

1. Natura giuridica della responsabilità civile del medico: evoluzione giurisprudenziale.

1.1. Nell'ultimo decennio si è assistito a un repentino e incessante avvicinarsi di orientamenti giurisprudenziali e dottrinali intorno alla natura della responsabilità del medico nei confronti del paziente.

Sin dalla seconda metà degli anni '70 la giurisprudenza, orientata dalle pressanti istanze sociali, ha proceduto ad una profonda rielaborazione degli elementi soggettivi e oggettivi di tale responsabilità.

In una prima fase, l'intervento della giurisprudenza si presentava prevalentemente come lettura costituzionalmente orientata delle regole e dei principi in materia, nella prospettiva della tutela del diritto alla salute – individuale e collettiva – con la finalità di apprestare più incisive tutele risarcitorie in favore dei pazienti danneggiati, «*superando le iniziali tendenze interpretative volte ad assicurare un'area di sostanziale immunità ai liberi professionisti*»¹.

Tant'è che, ancora nel 1975², la tendenza interpretativa seguita dalla giurisprudenza era volta ad assicurare un'area di sostanziale immunità al medico.

La posizione privilegiata del medico si è poi man mano attenuata, principalmente in ragione della diversa linea di pensiero formatasi sull'art. 2236 c.c.; norma che dapprima ha costituito una forte limitazione della responsabilità del medico (in caso di imperizia – non imprudenza o negligenza – in occasione di interventi caratterizzati dalla soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà), e successivamente è stata ritenuta applicabile non a ogni intervento qualificabile come “complesso”, bensì ai soli interventi di particolare complessità, ossia a quegli interventi non ancora sperimentati o studiati a sufficienza, ovvero non ancora dibattuti con riferimento ai metodi terapeutici da seguire³.

Sicché, pur gravando sul paziente l'onere di allegare i profili concreti di colpa medica, tale onere «*non si spinge[va] sino alla necessità di enucleazione ed indicazione di specifici e peculiari aspetti tecnici di responsabilità professionale, conosciuti e conoscibili soltanto dagli esperti del settore [,] sufficiente essendo, per converso, la contestazione dell'aspetto colposo dell'attività medica secondo quelle che si ritengono essere, in un dato momento storico, le cognizioni ordinarie di un non-professionista [...]*»⁴.

Dunque, a partire dalla metà degli anni '90, si ravvisava un vero e proprio capovolgimento da una situazione originaria di maggiore tutela della posizione del medico, ad una di responsabilità aggravata.

Tale capovolgimento è avvenuto mediante una modifica della qualificazione della responsabilità medica da extracontrattuale a contrattuale⁵.

La scelta dell'una o dell'altra forma di responsabilità ha rilevanti ripercussioni.

Pertanto se il peggioramento o il non miglioramento della salute del paziente dovuto

¹ Cass. civ., Sez. III, 19 maggio 2004, n. 9471.

² Cass. civ., Sez. III, 18 giugno 1975, n. 2439.

³ Cass. civ., Sez. III, 21 dicembre 1978, n. 6141.

⁴ Cass. civ. Sez. III, 19 maggio 2004, n. 9471.

⁵ ALPA, *La responsabilità civile*, in *Trattato di Diritto Civile*, Milano, 1999; BIANCA C. M., *La responsabilità*, in *Diritto civile*, tomo V, Milano, 1995; CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza, Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966; Facci, *La responsabilità civile del professionista*, Padova, 2006.

all'attività del medico viene inteso come lesione della salute, della vita o della libertà del paziente, la responsabilità, ai sensi dell'art. 2043 c.c., è qualificata come extracontrattuale, per cui: sarà il paziente che lamenta il danno a doverne provare l'esistenza, l'entità, la riconducibilità dello stesso alla colpa o al dolo del medico; e potrà agire per il risarcimento del danno subito nel termine di 5 anni.

Diversamente, se il peggioramento della salute del paziente viene inteso quale inadempimento degli obblighi del medico relativi alla prestazione di cura, la responsabilità del medico è qualificata come contrattuale, per cui: sarà il medico a dover provare che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile e il paziente potrà far valere il suo diritto nel termine di 10 anni.

1.2. L'impostazione tradizionale negava l'esistenza di un rapporto giuridico obbligatorio fra il paziente e il sanitario incaricato dal proprio datore di lavoro di "prendersi cura" del soggetto stesso e dunque collocava nell'ambito della responsabilità extracontrattuale le domande di risarcimento rivolte ai medici "strutturati" all'interno di un ente ospedaliero - quest'ultimo legato al paziente⁶ da un rapporto contrattuale⁷-. A tale conclusione la giurisprudenza⁸ giungeva dall'assunto che l'art. 1173 c.c. definisce un sistema bipartito delle fonti dell'obbligazione, con conseguente netta alternativa tra una responsabilità contrattuale - in presenza di un contratto - ed una extracontrattuale - in assenza di un contratto -.

All'esito di un processo evolutivo avviato negli anni '80, la prospettiva è mutata e giurisprudenza e dottrina si sono a lungo trovate concordi nel qualificare come contrattuale la natura della responsabilità del medico, in quanto il medico, che si presenta al paziente come prestatore di cure non poteva essere considerato come l'autore di un qualsiasi fatto illecito⁹. La prestazione del medico si sarebbe inserita *«nel quadro del rapporto privatistico tra ente gestore e paziente, [atteso che] il privato, entrato in contatto con l'ente, che manifesta la disponibilità al servizio, acquisisce un vero e proprio diritto soggettivo, cui corrispondono l'obbligo e la relativa responsabilità dell'ente stesso, nonché, ai sensi*

⁶ Cass., Sez. III, 24 marzo 1979, n. 1716, ove si afferma che l'attività diagnostica e terapeutica è dovuta dall'ospedale in virtù del contratto stipulato col paziente e dal medico in base al rapporto di impiego che lo lega all'ente, per cui l'errore commesso nell'esercizio della predetta attività, *"in mancanza di un preesistente rapporto fra il medico ed il paziente, rileva quale atto illecito causativo di un evento dal quale sia derivato un danno al paziente: rileva, cioè, sotto il profilo della responsabilità extracontrattuale. Sicché soltanto a questo titolo il medico dipendente è tenuto al risarcimento del danno nei confronti del paziente, e non anche a titolo di responsabilità contrattuale"*. Nello stesso senso Cass., Sez. III, 13 marzo 1998 n. 2750.

⁷ Dunque, mentre il rapporto instaurato direttamente fra professionista e cliente era ricondotto pacificamente al contratto d'opera professionale, la relazione intercorrente fra medico strutturato e paziente rimaneva estranea alla prospettiva contrattuale e la disciplina applicabile era interamente tratta da regole e principi vigenti in materia di fatto illecito.

⁸ In questo senso Cass., Sez. III, 24 marzo 1976, n. 1716, per cui *"Poiché a questo rapporto contrattuale non partecipa il medico dipendente, che provvede allo svolgimento dell'attività diagnostica e della conseguente attività terapeutica, quale organo dell'Ente ospedaliero, la responsabilità del predetto sanitario verso il paziente per il danno cagionato da un suo errore diagnostico o terapeutico è soltanto extracontrattuale, con la conseguenza che il diritto al risarcimento del danno spettante al paziente nei confronti del medico si prescrive nel termine quinquennale stabilito dal comma 1 dell'art. 2947 c.c."*.

⁹ DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approva in Cassazione*, nota a Cass., Sez. III, sentenza del 22 gennaio 1999 n. 589, in *Corriere giuridico*, 1999, fasc. 4, 441.

dell'art. 28 Cost., dei suoi dipendenti»¹⁰.

L'affermazione della responsabilità contrattuale del medico è intervenuta nel 1999, componendo il dibattito insorto attraverso un'interpretazione innovativa fondata su una *nova res*¹¹.

2. La responsabilità da contatto sociale.

2.1. La tesi della natura contrattuale della responsabilità medica trova fondamento nella convinzione che tra il medico e il paziente si instaura un cosiddetto "contatto sociale"¹², che nonostante l'assenza di un contratto è fonte di specifici obblighi di cura. La violazione di tale obbligo di cura genera responsabilità contrattuale.

Viene così elaborata una teoria che recepisce la categoria del «*rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale*», ammettendo che «*le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrano in contatto, senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali, e pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso. In questi casi non può esservi (solo) responsabilità aquiliana, poiché questa non nasce dalla violazione di obblighi ma dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive altrui (è infatti ormai acquisito che, nell'ambito dell'art. 2043 c.c., l'ingiustizia non si riferisce al fatto, ma al danno); quando ricorre la violazione di obblighi, la responsabilità è necessariamente contrattuale, poiché il soggetto non ha fatto (culpa in non faciendo) ciò a cui era tenuto in forza di un precedente vinculum iuris, secondo lo schema caratteristico della responsabilità contrattuale*»¹³.

Ne consegue che la prestazione sanitaria del medico nei confronti del paziente non può essere declinata diversamente a seconda dell'esistenza o meno di un contratto d'opera intellettuale, posto che la responsabilità della struttura e quella del medico hanno «*entrambe radice nell'esecuzione non diligente o errata della prestazione sanitaria da parte del medico, per cui, accertata la stessa, risulta contestualmente accertata la responsabilità a contenuto contrattuale di entrambi (qualificazione che discende non dalla fonte dell'obbligazione, ma dal contenuto del rapporto)*»¹⁴.

Ne consegue che «*l'obbligazione del medico dipendente dell'ente ospedaliero nei confronti del paziente, ancorché non fondato sul contratto, ma sul "contatto sociale" ha natura contrattuale*»¹⁵.

Il medico ed il paziente non sono estranei: tra essi intercorre un rapporto quanto meno di mero fatto. La responsabilità extracontrattuale mette, invece, in relazione soggetti che, sino al momento dell'illecito, possono essere del tutto estranei. Ecco perché l'applicazione della disciplina dell'illecito extracontrattuale non risultava adeguata.

È quindi lo stesso contatto sociale, la relazione di mero fatto che si instaura tra due o

¹⁰ Cass. civ. Sez. III, 2 dicembre 1998, n. 12233. DI CIOMMO, *Foro It.*, 1999, II, 3333, commento a *Cass. civ. Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589*.

¹¹ Cass. civ., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589.

¹² Precisamente tale relazione socialmente tipica viene ricondotta all'alveo delle fonti delle obbligazioni quale «*un fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico*» ai sensi dell'art. 1173 c.c.

¹³ Cass. civ., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589.

¹⁴ Cass. civ., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589.

¹⁵ Cass., Sez. III, 22 gennaio 1999 n. 589.

¹⁶ PALMERINI, *La responsabilità medica e la prova dell'inesatto adempimento*, nota a *Cass., Sez. III, 28 maggio 2004 n. 10297*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, fasc. 6, 783. Cfr. *Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008 n. 577*.

più soggetti, a divenire fonte di rapporti giuridici e di obbligazioni per i soggetti medesimi.

D'altra parte, l'ingerenza che viene esplicata nella sfera giuridica di un altro individuo determina la nascita di un vincolo non identificabile nel generico *neminem laedere*, ossia nel dovere di ogni consociato di non nuocere, e comporta, invece, un dovere di collaborazione per realizzare le aspettative suscitate nell'altra parte, con conseguente applicazione della disciplina contrattuale.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione è così giunta alla affermazione per cui il rapporto di fatto tra medico e paziente, che si instaura nel momento in cui il primo pone in essere una prestazione a cui pure non era tenuto, determina la nascita di un'obbligazione per alcuni aspetti del tutto identica a quella che sarebbe stata oggetto di un corrispondente contratto di prestazione d'opera intellettuale stipulato tra le due parti¹⁷.

2.2. Il contatto sociale tra medico e paziente è, quindi, fonte di un rapporto che, quanto al contenuto, non ha ad oggetto soltanto la protezione del paziente, bensì una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale e che comprende obblighi di comportamento di varia natura, diretti a tutelare gli interessi emersi o esposti a pericolo in occasione del detto contatto¹⁸.

Tale qualificazione trova la sua giustificazione in tema di responsabilità medica, giacché in questo caso la condotta del convenuto forma oggetto di una prestazione consentita solo nell'ambito di una professione protetta; di una professione, invero, *“che non può svolgersi senza una speciale abilitazione dello Stato, da parte di soggetti di cui il pubblico è obbligato per legge a valersi, e quindi trattandosi di una professione protetta, l'esercizio di detto servizio non può essere diverso a seconda se esista o meno un contratto”*¹⁹.

2.3. La qualificazione della responsabilità medica alla stregua di una responsabilità contrattuale ha avuto ricadute dirette sul riparto dell'onere della prova in giudizio.

Riconosciuta la natura contrattuale della responsabilità medica, il paziente, quale creditore della prestazione sanitaria, è tenuto a dimostrare: l'esistenza del rapporto contrattuale, del danno patito e del nesso di causalità tra danno e condotta del personale sanitario, limitandosi a dedurre l'inadempimento del debitore, struttura sanitaria o medico²⁰.

La Corte di Cassazione ha ritenuto che, pur gravando sull'attore l'onere di allegare i profili concreti di colpa medica posti a fondamento della proposta azione risarcitoria, tale onere non si spinge fino alla necessità di indicare gli specifici e peculiari aspetti tecnici di responsabilità professionale, perché *“conosciuti e conoscibili soltanto agli esperti del*

¹⁷ Cass., Sez. III, 29 settembre 2004 n. 19564; CARBONE, *Responsabilità medica*, nota a Cass., Sez. III, 19 aprile 2006 n. 9085, in *Corriere Giuridico*, 2006, fasc. 7, 914.

¹⁸ GORGONI, *Le conseguenze di un intervento chirurgico rivelatosi inutile*, nota a Cass. 13 aprile 2007 n. 8826, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2007, fasc. 9, 1824.

¹⁹ Cass., Sez. III, 22 gennaio 1999 n. 589.

²⁰ Cass. Sez. Un., 11 gennaio 2008 n. 577, cit.; BONA, *“Più probabile che non” e “concause naturali”: se, quando ed in quale misura possono rilevarsi gli stati patologici progressivi della vittima*, nota a Cass., Sez. III, 19 gennaio 2009 n. 975, in *Corriere Giuridico*, 2009, fasc. 12, 1.653.

settore, essendo sufficiente la contestazione dell'aspetto colposo dell'attività medica secondo quelle che si ritengono essere, in un dato momento storico, le cognizioni ordinarie di un non professionista che, espletando la professione di avvocato, conosca comunque (o debba conoscere) l'attuale stato dei profili di responsabilità del sanitario"²¹.

Sarà, invece, il debitore della prestazione, quindi il medico, a dover provare, per andare esente da responsabilità, che l'inadempimento non vi è stato o che è dipeso da fatto non proprio ovvero che non è stato causa del danno.

Il creditore sarà tenuto solo a provare la 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 o dall'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Pertanto sarà onere del paziente danneggiato: a) provare il contratto o il contatto sociale con la struttura sanitaria, pubblica o privata, e/o con il medico; b) provare il danno patito, quale aggravamento della situazione patologica o insorgenza di nuove patologie; c) allegare l'inadempimento o l'inesatto adempimento della struttura medica o del medico, per avere posto in essere una condotta imperita o negligente; d) provare che sussiste un nesso causale tra il danno patito e l'inadempimento della struttura medica o del medico, allegando il solo inadempimento del sanitario.

Al contrario sarà onere della struttura medica o del medico: a) provare che non vi è stato inadempimento e che gli esiti peggiorativi sono stati determinati da un evento impreveduto ed imprevedibile; b) provare che, pur essendovi stata una condotta inadempiente, essa non è stata causa del danno lamentato e quindi l'assenza del nesso causale tra condotta del debitore e pregiudizio del creditore.

Tali oneri probatori, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità²², sarebbero immutati anche ove l'intervento sia stato di speciale difficoltà, in quanto l'esonero di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c.²³ non inciderebbe sui criteri di riparto dell'onere della prova, ma costituirebbe solo un parametro della valutazione della diligenza tenuta dal medico o dalla struttura sanitaria nell'adempimento.

Secondo tale impostazione, era onere del medico, per evitare la condanna in sede risarcitoria, provare che l'insuccesso dell'intervento era dipeso da fattori indipendenti dalla propria volontà, avendo egli osservato, nell'esecuzione della prestazione sanitaria, la diligenza ordinariamente esigibile da un medico in possesso del medesimo grado di specializzazione.

3. La disciplina introdotta dalla c.d. Legge Balduzzi: dubbi interpretativi e applicazioni giurisprudenziali.

3.1. La qualificazione della responsabilità medica alla stregua di una responsabilità contrattuale e il conseguente regime probatorio e prescrizione applicabile hanno

²¹ GIOVANARDI, nota a *Cass.*, Sez. III, 19 maggio 2004 n. 9471, in *Giurisprudenza Italiana*, 2005, fasc. 3, 472.

²² DOSI KLESTA, *La responsabilità della struttura: una conferma della "oggettivazione" della relazione di assistenza a vantaggio della tutela della persona*, nota a *Cass.*, Sez. III, 8 ottobre 2008 n. 24791, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, fasc. 5, 540.

²³ L'art. 2236 c.c. stabilisce che "Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave".