: [R. Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936 n.d.r.] «con la forza di una linearità concettuale capace di trascendere l'ingovernabilità di un testo normativo, anticipa con efficacia scultorea il senso della futura complessità, ravvisando nell'accordo in cui si assume un'obbligazione la cui prestazione debba essere adempiuta da un terzo la nascita di due obbligazioni: quella principale riferita alla prestazione del terzo e l'obbligo accessorio del promittente a far conseguire il fatto del terzo». Pur volendo condividere l'idea di una responsabilità contrattuale del medico, nondimeno si sarebbe dovuto riflettere sulla reale necessità di servirsi dell'espediente del contatto sociale. È la condivisibile riflessione che si ritrova nelle pagine di F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, vol. 3, III, Padova, 2015, 322-326, secondo il quale: «L'assunto è sicuramente da condividere, ma non per la maldestra idea, che pure figura talvolta nella giurisprudenza, secondo la quale il contatto sociale produrrebbe un contratto di fatto fra il medico ed il paziente, ulteriore rispetto al contratto che lega al paziente la struttura sanitaria. È un expediente che muove dalla erronea premessa, già più volte criticata, che non ci può essere una responsabilità contrattuale se non c'è un contratto. Il punto è che di responsabilità contrattuale oggi si parla solo in omaggio alla tradizione, là dove si deve, secondo il sistema del vigente codice civile, parlare di responsabilità *ex art.* 1218, ossia di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni, che non necessariamente nascono da contratto. È del tutto superfluo, per applicare l'art. 1218, introdurre la finzione di un contratto: basta, per applicarlo, prendere atto della esistenza di una fonte di obbligazione, che nella specie è il contatto sociale fra il medico e paziente quale fatto giuridico, allo stesso modo con cui è fatto giuridico, fonte di obbligazione e produttiva di responsabilità per inadempimento, la trattativa precontrattuale». L'A. ci rimanda anche alla lettura di I. Sarica, *Il contatto sociale fra le fonti della responsabilità civile: recenti equivoci della giurisprudenza di merito*, in *Contr. e Impr.*, 2005, 97 ss., in commento ad un Trib. Roma, 20 gennaio

sponsabilità da prestazione negligente, fermo che i doveri del medico ineriscono proprio all'esecuzione diligente della prestazione professionale, secondo una diligenza che non è semplicemente quella media del buon padre di famiglia, ma quella specifica del debitore qualificato *ex art. 1176, comma 2, c.c.*

È questo il tratto distintivo delle obbligazioni di mezzi, tra cui era tradizionalmente annoverata anche l'obbligazione dell'esercente le professione sanitaria, prima che la distinzione tra queste e le obbligazioni di risultato venisse gradualmente svuotata di significato⁴. In sintesi la Suprema Corte del 1999, ha dotato la posizione del medico dipendente della struttura di una veste giuridica collocata a metà strada tra contratto e torto, ricorrendo all'espedito delle "altre fonti" dell'art. 1173 c.c., tramite una costruzione (non priva di contraddizioni) che non si limita ad invertire il normale verso della relazione obbliga-

2004, in *Foro it.*, 2004, I, c. 909 che, richiamando la Cass. del 1999, indebitamente confondeva il contatto sociale con i rapporti contrattuali di fatto, senza rendersi conto che se nel 1999 il giudice di legittimità avesse inteso imputare al medico una responsabilità a titolo contrattuale sulla base della sussistenza di un rapporto contrattuale di fatto, non avrebbe avuto alcun bisogno di tirare in ballo la dottrina del contatto sociale. Ma torniamo a guardare più da vicino la pronuncia n. 589/1999, attraverso lo sguardo dei commenti che ne seguirono. Tra i tanti, si veda *in primis* A. Di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. giur.*, n. 4, 1999, 441 ss., il quale evidenziava come il *leit motiv* della sentenza fosse quello di dimostrare che «equiparare la posizione del medico, pur dipendente da struttura pubblica, a quella del *quisque de populo* che si trovi casualmente ad arrecare danno a terzi (nel caso, al paziente), secondo il modello della responsabilità aquiliana *ex art. 2043 c.c.* è segno, a prescindere da altri rilievi, di forte "dissociazione" tra forma giuridica e realtà». La chiave di lettura della realtà materiale dei rapporti tra medico e paziente doveva essere ricercata a metà strada tra il torto e il contratto ed è proprio in questo limbo che troverebbero posto le obbligazioni senza prestazione «ben divers[e] dai doveri "generici" del *neminem laedere* che sono a presidio dell'altrui sfera giuridica ma non riconducibili tuttavia ad autonomi contratti».

Un altro autorevole commento alla pronuncia in esame è stato quello di V. Carbone, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno e Resp.*, n. 3, 1999, 294 ss., il quale prendeva atto della profonda crisi in cui navigava la responsabilità del medico, dovuta innanzitutto alle mutate esigenze della società, a causa delle quali era diventato sempre più difficile sostenere e tollerare il privilegio della classe colta dei professionisti intellettuali. La crisi – dal punto di vista strettamente giuridico – va ricercata nel superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo e di risultato, per cui secondo l'autore «il professionista, sia esso notaio, avvocato o ingegnere, sempre più spesso è chiamato a rispondere nei confronti del cliente del risultato sperato, collegato, o direttamente all'attività espletata, ovvero attraverso i c.d. doveri definiti accessori, ma integrativi rispetto all'obbligo primario della prestazione (*Nebenpflichten*), ed ancorati al principio di buona fede, quali gli obblighi di protezione (*Schutzpflichten*) primo fra tutti quello di informazione e di avviso, indispensabili per il corretto adempimento della prestazione professionale in senso proprio. Sul medico, in particolare, si addossa l'obbligo di cura che tende ad un risultato e cioè alla guarigione del paziente, alla tutela del fondamentale diritto alla salute».

⁴ Sulla distinzione tra obbligazione di mezzo e di risultato, è imprescindibile la lettura di L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 192 ss.

zione-prestazione – come pure si è già detto poche righe fa – ma, addirittura, confonde sino ad indentificare i due termini del rapporto.

È stato altresì sostenuto che la teoria della responsabilità medica da contatto sociale abbia alterato il fondamento della distinzione fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, poiché ha legittimato l'azione di responsabilità per inadempimento a fronte di una condotta «genericamente scorretta, a prescindere dalla prova che sia stato colpito un interesse», com'è nel caso della lesione del diritto all'adempimento cristallizzato nell'obbligazione dedotta in contratto⁵.

L'introduzione della responsabilità da contatto – così come la valorizzazione della colpa-imperizia, la distinzione tra interventi di facile e difficile esecuzione, i generali principi in materia di ripartizione dell'onere probatorio, l'applicazione del criterio del più probabile che no, le regole sulla ricostruzione del nesso causale ... – e, in genere, le determinazioni giurisprudenziali che si sono succedute (e, non di rado, contraddette) hanno modellato la struttura e le regole della materia sanitaria, tanto da creare un sistema para-normativo, con cui è necessario confrontarsi per cogliere gli effetti delle riforme legislative.

Tra le varie novità introdotte, di grande rilevanza nel processo ma anche prima di esso, la questione preliminare rimane quella della individuazione del titolo della responsabilità della struttura sanitaria o sociosanitaria, (pubblica o privata, ai sensi dell'art. 7, legge n. 24/2017) e dell'esercente la professione sanitaria della cui prestazione l'ente si avvalga. Da ciò derivano, di conseguenza, varie tematiche: dalla prescrizione alle immediate implicazioni nello svolgimento e nell'esito del processo, in termini di ripartizione dell'onere probatorio a carico delle parti⁶.

Si rende doveroso il raffronto con la previgente disciplina del 2012. L'art. 3 della legge Balduzzi conteneva il riferimento – sì esplicito, ma timido e perciò foriero di *misunderstandings* – all'art. 2043 c.c. là dove recitava testualmente:

⁵ In questo senso, F. Azzarri, *Responsabilità del medico e paradigmi dei danni non patrimoniali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 10, 2009, 11036 ss., che a sua volta richiama l'insegnamento di E. Navarretta, *Riflessioni in margine all'ingiustizia del danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 2419 ss.

⁶ Del resto, come fa notare P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998, 745 ss., «la responsabilità professionale è, quindi, sempre la medesima: è un *genus* particolare di responsabilità, sia che il titolo da cui deriva sia un inadempimento contrattuale, sia che derivi da fatto illecito extracontrattuale. In entrambi i casi si applicano i medesimi criteri. La giurisprudenza ha praticamente annientato la differenza tra danni risarcibili *ex contractu* e danni risarcibili *ex delicto*: l'unica differenza consiste nella prescrizione [...] Nella sostanza il campo della responsabilità professionale è un campo unico, ed un'area in cui tocca alle Corti fissare quali sono gli obblighi non scritti cui deve sottostare il professionista. [...] Si può, pertanto, comprendere come le soluzioni operative siano condizionate dalla presenza di un certo insieme di standard di creazione pretoria. Il che è perfettamente congruente con una teoria concreta del *Legal process*: le attività professionali sono, infatti, attività in continua evoluzione, che non possono essere amministrate dalla legislazione, se non in linea generale».

«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». Interpretando letteralmente: l' esercente la professione sanitaria, sia esso un libero professionista o dipendente di una struttura, non risponde penalmente per colpa lieve sebbene, anche in questi casi, resti comunque ferma a suo carico ... la responsabilità civile a titolo extracontrattuale, diremmo noi sensatamente. Eppure, v'è stato chi ha inteso quel richiamo semplicemente come un modo per salvaguardare l'obbligo risarcitorio, pur nei casi in cui il medico non rispondesse penalmente.

Chi si sia mostrato incline a riconoscere al legislatore del 2012 l'intento di tracciare una netta linea di confine tra la responsabilità della struttura e quella del medico (n.b.: che non abbia concluso a parole, scritte o verbali o più spesso tacitamente, un contratto d'opera professionale con il paziente), ha concluso che il richiamo all'art. 2043 – per quanto imperfetto – volesse riportare *in auge* la vecchia impostazione, come era tipica di quell'epoca precedente all'inaugurazione della stagione del contatto sociale ad opera della Cass. n. 589/1999.

Nella razionalità di fondo ispiratrice della Balduzzi, al di là delle asperità interpretative dovute alla scarsa chiarezza del tenore letterale, non realmente oscura era la volontà di consentire al paziente danneggiato di agire innanzitutto nei confronti della struttura a titolo di responsabilità contrattuale, nonché – e solo eventualmente, per il più gravoso onere – anche nei confronti del medico *ex art. 2043 c.c.*⁷.

⁷ V. R. De Matteis, *La responsabilità professionale del medico. L'art. 3 del d.l. n. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica*, in *Contr. e Impr.*, n. 1, 2014, 123 ss. Secondo l'A., è necessario osservare l'ingresso di questa nuova norma sulla responsabilità del medico, anche alla luce del regime di responsabilità della struttura sanitaria, ormai resa autonoma dal fatto illecito del medico e riferibile sia all'inadempimento di obblighi suoi propri (art. 1218 c.c.) che al compimento di fatti colposi o dolosi di coloro di cui si sia avvalsa nell'adempimento dell'obbligazione, rispetto ai quali risponde solidalmente (art. 1228 c.c.). E se il legislatore ha scelto di dettare una regola specifica solo per la responsabilità del medico «all'insegna della 'colpa professionale', come criterio di imputazione della responsabilità del medico, e della 'diligenza professionale', *ex art. 1176 c.c.*, come parametro valutativo del fare professionale del medico», non è invece intervenuto con una disposizione che contemplasse espressamente la responsabilità della struttura, forte della convinzione che a ciò bastassero le norme codicistiche coadiuvate dalla legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (SSN) n. 833/1978, costituito appositamente per assicurare la promozione, il mantenimento e il recupero della salute fisica e psichica di tutti gli utenti, ai quali proprio le strutture sanitarie devono garantire la "sicurezza delle cure", prima ancora che il medico intervenga con la propria professionalità diligente ponendo in essere tutte le cure più appropriate. La regola della solidarietà vale anche per il medico nei confronti della struttura, nel sen-

Un sistema a doppio binario, dunque, fondato su due responsabilità distinte e autonome, in cui la struttura era chiamata a rispondere sì solidalmente con il medico per l'illecito di quest'ultimo *ex art. 1228 c.c.*, siccome proprio ausiliario⁸; ma anche direttamente e personalmente per l'inadempimento della pre-

so che «l'inadeguatezza dell'apparato organizzativo e strutturale dell'ospedale non elimina né attenua i profili di responsabilità in capo al singolo professionista sanitario, che anzi viene, in tali casi, ad incontrare una serie di specifici e appositi doveri, finalizzati a tutelare la salute del paziente di fronte alle inefficienze organizzative dell'ente, l'inadempimento dei quali viene sanzionato tramite il suo coinvolgimento nel giudizio di responsabilità della struttura secondo la regola della solidarietà», secondo M. Faccioli, *L'incidenza delle carenze strutturali e organizzative dell'ente sanitario sui doveri e sulle responsabilità individuali del medico*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1851B ss.

Tornando al saggio di De Matteis, l'A. non manca di ricordare molto opportunamente quanto sia stato travagliato l'*iter* che ha condotto all'approvazione dell'art. 3, legge n. 189/2012, passando per l'art. 11 del d.l. n. 158/2012 pre-conversione e prima ancora per una lunga serie di disegni legge che a partire dal 2008 hanno bussato alle porte della Commissione Igiene e Sanità (tutti nominati a p. 130). Infatti, il testo del decreto è stato letteralmente stravolto nella sede parlamentare di conversione dove è sorto un nuovo art. 3 «che dalla colpa grave approda alla colpa lieve pur a fronte di una condotta medica conforme alle linee guida/protocolli scientifici. [...] scompare il 4 comma dell'art. 11, preposto a disciplina della responsabilità della struttura ed il testo dell'art. 3, ridotto alla sola regola concernente la colpa professionale del medico, viene approvato dal Parlamento che, nell'imminenza di una crisi di Governo ritiene opportuno licenziarsi da tale disposizione lasciandola, priva di riferimenti, in bilico tra il vecchio ed il nuovo» (131-132).

⁸ Si tratta della responsabilità per fatto degli ausiliari, per cui «salva diversa volontà delle parti, il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro». Dalla lettura di C.M. Bianca, *Trattato di diritto civile*, vol. 5, *La Responsabilità*, 2^a ed., Milano, 68 ss., apprendiamo che si tratta di una regola di responsabilità oggettiva, che prescinde dalla sussistenza di una *culpa in eligendo* o *in vigilando*, ma che comunque «rileva come fatto d'inadempimento imputabile all'ausiliario in base al giudizio di colpa». Del fatto, l'ausiliario non risponde verso il creditore «in quanto egli non è parte del rapporto obbligatorio. Quando tuttavia si tratta di un fatto che lede interessi tutelati nella vita di relazione, l'ausiliario risponderà in proprio a titolo di illecito extracontrattuale (es.: il paziente in cura presso una clinica subisce lesioni per colpa di un dipendente di tale clinica)», per poi specificare in nota n. 192 che «la teoria del 'contratto sociale' rende tuttavia il sanitario direttamente obbligato nei confronti del paziente», dando per ormai assodata siffatta conclusione. Nel commento alla norma in questione all'interno del *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2013, 328 ss., si evidenzia come questa disposizione fu una novità del codice del 1942, non essendoci un analogo nel vecchio codice che, anzi, ai sensi dell'art. 1225, escludeva la responsabilità del debitore «se l'inadempimento trovava ragione in una causa estranea alla sfera del debitore [...] prospettandosi il ricorrere di una causa estranea alla sfera del debitore in tutti i casi in cui non fosse dato ricondurre in qualche modo l'inadeguatezza degli ausiliari alla sfera delle scelte o dei controlli del debitore. E così talora ritenendo il debitore responsabile solo per colpa propria, evocando nei nostri casi una *culpa in eligendo* ovvero *in vigilandos*». Da qui, la scelta del codice vigente di depurare il nuovo art. 1228 da qualsiasi riferimento alla negligenza del debitore.

V. anche F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 17^a ed., Napoli, 2015, 642, secondo cui: «Come risulta chiaro dal confronto tra questa norma [l'art. 1228 c.c., n.d.r.] e quella dettata dall'art. 2049 c.c. la garanzia a carico del debitore è assai più ampia in materia di responsabilità da ina-

stazione di cura del paziente, riconducibile alla violazione degli obblighi di organizzazione e gestione⁹.

Prima della pronuncia della Cass., Sez. Un., n. 9556/2002, a cui si deve il riconoscimento ufficiale del c.d. contratto di ospitalità, la responsabilità della struttura si appiattiva su quella del medico, senza che venissero in rilievo le obbligazioni sue proprie, indipendenti dalla condotta colposa del medico e inerenti alla predisposizione di personale medico ausiliario, paramedico, l'apprestamento di medicinali e di tutte le attrezzature necessarie anche per eventuali complicazioni e, in generale, tutte quelle prestazioni di assistenza medica non riferibili esclusivamente all'obbligo primario delle cure sanitarie, ma anche al più ampio obbligo di protezione del paziente. Su questo presupposto, le sezioni unite del 2002 conclusero che «l'individuazione del fondamento di responsabilità dell'ente nell'inadempimento di obblighi propri della struttura consente quindi di abbandonare il richiamo, alquanto artificioso, alla disciplina del contratto d'opera professionale e di fondare semmai la responsabilità dell'ente per fatto del dipendente sulla base dell'art. 1228 c.c.»¹⁰.

dempimento che non nel caso di responsabilità extracontrattuale, là dove vengono in rilievo solo le persone dei dipendenti legati da un preciso vincolo di subordinazione e non già qualsivoglia terzo incaricato dal debitore».

⁹ L. Principato, *L'art. 28 Cost. e la responsabilità civile dell'amministrazione sanitaria dell'emergenza-urgenza*, in *Riv. AIC*, n. 4, 2016 ha intravisto in questo modello di responsabilità – e con riferimento alla prestazione medica d'urgenza – scelte poco rispettose dei vincoli costituzionali recati dagli artt. 24, 28 e 113 che, al contrario, sarebbero stati tenuti in più doverosa considerazione attraverso differenti percorsi riformatori. Innanzitutto, si sarebbe potuto optare per una disciplina che escludesse la responsabilità del medico nelle ipotesi di colpa lieve, sulla scia di una rinnovata interpretazione dell'art. 2236 c.c., «non ricavandone presunzioni di colpa bensì estendendo la nozione di 'particolare difficoltà' anche oltre l'ambito della medicina d'avanguardia. Come nel caso della medicina d'emergenza». Inoltre, «al regime della responsabilità potrebbe aggiungersi la previsione di un obbligo di infruttuosa escussione sui beni del condebitore solidale – la struttura sanitaria – quale condizione per l'esercizio dell'azione esecutiva in danno del medico, eventualmente condannato al risarcimento del danno».

La riflessione dell'A. è particolarmente interessante per l'adozione della prospettiva del diritto costituzionale-amministrativo. I dipendenti e funzionari pubblici, quali sono anche i medici dipendenti e convenzionati che prestano la propria attività nelle AUSL, «non sono legittimati in proprio in nessun rapporto obbligatorio con i terzi, destinatari dell'attività amministrativa (va da sé, limitatamente all'ambito di esercizio delle loro funzioni). V'è una conseguenza evidente: il fatto dell'ausiliario, se in violazione di diritti, ossia lesivo della sfera giuridica di un terzo, implicherà i) una responsabilità diretta, in ragione del rapporto organico, dell'amministrazione di appartenenza in caso di lesione di diritti relativi o comunque fondati su rapporti negoziali; ii) una responsabilità aquiliana dell'ausiliario, ai sensi dell'art. 28 Cost.; iii) una responsabilità aquiliana per estensione, in capo alla P.A., che alle prime due si sovrappone».

¹⁰ Il pregresso orientamento giurisprudenziale era diviso tra le sentenze che affermavano la responsabilità contrattuale dell'ente e quelle che, invece, ne sancivano la responsabilità extracontrattuale ex art. 2049 c.c. Nell'ambito della qualificazione contrattuale, si registravano ricostruzioni significativamente diverse tra la tesi che già anticipava i futuri approdi del contratto atipi-

In quest'ordine di idee, siffatti obblighi di protezione, strumentali rispetto alla realizzazione dell'obbligo principale, devono ritenersi meritevoli di tutela, pur se non espressamente dedotti ad oggetto della prestazione contrattuale e consistono nella predisposizione da parte della struttura di tutto quanto necessario – la fornitura di medicinali e strumentazioni tecniche, ad esempio – alla più efficiente realizzazione della prestazione di cura, per il tramite del personale medico e paramedico.

In altre parole, la struttura sanitaria non è semplicemente il luogo fisico all'interno del quale i pazienti vengono ospitati, come se la somministrazione delle cure si esaurisse nelle prestazioni alberghiere di vitto e alloggio¹¹. Né si può pensare di addossare al personale medico ogni responsabilità, solo in quanto esecutori materiali delle operazioni di cura.

Ciò deve considerarsi tanto valido per la struttura ospedaliera pubblica quanto per la casa di cura privata, nel cui rischio d'impresa vanno ricompresi anche quelli relativi alle disfunzioni organizzative e gestionali della prestazione sanitaria¹².

co di spedalità e quella che concepiva la responsabilità della struttura specularmente a quella del medico suo dipendente e, quindi, non come autonoma bensì dipendente dal comportamento non diligente del sanitario. V. sul punto la nota di R. Breda a Cass. n. 6386/2001, *La responsabilità della struttura sanitaria tra esigenze di tutela e difficoltà ricostruttive*, in *Danno e Resp.*, n. 11, 2001, 1045 ss., che ripercorre accuratamente le varie soluzioni, partendo da una pronuncia che aderiva alla posizione della responsabilità dell'istituto derivante da colpa del medico, poiché sia l'art. 1228 che l'art. 2049 presuppongono un illecito colpevole. V. anche, della stessa A., *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria*, in *Danno e Resp.*, n. 10, 2006, 953 ss.

¹¹ Già prima delle Sezioni Unite del 2002, i tempi erano ormai maturi per il riconoscimento di una responsabilità della struttura per i danni cagionati a causa della propria *inefficienza*. Ce lo testimonia R. Breda, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, in *Danno e Resp.*, n. 2, 2001, 209 ss., tema affrontato nel Convegno tenutosi nell'ottobre del 2000 nell'Università Bocconi. Già si affermava convintamente che «la costruzione delineata ha il duplice pregio di spezzare il legame tra colpa del medico-dipendente e responsabilità della struttura ospedaliera, accollando a quest'ultima anche i rischi relative alle disfunzioni della rete organizzativa, e di assicurare al soggetto debole del rapporto un'azione contro un soggetto presumibilmente solvibile [...] non si parte più dalla condotta del sanitario per arrivare, a ritroso, alla responsabilità dell'ente, ma s'imputano immediatamente all'ente le manchevolezze strutturali che hanno causato il danno». Dal convegno emersero anche i risultati di uno studio condotto dai medici del Policlinico di Milano in collaborazione con l'Università Americana di Baltimora, secondo cui le principali cause di decesso, prima e durante il ricovero ospedaliero, erano riconducibili proprio a gravi carenze organizzative (ritardo e inadeguatezza nel soccorso; frequente mancanza di sale operatorie e di rianimazione d'urgenza; ostacoli burocratici, quali le difficoltà di individuazione tempestiva del centro ospedaliero più attrezzato, ecc.).

¹² R. Simone, *La responsabilità della struttura sanitaria pubblica e privata*, in *Danno e Resp.*, n. 1, 2003, 5 ss. richiama, a tal proposito, la sentenza Cass. n. 2678/1998, in cui «non soltanto ha definitivamente optato per l'inquadramento del rapporto in termini contrattuali, ma ha ritenuto di prescindere dalla circostanza che i singoli operatori fossero, o non, stabilmente inseriti nell'organizzazione aziendale e, in una rilettura dell'art. 1228 c.c. in chiave oggettiva, ha giudicato

Tornando alle disposizioni legislative, sia la riforma Balduzzi che quella più recente hanno recepito il modello di una responsabilità della struttura su due fronti, di cui uno riconducibile a quel «contratto atipico con effetti protettivi nei confronti del terzo» per i danni sofferti dai pazienti a causa di un *deficit* organizzativo e strutturale e quindi indipendente da una condotta colposa di un membro del personale. Questa operazione di sganciamento della responsabilità della struttura dalle condotte di chi agisce come suo dipendente non è, in linea di principio, inammissibile; però, richiede la specificazione di cosa si intenda per *efficienza e buona organizzazione* della struttura, sulla base di *standard* normativi predefiniti o, in mancanza, assumendo come parametro di riferimento uno *standard* organizzativo medio che il paziente potrebbe legittimamente attendersi¹³.

Da questo punto di vista, la legge Bianco-Gelli prevede all'art. 1 che «la sicurezza delle cure si realizza anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative». L'affermazione di principio è seguita dalla predisposizione di una rete di garanzia del diritto alla salute e della disciplina della struttura organizzativa e del supporto tecnico, presidiata dalla figura del difensore civico, il quale «può essere adito gratuitamente da ciascun soggetto destinatario di prestazioni sanitarie, direttamente o mediante un proprio delegato, per la segnalazione di disfunzioni del sistema dell'assistenza sanitaria e sociosanitaria» (art. 2).

Inoltre, l'art. 3 prescrive l'istituzione entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge (1° aprile), presso l'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali (AGENAS), dell'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità¹⁴. Ad oggi però, ancora non risulta la pubblicazione del relativo decreto sul sito del Ministero della Salute.

superfluo, per l'affermazione della responsabilità di quest'ultima, la qualificazione in termini di colpa della condotta dei medici».

¹³ V. F. Agnino, *Responsabilità della struttura ospedaliera: si rafforza la tutela per i «malati», in Danno e Resp.*, n. 5, 2005, 537 ss., in nota a Cass. n. 13066/2004. Il caso di specie riguardava la vicenda di una donna incinta che, d'accordo con il suo ginecologo, decideva di ricoverarsi presso una clinica per fine gestazione. Dopo un paio di visite da parte di un medico, era stata portata in sala parto dove, con l'assistenza di un altro dottore, aveva dato alla luce il suo bambino purtroppo affetto da una grave «asfissia perinatale». L'A. evidenzia come non sussistano problemi particolare di definizione del concetto di *efficienza* della struttura, con riguardo a quei settori del servizio sanitario in cui il legislatore ha previsto un'apposita disciplina normativa. Reca l'esempio delle misure di sicurezza o di igiene, *ex d.p.c.m.* 19 maggio 1995 recante la «Carta dei servizi pubblici sanitari», che indica le «linee guida per l'adozione da parte di ciascuna azienda ospedaliera di standard ed indicatori di qualità ben precisi».

¹⁴ Si riporta il testo dell'art. 3, comma 2:

«L'Osservatorio acquisisce dai Centri per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del

Ferma la responsabilità contrattuale della struttura, si può ritenere coerente che la scelta di imputare al medico (dipendente) la responsabilità a titolo extracontrattuale – dapprima solo abbozzata dalla legge Balduzzi e oggi esplicitamente consacrata nella legge n. 24/2017 – con l'attribuzione alla struttura di una responsabilità (anche) *ex art.* 1228 c.c.

Su questi presupposti, il doppio binario avrebbe dovuto sortire l'effetto di scalzare (fino a soppiantare) la giurisprudenza del cont(r)atto sociale, oltre che quello di contenere il dilagante fenomeno della medicina difensiva, tenendo ben presenti gli obiettivi della «prevenzione del contenzioso» e della «riduzione degli oneri assicurativi» (ai sensi dell'art. 3 *bis* aggiunto proprio in sede di conversione)¹⁵.

Ma così non è stato, se si pensa che la giurisprudenza di legittimità insieme ad una certa porzione di giudici del merito si sono dimostrati inscalfibilmente ancorati alle posizioni previamente consolidate quanto alla tenuta della respon-

paziente, di cui all'articolo 2, i dati regionali relativi ai rischi ed eventi avversi nonché alle cause, all'entità, alla frequenza e all'onere finanziario del contenzioso e, anche mediante la predisposizione, con l'ausilio delle società scientifiche e delle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie di cui all'articolo 5, di linee di indirizzo, individua idonee misure per la prevenzione e la gestione del rischio sanitario e il monitoraggio delle buone pratiche per la sicurezza delle cure nonché per la formazione e l'aggiornamento del personale esercente le professioni sanitarie».

¹⁵ Per analizzare i punti salienti della legge Balduzzi, con particolare riguardo all'art. 3, si vedano, *ex multis*, G. Palma, *Vecchi problemi e nuove prospettive in tema di responsabilità sanitaria*, in *Eur. dir. priv.*, n. 3, 2016, 913 ss.; M. e F. Bilancetti, *Verso quale riforma della responsabilità medica? Which new medical liability reform are we heading towards?*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 4, 2016, 1399 ss.; F. Onnis Cugia, *Responsabilità civile del medico, responsabilità della struttura sanitaria e contratto di assicurazione dopo la legge Balduzzi*, in *Resp. civ. prev.*, n. 5, 2016, 1751B ss.; D. Chindemi, *Responsabilità contrattuale o aquiliana del medico alla luce della c.d. "legge Balduzzi?"*, in *Resp. civ. prev.*, n. 3, 2015, 1318B ss.; P. Gattari, *Profili civilistici della legge Balduzzi: il "senso" del richiamo all'art. 2043 c.c.*, in *Resp. civ. prev.*, n. 3, 2014, 1040B ss.; i quali tutti e in termini più o meno analoghi hanno sottolineato la vera e propria babele che si è creata tra i giudici di merito e di legittimità, scissi tra il fermo ancoraggio alla interpretazione tradizionale della responsabilità da contatto sociale e l'onestà intellettuale di riconoscere che quel richiamo all'art. 2043 non poteva che riferirsi al progetto di introdurre la responsabilità extracontrattuale del medico. Si veda ancora G. Ponzanelli, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno e Resp.*, n. 8-9, 2016, 816 ss. che, a proposito di "primi tentativi" del legislatore, scrive: «Chi ha proposto una lettura coerente non solo con la formulazione letterale dell'art. 3 della legge Balduzzi ma anche con la sua ratio sostanziale, volta ad alleggerire la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, è stato pesantemente censurato come sostenitore di un'interpretazione quasi abrogante dell'evoluzione giurisprudenziale, che avrebbe inesorabilmente danneggiato il paziente. Le critiche però, oltre che infondate (a una veloce comparazione tra i due regimi di responsabilità, quello contrattuale si fa preferire soprattutto per i vantaggi collegati all'onere della prova, oltre che a quello della prescrizione, ma il tutto si ridimensiona ricordando che nelle controversie di responsabilità medica è sempre imprescindibile la nomina del consulente tecnico d'ufficio che dovrà accertare la sussistenza della colpa del medico) dovranno cessare con l'introduzione della nuova disciplina in tema di responsabilità medica attualmente in fase di approvazione nelle competenti sedi parlamentari» [oggi definitivamente legge, n.d.r.].

sabilità da contatto sociale e decisamente restii all'idea di riconoscere alla Balduzzi una portata innovativa, facendosi scudo (e beffa) della mancanza di explicità del testo legislativo¹⁶.

È praticamente certo, infatti, che il primo motore del tortuoso cammino legislativo giunto alla legge Bianco-Gelli sia scaturito proprio da una ragione politica prima ancora che giuridica: la volontà di riaffermare la priorità del dettato legislativo sulle potenzialità dell'ermeneutica giurisprudenziale e l'intento esplicito di rianimare l'incerto messaggio della Balduzzi e di riabilitarne la portata.

All'esito della legge n. 24/2017 non vi può essere più alcun dubbio che, ai sensi dell'art. 7, comma 3 «l' esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 [che sia dipendente o meno della struttura sanitaria, purché questa si avvalga della sua opera n.d.r.] risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente»¹⁷. Per rafforzare l'evidenza di questo intento, il legislatore si è premurato di contemplare all'ultimo comma dell'art. 7 la previsione altisonante secondo cui «le disposizioni del presente articolo costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile»¹⁸. Con tale metodo ignoto

¹⁶ Per un esaustivo riepilogo dei due orientamenti *pro* e *contra* Balduzzi, v. il commento di V. Carbone, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e Resp.*, n. 4, 2013, 367 ss.; e anche R. Pucella, *Un improvvido legislatore fa più danno dei medici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, parte seconda, 36 ss., il quale, a partire da alcune considerazioni in merito a due opposte pronunce del Tribunale di Milano (17 luglio 2014 e 18 novembre 2014), scorre rapidamente lo sguardo sulla giurisprudenza di merito, individuando le pronunce orientate a legittimare il carattere innovativo della Balduzzi e quelle che invece hanno etichettato come atecnico il richiamo all'art. 2043. E così, «tra coloro che hanno interpretato negativamente la nuova disposizione escludendo che possa modificare la responsabilità da inadempimento del medico pubblico», l'A. cita le pronunce della Cass. n. 4030/2013 e n. 8940/2014; e poi, tra le sentenze di merito, il Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013, Trib. Cremona, 19 settembre 2013, Trib. Rovereto, 29 dicembre 2013 e il Trib. Brindisi, 18 luglio 2014. L'intima intenzione innovatrice del legislatore del 2012 è stata, invece, valorizzata da alcuni giudici di merito: v. Trib. Varese, 26 novembre 2012, Trib. Torino, 26 febbraio 2013, Trib. Enna, 18 maggio 2013.

¹⁷ Nel testo licenziato dalla Camera dei deputati il 29 gennaio 2016, la formulazione dell'art. 7 (ma si vedrà che molte sono state le modifiche e aggiunte nel testo definitivo, rispetto ai tanti provvisori) era più scarna e non recava la specificazione di salvezza delle ipotesi in cui il medico avesse agito proprio nell'adempimento di un'obbligazione direttamente ed espressamente assunta con il paziente. Ci chiediamo provocatoriamente se, per il tramite di questa clausola, i giudici più affezionati alla tradizione non potrebbero in qualche modo recuperare spazi di imputabilità al medico di una responsabilità a titolo contrattuale, speculando su cosa esattamente possa intendersi per *obbligazione assunta con il paziente*.

¹⁸ Peraltro, a prescindere dalla stravaganza di quest'ultimo comma, il legislatore non sembra ricordare quello che invece molto opportunamente osserva V. Carbone, *Responsabilità aquiliana del medico: norma imperativa nata per risolvere problemi economici che pregiudica i diritti del paziente*, in corso di pubblicazione in *Danno e Resp.*, 2017 e consultato per gentile concessione dell'autore. Le norme imperative regolano i rapporti contrattuali (art. 1418 c.c.) ma non anche la responsabilità extracontrattuale.

finora alla gerarchia delle fonti, si erige un *caveat* rozzo ma inequivoco, quasi a voler scoraggiare ogni interpretazione conservatrice favorevole alla figura del contatto sociale che, a questo punto, non sarebbe più mera forzatura antiletterale, ma vera e propria *interpretatio contra legem*.

In sostanza, si può così schematizzare per quanto riguarda il medico: 1) se il rapporto tra medico e paziente è *privato* – o meglio, si svolge senza intermediazione alcuna di un ente sanitario pubblico o privato – resta ancorato all'art. 2236 c.c., per cui il medico è esonerato dalla responsabilità nel caso in cui abbia dovuto affrontare e risolvere problemi tecnici di particolare difficoltà, salve le ipotesi di dolo o colpa grave (nel senso dato dalla giurisprudenza di imperizia, come meglio si vedrà nel prosieguo); 2) se, invece, la prestazione del medico viene resa nelle strutture ospedaliere o in case di cura private, la responsabilità del professionista, «salvo che [il medico, n.d.r.] abbia agito nell'adempimento di una obbligazione contrattuale assunta», sarà attratta dal regime dell'art. 2043 c.c.¹⁹. In dottrina, sono state espresse perplessità da parte di chi ritiene non calzante il modello della responsabilità extracontrattuale con la figura del prestatore professionale *intramoenia*, il cui operato si fonda su una tipica relazione fiduciaria, in cui è il paziente a scegliere personalmente il medico²⁰.

¹⁹ V. il *Commentario "Sicurezza delle cure e responsabilità sanitaria"*, coll. Medicina e Società, Roma, 2017; V. Carbone, nel recente commento alla legge n. 24/2017, *Legge Gelli: inquadramento normative e profili generali*, in *Corr. giur.*, 2017, 737 ss. Per un *focus* sulle implicazioni della riforma Gelli, G. Travaglino, *Vaghi appunti sulla riforma della responsabilità sanitaria*, in *Giustiziacivile.com*, 3 marzo 2017; nonché C. Scognamiglio, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 2017, il quale ha criticamente evidenziato – al di là di quelle che saranno le effettive novità in senso pratico nello svolgimento del processo – come la qualificazione della responsabilità del medico *ex art. 2043 c.c.* rappresenti, innanzitutto, un'anomala invasione di campo del legislatore, a cui normalmente non spetterebbe *qualificare* la fattispecie concreta, ma solo dettare la disciplina normativa che poi sarà applicata e interpretata dal giudice. Pur volendo sorvolare su questa discutibile scelta di metodo, resta il fatto che se tale legge dovesse essere intesa come addirittura di interpretazione autentica (e non, al più, quale legge di qualificazione di fattispecie), spiegherebbe efficacia retroattiva, comportando gravi conseguenze sostanziali e processuali nei processi già in corso, che erano stati impostati sul presupposto di base della responsabilità contrattuale da contatto sociale.

²⁰ In questo senso R. Breda, *La responsabilità civile delle strutture e del medico tra conferme e novità*, in *Danno e Resp.*, 2017, 283 ss., non meno critica sull'adozione della tecnica legislativa di inquadrare il titolo di responsabilità. Si chiede se non sia una contraddizione in termini affermare che anche tali professionisti rispondano *ex art. 2043 c.c.* Tanto che – e di questo siamo convinti – non si fatterà a trovare qualche giudice che valorizzi alla massima potenza la clausola di salvezza dei casi in cui il medico «abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente», tanto nei casi di prestazione resa *intramoenia* «ma anche nell'ipotesi di medico di fiducia seppure strutturato o di relazione fiduciaria instauratasi a seguito di ripetute visite, sino all'opinione di chi [l'autrice fa riferimento all'opinione di N. Todeschini, *La Gelli è pubblicata: salutiamo la responsabilità da contatto sociale del medico?*, in *www.personaedanno.it*, che, però,

La struttura sanitaria pubblica o privata risponderà: 1) *ex art.* 1218 c.c. per l'inadempimento o l'inesatto adempimento del contratto concluso con il paziente al momento del ricovero; *ex art.* 1228 c.c. per il danno cagionato dal professionista/ausiliario di cui si sia avvalso per l'adempimento dell'obbligazione, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa²¹.

Nessun rilievo ulteriore sull'imputazione in capo alla struttura della responsabilità contrattuale *ex art.* 1218 c.c. Salvo, al più, voler considerare – ma tanto valeva anche per il passato, non è certo la legge Gelli ad aver introdotto questa *species* di responsabilità autonoma in capo alla struttura – le difficoltà pratiche che potrebbero sorgere per provare i danni che sono stati cagionati direttamente ed esclusivamente da un inadempimento della struttura. A nostro avviso, non è molto plausibile che una carenza organizzativa della struttura non si riverberi anche sull'espletamento più o meno corretto dell'attività di cura da parte del medico. Il rischio, già noto alle cronache processuali, è che la responsabilità autonoma della struttura venga assorbita da quella del medico, rispetto alla cui condotta è certamente più immediata la ricostruzione del nesso causale.

Preme soffermarsi, poi, sul combinato disposto della norma che imputa al medico la responsabilità a titolo extracontrattuale con quella che ritiene contrattualmente responsabile la struttura per fatto degli ausiliari *ex art.* 1228 c.c.

L'esplicita previsione di responsabilità del medico *ex art.* 2043 c.c. non parrebbe infrangersi con il sistema elaborato dalla giurisprudenza (responsabilità da contatto sociale ovviamente esclusa).

L'art. 1228 fa riferimento al «debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi» e che, pertanto, «risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro». Non si fa cenno ad un contratto che dovrebbe eventualmente sussistere tra il terzo ausiliario e il soggetto danneggiato anzi, perché sia tale, l'ausiliario deve essere estraneo al rapporto obbligatorio.

L'ausiliario, inoltre, potrebbe essere tanto un dipendente del debitore, quanto un soggetto estraneo; non casualmente, l'art. 7, legge Gelli precisa che può trattarsi anche di medico non dipendente della struttura, purché questa si avvalga della sua opera.

riteniamo essere più una provocazione che una realtà concreta, n.d.r.] ritiene invariata la configurabilità di una responsabilità contrattuale del medico dipendente se supportata da idonea allegazione». Dello stesso avviso, anche C. Masieri, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 752 ss. Si suggerisce, altresì, la lettura di R. Pardolesi, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno e Resp.*, 2017, 261 ss.; e di V. Bachellet, *Il rapporto tra Asl e medico di base nel sistema riformato della responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 777 ss.

²¹ Sull'art. 1228 c.c., in generale e con riguardo alla materia sanitaria, v. anche A. Barbarisi, *La responsabilità del debitore per fatto degli ausiliari*, in *Obbl. e Contr.*, 2012, 289 ss.

In ogni caso, il complessivo parametro di giudizio della prestazione sanitaria *tout court* è la combinazione del concetto tradizionale di diligenza professionale dell'art. 1176, comma 2, c.c. e regole tecnico-scientifiche codificate nelle linee guida²². Il legislatore del 2017 ha predisposto un sistema integrato di fonti di *soft law* atto a garantire che ogni caso clinico venga trattato nel pieno rispetto delle raccomandazioni contenute nelle linee guida ovvero, in mancanza, delle buone pratiche clinico-assistenziali, salve le specificità del caso concreto che ben potrebbero richiedere e giustificare un discostamento da questa sorta di *Carta delle regole di condotta sanitarie*.

L'art. 5, legge n. 24/2017 precisa che tali *guidelines* sono «pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale».

Fermo restando che – salvo aggiornamenti dell'ultimo minuto e decorsi ormai i novanta giorni utili dal 1° aprile – le linee guida non sono ancora comparse sul sito del Ministero della Salute, ci lascia non poco perplessi il fatto che esse potranno essere legittimamente redatte da più di un soggetto istituzionale. Dovendo le linee guida costituire il punto di riferimento per lo svolgimento della prestazione sanitaria da parte dei medici, rilevante sia ai fini della loro diretta responsabilità *ex art.* 2043 c.c. che di quella della struttura *ex art.* 1228 c.c., sarebbe stato preferibile che il legislatore ne prescrivesse l'adozione da parte di un solo ente qualificato, quantomeno per non generare confusione e aleatorietà nella individuazione dei parametri valutativi.

Il giudizio complessivo è dettato dall'impressione che lo schema normativo così delineato sia di per sé coerente poiché, come già detto, la rinnovata responsabilità extracontrattuale del medico non si scontra, almeno teoricamente, con la responsabilità bipartita della struttura *ex artt.* 1218 e 1228 c.c.

Ciò nondimeno, il legislatore non ha voluto fare i conti con il pur necessario coordinamento con il diritto vivente, che si era assestato ormai da quasi un ventennio sugli approdi, più o meno condivisibili, della responsabilità da con-

²² La Cass. n. 21090/2015, pronunciata in vigenza della legge Balduzzi, ma quando era già stato approvato in prima battuta alla Camera il d.d.l. che avrebbe condotto all'odierna riforma, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 564 ss. con nota di Sgubin, chiariva che il rispetto delle linee guida non può valere di per sé ad esimere il medico e la struttura sanitaria da responsabilità, poiché «oltre ad osservare le normative di ogni rango in tema di dotazione e struttura delle organizzazioni di emergenza, tenga poi in concreto, per il tramite dei suoi operatori, condotte adeguate alle condizioni disperate del paziente ed in rapporto alle precarie o limitate disponibilità di mezzi o risorse, benché conformi alle dotazioni o alle istruzioni previste dalla normativa vigente, adottando di volta in volta le determinazioni più idonee a scongiurare l'impossibilità del salvataggio del leso».

tatto sociale. Non sarà agevole smantellare tutto e ricalcolare il percorso. Ma per misurare l'impatto, non resta che pazientare e giudicare dopo le prime applicazioni concrete.

2. *L'onere della prova nelle controversie in materia di responsabilità sanitaria. Il nesso di causalità*

Le prime tappe del cammino giurisprudenziale oggi concluso e in parte respinto²³, risalgono addirittura agli anni '50-'60, quando la responsabilità del medico era aquiliana, imperava la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato ed era onere del paziente dimostrare la difettosa esecuzione della prestazione, nonché il nesso causale tra la condotta del sanitario e il danno subito.

A partire dagli anni '70, poi, la Corte costituzionale e la Corte di cassazione si cimentarono con l'interpretazione dell'art. 2236 c.c., facendo emergere le prime distinzioni, nell'ambito della nozione di colpa grave, tra imperizia, negligenza e imprudenza; nonché la rilevanza, ai fini della prova, della classificazione tra interventi di facile o difficile esecuzione²⁴.

Il primo riferimento è alla pronuncia della Corte cost. n. 166/1973, che limitò la responsabilità (penale) dell'esercente la professione intellettuale la cui prestazione implicasse la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, alle ipotesi di colpa grave e cioè «quella derivante da errore inescusabile, dalla ignoranza dei principi elementari attinenti all'esercizio di una determinata attività professionale o propri di una data specializzazione», facendo dunque rilevare l'imperizia e non anche l'imprudenza o la negligenza.

²³ La scansione cronologica delle stagioni giurisprudenziali è tracciata molto chiaramente da A. Barbarisi, *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in *Contratti*, n. 2, 2017, 217 ss., che cerca di fare il punto della situazione all'esito della riforma Gelli.

²⁴ Ci è di prezioso aiuto, a tal fine, la lettura di G. Travaglino, *La responsabilità contrattuale tra tradizione e innovazione*, in *Resp. civ. prev.*, n. 1, 2016, 0075B ss., secondo cui: «in principio, per la classe medica, fu il tempo della immunità», come dimostrano i risalenti arresti della Cass. Napoli 24 luglio 1871, che richiedeva la prova «dell'animo deliberato del malaffare» in capo al medico; o la Cass., Sez. Un., 22 dicembre 1925, che facevano consistere la colpa in una «trascuranza di canoni fondamentali o elementari della medicina»; ovvero ancora la Cass. del marzo 1941, secondo cui le ipotesi di responsabilità del medico erano riconducibili esclusivamente a casi di «grossolano errore». Sulla colpa professionale in generale, si rimanda, *ex multis*, a U. Brecchia, *La colpa professionale*, in *Giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, a cura di G. Visintini, Padova, 1988. L'autorevole civilista richiama l'attenzione sull'equivoco nato proprio con riferimento alla massima «traditrice» della Cassazione del 1941, pubblicata sulla *Riv. dir. comm.*, 1941, 304 ss., con nota di G.B. Funaioli e infatti, «se si legge la motivazione risulta: che l'errore grossolano è richiamato soltanto *obiter* a fini esemplificativi; che si fa riferimento alla comune colpa (anzi, neppure si addossa al danneggiato l'onere della prova, poiché, in virtù di un'adesione alla teoria della responsabilità contrattuale e in un tempo in cui nel linguaggio dei nostri giudici non si era ancora diffusa la figura dell'obbligazione di mezzi, non si esita addirittura a parlare di presunzione di colpa)».

Qualche anno più tardi, quella stessa associazione tra i casi di risoluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e una condotta contraddistinta da colpa grave veniva affiancata dalla contigua distinzione tra interventi di facile/difficile esecuzione: la Cass. n. 6141/1978 – e, più tardi, richiamandola integralmente anche la Cass. n. 977/1991 – affermò il principio di diritto per cui «il cliente ha l'onere di provare che l'operazione era di facile esecuzione (non richiedeva, cioè, particolare abilità e presentava un minimo rischio di esito negativo o peggiorativo) e che per l'effetto dell'operazione ha subito un peggioramento delle condizioni originarie. Il medico per liberarsi della presunzione di inadeguata o negligente prestazione deve provare che ha eseguito in modo diligente e che l'esito peggiorativo 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 diligenza»²⁵.

In sintesi, la prova a carico dell'attore/paziente doveva coprire la natura dell'intervento e, nella specie, egli doveva provare che si trattasse di una operazione di facile esecuzione, tale per cui l'eventuale peggioramento dello stato di salute (la cui prova del nesso causale con l'intervento restava sempre a carico del paziente) era *presuntivamente* imputato al medico, il quale aveva la sola possibilità di provare l'incidenza di un evento imprevedibile e indipendente dalla sua condotta diligente.

Con la precisazione imposta dalla pronuncia della Consulta del 1973, per cui l'assimilazione dei casi di colpa grave alle sole ipotesi di imperizia faceva sì che il medico, invece, dovesse rispondere per le condotte negligenti o imprudenti che risultassero aver cagionato il danno.

La giurisprudenza successiva ha consolidato tale interpretazione dell'art. 2236 c.c. e lo schema di ripartizione dell'onere probatorio imposto alle parti. Per portare qualche esempio, si legga la pronuncia della Cass. n. 4152/1995, in un caso in cui fu accertato che la linea operativa tenuta dal chirurgo che per primo intervenne sul paziente (nella specie, gli veniva imputata l'omissione del trattamento chirurgico della lussazione all'anca) «fu ispirata sul piano terapeutico ad un soverchio ed ingiustificato ottimismo prognostico, ed azzardato, così da configurare imprudenza colposa», ribadì il principio dell'esonero della responsabilità *ex art. 2236 c.c.* nei casi di dolo e colpa grave, esclusivamente nell'ambito dell'esecuzione di interventi che trascendono la preparazione professionale media²⁶.

²⁵ Secondo G. Travaglino, *op. cit.* in nota 24, tale “presunzione di inadeguata o negligente prestazione” segna l'avvento del principio *res ipsa loquitur*. Osserva l'A.: «si giunge così, lungo questo nuovo e non agevole sentiero interpretativo, all'affermazione del principio secondo cui l'attenuazione di responsabilità *ex art. 2236* non si applica a tutti gli atti del medico, ma solo ai casi di particolare complessità o perché non ancora sperimentati o studiati a sufficienza, o perché non ancora dibattuti con riferimento ai metodi terapeutici da seguire».

²⁶ Ovvero perché la particolare complessità discende dal fatto che il caso non è stato ancora

Ancora, la pronuncia della Cass. n. 3492/2002 (in vigore, ormai, del regime della responsabilità da contatto sociale), che riguardava il caso di un'operazione di ernia del disco, la cui ferita stentava a rimarginarsi e provocava una grave infezione sfociata in una paresi della gamba, riaffermò a chiare lettere il principio *res ipsa loquitur*, ribadendo il confine tra art. 2236 e art. 1218 c.c.

«Poiché si tratta di responsabilità di natura contrattuale, incombe al debitore della prestazione la prova che l'inadempimento è stato incolpevole e, quindi, incombe al professionista, che invoca il più ristretto grado di colpa di cui all'art. 2236 c.c. (e cioè un'attenuazione della normale responsabilità di cui all'art. 1218 c.c.), provare che la prestazione implicava la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e che nella fattispecie non vi è stato dolo o colpa grave», specificando che, una volta accertato che non si trattava di intervento di difficile esecuzione «l'aggravamento della situazione patologica del paziente o l'insorgenza di nuove patologie eziologicamente collegabili ad esso, comporta, 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».

La successiva sentenza della Cass. n. 583/2005 si pronunciava in un caso di danni riportati dal nascituro a causa della scelta del medico ostetrico di eseguire il parto naturale in luogo del parto cesareo, fondata sull'asserita sopravvenienza di un'imprevedibile e improvvisa emergenza. In particolare, «l'aver adottato il sanitario una tecnica di parto errata, in relazione alle circostanze concrete, comporta un difetto di perizia, in relazione ad un caso che non importava la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, con la conseguenza che in merito a detta scelta imperita non si pone un problema di responsabilità solo per dolo o colpa grave a norma dell'art. 2236 c.c.».

In aggiunta a quanto già emerso, è significativa l'ulteriore delimitazione dell'esonerazione della responsabilità, per cui «il prestatore d'opera (nella specie professionale sanitaria), che versa in colpa per un'errata scelta tecnica, che all'origine si poneva come di semplice soluzione, non può poi più avvalersi della delimitazione della propria responsabilità per solo dolo o colpa grave, ai sensi dell'art. 2236 c.c., per gli eventuali problemi tecnico-professionali di speciale difficoltà, in cui sia incorso nel prosieguo dell'espletamento della tecnica operativa errata. Infatti all'origine della sequenza causale, che ha dato luogo al danno, si pone proprio l'errata scelta della soluzione operativa (che pure era sem-

studiato a sufficienza o non è stato dibattuto con riferimento ai metodi da adottare (in questi termini, v. Cass. n. 8845/1995).

plice da effettuare), ed i problemi tecnici di speciale difficoltà insorti trovano essi stessi causa in quella scelta iniziale errata»²⁷.

Col tempo, la distinzione tra interventi di facile e difficile esecuzione si sarebbe avviata verso un progressivo ridimensionamento da parte della successiva giurisprudenza, a cominciare dalla sentenza in materia di onere della prova dell'inadempimento e dell'inesatto adempimento, la Cass., Sez. Un., n. 13533/2001²⁸.

Orbene, in ossequio al principio di diritto ivi pronunciato e classificate la responsabilità del medico e quella della struttura come entrambe contrattuali, le Sez. Un. n. 577/2008 prendevano le distanze dalla giurisprudenza consolidata in punto di nesso causale²⁹, affermando che l'attore non poteva limitarsi ad allegare un qualsiasi inadempimento, ma doveva trattarsi di un inadempi-

²⁷ «Nella fattispecie, quindi, per sfuggire a detta responsabilità, il Conte avrebbe dovuto assumere e provare che la distocia della spalla, la paralisi del plesso brachiale e gli altri danni al nascituro da applicazione della ventosa, si sarebbero egualmente verificati anche con l'esatta scelta del parto cesareo e cioè che essi non erano conseguenza della errata opzione operativa». Un altro motivo di ricorso riguardava, peraltro, la censura mossa dai consulenti tecnici di parte al consulente tecnico d'ufficio sulla circostanza che nella cartella clinica mancasse ogni riferimento a ecografie della gestante-partoriente, né alla data dell'ultimo ciclo mestruale né ad assunti dati cianotici del neonato. Ebbene, «la difettosa tenuta della cartella clinica non vale ad escludere la sussistenza del nesso eziologico tra la colposa condotta dei medici in relazione alla patologia accertata ed il danno subito alla salute, ove risulti provata l'idoneità di tale condotta a provocarla, ma consente anzi il ricorso alle presunzioni, come avviene in ogni caso in cui la prova non possa essere data per un comportamento ascrivibile alla stessa parte contro la quale il fatto da provare avrebbe potuto essere invocato, nel quadro dei principi in ordine alla distribuzione dell'onere della prova ed al rilievo che assume a tal fine la "vicinanza alla prova", e cioè la effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla. (Cass. 21/07/2003, n. 11316; Cass. 12/05/2003, n. 7201)».

Il precedente n. 11316/2003 qui richiamato – in adesione all'arresto n. 12103/2000, che per la prima volta fece emergere l'incidenza della difettosa tenuta della cartella clinica sulla prova del danno – censurava la decisione del giudice di secondo grado, il quale aveva erroneamente ritenuto che le omissioni e le carenze nella tenuta della cartella clinica non potessero, neppure presuntivamente, provare il nesso causale tra condotta e danno.

²⁸ In cui si affermava il seguente principio di diritto: «il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento».

²⁹ «La giurisprudenza delle sezioni semplici di questa Corte, applicando questo principio all'onere della prova nelle cause di responsabilità professionale del medico ha ritenuto che gravasse sull'attore (paziente danneggiato che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria) oltre alla prova del contratto, anche quella dell'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie nonché la prova del nesso di tra l'azione o l'omissione del debitore e tale evento dannoso, allegando il solo inadempimento del sanitario. Resta a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento, cioè di aver tenuto un comportamento diligente (Cass. n. 12362 del 2006; Cass. 11.11.2005, n. 22894; Cass. 28.5.2004, n. 10297; Cass. 3.8.2004, n. 14812)».

mento qualificato e cioè «astrattamente idoneo alla produzione del danno». Spettava al convenuto, poi, «dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante»³⁰. Da un lato, al paziente non era più richiesta la prova della facilità dell'intervento subito, essendo sufficiente la mera allegazione dell'inadempimento *qualificato e astrattamente idoneo* a cagionare il danno. A fronte di tale *presunzione del nesso causale*, al convenuto non restava che la prova liberatoria consistente nella dimostrazione dell'assenza di nesso causale tra condotta ed evento.

A partire da questo momento, si è registrata qualche opinione favorevole alla rinnovata allocazione dell'onere della prova in punto di causalità, in quanto «il professionista può con più facilità fornire la prova sull'inesistenza del nesso di causalità»³¹. D'altro canto, è stato criticamente evidenziato come la presunzione del nesso causale e il meccanismo così congegnato della prova liberatoria confondano il piano della colpa con quello eziologico³². In generale, se il paziente/attore ha solo l'onere di allegare l'inadempimento qualificato, perlomeno gli deve essere richiesta un'allegazione specifica nel rispetto dell'art. 163 c.p.c., perché non si può rischiare che il medico sia citato in giudizio per aver adottato una certa condotta e poi si veda condannare a sorpresa per una condotta completamente diversa³³.

Orbene, se una siffatta allocazione degli oneri probatori trovava giustificazione nel superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato e nella nuova responsabilità contrattuale *da contatto*, allora non si spiega come mai la giurisprudenza degli anni successivi, – che pure partiva dagli stessi presupposti ormai acquisiti – si è pronunciata (anche!) in senso contrario, o co-

³⁰ «Nella fattispecie, quindi, avendo l'attore provato il contratto relativo alla prestazione sanitaria (ed il punto non è in contestazione) ed il danno assunto (epatite), allegando che i convenuti erano inadempienti avendolo sottoposto ad emotrasfusione con sangue infetto, competeva ai convenuti fornire la prova che tale inadempimento non vi era stato, poiché non era stata effettuata una trasfusione con sangue infetto, oppure che, pur esistendo l'inadempimento, esso non era eziologicamente rilevante nell'azione risarcitoria proposta, per una qualunque ragione, tra cui quella addotta dell'affezione patologica già in atto al momento del ricovero ».

³¹ Così G. Vettori, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Obbl. e Contr.*, 2008, 393 ss.

³² V., tra gli altri, A. Barbarisi, *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, cit., 222, in particolare gli autori citati in nota 30; della stessa A., *Onere di allegazione e prova liberatoria nella responsabilità sanitaria*, in *Danno e Resp.*, 2012, 882 ss., in nota a Cass. n. 23564/2011, conf. a Cass., Sez. Un., n. 577/2008.

³³ In questi termini, si esprime polemicamente M. Rossetti, *Unicuique suum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupate considerazioni sull'inarrestabile fuga in avanti della responsabilità medica)*, in *Giust. civ.*, 2010, 2218 ss. (lo scritto di Barbarisi, cit. in nota precedente, elenca a p. 224 alcune pronunce di merito che hanno trattato con diffidenza e rigettato le domande degli attori/pazienti perché generiche in punto di indicazione del comportamento del sanitario asseritamente posto in violazione delle regole di diligenza, prudenza e perizia).

munque ambiguo, attribuendo al paziente/attore l'onere di provare il nesso causale, aderendo al precedente orientamento ben rappresentato dalle pronunce n. 10297/2004 e n. 11488/2004. È utile riportare un passo di una pronuncia abbastanza recente, in cui si scrive che: «allorquando la responsabilità medica venga invocata a titolo contrattuale, [...] per il paziente/danneggiato, l'onere della prova in ordine alla ricorrenza del nesso di causalità materiale [...] si sostanzia nella prova che l'esecuzione della prestazione si è inserita nella serie causale che ha condotto all'evento di danno, rappresentato o dalla persistenza della patologia per cui era stata richiesta la prestazione, o dal suo aggravamento»³⁴. Parrebbe di capire che il paziente deve provare il nesso di causalità tra esecuzione della prestazione e persistenza o aggravamento della patologia.

Inoltre, proprio le citate sentenze del 2004 avevano sancito l'irrelevanza del *distinguo* tra interventi di facile e difficile esecuzione ai fini del riparto del-

³⁴ Si tratta di Cass. n. 20904/2013. Tra le pronunce di merito che ci sono discostate dal *dictum* del 2008, v. Trib. Bologna, 10 gennaio 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 1005 ss., con nota di Facciotti, *Responsabilità medica e riparto dell'onere della prova del nesso di causalità: inversione di rotta?* Il caso, però, era particolare perché riguardava la responsabilità del sanitario per la violazione degli obblighi di informazione propedeutici all'intervento di embolizzazione. È comprensibile che in vicende legate all'omesso obbligo informativo, l'onere della prova del nesso di causalità sia posto a carico della parte attrice, l'unica a poter e dover dimostrare che l'adeguato espletamento di siffatti obblighi l'avrebbe indotta a rifiutarsi di sottoporsi all'intervento. Ciò vale per quanto riguarda la lesione del diritto alla salute. Un diverso discorso può valere per la prova della lesione del diritto all'autodeterminazione nel caso di omesso espletamento degli obblighi informativi. Il paziente che richiede il risarcimento del danno da lesione della salute che si sia verificato per le non imprevedibili conseguenze di un atto terapeutico, correttamente effettuato *secundum legem artis*, ma tuttavia eseguito senza la preventiva informazione circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli e dunque senza un consenso consapevolmente prestato, deve provare che egli avrebbe rifiutato quel determinato intervento se fosse stato adeguatamente informato (come del resto, già affermato da Cass. n. 2847/2010, dove – nonostante il pieno regime di responsabilità da contatto – la ripartizione dell'onere probatorio seguì lo schema allocativo della responsabilità extracontrattuale). In buona sostanza, l'attore deve dimostrare che, tra il permanere della situazione patologica in atti e le conseguenze dell'intervento medico, avrebbe scelto la prima situazione, ovvero che, debitamente informato, avrebbe vissuto il periodo successivo all'intervento con migliore e più serena predisposizione ad accettarne le eventuali conseguenze (e le eventuali sofferenze) – predisposizione la cui mancanza andrebbe realisticamente e verosimilmente imputata proprio (e solo) all'assenza di informazione.

Una dimostrazione emblematica della peculiarità degli obblighi di informazione dal punto di vista della prova del nesso causale, si trova nell'ambito del filone giurisprudenziale del danno da nascita indesiderata. A tal proposito, la Cass. n. 22837/2010 aveva enunciato che la donna che agisce in giudizio sostenendo che avrebbe interrotto la gravidanza se solo fosse stata informata tempestivamente della grave malformazione del feto, non deve provare tale circostanza; l'esigenza della prova sorge se vi sia contestazione della controparte sul punto. Successivamente, la cassazione si è ravveduta (v. Cass. n. 7269/2013 e Cass. n. 27528/2013) e ha stabilito che «è onere della parte attrice allegare e dimostrare che, se fosse stata informata delle malformazioni del concepito, avrebbe interrotto la gravidanza; tale prova non può essere desunta dal solo fatto che la gestante abbia chiesto di sottoporsi ad esami volti ad accertare l'esistenza di eventuali anomalie del feto, poiché tale richiesta è solo un indizio privo dei caratteri di gravità ed univocità».

l'onus probandi, essendo funzionale solo alla valutazione del grado di diligenza del sanitario³⁵. In breve: tra il 2004 e il 2008 all'attore spettava l'onere di dimostrare l'esistenza del contratto e non più la facilità dell'intervento subito, congiuntamente all'aggravamento dello stato di salute *cagionato* dalla condotta medica. A seguito delle sezioni unite del 2008 (ma la giurisprudenza successiva non vi ha dato seguito all'unanimità), il modello veniva ritoccato per la parte relativa alla prova del nesso causale, stabilendo che non fosse più onere dell'attore, bensì del convenuto, che doveva dimostrare che non vi era stato inadempimento ovvero non era stato causalmente rilevante.

A tal proposito, una recente pronuncia di legittimità, Cass. n. 18392/2017³⁶, consente di suggerire una lettura risolutrice delle incertezze appena prospettate, lasciando intendere che, in realtà, il contrasto tra gli orientamenti giurisprudenziali che addossano l'onere della prova del nesso causale rispettivamente al paziente/attore ovvero (in negativo, come mancanza di tale nesso) al medico/convenuto sarebbe solo apparente. La Corte fa riferimento ad un «un duplice ciclo causale, l'uno relativo all'evento dannoso, a monte, l'altro relativo all'impossibilità di adempiere, a valle. Il primo, quello relativo all'evento dannoso, deve essere provato dal creditore/danneggiato, il secondo, relativo alla possibilità di adempiere, deve essere provato dal debitore/danneggiante. Mentre il creditore deve provare il nesso di causalità fra l'insorgenza (o l'aggravamento) della patologia e la condotta del sanitario (fatto costitutivo del diritto), il debitore deve provare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile la prestazione (fatto estintivo del diritto). Conseguenzialmente la causa incognita resta a carico dell'attore relativamente all'evento dannoso, resta a carico del convenuto relativamente alla possibilità di adempiere. Se, al termine dell'istruttoria, resti incerti la causa del danno o dell'impossibilità di adempiere, le conseguenze sfavorevoli in termini di onere della prova gravano rispettivamente sull'attore o sul convenuto. Il ciclo causale relativo alla possibilità di adempiere acquista rilievo solo ove risulti dimostrato il nesso causale fra evento dannoso e condotta del debitore».

3. Segue: la prova del nesso di causalità e l'incidenza dei dati statistici

Nell'opera di estrazione della causalità giuridica a partire dalla concatenazione materiale dei fatti, il giurista è costretto a confrontarsi con il rigore della

³⁵ Sul punto, creando una sintesi tra l'orientamento del 2004 e le sezioni unite del 2008 in conflitto solo in materia di nesso causale, v. anche Cass. n. 24791/2008.

³⁶ Si trattava di un caso in cui, a seguito di operazione chirurgica per asportazione della prostata, il paziente subiva una grave emorragia e veniva a mancare per arresto cardiaco. Sulla base delle risultanze tecniche, sia in primo che in secondo grado, il giudice concludeva per la non addebitabilità della responsabilità in capo ai medici, non potendo la causa ignota che aveva cagionato l'infarto restare a carico degli stessi.

scienza: il primo elemento di complicazione consiste nella difficoltà materiale di avvalersi della «asettica applicazione astratta di una legge statistica», e cioè di una legge scientifica applicata quasi acriticamente, che consenta al giurista (che non è uno scienziato) di approssimarsi alla certezza storica dei fatti³⁷.

È sovente emersa la suggestione di adottare quale regola probatoria civilistica il criterio salomonico del più probabile che no, che tradotto in termini scientifici, corrisponde al superamento della soglia del 50% (cioè il 50% + 0,0000.....1 delle probabilità) e la cui applicazione comporta che «qualora la probabilità a favore dell'esistenza della relazione causale sia superiore alla probabilità contraria, il nesso eziologico si dà per esistente, secondo una regola che negli ordinamenti di *Common Law* viene definita «*preponderance of the evidence*» [...] L'effetto dell'applicazione di tale regola è quella del «tutto o niente»; la responsabilità viene riconosciuta per intero qualora la prova della sua esistenza sia maggiore di quella contraria; viene, all'opposto, esclusa se, sul piano del *balance of probabilities*, prevale la soluzione opposta»³⁸.

³⁷ Non potendo in questa sede dare conto della vasta e pregiata dottrina sulla causalità giuridica e materiale, ci preme almeno riportare il dialogo instaurato da A. Belvedere, *Causalità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 7 ss., con lo scritto di G. Gorla, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: "fatto dannoso e conseguenze"*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, 409 ss. In aspra critica verso l'ambiguità o comunque la multise semanticità del sintagma della causalità giuridica, tanto da suggerirne la sostituzione con la diversa espressione di «causalità giuridicamente rilevante», Belvedere scrive: «in base ad un primo significato di causalità giuridica, i nessi causali sia "naturali" che "giuridici" vengano ipotizzati ed eventualmente stabiliti tra i medesimi eventi: dato un evento [Y] conseguenza "naturale" dell'evento [X], il giurista si chiede se [Y] possa essere considerato come causalmente legato ad [X], oltre che "di fatto", anche "giuridicamente". Diversamente stanno le cose se si adotta un secondo – e più specifico – significato di causalità giuridica [quello gorliano, n.d.r.], in base al quale causalità di fatto e causalità giuridica vengono riferiti a due diversi anelli della catena causale che lega la condotta (o la situazione) del danneggiante al danno da risarcire. Posto che [A] cagioni [B] e [B] cagioni [C], la causalità di fatto inerisce al rapporto [A]-[B], e la causalità giuridica al rapporto [B]-[C]. [...] emerge l'idea che [C] rappresenti la perdita economica conseguente all'evento lesivo [B], e che quindi il problema della causalità giuridica sia quello della misurazione della dannosità (risarcibile) di tale evento».

³⁸ V. le ricche pagine di R. Pucella, *La causalità incerta*, Torino, 2007, da cui apprendiamo che in una grande varietà di casi, in luogo dell'approccio matematico, i giudici hanno prediletto l'applicazione di parametri sostitutivi quali «la ragionevole certezza», «la concreta, effettiva e non ipotetica possibilità di vittoria», «la ragionevole certezza dell'esistenza di una non trascurabile probabilità» o, in tema di responsabilità del professionista per l'inesatto adempimento, «la certezza morale che gli effetti di una diversa sua attività sarebbero stati più vantaggiosi per il cliente».

Ha parlato di causalità "elastica", L. Nocco, *Il nesso causale e la responsabilità sanitaria: un itinerario in perenne evoluzione*, in *Danno e Resp.*, 2012, 949 ss.

E a proposito di *common law*, ma senza poter approfondire, è bene sapere che in Inghilterra, così come negli Stati Uniti, la regola causale primordiale è il c.d. «*but-for test*» che non è altro se non la nostrana teoria della *condicio sine qua non* e impone di rispondere alla domanda: «se non fosse stato per la condotta del soggetto presunto responsabile, l'evento di danno si sarebbe verificato?». La prassi giurisprudenziale ha, poi via via affiancato alla suddetta regola altri due

Si è già spiegata l'utilità, nello studio di questa materia, di attingere alle vicende concrete risolte dal giudice di legittimità, la cui nomofilachia non può operare, in molti campi e qui specialmente, astrattamente in *vitro*. Ebbene, in un interessantissimo caso deciso dalla pronuncia della Cass. n. 3874/2011, rimasta pressoché inedita e non commentata, si trattava di una mancata diagnosi di ipossia *intra partum* da parte del ginecologo e della conseguente omissione dell'immediato ricorso al taglio cesareo, omissioni che cagionavano l'insorgenza di una gravissima patologia tale da rendere il bambino invalido permanente al 100%. Uno dei motivi di ricorso del medico censurava la decisione impugnata proprio in punto di distribuzione dell'onere probatorio e di valutazione delle prove sul nesso causale.

principi: quello del «*foreseeable test*» e l'altro della «*direct causation*», di cui il primo volto a ricondurre al soggetto agente solo quegli eventi dannosi che siano «*natural and probable consequences*» della condotta e il secondo che, a prescindere dalla ricorrenza di una circostanza fortuita e imprevedibile, imputa la responsabilità se si accerti che il danno sia la conseguenza immediata e diretta della condotta.

Grazie all'ampia disamina comparatistica di P.G. Monateri, *Causazione e giustificazione del danno*, Torino, 2016, 267 ss., possiamo richiamare l'attenzione su un caso di risarcimento della perdita di *chance* in cui è stato applicato il principio del test c.d. «*more likely than not*», ossia il nostro *più probabile che non*. Si trattava della vicenda *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority* del 1987, in cui un ragazzino di 13 anni si rompeva l'anca cadendo da un albero e, nel giro di poco tempo, diventava disabile. Qui, basandosi sulla distribuzione percentuale delle probabilità, il giudice accertava che c'era solo il 25% di probabilità che il ragazzo non restasse paralizzato, concludendo che, per contro, il 75% di probabilità di restare paralizzato era una percentuale che superava di gran lunga la "soglia" per riconoscere il risarcimento della perdita di *chance*.

È, del pari, molto utile la lettura del saggio di N. Coggiola, *Frammentazione delle regole sul nesso causale e giustizia sostanziale nella recente esperienza inglese*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 109 ss. A partire dal concetto di *web of causation*, l'A. evidenzia la progressiva sostituzione della "causa efficiente" con la c.d. "causa formale", entro la cornice della distinzione tra causalità generale e causalità individuale. Un altro importante profilo affrontato è quello relativo alle ipotesi in cui la patologia riscontrata (reca alcuni esempi della giurisprudenza inglese in materia di risarcimento del danno da mesotelioma insorto per esposizione all'amianto) sia l'effetto di una pluralità di fattori patogeni e, cioè, quelle controversie in cui la ricostruzione del nesso causale tramite il *but for test* mostra segni di cedimento, non tanto in punto di c.d. *causation in fact* – che, analogamente alla nostra causalità materiale, punta a verificare semplicemente se la condotta o l'omissione del convenuto sia stata la causa o anche una delle cause determinative del danno – quanto piuttosto relativamente alla c.d. *legal causation*, ovvero la causalità giuridica, mirata all'addebito della responsabilità. A questi fini, sarà assai rilevante stabilire il rapporto del comportamento del soggetto danneggiante con le eventuali altre cause concorrenti, senza potersi evidentemente avvalere del *but for test*. Un esempio calzante con il tema *de qua* è quello del precedente stabilito in *Wilsber v. Essex AHA*, in cui si trattava della domanda di risarcimento del danno per i danni sofferti nelle prime settimane di vita da un bambino nato prematuro, a causa dell'eccessiva esposizione all'ossigeno in occasione delle terapie somministrate dal personale medico per far fronte all'anomalo funzionamento dei polmoni e che ha, poi, condotto all'insorgenza di una grave patologia oculare. Ci riporta l'A. che, in questo caso di specie, la perizia medica rilevava che quella patologia poteva essere stata cagionata, oltre che dalla condotta umana negligente, da altri cinque diversi agenti lesivi, per cui l'*House of Lords* decideva di rigettare la domanda di risarcimento.

Nella specie, si denunciava la impressionante circostanza che solo nel 3% dei casi, la paralisi cerebrale derivava da ipossia in travaglio, mentre nel restante 97% era riconducibile a cause diverse preesistenti, quali fattori genetici, infettivi, tossici o traumatici. Ebbene, la Suprema Corte nella citata sentenza concludeva che la doglianza fosse infondata poiché «quante volte l'azione o l'omissione siano in se stesse concretamente idonee a determinare l'evento [...], il difetto di accertamento di un fatto astrattamente idoneo ad escludere il nesso causale tra condotta ed evento (nella specie, ipotetica presenza di una paralisi cerebrale anteriore al travaglio da parto) non può essere invocato, benché sotto il profilo statistico quel fatto sia più probabile che no, da chi quell'accertamento avrebbe potuto compiere e non abbia effettuato». *In casu* ben più probabile che non, verrebbe da dire addirittura certo. Emerge allora quasi una forma *ante litteram* di danno punitivo non accessorio?

Per fare un esempio ancora più recente, sempre in una controversia riguardante un caso di danni cerebrali da ipossia patiti da un neonato ed asseritamente causati dalla ritardata esecuzione del parto, la pronuncia (in questo caso di accoglimento del ricorso proposto dal medico) della Cass. n. 11789/2016 (negli stessi termini, già Cass. n. 12686/2011) ha ribadito che «[...] la prova – che dev'essere fornita dal danneggiato – della sussistenza di un valido nesso causale tra l'omissione dei sanitari ed il danno. Tale prova sussiste quando, da un lato, non vi sia certezza che il danno cerebrale patito dal neonato sia derivato da cause naturali o genetiche e, dall'altro, appaia più probabile che non che un tempestivo o diverso intervento da parte del medico avrebbe evitato il danno al neonato. Una volta fornita tale prova in merito al nesso di causalità, è onere del medico, ai sensi dell'art. 1218 c.c., dimostrare la scusabilità della propria condotta (in questo senso, tra le altre, Cass. n. 12686 del 09/06/2011)».

E non sarà mai difficile per il danneggiato dimostrare la mancanza di certezza che le altre cause naturali possono aver cagionato il danno. Sarà, invece, praticamente impossibile per il medico fornire l'eventuale prova contraria che il danno sia stato più che probabilmente (e cioè, diremmo, ad una percentuale decisamente superiore al 50% e più vicina al 100%) determinato dall'incidenza di quei fattori pregressi. Cosa di fatto impossibile, anche ammettendo il rilievo del dato statistico nel giudizio probabilistico. Peraltro, ad una lettura attenta delle argomentazioni, questa pronuncia rientrerebbe nel filone che, anche dopo il 2008, addossa al paziente/attore la prova del nesso di causalità, ma si tratta di un onere alleggerito e non ostacolato da una effettiva possibilità di prova contraria.

In ogni caso, la giurisprudenza (ormai consolidata) ha scelto di non ritenere applicabile la «determinazione quantitativa/statistica delle frequenze di classi di eventi (cosiddetta probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe mancare o essere inconferente. Così come è pacifico che la certezza probabilistica, rispetto all'ipotesi di nesso causale da accertare, risulta dall'applicazione

della regola della probabilità, come relazione logica, rispetto a tutti gli elementi che confermano il nesso causale e all'esclusione di altri elementi alternativi che lo escludano (cosiddetta probabilità logica o baconiana)»³⁹.

L'idoneità causale del fatto va commisurata non alla ragionevole probabilità che il fatto abbia potuto concretamente cagionare il danno – anche sulla base di calcoli statistici –, quanto piuttosto al grado di probabilità che la prova del fatto riesce ad accertare. In altre parole: «quando la proposizione A in questione è un *factum probandum* e B un *factum probans*, ciò che interessa veramente al giudice non è tanto stabilire la verità di A, quanto stabilire che esista un'appropriata "relazione probatoria" fra A e B, poiché anche un alto grado di credenza nella verità di A, "al di là di ogni ragionevole dubbio", ha valore giudiziario solo se è stabilito sulla base di una 'appropriata' relazione probatoria»⁴⁰.

³⁹ Così si è espressa la Cass. n. 4792/2013 che richiamava l'attenzione sulla centralità in tali controversie sanitarie della consulenza tecnica c.d. "percipiente", poiché dato l'elevato tasso di tecnicità, il giudice può affidare al consulente non solo il compito di valutare i fatti accertati, ma anche quello di accertare i fatti stessi. E in alcun modo, le conclusioni in termini di più probabile che no della consulenza tecnica possono essere valutate come incertezza dell'accertamento da poter addossare al medico/debitore, solo perché aveva egli l'onere di provare l'esatto adempimento o comunque l'inadempimento incolpevole.

A proposito di rifiuto della probabilità *statistica*, v. G. Chiarini, *Il nesso eziologico nella responsabilità medico-sanitaria tra causalità materiale e causalità giuridica*, in *Giur. it.*, 2012, 1299 ss., il quale propende schiettamente per una "rivalutazione" del criterio statistico, poiché «è innegabile che la probabilità statistico-scientifica (detta anche "quantitativa" o "pascaliana") possa sovente risultare inadatta a cogliere la composita peculiarità della concreta fattispecie *sub iudice*. Ciò nondimeno, il necessario ricorso alla probabilità logica (o "baconiana" o ancora "aristotelica") non può prescindere dalla previa identificazione di un criterio statistico – che, data l'inevitabile complessità delle vicende di responsabilità medico-sanitaria, deve poggiare su basi scientifiche – dal quale muovere per formulare eventuali ed ulteriori speculazioni argomentative [...] Piuttosto che di "svalutazione" della regola scientifica, dunque, sarebbe opportuno discorrere di una sua "ri-valutazione" (o, se si vuole, della sua valutazione logica), giacché non si tratta di prescindere, bensì di collocarla nel contesto che processualmente le compete, vale a dire quello istruttorio, al fine di effettuarne una debita ponderazione».

⁴⁰ Così P. Garbolino, nelle pagine introduttive della edizione italiana di *La teoria del valore probatorio. Aspetti filosofici giuridici e psicologici*, a cura di P. Gärdenfors-B. Hansson-N.E. Sahlin, Milano, 1997. Il primo saggio della raccolta è di P.O. Ekelöf, *Le mie riflessioni sul valore probatorio*, in cui il giurista svedese spiega che: «il *factum probans* io lo chiamo 'fatto probatorio', cioè un evento che ha un valore di prova per il *factum probandum*, che io chiamo il 'tema di prova' o 'il tema in questione'. In una 'catena probatoria' si conclude da un fatto probatorio ad un altro, fino al definitivo tema di prova, che deve costituire un 'fatto giuridico', e cioè un fatto da cui discende una conseguenza giuridica a norma di legge». È interessante riportare brevemente un altro stralcio di tali riflessioni. A p. 6, l'A. ammetteva: «Io non capivo che stavo usando un concetto di probabilità diverso da quello usato dagli statistici. Secondo la regola statistica della negazione, la probabilità di A è uguale a uno meno la probabilità di non-A. Ma un valore probatorio del 75% non implica una probabilità del 25% che il tema di prova sia smentito. Su 100 situazioni identiche, si a che, data la prova, il tema di prova è vero in 75 casi, ma di esso nulla si può dire

La dicotomia *factum probandum/factum probans* è espressa nella c.d. teoria del valore probatorio. Non s'intende prescindere dalle probabilità iniziali del tema di prova e, nel verificarle, il giudice potrebbe ben far riferimento ad una massima d'esperienza o, perché no, alle acquisizioni scientifiche e statistiche sulle dinamiche di un certo fenomeno. Dunque, è vero che «i valori probatori sono influenzati dalle probabilità a priori», ma è altresì vero che «bisogna distinguere fra la probabilità iniziale del tema di prova – prima di ogni acquisizione probatoria – e la sua probabilità prima di acquisire una certa risultanza probatoria»⁴¹.

I dati statistici potrebbero servire, ad esempio, ad attribuire la giusta rilevanza all'apporto delle cause naturali. È necessario occuparsi brevemente dei profili inerenti il rapporto tra cause umane e cause naturali – poiché, molto raramente, la relazione causale si presenta come «relazione a due posti tra una causa e un effetto»⁴² – e al modo in cui esso influisce sulla ricostruzione del nesso eziologico e sulla individuazione della causalità giuridica rispetto a quella materiale.

Consideriamo un caso concreto deciso dalla Cass. n. 15991/2011⁴³. Si trattava, pure stavolta, di una gravissima patologia neonatale che aveva condotto ad una invalidità permanente del nascituro al 100%, asseritamente causata da condotte negligenti e imprudenti tenute dal personale medico chiamato ad assistere l'attrice al momento del parto.

Nel decidere, la Suprema Corte si è confrontata con un precedente arresto (Cass. n. 975/2009), in cui per la prima volta veniva messo in discussione il meccanismo attributivo della responsabilità integrale (c.d. «*all or nothing*»), per privilegiare un modello di causalità proporzionale, idoneo a far emergere anche il contributo determinativo del danno di concause naturali altrimenti sommerse.

La dibattuta rilevanza delle suddette concause – ridotta ai minimi termini dall'affermazione del ristoro integrale da parte del soggetto comunque responsabile – va contestualizzata entro l'evoluzione della concezione «*monocausale e deterministica*» dell'insorgenza della malattia in una diversa «*concezione probabilistica*», che impone al giudice di fare attenzione alla «molteplicità dei fattori che possono intervenire a determinarla», scegliendo se e in che misura

nei rimanenti 25 casi. [...] Ad ogni modo, nell'ultima edizione del mio libro di testo, sostengo che sarebbe più adeguato parlare di gradi di "certezza" piuttosto che di gradi di "probabilità". Ciò che uno stima è solamente la misura della propria conoscenza».

⁴¹ Così ancora P.O. Ekelöf, *Le mie riflessioni sul valore probatorio*, cit., 15.

⁴² L'espressione è di C. Pizzi, *Diritto abduzione e prova*, Milano, 2009, 46.

⁴³ Annotata, tra gli altri, da L. Nocco, *Rilevanza delle concause naturali e responsabilità proporzionale: un discutibile revirement della Cassazione*, in *Danno e Resp.*, 2012, 149 ss.; dello stesso A., si veda anche *La probabilità in ambito giuridico civile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 1519 ss.

«appropriare l'evento di danno tra i vari fattori che hanno concorso a determinarlo (con possibile assorbimento – sul piano del giudizio di responsabilità – di una parte del danno a carico dello stesso soggetto danneggiato, *ex art. 1227 c.c.*)»⁴⁴.

Nel 2009, il giudice di legittimità affermava che trattandosi di «evento prodotto per un concorso di caso fortuito [...] e causa umana (cioè errore dei sanitari) sarà compito del giudice del merito procedere alla specifica identificazione della parte di danno rapportabile all'uno o all'altra, eventualmente con criterio equitativo. Come già affermato da risalente giurisprudenza, infatti, deve ritenersi legittimo il ricorso alla applicazione della norma di cui all'art. 1226 c.c., ogni qualvolta si sia in presenza di uguale necessità, rispondendo l'interpretazione estensiva della citata norma, di per sé corretta, anche a ragioni di giustizia sostanziale, che impediscono di addossare tutto il risarcimento del danno al responsabile di una sola porzione di esso (cfr. Cass. 6 dicembre 1951, n. 2732, nonché Cass. 18 ottobre 1955, n. 3256, Cass. 13 marzo 1950, n. 657). In particolare qualora la produzione dell'evento dannoso risalga, come a sua causa, alla concomitanza di una azione dell'uomo e di fattori naturali (i quali ultimi non siano legati alla prima da un nesso di dipendenza causale) non si può accogliere la soluzione della irrilevanza di tali fattori»⁴⁵.

⁴⁴ Di questo avviso, R. Pucella, *Causalità e responsabilità medica: cinque variazioni sul tema*, in *Danno e Resp.*, 2016, p. 821 ss., secondo cui, però, il modello di causalità proporzionale è assai controverso: «per parte della prima [la dottrina, n.d.r.] è configurabile un frazionamento della responsabilità in ragione del diverso apporto causale: si risponde di ciò che si è causato [in questo senso, lo stesso Pucella, *Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione*, proprio in nota a Cass. n. 15991/2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 180 ss.]. La giurisprudenza che aveva, per lungo tempo, fatto valere il principio dell'impossibilità di concorso tra causa naturale non imputabile e causa umana imputabile – con addebito all'autore di quest'ultima della integrale responsabilità del fatto – ha poi adottato un modello di causalità proporzionale nella nota pronuncia n. 975 del 2009 pervenendo, da ultimo, ad un assetto che prevede l'integralità della responsabilità in capo all'autore della causa umana, secondo il principio dell'*all or nothing*, con possibile regolazione del registro del danno risarcibile sul piano della regola di c.d. causalità giuridica».

⁴⁵ Si segnala – in nota a ben cinque pronunce della Corte di cassazione, rese a cavallo tra il 2011 e il 2013 – anche il contributo di B. Tassone, *Concause, orientamenti recenti e teorie sulla causalità*, in *Danno e Resp.*, 2013, 633 ss., il quale sottolinea «il peculiare rapporto che si istituisce fra il concorso di cause e la teorica del “più probabile che non”. A ben vedere, infatti, le tre possibili spiegazioni della patologia [in uno dei casi di specie commentati, “sofferenza in fase di gestazione, fattore genetico, sofferenza in fase perinatale causata dalla negligenza dei medici”, n.d.r.] non vengono messe sullo stesso piano e soppesate nella loro incidenza stocastica (per stabilire quale fosse, a fronte dell'evidenza già disponibile o da integrare mediante appositi supplementi di CTU, la spiegazione più probabile delle altre). Viceversa, anche menzionando altre sentenze in argomento la decisione richiama la teoria della causa efficiente – che per definizione degrada a mere “occasioni” le concause non significative – ai fini della prova che i sanitari avrebbero dovuto fornire circa la dimostrazione di un'eziopatologia diversa e alternativa rispetto a quella allegata dall'attrice (cioè la citata situazione di sofferenza) per andare esenti da responsabilità, even-

In altre parole, la Corte ha scelto di abbracciare tale schema operativo, nel tentativo di superare i limiti del principio del *più probabile che no*, che si rendono manifesti nei casi in cui, risultando impossibile misurare il concorso di cause, non si riesce a raggiungere, con grado (civilistico) di ragionevole probabilità, la soglia-limite di imputazione della responsabilità al soggetto danneggiante.

Invece di tenere conto dei fattori concausali solo “a valle”, cioè al momento di liquidazione del danno, il supremo collegio del 2009 anticipava “a monte” il giudizio sulla incidenza che questi avevano avuto nello sviluppo della catena causale, peraltro tramite il poco convincente richiamo al criterio equitativo dell'art. 1226 c.c., nel tentativo di legittimare un meccanismo di apporportionamento tra concause, ma trascurando l'irritualità di una concezione equitativa della causalità. Equitativa può essere solo la valutazione del danno-conseguenza, sul piano della causalità giuridica, anche in relazione ai rapporti tra danneggiante e danneggiato *ex art. 1227 c.c.*

Infatti, qualche anno dopo, la pronuncia n. 15991/2011⁴⁶, ha corretto il tiro, sostenendo che «tale regola operativa in tema di causalità civile non sembra legittimamente predicabile né sotto il profilo morfologico né sotto quello funzionale. Non sotto l'aspetto morfologico, poiché il giudizio sul nesso di causalità materiale è limitato alla sua sussistenza/insussistenza, senza che siano date terze ipotesi, tantomeno in via equitativa: diversa questione è quella della misura dell'incidenza di eventuali stati patologici pregressi sul danno risarcibile (questione che potrebbe, peraltro, astrattamente porsi anche a prescindere dalla relativa valenza con-causale nella determinazione dell'evento di danno), la cui analisi e la cui soluzione è riservata alla fase in cui si procede alla determinazione delle conseguenze risarcibili dell'evento dannoso *ex artt. 1223 e ss. c.c.* Non sotto l'aspetto funzionale, poiché essa darebbe luogo ad inestricabili difficoltà di gestione dei territori di “causalità incerta”: l'applicazione di una logica valutativa fondata sull'*aequitas* pura alla dimensione della causalità materiale trasformerebbe, difatti, il (già impervio) giudizio probabilistico in un giudizio equitativo, onde le incertezze da risolversi “a monte” tramite l'indagine sulla sussistenza del primo rapporto causale secondo le regole dell'art. 41 c.p. verrebbero inevitabilmente inquinate dalla diversa analisi “a valle” volta alla selezione dei danni ingiusti risarcibili».

Dunque, ferma la necessità di non sovrapporre il piano della causalità con quello della quantificazione del danno risarcibile, la Corte tornava ad afferma-

tualmente onerandoli di una dimostrazione che presuppone evidentemente uno standard diverso da quello della preponderanza dell'evidenza».

⁴⁶ Su cui v., tra le altre, la nota di M. Bona, *La Cassazione rigetta il “modello della causalità proporzionale” con un decalogo impeccabile sulla valutazione degli stati pregressi*, in *Corr. giur.*, 2011, 1672 ss.

re che il sistema della responsabilità civile (e ne è conferma proprio l'art. 1227 c.c., a norma del quale, secondo la Corte, «unica legittima ipotesi di comparazione eziologicamente “efficiente”, [è] quella tra concausa imputabile al danneggiante e concausa ascrivibile, per dolo o colpa, al danneggiato») non può mai condurre, «nella disamina della causalità materiale», all'appropriato/frazionamento dell'obbligo risarcitorio, men che meno facendo ricorso al criterio equitativo, «bensì trovare risposta nel solo senso della sua sussistenza/insussistenza».

In verità, per quanto si sia premurata di negare l'applicabilità del criterio equitativo e di ribadire così la corretta impostazione dogmatica, la pronuncia del 2011 non ha certamente negato un qualsiasi impatto degli altri fattori di danno sulla quantificazione del risarcimento, nella misura in cui «l'accertamento del nesso causale secondo il criterio della probabilità logica – che postula un giudizio (anche in via controfattuale) sulle varie prove acquisite – non può dirsi agnostico rispetto a vicende che possono avere contribuito alla situazione pregiudizievole lamentata dal danneggiato».

Anzi – se bene comprendiamo le riflessioni del giudice di legittimità – la rilevanza di tali fattori pregressi non è stata esclusa neppure sul piano della causalità materiale, poiché si ammette che «la stessa estensione dell'evento di danno oggetto dell'indagine sulla causalità materiale ben potrebbe essere determinata anche in considerazione di stati pregressi del danneggiato, come nel caso di un errore medico innestatosi su di una situazione patologica già in corso»: e che, di conseguenza, la responsabilità del danneggiante sia limitata sul piano della causalità giuridica, nel senso di chiarire che alcuni danni derivano dall'azione del medico e altri da quei fattori preesistenti⁴⁷.

⁴⁷ V. il commento di D.M. Frenda, *Quel che resta dell'accertamento del nesso causale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1161 ss. alla pronuncia di App. Roma dell'11 marzo 2015, evidentemente adesiva rispetto alla tesi dell'“aggiustamento” della somma da risarcire in dipendenza delle concause naturali.

Si trattava di un caso di cattivo esito di un intervento chirurgico (una donna conveniva in giudizio la struttura sanitaria presso cui le erano state prestate le cure di primo soccorso, a seguito di un incidente domestico in cui si era procurata lo scuoiamento di un dito della mano sinistra).

Il giudice, invocando il principio del concorso colposo del danneggiato nella causazione del danno (in parole povere: se la donna avesse prestato maggiore attenzione, nulla sarebbe accaduto), diminuiva equitativamente, nella misura del 50%, il risarcimento dovuto dalla struttura.

Richiamando le pronunce di legittimità, sia la n. 975/2009 come pure la n. 15991/2011 che, come chiarito nel testo, sostanzialmente, non divergono nelle conclusioni (infatti, la Cassazione non si è liberata della «suggerione del “risarcimento c.d. equitativo-proporzionale”, poiché finisce comunque per dare rilievo a fattori estranei alla condotta colposa, con lo scopo di diminuire – anche mediante il ricorso a criteri equitativi – il *quantum* dovuto dal danneggiante), l'A. esprime alcune perplessità».

«Ora l'assunto [...] è quello che commisura il risarcimento dovuto alla probabilità che un certo evento sia da ricondurre alla condotta colposa di un dato soggetto; una siffatta soluzione,

Se ci si chiede quale possa dunque essere l'incidenza del dato statistico per risolvere la *quaestio facti* in sede processuale, il modello di *apportionement of liability* potrebbe essere facilitato dalla ripartizione già tracciata nei valori percentuali dei dati statistici. Proprio perché è *statisticamente* probabile che altri fattori naturali e preesistenti abbiano, in qualche modo, preparato terreno fertile alla futura insorgenza della patologia invalidante, e pur senza poter negare che l'intervento del medico abbia causato il danno, sarebbe accettabile l'idea di mitigare il risarcimento a carico del danneggiante, anche tramite l'applicazione di dati espressi in percentuale.

Ciò nondimeno, il processo risente della tradizionale diffidenza nei confronti della statistica, sviluppatasi specialmente nell'ambito del processo penale, dove l'idea di affidare la decisione di condanna ad un ctu – la cui valutazione sarebbe imprescindibile per valutare l'attendibilità di quei dati – crea un moto interiore di forte disagio. Nonostante, nel processo civile, l'attendibilità del ctu sia un *quid dolens* di minor impatto, restano la diffidenza e il disagio nel trattare i risultati statistici come strumento probante. Le ragioni, s'immagina, sono essenzialmente due: non correre il rischio di appiattare le specificità dei singoli casi su soglie percentuali e non sollevare le parti dall'onere probatorio a loro carico.

infatti, snaturerebbe il giudizio causale [...] Ciò però non significa che non si possa pensare di diminuire la responsabilità del danneggiante dando rilievo anche all'incidenza causale di fattori naturali; soltanto, tale ultimo argomento mette in guardia dalla non correttezza di un metodo consistente nell'ancorare l'attribuzione di responsabilità ad equivoci criteri tra l'equitativo e il probabilistico, poiché essi finirebbero con l'eludere l'accertamento stesso del nesso causale, non dimostrato o in ipotesi non dimostrabile». Parafrasando, un conto è l'attribuzione della responsabilità e l'apporportionamento del risarcimento, cosa diversa è l'accertamento del nesso causale. Nella pratica, non è facilmente intuibile la portata di tali considerazioni, poiché, in linea di principio, o si abbraccia il principio «*all or nothing*» per cui non si può affermare la responsabilità parziale di un soggetto e le concause possono rilevare solo ove idonee ad interrompere la concatenazione causale; ovvero, la scelta di far risaltare ogni concausa proporzionalmente alla forza causativa del danno deve, in termini concreti, sfociare necessariamente in una riduzione del risarcimento imposto al soggetto danneggiante, poiché non è stato il solo a cagionare il danno. Probabilmente, se abbiamo colto, la differenza più significativa tra le due impostazioni risiede nella vincolatività o meno del frazionamento proporzionale. Se si lascia operare l'apporportionamento sul piano della causalità, il giudice sarà vincolato a frazionare anche il *quantum* risarcitorio; mentre, mantenendo intatto il nesso causale, egli sarà comunque libero di valutare il risarcimento dovuto, anche equitativamente.

V., sull'argomento e in nota a Trib. Firenze, 16 giugno 2014 che richiama la Cass. n. 15991/2011, anche S. Gatti, *Concorso di cause e principio di proporzione*, in *Danno e Resp.*, n. 6, 2015, 625 ss.

4. *Conclusioni: qualche previsione, in attesa delle prime applicazioni pratiche nel nuovo framework civilistico e delle ricadute processuali anche sul quesito per il ctu, ante causam oppure anche lite pendente*

Ora volendo ricavare delle minime conclusioni, alla luce di quanto osservato, bisogna interrogarsi sull'impatto che le modifiche apportate dalla riforma Bianco-Gelli avranno sull'andamento delle controversie in materia sanitaria, specialmente in punto di prova del nesso causale.

Se si ammette che il nesso di causalità è governato dal medesimo regime a prescindere dalla natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità, la conclusione più semplice sarebbe quella di constatare che, pur a fronte della nuova previsione legislativa, non ci si attende nessun mutamento sostanziale in termini di riparto dell'onere della prova del nesso causale. Se è vero che chi adisce il giudice con un'azione risarcitoria deve in ogni caso provare il nesso tra l'inadempimento o l'illecito e il danno subito, ciò valeva tanto per gli anni del contatto sociale quanto per la fase appena inaugurata. Del resto, la responsabilità aquiliana del medico non è una novità assoluta: basta guardare a tutta la copiosa giurisprudenza precedente al 1999.

Il punto è che, in questa materia, la giurisprudenza ha sempre deviato dai principi generali della responsabilità civile, tanto da creare un sottosistema con le proprie regole, non di rado difficilmente codificabili con sufficiente grado di certezza. Che, ad oggi, non sia ancora del tutto chiaro quanto effettivo seguito abbia avuto il principio di inversione dell'onere probatorio del nesso causale enucleato dalle sezioni unite del 2008, rende l'idea della opportunità di un intervento chiarificatore. La novella del 2017 è l'occasione propizia perché il giudice di legittimità, da illuminato interprete, mostri la via da seguire e detti uno schema che faccia da prototipo per tutte le controversie della categoria («salve le specificità del caso concreto», direbbe lo stesso legislatore).

A scapito dei più ottimisti, non basta che la legge abbia previsto inequivocabilmente la responsabilità extracontrattuale del medico. Deve essere chiarito – e solo la prassi giurisprudenziale può farlo – se dovrà essere l'attore/paziente a provare il nesso di causalità o se egli tornerà a godere delle agevolazioni presuntive che hanno operato fin dai decenni scorsi, per cui una volta provato che si trattava di intervento di *routine*, doveva essere il medico a dimostrare che l'evento peggiorativo era stato cagionato dalla sopravvenienza di un evento imprevedibile. Ciò include l'altro interrogativo riguardante l'eventuale ritorno *in auge* della distinzione tra interventi di facile/difficile esecuzione e, in generale, la ri-attualizzazione dell'art. 2236 c.c.

A giudicare da come sono andate fin qui di recente le cose, non si può escludere che, anche nell'alveo della responsabilità aquiliana, si giunga a capovolgere l'onere della prova in virtù del rinomato principio della vicinanza, anche per esonerare il paziente/attore dalla dimostrazione della colpa del pro-

fessionista, onere che pur normalmente gli spetterebbe⁴⁸.

La più papabile chiave di volta dei meccanismi posti a presidio dell'onere probatorio dovrà essere ricercata nella consulenza tecnica d'ufficio, specie nella sua rinnovata veste di strumento conciliativo e anticipatorio del giudizio. Infatti, l'art. 8, legge n. 24/2017 istituisce un «tentativo obbligatorio di conciliazione»⁴⁹ tramite il rinvio all'art. 696 *bis* c.p.c. «consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite». Se adoperata per fini compositivi della nascita lite, siffatta consulenza tecnica dovrà essere congegnata in modo tale da condensare in un'unica fase primordiale l'intero corpo della vicenda.

I consulenti dovranno essere più che sufficientemente addestrati sulla materia generale d'indagine – opportunamente, il legislatore ha previsto all'art. 15 che essi vengano selezionati tra chi ha «specifica e pratica conoscenza di quanto oggetto del procedimento» nonché «in possesso di adeguate e comprovate competenze nell'ambito della conciliazione» – e sui fatti precipui del caso di specie. La consueta e sempre poco rassicurante imperscrutabilità dei legami causali tra le condotte del personale sanitario o le inefficienze della struttura e gli esiti sullo stato di salute del paziente, potrà essere decifrata da una puntuale formulazione dei quesiti⁵⁰, corroborata da un contraddittorio effettivo, il solo ad essere edificante, con i consulenti di parte⁵¹. Sarà tanto più vantaggioso puntare sulla ottimizzazione dei quesiti, quanto più si vorrà evitare il sovraccarico del successivo ed eventuale giudizio, seppur nelle forme della cognizione sommaria dell'art. 702 *bis* c.p.c. (che, in ogni caso, al manifestarsi di complicazioni di sorta subirebbero la conversione nel rito ordinario di cognizione, vanificando ogni intento di sveltire la soluzione della lite).

Confidiamo nei prossimi approdi. E che siano univoci e risolutivi, per cogliere gli scopi di un giusto *mix* fra ristoro, deterrenza controllata, dissuasione dalla medicina e chirurgia meramente cautelative-difensive.

⁴⁸ Il rischio era già paventato da R. Breda, *La responsabilità medica dell'esercente la professione sanitaria alla luce della cd. legge Balduzzi: ipotesi ricostruttive a confronto*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 751 ss.

⁴⁹ Per un'oculata analisi della norma e del meccanismo processuale da questa prescritto, v. il capitolo 2.

⁵⁰ C. Apostoliti, *Il ruolo della c.t.u. nei procedimenti riguardanti la responsabilità medica: analisi di casi*, in *Danno e Resp.*, 2007, 81 ss., esemplifica con efficacia l'ideale formulazione dei quesiti, sottolineando la necessità di «rifuggire da espressioni generiche e semplicistiche (stile: “dica se sussistano le lesioni lamentate e se siano causalmente riconducibili al fatto prospettato”), mantenendo il maggior grado di aderenza al fatto concreto».

⁵¹ Reduce dalla esperienza del foro romano, A. Fiori, *Irritualità ed incertezze nella consulenza medico-legale in sede civile*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 1 ss., rappresentava le sue preoccupazioni in merito all'applicazione degli artt. 194 e 195 c.p.c. per l'irritualità diffusa nell'espletamento della consulenza tecnica e per una «obsoleta ed insoddisfacente» predisposizione dei quesiti, oltre che per la mancanza di dialogo tra ctu e ctp (salva la possibilità per questi ultimi di inviare le proprie osservazioni).

CAPITOLO 2

Il “tentativo obbligatorio di consulenza-conciliazione” e l’eventuale giudizio di merito: promesse e realtà della elisione della cognizione piena

di *Claudio Consolo**

SOMMARIO: 1. Il tentativo obbligatorio di conciliazione e le sue forme: premessa. – 2. L’ipotesi fisiologica: il tentativo di conciliazione nelle forme della consulenza tecnica preventiva ex art. 696 *bis* c.p.c. Le parti, la composizione dell’organo ausiliario e la sua positiva conclusione. – 3. Il fallimento della fase conciliativa: criticità e lacune della disciplina del passaggio al giudizio di cognizione (il *dies a quo* del termine per l’introduzione della domanda; la mancata previsione della possibilità di introdurre la domanda nelle forme del rito ordinario; l’omesso coordinamento tra il decorso del termine per l’atp e la perdurante volontà delle parti di proseguire la fase conciliativa). – 4. La sorte della ctu resa in fase conciliativa e dei risultati dell’indagine peritale non conclusasi. Le (limitate) possibilità di rinnovazione della ctu acquisita al giudizio di merito. – 5. Possibili sviluppi processuali ... in cerca di disciplina: il coordinamento tra il giudizio di cognizione instaurato prima dello svolgimento del tentativo di conciliazione e quello (nuovo?) da instaurare a valle della sua conclusione, e le conseguenze dell’introduzione del giudizio nelle forme del rito ordinario di cognizione. – 6. Considerazioni critiche sull’organizzazione della pregiudizialità conciliativa. – 7. L’art. 8 e le liti oggettivamente e soggettivamente complesse.

1. Il tentativo obbligatorio di conciliazione e le sue forme: premessa

L’art. 8, legge 8 marzo 2017, n. 24 mostra la volontà del legislatore di assoggettare tutte le controversie di risarcimento del danno derivante da responsabi-

* Il presente scritto prende le mosse da una prima riflessione sui profili processuali della legge Gelli, avvenuta in occasione di un Convegno e poi confluita in C. Consolo-P. Bertollini-A. Buonafede, *Il “tentativo obbligatorio di conciliazione” nelle forme di cui all’art. 696-bis c.p.c. e il successivo favor per il rito semplificato*, in *Corr. giur.*, 2017, 762 ss. Un ringraziamento va qui a Federica Godio, per alcuni rilievi al precedente articolo, che hanno probabilmente consentito al presente contributo di essere più completo e convincente.

lità sanitaria, basilariamente, al rito sommario di cognizione di cui agli artt. 702 *bis* ss. c.p.c., preceduto da un accertamento tecnico preventivo con finalità conciliativa *ex art.* 696 *bis* c.p.c., elevato a condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

La stessa disposizione (con la norma di cui al suo comma 2) consente peraltro che la condizione di procedibilità possa essere soddisfatta anche attraverso il ricorso al diverso strumento deflattivo della mediazione obbligatoria *ex lege*, *ex art.* 5, comma 1 *bis*, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28¹; non, invece, attraverso la procedura di negoziazione assistita da avvocati. Ed ovviamente, soggiungiamo, visto il gradiente tecnico di queste liti, rispetto al quale, però, pure la mediazione si mostra poco adatta, salvo forse solo per le liti più semplici e quasi banali (nelle quali allora al primo contatto conciliativo tra le parti sarebbe risultata parimente utile, e meno economicamente dispendiosa, la negoziazione assistita).

La norma, che pur prevede la possibilità per il preteso danneggiato di scegliere tra due strumenti conciliativi (consulenza tecnica preventiva e mediazione), manca poi di disciplinare il coordinamento, nel caso di scelta della seconda via, tra la pendenza del procedimento di mediazione e l'introduzione "prematura" (ossia prima della conclusione della procedura di mediazione, e pure della decorrenza del termine massimo di sua durata) del giudizio di merito (su cui *v. infra*, par. 3). È questo solo uno dei vari profili di criticità della disciplina in esame, che non brilla certo per completezza, ed esige quindi in molti suoi

¹ Su tale profilo, si veda I. Pagni, *Dal tentativo obbligatorio di conciliazione al ricorso ex art. 702 bis c.p.c.*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, a cura di F. Gelli-M. Hazan-D. Zorzit, Milano, 2017, 439 ss., secondo cui il legislatore avrebbe inteso offrire alle parti l'opzione tra due diversi strumenti con finalità non del tutto coincidenti. V. al riguardo anche R. Donzelli, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. proc.*, n. 4-5, 2017, 1195 ss.; e M.A. Zumpano, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in M. Bove (a cura di), *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, Torino, 2017, 433 ss., spec. 435 s., la quale, a commento del disegno di legge che – diversamente dal testo finale – escludeva espressamente il tentativo obbligatorio di mediazione – evidenziava la condivisibilità di tale scelta, posto che altrimenti si sarebbe realizzata un'inutile sovrapposizione di discipline. V. anche A.M. Tedoldi, *Profili processuali della riforma sulla responsabilità sanitaria*, consultato grazie alla gentile concessione dell'A. e in via di pubblicazione in *Il Giusto Processo Civile*. L'alternatività con il procedimento di mediazione è, invece, accolta con un certo favore da U. Corea, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, su *judicium.it*, spec. par. 2, il quale evidenzia che l'esperimento della mediazione (anziché della consulenza tecnica preventiva) potrebbe risultare maggiormente utile ove una *ctu* si riveli non necessaria alla decisione (liti sul consenso informato), oppure se si ammettesse – ma l'A. è dubitativo, stante il tenore letterale dell'art. 8, legge n. 24/2017 – che il ricorso *ex art.* 696 *bis* c.p.c. possa essere rigettato dal giudice adito (soprattutto in ragione della non utilità di una *ctu*). Nel qual caso la parte istante potrebbe (non solo riproporre il ricorso, ma pure) scegliere di procedere in sede di mediazione. V. anche G. Olivieri, *Prime impressioni sui profili processuali della responsabilità sanitaria (legge 8 marzo 2017, n. 24)*, sempre su *judicium.it*; nonché A. Melucco, *La legge Gelli-Bianco, il processo (l'ATP) e la mediazione*, in *giustiziacivile.com*.

passaggi di essere interpretativamente integrata, almeno sino ad una sua auspicabile riscrittura più avvertita e razionale².

² Ci permettiamo di riformulare, in chiave propositiva, l'art. 8, che dovrebbe allora, per noi, suonare come segue:

comma 1: «Chi intende far valere un diritto fondato su una responsabilità di qualsivoglia natura, nascente dalle disposizioni della presente legge, è tenuto in via preliminare ad esperire l'accertamento tecnico preventivo nelle forme di cui all'art. 696-*bis* c.p.c., affinché il giudice designato nomini due consulenti, di cui uno specialista delle materie cui ineriscono le patologie pregiudizievoli e l'altro specialista di medicina legale, onde redigere una consulenza tecnica allo stato degli atti e in base ad essa tentare la bonaria conciliazione delle parti presenti nella fase preliminare».

comma 2: «Il ricorso di cui al comma 1, con pedissequo decreto di fissazione dell'udienza per la nomina dei consulenti deve essere notificato a tutti i soggetti che l'attore assume responsabili o corresponsabili dell'illecito, siano essi medici, operatori sanitari, e/o strutture sanitarie, oltre che alle imprese di assicurazione di costoro. I destinatari della notificazione del ricorso hanno l'obbligo di partecipare all'udienza e ai relativi incumbenti. Il giudice condanna, in solido tra loro, le parti che non hanno partecipato alla procedura di cui al comma 1 alle spese di lite del relativo procedimento. La mancata partecipazione all'accertamento tecnico preventivo comporta altresì la condanna al pagamento delle spese del successivo giudizio di cognizione per un importo non inferiore ad un terzo delle stesse, e potrà rilevare ai fini della responsabilità processuale di cui all'art. 96, comma 1 e 3, c.p.c.».

comma 3: «L'attore può chiedere al giudice competente per la causa di merito, con ricorso motivato, che evidenzi le ragioni per cui ritiene allo stato non necessario un accertamento tecnico preventivo, di essere autorizzato, in luogo dell'accertamento tecnico di cui ai due commi precedenti, ad avvalersi della procedura di cui al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, indicando altresì l'organismo di mediazione che verrà designato. Il giudice provvede in camera di consiglio con decreto motivato ed irrevocabile, tenuto anche conto dell'idoneità conciliativa dell'organismo di mediazione indicato dal ricorrente nella sua istanza. La mancata indicazione delle ragioni di irrilevanza, allo stato, di un accertamento tecnico preventivo, o dell'organismo di mediazione prescelto, comportano l'inammissibilità dell'istanza, che non potrà essere riproposta».

comma 4: «Esaurite le procedure di cui ai tre commi precedenti o decorsi comunque novanta giorni dal loro inizio, ciascuno dei soggetti coinvolti può iniziare il giudizio di merito con il rito sommario di cui agli art. 702-*bis* ss. c.p.c. Per il caso in cui il giudizio venisse instaurato dai destinatari del ricorso di cui al comma 1, o della domanda di mediazione di cui al comma 3, il convenuto può modificare l'importo indicato nella domanda giudiziale e/o le ragioni di tale domande nella comparsa di costituzione e risposta tempestivamente depositata *ex art.* 702-*bis*, comma 4. Il rispetto del termine di 90 giorni consente la retrodatazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda al momento di proposizione dell'istanza di cui al comma 1, o della domanda di mediazione di cui al comma 3. L'introduzione tardiva del giudizio di merito esclude la retrodatazione degli effetti della domanda, ma non preclude la sua decidibilità. Alla prima udienza, il giudice designato controlla i presupposti di procedibilità testé evocati. La mancata introduzione del tentativo di conciliazione nelle forme di cui al comma 1 o 3 è rilevata anche d'ufficio entro la prima udienza. In tal caso il giudice concede alle parti termine di 15 giorni per l'introduzione del procedimento di cui al comma 1, senza possibilità di ricorrere all'alternativa di cui al comma 3, e fissa la successiva udienza per la prosecuzione del giudizio. Il mancato deposito del ricorso nel termine di 15 giorni determina l'improcedibilità del processo pendente, che andrà dichiarata all'udienza fissata per la prosecuzione del giudizio. Ove il giudice rilevi che il procedimento di cui ai commi 1 o 3 è ancora pendente, senza che sia decorso il termine di 90 giorni per la sua conclusione, fissa una nuova udienza per la prosecuzione del giudizio successiva al decorso del termine di 90 giorni».

comma 5: «Alla udienza di cui al comma precedente dovranno essere assunti, previo con-

Inoltre la possibilità – introdotta alla fine del percorso di formazione della legge – di scegliere strumenti conciliativi alternativi alla consulenza tecnica preventiva è data al preteso danneggiato solo nel caso, che la legge vuole fisiologico, di introduzione della fase (quale che essa sia) di conciliazione *ante causam*. Il giudice che si avveda del mancato esperimento della conciliazione (e dovrà rilevarlo d'ufficio, ma solo entro la prima udienza) assegnerà, infatti, alle parti termine perentorio di 15 giorni, ma solo (stante la lettera del comma 2 dell'art. 8), «per la presentazione dinanzi a sé dell'istanza di consulenza tecnica in via preventiva».

2. L'ipotesi fisiologica: il tentativo di conciliazione nelle forme della consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c. Le parti, la composizione dell'organo ausiliario e la sua positiva conclusione

Il danneggiato che intenda far valere una responsabilità medico-sanitaria ha dunque l'onere di proporre – è questa l'ipotesi più lineare – ricorso ex art. 696 bis c.p.c.³. Da ritenere ammissibile non solo quando rilevi anche l'*an* e non solo il *quantum* della responsabilità, ma pure – con funzione particolare che si discosta dalla normale funzionalità codicistica della figura⁴ – quando siano in gioco questioni anche di puro diritto su cui i consulenti non sono nella condizione

traddittorio orale delle parti, i provvedimenti relativi all'acquisizione delle risultanze dell'accertamento tecnico preventivo ed alla necessità di una sua rinnovazione. Sempre alla prima udienza, ed alla luce del contraddittorio svoltosi sulla precedente questione, il giudice potrà disporre il mutamento del rito da sommario ad ordinario, ex art. 702-ter, comma 3, c.p.c.».

comma 6: «Se una delle parti dei procedimenti di cui ai commi 1 e 3 agisce direttamente nelle forme del rito ordinario, alla prima udienza il giudice, dopo contraddittorio orale tra le parti, potrà disporre il mutamento del rito da ordinario a sommario ai sensi dell'art. 183-bis c.p.c., salvo che non sia necessario procedere alla concessione del termine per l'espletamento o la conclusione del filtro conciliativo».

comma 7: «La chiamata in causa ex art. 106 c.p.c. o l'intervento ex art. 105, comma 1, è possibile solo nella fase preliminare di cui ai commi 1 e 3. L'intervento ex art. 105, comma 2, potrà essere svolto anche nel successivo giudizio di merito, entro la prima udienza. Il ricorso ex art. 702-bis dovrà essere notificato a tutti i soggetti destinatari del ricorso di cui al comma 1 o della domanda di mediazione di cui al comma 3, e pure agli ulteriori soggetti intervenuti o chiamati in causa nella fase preliminare. Il destinatario del ricorso ex art. 702-bis potrà proporre la domanda giudiziale relativa al diritto azionato con l'intervento nella fase preliminare nella comparsa di costituzione e risposta tempestivamente depositata di cui all'art. 702-bis, comma 4. Non opera per tale soggetto, il termine di cui al precedente comma 4».

³ Dinanzi al giudice competente, per valore e per territorio. Il giudice territorialmente competente varierà a seconda che il paziente abbia fruito del servizio sanitario nazionale o di prestazioni *iure privatorum*: nel primo caso, si farà riferimento ai fori generali del convenuto di cui agli artt. 18, 19 e 20 c.p.c.; nel secondo al foro del consumatore ex art. 33, lett. u), cod. cons. V., sul punto, A.M. Tedoldi, *Profili processuali della riforma sulla responsabilità sanitaria*, cit., 7-8.

⁴ Per come è intesa, ad es., da Trib. Roma, sez. VII, ord. 30 maggio 2016, in corso di pubblicazione in *Corr. giur.*, con nota di D. Mastantuono.

migliore per proporre soluzioni. Se però emergerà che le questioni litigiose saranno solo di diritto (caso raro) la consulenza conciliativa andrà evitata. Il fine qui è quello (se la conciliazione sulla base della consulenza tecnica non riesca) di preparare la “base istruttoria” del rito sommario-semplificato *ex artt.* 702 *bis* ss. c.p.c.: è questo infatti il rito prescelto per l’introduzione del giudizio di merito a valle del fallimento della fase conciliativa (v. par. 5 sia per la possibilità per il giudice di disporre il mutamento del rito da sommario ad ordinario, *ex art.* 702 *ter*, comma 3; sia per le conseguenze dell’introduzione della causa di merito nelle forme del rito ordinario).

Lo svolgimento del tentativo di conciliazione nelle forme della consulenza tecnica preventiva è regolato, per espresso rinvio dell’art. 8, comma 1, dall’art. 696 *bis* c.p.c., con una particolarità, relativa alla figura del perito. Dal combinato disposto degli artt. 8, comma 4 e 15, comma 1, pare emergere la volontà che anche nella fase conciliativa trovi applicazione la previsione di collegialità dell’organo ausiliario prevista per tutti i «procedimenti civili e [...] penali aventi ad oggetto la responsabilità sanitaria»⁵. In base all’art. 15, comma 1, il collegio di periti dovrà essere infatti composto da «un medico specializzato in medicina legale e uno o più specialisti nella disciplina che abbiano specifica e pratica conoscenza di quanto oggetto del procedimento», oltre che, per il caso di atp, «in possesso di adeguate e comprovate competenze nell’ambito della conciliazione acquisite mediante specifici percorsi formativi» (saranno dunque in arrivo ennesimi corsi di specializzazione?). Questa della collegialità – per solito *binarietà* – dell’organo ausiliario anche in fase di atp ci pare soluzione imposta dal dato positivo. Ad evitare l’aumento dei costi per le parti, conseguenti all’imposta collegialità del perito, il comma 4 dell’art. 15 esclude che, nel liquidare il compenso, operi la previsione dell’aumento del 40% per ciascun componente del collegio di periti previsto invece dall’art. 53⁶ TU spese di giustizia (la remunerazione dei componenti del collegio tecnico in materia di responsabilità sanitaria deve dunque essere inferiore a quella prevista per tutte le altre materie: lavoreranno in almeno due, verranno però pagati come uno solo; ci si dovrà allora interrogare sulla compatibilità costituzionale di tale previsione derogatoria, specie in relazione all’art. 3 e 36 Cost.).

⁵ Il comma 4 dell’art. 8, infatti, fa espresso riferimento alla «partecipazione al procedimento di consulenza tecnica preventiva di cui al presente articolo, effettuato secondo il disposto dell’art. 15 della presente legge»; il quale art. 15, comma 1, dispone: «nei procedimenti civili e nei procedimenti penali aventi ad oggetto la responsabilità sanitaria, l’autorità giudiziaria affida l’espletamento della consulenza tecnica e della perizia a un medico specializzato in medicina legale e a uno o più specialisti nella disciplina ... i consulenti tecnici d’ufficio da nominare nell’ambito del procedimento di cui all’art. 8, comma 1, [devono essere] in possesso di adeguate e comprovate competenze nell’ambito della conciliazione ...». Su questi profili v. il capitolo 3.

⁶ Secondo il quale il compenso globale, nel caso di perizia collegiale, è determinato sulla base di quello spettante al singolo consulente, aumentato del 40% per ciascun componente del collegio di periti.

Destinatari dell'istanza di atp (o della domanda di mediazione) dovranno essere tanto il preteso danneggiante (che potrà essere la struttura sanitaria – la quale risponderà per responsabilità contrattuale –; il medico suo dipendente – che risponderà a titolo extracontrattuale –; entrambi; o anche solo il medico esercente la libera professione – che risponderà a titolo contrattuale –⁷) quanto la sua assicurazione⁸. E questo sempre, a prescindere, cioè, dalla circostanza che la pretesa risarcitoria del danneggiato venga fatta valere nei confronti del danneggiante, o anche in via diretta nei confronti della sua assicurazione, in grazia della nuova azione “diretta”⁹.

Infatti, per il caso in cui la pretesa risarcitoria si indirizzi nei confronti del

⁷ La diversa natura della responsabilità del danneggiante si riverbera, all'evidenza, sull'onere della prova *ex art.* 2697 c.c. Il danneggiato che agisca contro la struttura sanitaria, o il medico esercente libera professione (entrambi rispondono a titolo contrattuale), dovrà limitarsi ad *allegare* l'inadempimento o l'inesatto adempimento, mentre competerà al debitore dare la prova dell'avvenuto, od esatto, adempimento (così la salda giurisprudenza di legittimità, a partire da Cass. Sez. Un. n. 13533/2001; per il rilievo per cui il riparto dell'onere della prova non muta anche in ipotesi in cui il creditore faccia valere l'inesatto adempimento *si v.*, ad es., Cass. 20 gennaio 2015, n. 826). Data la peculiarità della materia in esame, nella quale – a prescindere dal titolo della responsabilità – viene comunque pur sempre in rilievo l'esistenza o meno di un nesso causale tra condotta attiva od omissiva ed evento dannoso, il paziente dovrà esclusivamente allegare che a seguito del trattamento ricevuto ha patito un danno, mentre competerà al convenuto (struttura sanitaria o medico esercente in libera professione) dimostrare che quel danno non dipende da un inadempimento, o inesatto adempimento, degli obblighi su di lui gravanti. Se invece l'azione risarcitoria si indirizzi avverso il medico che abbia agito in veste di dipendente della struttura sanitaria, l'onere della prova – poiché si versa nell'ambito della responsabilità extracontrattuale – sarà invertito: competerà quindi al danneggiato non solo allegare l'esistenza di un danno patito in conseguenza del trattamento medico ricevuto, ma pure che tale danno è diretta conseguenza dell'agire (contrario all'art. 2043 c.c.) del medico convenuto. Analogo regime probatorio riteniamo valga nel caso di azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicurazione del danneggiante: per l'applicazione dell'art. 2697 c.c. si dovrà fare riferimento alla natura (contrattuale o extracontrattuale) della responsabilità imputata al danneggiante-assicurato.

⁸ Per I. Pagni, *Dal tentativo obbligatorio di conciliazione al ricorso ex art. 702 bis c.p.c.*, cit., 439 ss. la parti dovranno partecipare personalmente. Al contrario, per M.A. Zumpano, *Profili processuali del disegno di legge*, cit., 439, non vi sono difficoltà ad ammettere anche la partecipazione a mezzo del difensore munito di procura speciale. Riteniamo che la questione vada impostata e risolta alla luce delle conclusioni già raggiunte, prima della riforma del 2005, in relazione all'art. 183 c.p.c., ed alla partecipazione personale delle parti all'udienza: la parte potrà anche non partecipare personalmente, purché si faccia rappresentare da un proprio procuratore a conoscenza dei fatti (e cui sia riconosciuto il potere di conciliare).

⁹ Disciplinata dall'art. 12 della legge in commento che – quale logico sviluppo dell'obbligo di assicurazione gravante sulle strutture sanitarie e sugli esercenti la professione medica ai sensi dell'art. 10 – prevede che il danneggiato possa agire direttamente (proponendo domanda solo) nei confronti dell'impresa di assicurazione che presta la copertura assicurativa alla struttura sanitaria o al medico coinvolti nell'evento dannoso. Si tratta di una previsione evidentemente ispirata dall'esigenza di apprestare una tutela piena ed effettiva al danneggiato e, sotto tale profilo, diverge dal complessivo intento della riforma, volta a munire di maggiori garanzie la posizione del professionista, così da arginare il dispendioso fenomeno della c.d. medicina difensiva.