amministrativ@mente

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Piero Bontadini, Stefano Toschei,
Mauro Orefice e Domenico Mutino

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento
Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 6/2013

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

eurilink

amministrativ@mente
Rivista di diritto amministrativo

Comitato scientifico

Bonfiglio Salvatore, Carloni Enrico, Castiello Francesco, Cittadino Caterina, D'Alessio Gianfranco, Di Pace Ruggiero, Gagliarducci Francesca, Gardini Gianluca, Gattamelata Stefano, Greco Maurizio, Laurini Giancarlo, Liccardo Gaetano, Mari Angelo, Marini Francesco, Mastrandrea Gerardo, Matera Pierluigi, Merloni Francesco, Palamara Luca, Palma Giuseppe, Panzironi Germana, Patroni Griffi Filippo, Piazza Angelo, Pioggia Alessandra, Puliat Helene, Realfonzo Umberto, Schioppa Vincenzo, Sciascia Michel, Sestini Raffaello, Spagnoletti Leonardo, Staglianò Giuseppe, Storto Alfredo, Titomanlio Federico, Tomassetti Alessandro, Uricchio Antonio, Volpe Italo.

Comitato di redazione

Laura Albano, Sonia Albertosi, Federica Angeli, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Federico Dinelli, Francesca Romana Feleppa, Luigi Ferrara, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Giuliano Gruner, Laura Lamberti, Laura Letizia, Roberto Marotti, Masimo Pellingra, Benedetto Ponti, Carlo Rizzo, Francesco Rota, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Manuela Veronelli, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

Evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali e medicina difensiva

di Alessandra Gallina*

Sommario

1.Introduzione - 2. La responsabilità medico professionale - 3. Le applicazioni dell'articolo 2236 c.c. – 3. La contrattualizzazione della responsabilità medica - 4. Il ribaltamento dell'onere della prova - 5. Il consenso informato - 6. La natura dell'obbligazione - 7. I termini prescrittivi - 8. La ricostruzione del nesso causale - 9. Il c.d. «Decreto Bersani» - 10. Procedura penale e procedura civile - 11. I costi indiretti della medicina difensiva: l'assicurazione per la responsabilità civile - 12. Conclusioni

* Il lavoro è stato sottoposto ad una preventiva valutazione da parte di due referee anonimi.

1. Introduzione

Nel corso degli ultimi anni si è profondamente modificata l'impostazione del rapporto medico-paziente, poiché è aumentata la percezione sociale del problema della *medical malpractice* e si è andata affermando una sempre maggiore attribuzione di responsabilità civile e penale all'operatore sanitario.

La classe medica, a torto o a ragione, è stata esposta ad un numero sempre maggiore di azioni legali.

La tensione conseguentemente generatasi ha fatto sì che sulla medicina tradizionale – basata primariamente sulla considerazione della salute e della guarigione del paziente – si andasse imponendo la cosiddetta "medicina difensiva[1]" – ispirata anche alla minimizzazione di sempre più probabili sequele giudiziarie e alla tutela legale dell'operatore sanitario.

È sotto gli occhi di tutti la tendenza dei medici a modificare il comportamento professionale a causa del timore di procedimenti giudiziari per *malpractice*, prescrivendo più farmaci, visite ed esami di quanto necessario per scongiurare ogni accusa di errore.

Nell'incertezza di non fare qualche esame o di non fare tutti gli esami necessari, il medico oggi prescrive "tutti" gli esami; il chirurgo di fronte a un intervento che potrebbe non andare perfettamente bene preferisce rinunciare all'intervento, nella paura di una causa legale, danneggiando così il paziente.

Come si evince dalla definizione, il fenomeno della pratica medica difensiva prevede svariate strategie e, pertanto, non si presta ad un modello descrittivo unitario.

Ad ogni modo, la classificazione più comune permette di riconoscere due fondamentali modalità di condotta difensiva: una attiva (positiva) e una passiva (negativa). La prima si caratterizza per un eccesso di prestazioni e atti diagnostici e/o terapeutici non realmente necessitati dalla situazione contingente, per ridurre le accuse di malasanità; la seconda, invece, è contraddistinta dal tentativo di evitare determinate categorie di pazienti o determinati interventi diagnostici e/o terapeutici, perché potrebbero prospettare un rischio di contenzioso.

Mentre in altri Paesi occidentali il fenomeno della medicina difensiva è indagato e studiato da tempo, in Italia soltanto di recente sono state effettuate ricerche a carattere statistico finalizzate alla sua comprensione.

Il 23 novembre 2010 sono stati presentati i risultati della prima ricerca nazionale sulla medicina difensiva condotta dall'Ordine Provinciale di Roma dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri su un campione di medici rappresentativi di tutta la categoria a livello nazionale (ad esclusione degli odontoiatri), realizzata dal professor Aldo Piperno dell'Università di Napoli Federico II.

Tale indagine stima nell'11.8% l'incidenza sulla spesa sanitaria totale (pubblica e privata) di cui per farmaci (3,7), visite specialistiche (2,4), esami di laboratorio (0,8), esami strumentali (0,8) e ricoveri (3,2).

Per la sola spesa a carico del SSN le ricadute della medicina difensiva sono pari a un 10,5% di incidenza totale, di cui per farmaci (1,9), visite (1,7), esami di laboratorio (0,7), esami strumentali (0,8) e ricoveri (4,6).

Sulla spesa privata, considerando soltanto i medici privati sale al 14%, di cui per farmaci (4), visite (2,1) esami di laboratorio (0,6), esami strumentali (0,4) e ricoveri (0,1).

Un fenomeno tutt'altro che marginale e che non risparmia – né fa risparmiare – alcuna regione del Paese.

---

[1] "La medicina difensiva si verifica quando i medici prescrivono test, procedure diagnostiche o visite, oppure evitano pazienti o trattamenti ad alto rischio, principalmente (ma non esclusivamente) per ridurre la loro esposizione ad un giudizio di responsabilità per *malpractice*. Quando i medici prescrivono extra test o procedure, essi praticano una medicina difensiva positiva; quando evitano certi pazienti o trattamenti, praticano una medicina difensiva negativa"
(Definizione elaborata nel 1994 dall'OTA, Office of Technology Assessment, U.S. Congress).

Considerando che in Italia la spesa sanitaria complessiva (pubblica e privata) si aggira attorno ai 134 miliardi di euro (109 pubblici e 25 privati) e che farmaci, visite, esami e ricoveri coprono almeno l'80% di questa spesa, secondo il calcolo del professor Piperno quasi 13 miliardi di euro se ne vanno ogni anno per esami, farmaci, visite e ricoveri prescritti ed eseguiti ma che forse non servivano.

La medicina difensiva, secondo la relazione di fine legislatura presentata dalla Commissione parlamentare di inchiesta sugli errori e i disavanzi sanitari della Camera, costa allo Stato oltre 10 miliardi di euro (0,75 punti di PIL), ma con un trend in continuo aumento.

Il secondo rapporto *Medmal Claims Italia* (anno 2011) realizzato da Marsch, leader mondiale nella consulenza e gestione dei rischi, prende in esame le richieste di risarcimento (circa 20.000) ricevute dalle strutture oggetto d'indagine (74 ospedali pubblici) nell'arco temporale che va dal 2004 al 2009 e documenta che ogni singola voce legata ai costi assicurativi è in forte aumento (il costo assicurativo di un ricovero è aumentato del 27,97% dal 2008 al 2009 passando da 46,66 a 59,71 euro; quello per singolo medico è aumentato dell'11,30 % passando a 3.690 euro l'anno, quello per letto passando a 2.233 euro l'anno e quello per gli altri operatori sanitari passando a 1.630 euro l'anno).

Dal terzo rapporto *Medmal Claims Italia* (anno 2012) si apprende che in media vengono segnalati alle assicurazioni 2,7 sinistri ogni 1000 ricoveri, ma il tasso varia, però, tra nord e sud del Paese e a seconda del livello di specializzazione degli ospedali.

In Italia il valore assicurativo medio di un posto letto è passato dai 2.235 euro dello scorso anno ai 2.690 attuali, e, in media, avvengono 10,15 sinistri ogni 100 posti letto, ovvero 2,7 ogni 1000 ricoveri. Lo studio ha preso in considerazione 28.000 richieste di risarcimento danni su un campione di 80 aziende ospedaliere e sanitarie pubbliche, mettendo in evidenza come la tipologia di azienda ospedaliera (di base rispetto alle specialistiche) e l'area geografica in cui si opera hanno un incidenza sulla percentuale di sinistri e sul valore assicurativo dei posti letto.

Il fenomeno della medicina difensiva origina principalmente dal crescente volume di cause legali intentate dai pazienti contro i medici: ben oltre 30.000 l'anno, con un costo per il settore della Sanità di oltre 500 milioni di euro solo per le polizze di assicurazione professionale[2].

I costi assicurativi, sommati a quelli della medicina difensiva, arrivano ogni anno a 20 miliardi di euro secondo quanto documentato dall'AMAMI (Associazione per i medici accusati di *malpractice* ingiustamente) nel corso del IV Congresso nazionale "Medico e paziente: punto di svolta".

In questa occasione, è stato sottolineato che si è entrati in una spirale pericolosa, in cui le compagnie di assicurazione aumentano le richieste economiche e diminuiscono le garanzie assicurative e troppo spesso, sui media, il medico diventa un mostro da cui il paziente deve difendersi.

Questi costi sono in larga parte coperti dalle casse dello Stato e pertanto le spese assicurative finiscono per gravare pesantemente sulle tasche di tutti i contribuenti.

Si è instaurato un vero e proprio circolo vizioso: molti pazienti, vedendo in questo fenomeno una possibilità di guadagno, presentano sempre più denunce; i giudici riconoscono indennizzi sempre più cospicui; le compagnie assicurative, per far fronte a questo incremento, ricaricano i costi per premi che i singoli medici e le strutture ospedaliere devono pagare (in particolare negli ultimi 15 anni c'è stato un incremento di oltre il 200% dei premi); infine gli ospedali, sovrastati

[2] "Trentamila denunce e dodicimila processi penali intentati nell'ultimo anno da parte di pazienti a carico di medici per presunta responsabilità colposa derivante dall'attività professionale… I drammi professionali dei medici e le tragedie dei pazienti si consumano tra liti e processi interminabili, perizie e consulenze contraddittorie, sospetti di connivenze e corruzioni, in un clima generale di sospetto e diffidenza che avvelena la sanità e ostacola la giustizia" (Dall'inchiesta de L'Espresso del 29/05/2008, "Dottore ti denuncio").

dai debiti, sono costretti a tagliare anche le spese necessarie per ridurre i rischi di *malpractice*.
Tutto ciò genera un vorticoso e tuttora incontrollato aumento dei costi della sanità italiana e crea un clima di tensione e sospetto nel rapporto medico-paziente che ostacola i medici nell'esercizio della loro professione.
I medici che lavorano negli ospedali sono parzialmente coperti dalle assicurazioni stipulate dall'ospedale in cui operano e pertanto si rende necessaria una polizza integrativa.
A incidere sul costo della polizza stipulata privatamente dai singoli medici ci sono parecchie differenze, anche fra medici della stessa specialità (compagnia, età del professionista, 'curriculum' del camice bianco per cui se ha già avuto richieste di risarcimento a suo carico il prezzo della polizza sale alle stelle o rischia di essere addirittura disdettato per sinistrosità).
Inoltre, grazie anche alla legge Bersani – secondo la quale gli avvocati possono fare il cosiddetto patto di "quota lite", che significa che il paziente oggi non spende più nulla per intentare un'azione legale verso un medico e può pagare l'avvocato solo in caso di vittoria – molti pazienti (scontenti spesso non tanto del medico in sé, quanto dell'intero trattamento ricevuto in senso lato oppure semplicemente disposti ad arricchirsi) e molte associazioni svolgono attività speculativa per guadagnare a danno dei medici.
Tutti ci guadagnano, avvocati, medici-legali, periti di parte, giornalisti, assicurazioni, ecc.
In realtà le cause intentate contro i professionisti si risolvono, in media, dopo 4-5 anni e nell'80% dei casi il medico viene assolto per insussistenza del fatto. Nel 20% dei casi in cui viene accertata la responsabilità del medico, il paziente viene liquidato con un risarcimento di 2/3 inferiore rispetto alla cifra inizialmente richiesta.
E' cambiato il rapporto duale medico-paziente, sempre più visto come un professionista che deve erogare una prestazione a rischio zero, senza complicanze, perché sono cambiate le aspettative dei pazienti.
Il benessere e la tecnologia hanno spinto in avanti le richieste di medicalità e qualsiasi complicanza o fallimento terapeutico è visto come inaccettabile e passibile di condanna.
E, si sa, fare causa è conveniente.
Si è dunque instaurata una sorta di "circolo vizioso" tra errore medico, *malpractice litigation*, reazioni dei pazienti e dei medici: i pazienti non subiscono più passivamente le decisioni dei medici e, se sospettano che questi abbiano sbagliato, avviano un conflitto giudiziale che li vede contrapposti ai medici nei tribunali; la questione dell'errore medico viene così alla ribalta, si rafforza nella pubblica opinione e funge da incentivo per i pazienti a intraprendere con maggiore frequenza azioni giudiziali; si consolida, pertanto, nel comune sentire dei medici, un'attitudine difensiva che conduce a una vera e propria alterazione dei modelli e dei processi decisionali relativi alla diagnosi e al trattamento del paziente.
Il medico si difende soprattutto dalla imprevedibilità dell'intervento giudiziario e pertanto è portato ad una sorta di iperattività volta a prevenire anche quei rischi che nella sua ottica non sono prevedibili.
Non a caso, la Medicina Difensiva è oggi chiamata "Medicina dell'obbedienza giurisprudenziale".
Ciò sottolinea il fatto che i medici stiano con l'orecchio sempre teso a cogliere l'ultima sentenza, per orientare le proprie scelte sulla base di quella che sarebbe stata la decisione di questo o quel tribunale.
Per la gravità delle conseguenze la strategia della "Medicina difensiva" è diventato quindi un tema su cui innanzitutto i medici devono interrogarsi, ma su cui deve riflettere anche il legislatore per individuare misure a tutela di tutte le parti.
La responsabilità del medico rappresenta il tema giuridico che ha riscosso maggiore interesse negli ultimi anni. Dottrina e giurisprudenza si sono confrontate su diverse questioni e problematiche che hanno creato intensi dibattiti giuridici, medici, etici e bioetici.

La crisi economica ha obbligato il legislatore (c.d. Decreto Balduzzi e ancora prima il DL 138/2011) ad intervenire nel complesso rapporto tra pazienti e medici. E' stata abolita la responsabilità penale del medico nei casi di colpa ritenuta "lieve", qualora quest'ultimo si sia attenuto a delle linee guida scientificamente validate (*evidence based medicine*).
I medici sono stati obbligati a dotarsi di una polizza RC personale.
L'impunibilità degli operatori sanitari non determina tuttavia un abbattimento dell'ammontare della richiesta di risarcimento, e perciò non protegge dalle ricadute economiche le compagnie assicuratrici.
Il decreto prevede inoltre l'introduzione di una nuova figura, il "risk manager", senza peraltro attribuire i fondi necessari alla sua realizzazione.
La responsabilità medico professionale è diventata terreno di confronto tra diritti socialmente avvertiti e giuridicamente riconosciuti ed oggetto di notevole interesse sia a livello dottrinario che giurisprudenziale in quanto tocca da un lato il diritto alla salute, del quale i singoli cittadini sono sempre più consapevoli e dall'altro il diritto del medico, cui venga imputata un'attività con esiti infausti (non potendosi pretendere l'assoluta certezza dei risultati in un'attività di per sè imprevedibile), a non essere ritenuto responsabile del fatto illecito a prescindere dall'accertamento della sussistenza di elementi oggettivi e soggettivi.
Risulta sempre necessario ricordare che l'attività medica è intrinsecamente rischiosa, sicché ben potrebbero verificarsi esiti negativi per la salute del paziente anche a prescindere da profili di colpa penalmente rilevanti.
Pur permanendo nella regolamentazione codicistica comune alle altre professioni, la responsabilità sanitaria ha subìto, nella recente evoluzione giurisprudenziale, un'evidente differenziazione *in pejus* assimilabile ad una vera e propria forma di garanzia accentuata o aggravata.
Da lungo tempo la materia degli illeciti colposi commessi nell'esercizio della professione medica costituisce teatro di conflitti ed incertezze e purtroppo gioca un ruolo fondamentale nella genesi della "medicina difensiva".
Riguardo alla colpa medica l'evoluzione giurisprudenziale in attuazione dei valori costituzionali si è orientata ad una tutela dei diritti del paziente sempre più incisiva, assumendo un atteggiamento di maggior rigore nei confronti dei medici, venendo, in tal modo a svolgere un ruolo suppletivo rispetto alla carenza di specifici riferimenti normativi.
Sono stati immessi di volta in volta correttivi (rarefazione della distinzione tra interventi di facile o difficile esecuzione, ribaltamento dell'onere probatorio, contrattualizzazione del rapporto, consenso informato, ecc.) tanto che il medico spesso ormai si trova ad interagire in un contesto nel quale la dichiarazione di responsabilità è niente più che la constatazione di una conseguenza connaturata alle intrinseche pericolosità ed incertezze della professione con la conseguente necessità di attuare comportamenti difensivi, piuttosto che coraggiose assunzioni di una responsabilità secondo scienza e della coscienza.

2. La responsabilità medico-professionale

La responsabilità professionale del medico nasce sostanzialmente da una prestazione inadeguata che ha prodotto effetti negativi sul diritto alla salute del paziente.
Vi è così sua responsabilità ogniqualvolta non abbia osservato, sia per mancanza di adeguata preparazione professionale che per negligenza, le comuni regole necessarie allo svolgimento della propria professione.
Gli elementi costitutivi che concorrono, da un punto di vista formale, ad integrare un addebito di responsabilità sono rappresentati da:
· una condotta illecita (attiva od omissiva) ovvero un'attività (negligente, imprudente, imperita) produttrice di un rischio consentito;
· un evento di danno ingiusto, cioè lesivo di un interesse giuridicamente rilevante, produttivo di conseguenze pregiudizievoli al titolare di tale interesse;

· un nesso di causa tra la condotta o l'attività e l'evento dannoso.

La colpa medica ricorre in tutte le ipotesi di inosservanza e/o violazione da parte del sanitario delle specifiche regole cautelari di condotta proprie dell'agente modello del settore specialistico di riferimento[3].

Sinteticamente, potrà dirsi che una condotta medica è colposa se l'evento offensivo realizzatosi sarebbe stato prevedibile, e la condotta stessa non sarebbe stata tenuta, alla luce dei doveri caratterizzanti un certo tipo di attività.

Uno degli aspetti più spinosi e dibattuti nell'ambito della responsabilità medica è l'individuazione della natura della prestazione, dei caratteri e, soprattutto, del grado della colpa necessario a fondare la responsabilità del sanitario.

Nei giudizi di responsabilità civile nei confronti dei medici, la giurisprudenza ha elaborato nel corso degli anni varie regole applicative per l'accertamento della colpa e del nesso causale che hanno finito per rendere di fatto impossibile, e comunque difficile, la dimostrazione da parte del medico stesso dell'assenza dell'una o dell'altro, mentre persiste nei confronti di altre professioni intellettuali una valutazione meno severa dei comportamenti[4].

In passato l'orientamento dominante configurava la colpa nell'esercizio della professione medica limitatamente ai casi di colpa grave, ossia nelle ipotesi di inosservanza delle più elementari regole della scienza medica, attraverso il richiamo all'art. 2236 c.c.[5]

La giurisprudenza recente, invece, impone una valutazione della colpa solo alla stregua dei parametri propri del diritto penale e, quindi, alla luce dell'art. 43 c.p., limitando il richiamo alla disposizione civilistica solo in relazione al risarcimento del danno, nel caso in cui la prestazione professionale abbia richiesto la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà.

La Suprema Corte ancora in varie sentenze fa riferimento esplicito alla regola della *res ipsa loquitur*[6] precisando in motivazione di sentenza che quando, pertanto, il paziente abbia provato in giudizio che l'intervento operatorio sofferto era di non difficile esecuzione e che da quell'intervento è scaturito un risultato peggiorativo (essendo le sue condizioni fisiche finali divenute deteriori rispetto a quelle preesistenti), per cui non può non presumersi la inadeguatezza o non diligente esecuzione della prestazione professionale, presunzione basata su di una regola di comune esperienza ed in definitiva sul principio dell'*id quod plerumque accidit*.

In tema di colpa professionale, è appena il caso di accennare all'evoluzione giurisprudenziale in relazione alla colpa grave ed ai relativi riflessi sul piano processuale.

L'elaborazione giurisprudenziale, in particolare, ha contribuito a definire la natura della responsabilità, a delineare lo specifico atteggiarsi degli

---

[3] Tra tante: Cassazione Penale, Sez. IV, 10 maggio 1995, n.5278; Cassazione Penale, Sez. IV, 11 febbraio 1998, n.1693; Cassazione Penale, Sez. IV, 21 giugno 2007, n.39592; Cassazione penale, Sez. IV, 05/04/2011, n.16328).

[4] In tema di responsabilità civile del magistrato: Cassazione Civile, Sez. III, 18 marzo 2008, n. 7272; Cassazione Civile, Sez. III, 5 luglio 2007, n. 15227; Cassazione Civile, Sez. III, 2 marzo 2006, n. 4642; Cassazione Civile, Sez. III, 6 ottobre 2000 n. 13339.

[5] " Quando si deve valutare non già l'imprudenza o negligenza del medico bensì l'errore di diagnosi, quel che decide della scusabilità dell'errore, e quindi della sussistenza della colpa, è il grado di difficoltà tecnico-scientifico in relazione al quale l'errore si verifica. Con la conseguenza che solo la mancata percezione di un quadro clinico la cui gravità sia agevolmente riconoscibile può essere attribuita a colpevole imperizia". Cassazione Penale, Sez. IV, 30 ottobre 1998, n. 57.

[6] La definizione di *res ipsa loquitur* è meramente il nome dato ad una forma di evidenza circostanziale che crea una deduzione di negligenza. Per la sua applicazione devono ricorrere determinati elementi: il sinistro è di quelli che ordinariamente non occorrono senza negligenza; altre cause responsabili, compresa la condotta dell'attore e di terze persone, sono sufficientemente eliminate dall'evidenza; la segnalata negligenza è compresa nella prospettiva dei doveri del convenuto verso l'attore.

elementi costitutivi della fattispecie – dalla colpa, al nesso di causalità, al danno ingiusto –, a specificare, infine, le modalità con cui si distribuisce il relativo onere probatorio.
Quanto alla colpa, si è passati da un indirizzo «indulgente» che attribuiva rilievo solo alle condotte di macroscopica violazione delle più elementari regole dell'arte medica ad un altro assai più «rigoroso» che, non solo esclude criteri differenziati di valutazione della colpa medica, ma anzi richiede un'indagine particolarmente puntuale.
In qualcuna delle pronunzie più recenti l'impossibilità di adottare criteri di favore viene motivata in considerazione della posta in gioco, costituita dalla vita umana.
Inizialmente, ossia sino alla prima metà del ventesimo secolo, il medico non era mai responsabile (salvo casi estremi e perciò isolati) nemmeno erano responsabili le strutture sanitarie, sempre eccettuati i casi estremi.
Nella seconda metà del ventesimo secolo, invece, si è seguita (nell'espansione delle aspettative sociali di cura) una traiettoria evolutiva che ha condotto le strutture sanitarie, pubbliche o private, ad essere responsabili nei confronti dei pazienti per tutti gli "errori" arrecati danno alla salute dei pazienti.
Il dibattito sulla responsabilità medica ha contribuito all'affermarsi di nuove regole (a maggiore tutela del paziente) che, ora specificando la funzione della colpa, ora ragionando in punto di consenso o di nesso di causalità, ora, infine, rivisitando la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, gravano sul medico.
Da un atteggiamento di "perdonismo" nei riguardi del clinico si è passati, in un estremo opposto, ad un atteggiamento di "accanimento" e di conseguente "involuzione difensiva della condotta sanitaria" in evoluzione oggigiorno verso il riconoscimento di una "responsabilità medica" e cioè di attenzione alla globalità del contesto sanitario in cui medico e paziente interagiscono in un rapporto non più paternalistico-verticale ma sempre più consensualistico-orizzontale.
L'evoluzione del progresso scientifico ha accresciuto le ipotesi di intervento medico contribuendo a creare un atteggiamento culturale che tende ad attribuire alla medicina una sorta di onnipotenza ai fini della guarigione, con conseguente iperresponsabilizzazione del medico nei confronti del "paziente" diventato "esigente" e da cui scaturisce l'altrettanto rischioso scivolamento verso l'approdo del tutto improprio dell'obbligazione di risultato all'interno di una concezione della causalità improntata alla teoria dell'aumento del rischio, peraltro addossando al medico l'onere probatorio e richiedendo una "prova liberatoria sostanzialmente diabolica".
La rideterminazione dei carichi probatori è diventato il grimaldello di un mutamento significativo del diritto vivente e lo strumento più duttile per affermare la prevalenza del diritto della maggior tutela delle "vittime" dei rischi sanitari.
La giurisprudenza penale e civile, sia dei giudici di merito che, ancor più, dei giudici di legittimità, ha impresso al "diritto vivente", sul tema della responsabilità medica, un moto evolutivo spostato progressivamente verso la tutela dei diritti del malato con contestuale restrizione, fino forse all'eccesso, della tutela dei diritti dei medici cui si sono attribuiti obblighi non di rado addirittura al di fuori delle loro concrete possibilità.
È un ruolo, quello di garanzia, sempre più enfatizzato e che accompagna il medico quotidianamente nell'esercizio della sua professione e che è fonte di responsabilità per omissione nell'adempimento di regole doverose di condotta finalizzate, per l'appunto, alla protezione dei beni affidati al personale sanitario: "è la posizione di garante rivestita dall'agente che fonda l'obbligo di osservanza di determinate regole cautelari, la cui violazione integra la colpa"[7].
Tale accentuazione di detto ruolo ha l'ulteriore svantaggio di manifestarsi proprio in un'epoca di evidente crisi dell'identità professionale, crisi che, ormai, forma oggetto di approfonditi studi

[7] Cassazione Penale, Sez. IV, 14 novembre 2007, n.10795

sia a sfondo medico-filosofico che a contenuto sociologico e psicologico: crisi che si riverbera anche per effetto del crescente affermarsi, su delicate materie di primario interesse medico, di un diritto giurisprudenziale che finisce per porre riferimenti sempre più insicuri e mutevoli per il medico e, come recentemente sottolineato da alcuni autori, sembra segnare il passaggio dalla prassi di una "medicina difensiva" a quella di una "medicina dell'obbedienza giurisprudenziale".

Un vincolo di questa natura è propriamente in essere tra il medico e il paziente: un vincolo destinato alla tutela e protezione della vita e della salute di quest'ultimo[8].

Normalmente in questo rapporto si integrano e si fondono l'autodeterminazione del paziente e le scelte cliniche e terapeutiche del medico: l'autonomia professionale e la libertà di scelta nella cura trovano, in quella che diversi autori chiamano, da tempo, "alleanza terapeutica", e che pretende un adeguato spazio di incontro.

Un incontro che vede i due protagonisti agire per il bene e la salute del paziente: senza paternalismi o accenti autoritari, da un lato, e, dall'altro lato, senza un'autodeterminazione svincolata dal contesto e dalla relazione.

Il medico assume una posizione di garanzia nei confronti del paziente; a quest'ultimo deve garantire" la conservazione al meglio della vita".

L'art. 1176 del codice civile, secondo comma, prevede che: "nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata".

Il medico deve sempre eseguire tutte quelle attività idonee al raggiungimento del fine perseguito, la salute del paziente.

Tale diligenza non è quella del *bonus pater familias*, richiesta genericamente nelle obbligazioni, ma è rapportata alla natura dell'attività esercitata (art. 1176, comma 2 c.c.), che nel campo medico implica il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione medica.[9]

Possiamo quindi parlare in tale circostanza di una diligenza 'qualificata' che coincide sostanzialmente con il concetto di perizia, intesa come conoscenza e applicazione di quel complesso di regole tecniche proprie della categoria professionale d'appartenenza quale impiego delle abilità e di quelle appropriate nozioni tecniche il cui contenuto è rappresentato dalla *leges artis* comuni a qualunque ramo della professione medica e dalle regole di condotta specifiche afferenti il settore di specializzazione del singolo sanitario.

Il richiamo alla perizia ha, dunque, in questi casi, la funzione di ricondurre la responsabilità alla

[8] Cassazione Penale, Sez. IV, 1 dicembre 2004: "Gli operatori di una struttura sanitaria sono tutti portatori *ex lege* di una posizione di garanzia, espressione dell'obbligo di solidarietà costituzionalmente imposto ex articoli 2 e 32 della Carta fondamentale, nei confronti dei pazienti, la cui salute essi devono tutelare contro qualsivoglia pericolo che ne minacci l'integrità".

[9] Cass. civ., Sez. II, 9 novembre 1982 n. 5885: "in tema di responsabilità professionale, l'inadempimento […] va valutato alla stregua del dovere di diligenza che in tale materia prescinde dal criterio generale della diligenza del buon padre di famiglia e si adegua, invece, alla natura dell'attività esercitata. Consegue che l'imperizia professionale presenta un contenuto variabile, da accertare in relazione ad ogni singola fattispecie, rapportando la condotta effettivamente tenuta dal prestatore alla natura e specie dell'incarico professionale ed alle circostanze concrete in cui la prestazione deve svolgersi e valutando detta condotta attraverso l'esame nel suo complesso dell'attività prestata dal professionista"

Cassazione civile, Sez. III, 7 agosto 1982, n.4437:"l'attenuazione di responsabilità è, peraltro, ulteriormente limitata dalla richiesta, in capo al professionista, di una scrupolosa attenzione, pretendendosi dallo specialista uno standard di diligenza superiore al normale: così, il richiamo (ormai, poco più che formale e declamatorio) al concetto di colpa grave non vale più come criterio di valutazione di una grossolana divergenza dalla diligenza media, ma come scarto di diligenza esigibile da uno specialista (dal quale, appunto, pretendere una preparazione ed un dispendio di attività superiore al normale…"

violazione di obblighi specifici derivanti da regole disciplinari precise[10].
La diligenza assume nella fattispecie un duplice significato: parametro di imputazione del mancato adempimento e criterio di determinazione del contenuto dell'obbligazione.
Sembrerebbe possibile affermare che, in estrema e brutale sintesi, la diligenza e la perizia del medico dovrebbe garantire, sempre e comunque, una qualità di vita migliore, una maggiore aspettativa di vita, un miglior controllo della sintomatologia dolorosa, un'assenza di complicazioni gravi ed urgenti, una riduzione delle spese per assistenza medica e paramedica ed anche delle terapie inutili ingiustamente praticate a causa della diagnosi errata.

3. Le applicazioni dell'art. 2236 c.c.

Un problema su cui dottrina e giurisprudenza si sono applicate nel corso degli anni riguarda il grado della colpa necessario per sancire la responsabilità del medico.
La colpa grave si palesa in tutte quelle condizioni in cui sia possibile evidenziare la totale difformità del metodo e della tecnica utilizzati dal medico da quelle "regole" che sono il comune patrimonio conoscitivo acquisito alla scienza ed alla pratica e costituiscono il corredo necessario del professionista sanitario[11].

La responsabilità penale del sanitario era estremamente circoscritta ai soli casi di colpa macroscopica, derivante da una capacità professionale al di sotto di quel minimo di cultura ed esperienza esigibili da chi era stato abilitato alla professione e la previsione dell'articolo 2236 c.c. "fungeva da supporto logico ed argomentativo per sancire l'impunità del medico".
L'articolo 2236 c.c. che statuisce "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 (art. 1218, c.c.)".
Un indirizzo così indulgente ha sancito assoluzioni applicando la portata dell'articolo 2236 c.c. anche alla violazione delle regole di diligenza[12].
L'orientamento giurisprudenziale si è modificato a seguito della sentenza della Corte Costituzionale del 28 novembre 1973, n. 166, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale degli artt. 589 e 43 c.p. nella parte in cui gli stessi, in combinato disposto con l'art. 2236 c.c., avrebbero escluso la responsabilità del personale sanitario nelle ipotesi di colpa lieve.
La Consulta respinse la questione di legittimità costituzionale proposta ed affermò che mentre per la perizia l'indulgenza del giudizio del magistrato doveva essere direttamente proporzionale alla difficoltà del compito, per le altre due forme di colpa (l'imprudenza e la negligenza) ogni giudizio non poteva che essere improntato a criteri di normale severità: l'art. 2236 c.c. servirebbe ad escludere la responsabilità del medico per colpa lieve, nei casi di particolare complessità, limitatamente al solo piano della perizia tecnica professionale, ma, anche in tali casi, potrebbe comunque residuare la responsabilità penale, anche per culpa levis, sul versante della negligenza e dell'imprudenza.
La Cassazione civile si adeguò[13] e ritenne dette limitazioni di responsabilità applicabili, in via

[10] Secondo Cassazione Sezione 3 Civile Sentenza del 10 maggio 2000, n. 5945 il medico chirurgo, nell'adempimento delle obbligazioni inerenti alla propria attività professionale è tenuto a una diligenza che non è solo quella del buon padre di famiglia, come richiesto dall'articolo 1176 comma 1, del Cc, ma è quella specifica del debitore qualificato, come indicato dall'articolo 1176, comma 2, la quale comporta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione medica. Il richiamo alla diligenza, pertanto, ha - in questi casi - la funzione di ricondurre la responsabilità alla violazione di obblighi specifici derivanti da regole disciplinari precise. In altri termini, sta a significare applicazione di regole tecniche all'esecuzione dell'obbligo, e quindi diventa un criterio oggettivo e generale e non soggettivo.
[11] Cassazione Civile, Sez. III, 13 ottobre 1972, n. 3044.
[12] Cassazione Civile, Sezioni unite, 15 febbraio 1978, n. 693; Cassazione civile, Sez. III, 16 giugno 1981, n.3904.

analogica, anche alla responsabilità extracontrattuale, ricorrendo l'*eadem ratio* e l'identità di prestazione, indipendentemente dalla qualificazione dell'illecito.

Si è, infatti, rilevato che "*l'art. 2236 c.c. ...sebbene collocato nell'ambito della regolamentazione del contratto d'opera professionale, è applicabile, oltre che nel campo contrattuale, anche in quello extracontrattuale, in quanto prevede un limite di responsabilità per la prestazione dell'attività professionale in genere, sia che essa si svolga sulla base di un contratto, sia che venga riguardata al di fuori di un rapporto contrattuale vero e proprio*"[14].

Risulta ormai chiarito che il regime della responsabilità penale dell'attività medica non può discostarsi dal regime generale previsto per ogni forma di responsabilità penale secondo quanto disposto dall'art. 43 c.p., escludendo l'applicabilità dell'articolo 2236 c.c. nell'identificazione della colpa penale.

Varie sentenze della Corte Suprema continuano ad affermare che le prescrizioni dell'art. 2236 c.c. non possono riverberare alcun effetto nell'ambito penale in quanto "la richiamata disciplina civile riguarda il risarcimento del danno quando la prestazione professionale comporta la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà e non può essere applicata all'ambito penale né in via estensiva, data la completezza e l'omogeneità della disciplina penale della colpa, né in via analogica, vietata per il carattere eccezionale della disposizione rispetto ai principi in materia. La gravità della colpa potrà avere eventualmente rilievo solo ai fini della graduazione della pena"[15].

Altre sentenze rispetto all'artico 2236 c.c. affermano che "tuttavia, detta norma civilistica può trovare considerazione anche in tema di colpa professionale del medico quando il caso specifico sottoposto al suo esame imponga la soluzione di problemi di specifica difficoltà, non per effetto di diretta applicazione nel campo penale, ma come regola di esperienza cui il giudice possa attenersi nel valutare l'addebito di imperizia"[16].

Alcune sentenze della Corte di Cassazione hanno precisato che "l'errore del medico, conducente a morte o lesione personale del paziente, può essere valutato sulla base del parametro di cui all'art. 2236 c.c., cioè della colpa grave, solo se il caso imponga la soluzione di problemi di diagnostici e terapeutici in presenza di quadro patologico complesso e passibile di diversificati esiti terapeutici … diversamente, quando non sia presente una situazione emergenziale, o quando il caso non implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, così come quando venga in rilievo negligenza e/o imprudenza, i canoni valutativi della condotta colposa non possono non essere che quelli ordinariamente adottati nel campo della responsabilità penale per i danni cagionati alla vita o all'integrità dell'uomo (art. 43 c.p.)"[17].

Nel tempo quindi, attraverso la diminuzione dell'applicabilità dell'art. 2236 c.c., si è determinato l'allargamento della responsabilità del medico.

Si ritiene infatti l'articolo 2236 c.c. sempre e comunque inapplicabile nel caso di interventi routinari o di facile esecuzione, interpretando in

---

[13] Cassazione Civile, SS.UU., 26 marzo 1997, n.2661; Cassazione Civile, Sez. III, 18 novembre 1997, n.11440; Cassazione Civile, Sez. III, 15 gennaio 2001, n.499; Cassazione Civile, Sez. III, 19 maggio 2004 n.9471; Cassazione Civile, Sez.I II, 19 aprile 2006 n.9085; Cassazione Civile, Sez. III, 12/03/2013, n.6093.

[14] Cassazione Civile, Sez. II, 17 marzo 1981 n. 1544; Cassazione Civile, Sez. III, 18 novembre 1997, n. 11440.

[15] In tale senso: Cassazione Civile, Sez. III, 19 settembre 1979, n.4820; Cassazione Civile, Sez. III, 19 febbraio 1981, n.1019; Cassazione Penale, Sez. IV, 25 settembre 2002, n.39367; Cassazione Penale, Sez. IV, 16 giugno 2005, n.28617; Cassazione Penale, Sez. IV, 21 giugno 2007, n.39592; Cassazione Penale, Sez. IV, 28 ottobre 2008, n.46412.

[16] Cassazione Penale, Sez. IV, 10 maggio 1995, n.5278, Cassazione Penale, Sez. IV, 11 febbraio 1998, n.1693; Cassazione Penale, Sez. IV, 26 ottobre 2007, n.39592.

[17] Ex plurimis: Cassazione Civile, Sez. III, 19 settembre 1979, n.4820.

modo restrittivo il concetto di "intervento di speciale difficoltà"[18].

Negli interventi di "non speciale difficoltà" vengono accomunate terapie e pratiche molto diverse, e praticamente ne restano fuori soltanto gli interventi sperimentali o di altissima specializzazione[19].

La figura della colpa grave trova la sua ragion d'essere nelle ipotesi di casi clinici particolarmente complessi e di speciale difficoltà, o perché non ancora sperimentati o non studiati in modo approfondito con riguardo ai metodi terapeutici da adottare[20], ovvero nell'ipotesi di quei problemi che presentano i caratteri dell'eccezionalità e della straordinarietà[21], per i casi implicanti risoluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà trascendenti la preparazione media o non ancora sufficientemente studiati dalla scienza medica[22], o nell'ipotesi di un intervento specialistico che per ragioni di urgenza o, comunque, contingenti debba essere affrontato da un medico generico, anziché da uno specialista, oppure un intervento cd. pioneristico, volto a tentare di risolvere una patologia nuova o a tentare una modalità di cura nuova, oppure ancora quando si tenta di risolvere una situazione disperata in ragione delle condizioni del paziente[23], o ancora quando non sia assolutamente possibile ricorrere alla struttura o al professionista capaci di farsi carico dell'attività di cura, con la conseguenza che anche una situazione astrattamente difficile dovrà considerarsi di più facile esecuzione con riferimento allo specialista qualificato ad intervenire.

Ovviamente è il medico, o l'ospedale, che deve provare che si trattava di intervento di particolare difficoltà, per cui debba trovare applicazione l'art. 2236 cod. civ.[24]

Lo svuotamento dell'art. 2236 c.c. restringe, sin quasi ad azzerarlo, il concetto di "colpa lieve"[25].

Di tal fatta potrebbe verificarsi la situazione paradossale del riconoscimento della colpa penale produttiva di danno non risarcibile stante la previsione dell'articolo 2236 nella responsabilità civile.

3. La contrattualizzazione della responsabilità medica

[18] Ex plurimis: Cassazione Civile, Sez. III, 26 marzo 1990, n.2428; Cassazione Civile, Sez. III, 3 marzo 1995, n.2466; Cassazione Civile, Sez. III, 11 aprile 1995, n.4152; Cassazione Civile, Sez. III, 12 agosto 1995, n.8845; Cassazione Civile, Sez. III, 23 febbraio 2000, n.2044;; Cassazione Civile, Sez. III, 2 febbraio 2005, n.2042; Cassazione civile, Sez. III, 14 febbraio 2008, n.3520; Cassazione Civile, Sez. III, 8 ottobre 2008, n.24791; Cassazione Civile, Sez. III, 28 settembre 2009, n.20790; Cassazione Civile, Sez. III, 29 settembre 2009, n.20806.

[19] Cassazione Civile, Sez. III, 18 aprile 2005, n.7997.

[20] Cassazione Civile, Sez. III, 21 dicembre 1978, n. 6141; Cassazione Civile, Sez. III, 8 marzo 1979, n.1441; Cassazione Civile, Sez. III, 26 marzo 1990, n.2428; Cassazione Civile, Sez. III, 18 ottobre 1994, n.8470; Cassazione Civile, Sez. III, 3 marzo 1995, n.2466; Cassazione Civile, Sez. III, 12 agosto 1995, n.8845; Cassazione Civile, Sez. III, 4 febbraio 1998, n.1127; Cassazione Civile, Sez. III, 5 luglio 2004, n.12273; Cassazione Civile, Sez. III, 19 aprile 2006, n.9085; Cassazione Penale, Sez. IV, 21 giugno 2007, n.39592.

[21] Cassazione Civile, Sez. III, 7 maggio 1988, n.3389.

[22] Cassazione Civile, Sez. III, 19 maggio 1999, n.4852; Cassazione Civile, Sez .III, 10 maggio 2000, n.5945; Cassazione Civile, Sez .III, 5 luglio 2004, n.12273; Cassazione Civile, Sez. III, 13 gennaio 2005, n.583; Cassazione Civile, Sez. III, 2 febbraio 2005, n.2042; Cassazione Civile, Sez. III, 13 marzo 2007, n.5846; Cassazione Civile, Sez. III, 13 aprile 2007, n.8826; Cassazione Civile, Sez. III, 9 ottobre 2012, n.17143.

[23] Cassazione Civile, Sez. III, 9 maggio 2000, n.5881; Cassazione Civile, Sez. III, 10 maggio 2000, n. 5945; Cassazione Civile, Sez. III, 13 marzo 2007, n. 5846; Cassazione Civile, Sez. III, 13 aprile 2007, n.8826; Cassazione Civile, Sez. III, 21 luglio 2011, n.15993; Cassazione Civile, Sez. III, 1 febbraio 2011, n.2334.

[24] Cassazione Civile, Sez. III, 4 febbraio 1998, n. 1127; Cassazione Civile, Sez.III,19 maggio 1999, n. 4852; Cassazione Civile, Sez. III, 21 luglio 2003, n. 11316; Cassazione Civile, Sez. III, 23 settembre 2004, n.19133; Cassazione Civile, Sez. III, 2 febbraio 2005, n.2042; Cassazione Civile, Sez. II, 22 aprile 2005, n.8546.

[25] Cassazione Civile, Sez. III, 1° marzo 1988 n.2144; Cassazione Civile, Sez. III, 26 marzo 1990 n.2428; Cassazione Civile, Sez. III, 8 luglio 1994 n.6464; Cassazione Civile, Sez. III, 11 aprile 1995 n.4152; Cassazione Civile, Sez. III, 2 dicembre 1998 n.12233; Cassazione Civile, Sez. III, 28 maggio 2004 n.10297; Cassazione Civile, Sez. III, 19 aprile 2006 n.9085.

L'operato del medico nei confronti del paziente, non è guidato soltanto dall'aderenza ai principi deontologici[26], di eticità e competenza scientifica, ma anche dall'adempimento ai principi di responsabilità contrattuale verso il paziente stesso formalizzato nell'articolo 1218 del Codice Civile).
Il fondamento e la natura della responsabilità della struttura sanitaria nei confronti del paziente costituiscono uno dei punti centrali del dibattito dottrinale e degli interventi giurisprudenziali degli ultimi anni[27].
L'impostazione tradizionale [28]riconduce tale responsabilità nell'alveo dell'art. 2043 c.c., sulla base della considerazione che in tali fattispecie il paziente stipula il contratto solo con la struttura sanitaria e non con il medico curante per il quale la responsabilità si configura come aquiliana.
Alcune sentenze individuavano un contratto d'opera di tipo professionale[29] ovvero un contratto atipico di "spedalità" o di "prestazione di assistenza sanitaria"[30].
Da ciò consegue l'apertura a forme di responsabilità autonome dell'ente, che prescindono dall'accertamento di una condotta negligente dei singoli operatori e trovano invece la propria fonte nell'inadempimento delle obbligazioni direttamente riferibili all'ente stesso.
Si è anche accennato a volte ad un contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi che si avrebbe quando da un determinato contratto sia deducibile l'assegnazione al terzo di un diritto non all'ottenimento della prestazione principale ma alla sua esecuzione con diligenza tale da un evitare danni al terzo medesimo[31].

---

[26] "Giuro di prestare la mia opera con diligenza, perizia e prudenza, secondo scienza e coscienza, ed osservando le norme deontologiche che regolano l'esercizio della medicina e quelle giuridiche che non risultino in contrasto con gli scopi della mia professione…" (dal Giuramento di Ippocrate)

[27] Cassazione Civile, Sez. III, 21 dicembre 1978, n.6141; Cassazione Civile, Sez. III, 8 marzo 1979, n.1716; Cassazione Civile, Sez. III, 1 marzo 1988, n.2144; Cassazione Civile, Sez. III, 4 agosto 1988, n.6707; Cassazione Civile, Sez. III, 27 maggio 1993, n.5939; Cassazione Civile, Sez. III, 11 aprile 1995, n.4152; Cassazione Civile, Sez. III, 27 luglio 1998, n.7336; Cassazione Civile, Sez. III, 2 dicembre 1998, n.12233; Cassazione Civile, Sez. III, 22 gennaio 1989, n.589; Cassazione Civile, Sez. III, 11 marzo 2002, n.3492; Cassazione Civile, Sez. III, 14 luglio 2003, n.11001; Cassazione Civile, Sez. III, 21 luglio 2003, n.11316

[28] Cassazione Civile, Sez. III, 24 marzo 1979, n. 1716:"L'accettazione del paziente nell'ospedale, ai fini del ricovero oppure di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto d'opera professionale tra il paziente e l'ente ospedaliero, il quale assume a proprio carico, nei confronti del paziente, l'obbligazione di svolgere l'attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica in relazione alla specifica situazione del paziente preso in cura. 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."

[29] Cassazione Civile, Sez. III, 24 marzo 1979, n.1716; Cassazione Civile, Sez. III, 24 marzo 1979, n.1716; Cassazione Civile, Sez. III, 1 marzo 1988, n.2144; Cassazione Civile, Sez. III, 25 febbraio 2005, n.4058; Cassazione Civile, Sez. III, 25 febbraio 2005, n.4058

[30] Cassazione Civile, Sezioni Unite, 1 luglio 2002, n.9556; Cassazione Civile, Sez. III, 20 aprile 2010, n.9315

[31] Cassazione Civile, Sez. III, 14 luglio 2004, n.13066: " Il rapporto che si instaura tra paziente e casa di cura privata (o ente ospedaliero) ha fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo insorgono a carico della casa di cura (o dell'Ente), accanto a quelli di tipo 'latu sensu' alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze. Ne consegue che la responsabilità della casa di cura (o dell'Ente) nei confronti del paziente ha natura contrattuale, e può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 c.c., all'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché, ai sensi dell'art. 1228 c.c., all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale, non rilevando in contrario al riguardo la circostanza che il sanitario risulti essere anche 'di fiducia' dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto".

Relativamente al rapporto tra medico ed ospedale la giurisprudenza in passato si è rifatta al principio di "immedesimazione organica"[32].
La responsabilità della struttura è dunque, diretta e non mediata dalla responsabilità del professionista[33].
La responsabilità oltre che diretta diventa, nella giurisprudenza di merito, anche autonoma, nel senso che può sussistere anche in assenza di un errore "medico-professionale", derivando da carenze o inefficienze da un punto di vista organizzativo.
Dunque la struttura ospedaliera che non esegua esattamente la prestazione dovuta (per esempio per proprie carenze strutturali), è tenuta al risarcimento del danno se non prova che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa alla stessa non imputabile; si tratta di responsabilità contrattuale, con tutte le conseguenze che ne derivano in tema di onere della prova, che grava, per l'effetto, sull'istituto stesso e non sul paziente, che deve soltanto provare il contratto[34].

È ormai chiarito nella giurisprudenza civile che l'accettazione del paziente in ospedale comporta la conclusione di un contratto tra il paziente e l'ospedale[35].
Per il medico dipendente pubblico la Cassazione ha ritenuto che la responsabilità del sanitario verso il paziente per il danno cagionato da un

---

Conformi: Cassazione Civile, Sez. III, 22 novembre 1993, n.11503; Cassazione Civile, Sezione III, 2 febbraio 2005, n.2042

[32] Cassazione Civile, Sez. III, 1 marzo 1988 n.2144; Cassazione Civile, Sez. III, 8 maggio 2001, n.6386

[33] Cassazione Civile, Sez. III, 14 luglio 2004, n.13066; Cassazione Civile, Sez. III, 28 maggio 2004, n.10297; Cassazione Civile, Sez. III, 26 gennaio 2006 n.1698; Cassazione Civile, Sez. III, 13 aprile 2007, n.8826

[34] *Ex plurimis*: Cassazione Civile, SS.UU., 11 gennaio 2008, n.577 "….Da ciò consegue l'apertura a forme di responsabilità autonome dell'ente, che prescindono dall'accertamento di una condotta negligente dei singoli operatori, e trovano invece la propria fonte nell'inadempimento delle obbligazioni direttamente riferibili all'ente. Questo percorso interpretativo, anticipato dalla giurisprudenza di merito, ha trovato conferma in una sentenza di queste Sezioni Unite (1.7.2002, n. 9556, seguita poi da altre delle sezioni semplici, Cass. n. 571 del 2005; Cass. n. 1698 del 2006) che si è espressa in favore di una lettura del rapporto tra paziente e struttura (anche in quel caso, privata) che valorizzi la complessità e l'atipicità del legame che si instaura, che va ben oltre la fornitura di prestazioni alberghiere, comprendendo anche la messa a disposizione di personale medico ausiliario, paramedico, l'apprestamento di medicinali e di tutte le attrezzature necessarie anche per eventuali complicazioni. In virtù del contratto, la struttura deve quindi fornire al paziente una prestazione assai articolata, definita genericamente di "assistenza sanitaria", che ingloba al suo interno, oltre alla prestazione principale medica, anche una serie di obblighi cd. di protezione ed accessori. Così ricondotta la responsabilità della struttura ad un autonomo contratto (di spedalità), la sua responsabilità per inadempimento si muove sulle linee tracciate dall'art. 1218 c.c., e, per quanto concerne le obbligazioni mediche che essa svolge per il tramite dei medici propri ausiliari, 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…..".

[35] Una prima definizione del "contatto sociale" e delle sue conseguenze giuridiche si trova nella sentenza della Cassazione Civile, Sez. III, 22 gennaio 1989, n. 589 che precisa che i rapporti tra il medico e il paziente sono definiti come "rapporti che nella previsione legale sono di origine contrattuale e tuttavia in concreto vengono costituiti senza una base negoziale e talvolta grazie al contatto sociale". "l'obbligazione del medico dipendente del servizio sanitario per responsabilità professionale nei confronti del paziente, ancorché non fondata su contratto, ma sul "contatto sociale" connotato dall'affidamento che il malato pone nella professionalità dell'esercente una professione protetta, ha natura contrattuale: tale natura viene individuata non con riferimento alla fonte dell'obbligazione, ma al contenuto del rapporto".
Conformi: Cassazione Civile, Sez. III, 21/12/1978, n. 6141; Cassazione Civile, Sez. III, 24 marzo 1979, n. 1716; Cassazione Civile, Sez. III, 22 gennaio 1989, n. 589; Cassazione Civile, Sez. III, 27 maggio 1993, n. 5939; Cassazione Civile, Sez. III, 11 aprile 1995, n. 4152; Cassazione Civile, Sez. III, 27 luglio 1998, n.7336; Cassazione Civile, Sez. III, 11 marzo 2002, n.3492; Cassazione civile, Sez. III, 21 luglio 2003, n.11316; Cassazione Civile, Sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400; Cassazione Civile, Sez. III, 28 maggio 2004, n.10297; Cassazione civile, Sez. III, 2 febbraio 2005, n.2042; Cassazione Civile, Sez. III, 25 febbraio 2005, n. 4058; Cassazione Civile, Sez. III, 9 novembre 2006, n. 23918.

suo errore diagnostico o terapeutico fosse soltanto extracontrattuale[36].
Tuttavia, a partire dalla sentenza della Cassazione Civile sezione III del 1 marzo 1988 n. 2144, la giurisprudenza ha cominciato a ricondurre il rapporto medico - paziente ricoverato in una struttura sanitaria nell'ambito della responsabilità contrattuale, ed in particolare della responsabilità per prestazione d'opera professionale.
Negli anni la configurazione della responsabilità medica come contrattuale è stata ampiamente confermata (dieci pronunce coeve delle SS.UU. della Corte di Cassazione dalla n. 577 alla n. 585 dell'11/01/2008) e tale impostazione ha consentito di raggiungere l'obiettivo di un regime giuridico maggiormente favorevole e protettivo della posizione dei pazienti rispetto agli assetti precedenti.
Altra giurisprudenza, per qualificare giuridicamente il rapporto tra medico e paziente, ha parlato di obbligazione di una prestazione comunque di natura professionale, fondata su di un'obbligazione che nasce in virtù del "contatto sociale" tra medico e paziente.[37]
Ne consegue che il contatto sociale è fonte di obblighi specifici, ben diversi dai generici doveri del naeminem laedere di cui all'art. 2043 c.c. e che soggiacciono alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale, garantendo al paziente una tutela più efficiente in quanto comporta per il danneggiato un regime più favorevole non solo sul piano del termine di prescrizione ma anche su quello probatorio.
La descritta ricostruzione della responsabilità del medico dipendente in termini contrattuali da contatto sociale ha trovato riscontro nella successiva giurisprudenza.[38]

Da quando la Corte di Cassazione ha accolto la tesi del contatto sociale la strada verso l'attrazione della responsabilità entro i confini regolamentari degli artt. 1218 ss. c.c. è stata tutta in discesa.
In ogni caso, pur ricondotta la responsabilità del medico nell'ambito della responsabilità contrattuale, resta comunque intatta la possibilità che il danneggiato possa agire in giudizio anche a titolo di responsabilità extracontrattuale, in quanto la lesione del bene della salute, essendo bene da tutelarsi "*erga omnes*", può aversi anche a prescindere dalla presenza di un precedente rapporto contrattuale.
In entrambi i casi "l'obbligazione risarcitoria ha la finalità di reintegrare la sfera economica del danneggiato in relazione alla lesione di un interesse meritevole di tutela".
La responsabilità sia del medico che dell'ente ospedaliero per inesatto adempimento della prestazione hanno, quindi, natura contrattuale, e, più precisamente, quella tipica del professionista, con la conseguenza che trovano applicazione il regime proprio di questo tipo di responsabilità quanto alla ripartizione dell'onere della prova, i principi delle obbligazioni da contratto d'opera intellettuale professionale relativamente alla diligenza e al grado della colpa e la prescrizione ordinaria[39].

4. Il ribaltamento dell'onere della prova

Quali sono i principi fondamentali in tema di onere della prova?
L'art. 2697 c.c. afferma: "Chi vuol far valere un diritto in giudizio, deve provarne i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda".
Il regime probatorio nel settore della responsabilità professionale ha subito continue trasformazioni significative mediante una serie di sentenze che hanno messo in discussione le regole tradi-

[36] Cassazione Civile, Sez. III, 13 marzo 1998, n. 2750; Cassazione Civile, Sez. III, 26 marzo 1990 n. 2428; Cassazione Civile, Sez. III, 24 marzo 1979 n. 1716.
[37] Cassazione Civile, Sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297; Cassazione Civile, Sez. III, 22 gennaio 1989, n. 5.
[38] Cassazione Civile, Sez. III, 28 maggio 2004 n. 10297; Cassazione Civile, Sez. III, 18 aprile 2005, n. 7997.
[39] Cassazione Civile, Sez. III, 19 aprile 2006, n. 9085.

zionalmente preordinate alla distribuzione dei diversi oneri tra le parti.

Per diverso tempo la problematica centrale dell'onere probatorio ha visto contrapposti due orientamenti dottrinali e giurisprudenziali.

Quello maggioritario riteneva opportuno approntare le regole in base al *petitum* richiesto: l'attore che chiedeva l'adempimento si riteneva fosse onerato solo di allegare il titolo del vincolo obbligatorio, mentre la richiesta della risoluzione o del risarcimento si riteneva comportasse per il creditore, altresì, la prova della violazione della promessa.

Le Sezioni Unite[40] hanno enunciato il principio per cui il creditore deve semplicemente precisare la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni) ed il debitore ha l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento.

Quindi il paziente dovrà provare l'esistenza del contratto e l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento, mentre è a carico del sanitario o dell'ente ospedaliero fornire la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente [41]e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile.[42]

Quindi, l'attore è tenuto ad un'allegazione meramente generica della colpa medica "*astrattamente efficiente alla produzione del danno*[43] anche se coeve sentenze sempre della Cassazione pretendono un'allegazione della colpa in modo chiaro e non generico[44].

Nella questione della ripartizione dell'*onus probandi* in tema di responsabilità del sanitario emerge un tendenziale sfavore verso la posizione del medico che, se da un lato è volto a tutelare le ragioni del paziente quale - parte più debole del rapporto, dall'altro, in vero, rischia di introdurre una sorta di automatismo risarcitorio, su cui si fonda, il più delle volte, una responsabilità del sanitario più «sentita» in base al senso comune

[40] Cassazione Civile, Sezioni Unite, 30 ottobre 2001, n. 1353.3

[41] Cassazione Civile, Sez. III, 28 maggio 2004 n. 10297; Cassazione Civile, Sez. III, 21 giugno 2004, n. 11488; Cassazione Civile, Sez. III, 19 aprile 2006 n. 9085; Cassazione Civile, Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 577; Cassazione Civile, Sez. III, 28/09/2009, n.20790.

[42] Cassazione Civile, Sez. III, 21 luglio 2011 n. 15993; Cassazione Civile, Sez. III, 7 giugno 2011, n.12274; Cassazione Civile, Sez. III, 24 maggio 2006, n. 12362; Cassazione Civile, Sez. III, 11 novembre 2007 n. 22894.

[43] Cassazione Civile, Sez. III, 21 giugno 2004, n. 11488 precisa : "In tema di responsabilità professionale del medico chirurgo, sussistendo un rapporto contrattuale (quand'anche fondato sul solo contatto sociale), in base alla regola di cui all'art. 1218 c.c. il paziente ha l'onere di allegare l'inesattezza dell'inadempimento, non la colpa né, tanto meno, la gravità di essa, dovendo il difetto di colpa o la non qualificabilità della stessa in termini di gravità (nel caso di cui all'art. 2236 c.c.) essere allegate e provate dal medico".

Conformi: Cassazione civile, Sez. III, 24 maggio 2006, n.12362; Cassazione Civile, Sez. III, 28 maggio 2004 n.10297; Cassazione Civile, Sez. III, 20 ottobre 2005, n.20322.

[44] Cassazione Civile, Sez. III, 19 maggio 2004, n.9471 ha precisato che "In tema di responsabilità professionale del medico-chirurgo, pur gravando sull'attore l'onere di allegare i profili concreti di colpa medica posti a fondamento della proposta azione risarcitoria, tale onere non si spinge fino alla necessità di enucleazione e indicazione di specifici e peculiari aspetti tecnici di responsabilità professionale, conosciuti e conoscibili soltanto agli esperti del settore, essendo sufficiente la contestazione dell'aspetto colposo dell'attività medica secondo quelle che si ritengono essere, in un dato momento storico, le cognizioni ordinarie di un non - professionista che, espletando la professione di avvocato, conosca comunque (o debba conoscere) l'attuale stato dei profili di responsabilità del sanitario (omessa informazione sulle possibili conseguenze dell'intervento, adozione di tecniche non sperimentate in sede di protocolli ufficiali, mancata conoscenza dell'evoluzione della metodica interventistica, negligenza - intesa oggi come violazione di regole sociali e non solo come mera disattenzione -, imprudenza - intesa oggi come violazione delle modalità imposte dalle regole sociali per l'espletamento di certe attività -, ed imperizia - intesa oggi come violazione delle regole tecniche di settori determinati della vita di relazione e non più solo come insufficiente attitudine all'esercizio di arti e professioni".

che realmente «accertata» e «provata» in giudizio.
Secondo l'orientamento tradizionale spettava al paziente la prova delle modalità di esecuzione inidonee, mentre ricadeva sul sanitario la prova della speciale difficoltà della prestazione salvo che negli interventi di facile esecuzione o di routine ove era il paziente a dover fornire la prova della riconducibilità a tale ambito del caso concreto ed il medico a dover dimostrare la propria assenza di colpa per poter superare la presunzione semplice operante in suo danno[45].
Con l'intervento delle SS.UU. del 2001, che hanno definitivamente risolto il contrasto esistente in tema di onere della prova dell'inadempimento, vi è stata una rilettura della questione e varie sentenze[46] hanno poi affermato che la facilità o difficoltà della prestazione non possono fungere da criterio di distribuzione dell'onere probatorio rispetto al quale nessuna funzione indicativa assolve l'art. 2236 c.c., che deve, al contrario, essere inteso come regola di valutazione della condotta diligente del debitore.
Sarà invece l'insuccesso della prestazione a fungere da criterio regolativo dell'onere della prova dell'assenza di colpa, al quale saranno tenuti indistintamente il sanitario o la struttura all'interno della quale esso opera; mentre, nessuna prova della colpa del sanitario sarà posta a carico del paziente.[47]

[45] In tal senso: Cassazione Civile, Sez. III, 21 dicembre 1978 n.6141; Cassazione Civile, Sez. III, 18 ottobre 1994, n. 8470; Cassazione Civile, Sez. III, 11 aprile 1995, n.4152; Cassazione Civile, Sez. III, 4 febbraio 1998, n. 1127.
[46] Cassazione Civile, Sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297.
[47] Cassazione Civile, Sezioni Unite, 30 ottobre 2001, n. 13533 infatti, hanno stabilito che il creditore che agisce per la risoluzione del contratto, per l'adempimento ovvero per il risarcimento del danno da inadempimento deve dare la prova della fonte del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione dell'inadempimento della controparte, e che grava invece sul debitore convenuto l'onere di provare il fatto estintivo, ossia l'avvenuta adempimento. Tale principio, ha precisato la suprema corte, opera invariabilmente per le obbligazioni di mezzi e per le obbligazione di risultato, in caso di adempimento e di in esatto adempimento.

Dall'esame delle decisioni in materia, si evidenzia che occorre distinguere tra condotta commissiva e condotta omissiva: in caso di "commissione" si deve dimostrare "con ragionevole certezza" che, se l'azione non fosse stata attuata, il danno non si sarebbe verificato ed invece in caso di "omissione", necessita la prova che, se la condotta, invece, fosse avvenuta, il decorso degli eventi sarebbe stato comunque diverso da quello causativo del danno.[48]
Nella sentenza Cassazione civile, SS.UU. dell'11 gennaio 2008, n. 577 trovano specificazione e conferma i più recenti percorsi interpretativi, favorevoli al paziente che agisce per il risarcimento, già anticipati dalla giurisprudenza sia di merito che di legittimità.

5. Il consenso informato

Centrale nell'ambito della responsabilità medica è il tema del consenso informato del paziente ai trattamenti terapeutici, sia perché rende evidente l'esigenza di un più diretto coinvolgimento del paziente nel progetto di cura, sia perché ha indotto una profonda riflessione, in ambito giuridico, sui fondamenti di legittimità dell'atto medico.
Le norme costituzionali che sono alla base del consenso informato pongono in risalto ««la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale».[49]

Conformi: Cassazione Civile, Sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826; Cassazione Civile, Sez. III, 9 novembre 2006, n. 23918.
[48] Cassazione civile, Sez. III, 18 aprile 2005, n. 7997; Cassazione civile, Sez. III, 21 giugno 2004, n. 11488.
[49] Corte Costituzionale, 5 dicembre 2008, n. 438.

Il consenso informato adeguatamente gestito può contribuire a migliorare il rapporto fiduciario medico-cittadino ristabilendo un'alleanza terapeutica intesa come condivisione di scelte e obiettivi terapeutici.
Una serie crescente di obblighi integrativi di informazione rende sempre più gravoso il compito di acquisire un consenso veramente consapevole da parte del paziente, con il rischio per il medico di sentirsi chiamare responsabile per danni sopravvenuti non dipendenti da negligente esecuzione dei trattamenti effettuati.
Il consenso informato si caratterizza per una serie di elementi indefettibili quali la effettiva comprensione da parte del paziente delle varie procedure assistenziali necessarie, l'intenzionalità della sua scelta in assenza di condizionamenti da parte di terzi e la concessione dell'autorizzazione.
Il "non informato o non adeguatamente informato" fa ritenere l'attività del medico come non giustificata e pertanto pienamente risarcibile.[50]
Affinché la scelta del paziente costituisca effettiva espressione della propria autodeterminazione è necessario che l'informazione riguardi la diagnosi, le attività preparatorie all'intervento chirurgico, il tipo di intervento o di esame, le difficoltà e i rischi prevedibili ed i vantaggi nonchè gli eventuali trattamenti alternativi, la percentuale probabile di successo, le eventuali carenze della struttura sanitaria che potrebbero determinare il paziente a rivolgersi ad altra struttura.[51]
In tal senso l'acquisizione del consenso informato mediante moduli standard non sempre consente di ritenere che il paziente abbia correttamente compreso [52] ed invece svela un uso in funzione di medicina "difensiva", pensata più nell'ottica di una tutela per l'operatore sanitario che per il malato.
Spesso il profilo dell'adeguatezza dell'informazione risulta indagato soltanto in rapporto all'esito infausto del trattamento terapeutico e tende ad acquistare particolare rilevanza quando non sia riscontrabile una colpa professionale cui imputare il verificarsi del danno.
Il principio del consenso informato funge infatti da tecnica argomentativa impiegata per addossare al medico il rischio intrinseco all'intervento, eseguito secondo le regole dell'arte, ma proposto senza un'adeguata prospettazione delle sue possibili conseguenze negative.
La violazione del dovere di fornire al paziente una puntuale ed esaustiva informazione per poterne acquisire un consapevole consenso costituisce fonte di responsabilità risarcitoria in quanto tale attività informativa sarebbe parte della complessa prestazione del medico e funzionale all'esatto adempimento della prestazione professionale, con l'avvertenza che la prova positiva del corretto adempimento ricade sul sanitario.[53]
Il ruolo anche giuridico del consenso ha preso sempre più consistenza soprattutto riguardo all'ambito in cui il consenso medesimo risulti necessario ed alle conseguenze delle trasgressioni che ad esso si riferiscano.[54]
Dalla violazione dell'obbligo di informazione la giurisprudenza fa discendere la responsabilità del medico nel caso di insuccesso dell'intervento, "anche se in concreto non sia a lui addebitabile alcuna colpa"[55],in quanto non consentendo al paziente di esercitare il diritto di rifiutare l'intervento, viene considerata quale antecedente causale dell'evento infausto.

---

[50] Cassazione Civile, Sez. III, 14 marzo 2006, n. 5444.
[51] Cassazione Civile, Sez. III, 16 maggio 2000, n. 6318; Cassazione Civile, Sez. III, 30 luglio 2004, n. 14638; Cassazione Civile, Sez. III, 19 ottobre 2006, n. 22390; Cassazione Civile, Sez. III, 9 dicembre 2010, n. 24853.
[52] Cassazione Civile, Sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24791; Cassazione Civile, Sez. III, 2 luglio 2010, n.15698; Cassazione Civile, Sez. III, 9 dicembre 2010, n.24853.
[53] Cassazione Civile, Sez. III, 23 maggio 2001, n. 7027.
[54] Cassazione Penale, SS.UU., 21 gennaio 2009, n.2437 ha ribadito la illiceità penale della condotta del medico che abbia operato "contro" la volontà del paziente, direttamente o indirettamente manifestata, e ciò a prescindere dall'esito, fausto o infausto, del trattamento sanitario praticato, "trattandosi di condotta che, quanto meno, realizza una illegittima coazione dell'altrui volere".
[55] Cassazione Civile, Sez. III, 14 marzo 2006, n. 5444.

L'orientamento appena riassunto è ineccepibile in quelle situazioni in cui il paziente, proprio per una parziale informazione, abbia perso la possibilità di scegliere soluzioni terapeutiche alternative "oggettivamente esistenti e percorribili".
Va comunque ricordato che la Suprema Corte ha, in contrasto con tale orientamento, ritenuto che in presenza di un atto terapeutico necessario e correttamente eseguito in base alle regole dell'arte, dal quale siano tuttavia derivate conseguenze dannose per la salute, ove tale intervento non sia stato preceduto da un'adeguata informazione del paziente circa i possibili effetti pregiudizievoli non imprevedibili, il medico può essere chiamato a risarcire il danno alla salute solo se il paziente dimostri, anche tramite presunzioni, che, ove compiutamente informato, egli avrebbe verosimilmente rifiutato l'intervento, non potendo altrimenti ricondursi all'inadempimento dell'obbligo di informazione alcuna rilevanza causale sul danno alla salute.[56]
Un'altra sentenza [57]critica "la diffusa e crescente enfatizzazione in chiave giuridica" della dottrina del consenso informato, che "l'ha trasformata da strumento di 'alleanza terapeutica' tra medico e paziente, teso al soddisfacimento dell'interesse comune di ottenere dalla cura il miglior risultato possibile, in fattore di elevata conflittualità giudiziaria, indotta dalla sempre maggiore diffidenza dei cittadini verso le strutture sanitarie e verso coloro che vi lavorano, cui si contrappone l'inquietante fenomeno della 'medicina difensiva', di cui è, tra l'altro, espressione comune l'ansiosa ricerca in tutti i nosocomi, pubblici e privati, di adesioni 'mutualistiche' sottoscritte dai pazienti nell'erronea supposizione di una loro totale attitudine esimente" e che "il medico è legittimato a sottoporre il paziente, affidato alle sue cure, al trattamento terapeutico che giudica necessario alla salvaguardia della salute dello stesso, anche in assenza di un esplicito consenso": conclusione che, secondo la sentenza, non trova la sua giustificazione soltanto nella "irrilevanza dell'adesione di volontà dell'infermo, ma soprattutto in altre ragioni che attengono propriamente alla natura intrinseca dell'attività sanitaria e al rilievo, anche costituzionale, a lei attribuito dall'ordinamento".
Con altra sentenza la Cassazione [58]aveva accolto la tesi in base alla quale sarebbe riduttivo fondare la legittimazione dell'attività medica sul consenso dell'avente diritto, "risultando la stessa di per sé legittima, ai fini della tutela di un bene, costituzionalmente garantito, quale il bene della salute, cui il medico è abilitato dallo Stato" e che "Il chirurgo preparato, coscienzioso, attento e rispettoso dei diritti altrui non opera per passare il tempo o sperimentare le sue capacità: lo fa perché non ha scelta, perché quello è l'unico giusto modo per salvare la vita del paziente o, almeno, migliorarne la qualità. Sembra lecito, allora, prospettare l'esistenza di uno stato di necessità generale e, per così dire, 'istituzionalizzato', intrinseco, cioè, ontologicamente, all'attività terapeutica. Ne consegue che quando il giudice di merito riconosce, in concreto, il concorso di tutti i requisiti occorrenti per ritenere l'intervento chirurgico eseguito con la completa e puntuale osservanza delle regole proprie della scienza e della tecnica medica, deve, solo per questa ragione, anche senza fare ricorso a specifiche cause di liceità codificate, escludere comunque ogni responsabilità penale dell'imputato, cui sia stato addebitato il fallimento della sua opera"
Il vigente Codice di deontologia medica approvato dalla FNOMCeO il 16 dicembre 2006 cha all'art. 35 afferma che "In ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona".
Il consenso informato rileva in definitiva sotto un duplice senso: da una parte l'informazione entra a far parte del rapporto contrattuale di cura me-

[56] Cassazione Civile, Sez. III, 9 febbraio 2010, n. 2847.
[57] Cassazione Penale, Sez. IV, 11 luglio 2001 n. 35822.
[58] Cassazione Penale, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 26446.

dica, quale elemento di valutazione del corretto adempimento dell'obbligazione assunta dal sanitario e dall'altra diviene espressione di diritti fondamentali della persona in quanto assicura al malato la possibilità di esercitare scelte esistenziali attinenti il proprio corpo.[59]

L'obbligo di informare pienamente il paziente, prescritto dal codice di deontologia medica, pur con le dovute cautele, non è soggetto a nessuna valutazione discrezionale e perciò comprende tutti gli aspetti diagnostici e prognostici dello stato di salute del paziente e quindi anche i rischi meno probabili (purché non del tutto anomali) in modo da consentire al cittadino di capire non solo il suo attuale stato, ma anche le eventuali malattie che possono svilupparsi, le percentuali di esito fausto ed infausto delle stesse, nonché il programma diagnostico per seguire l'evoluzione delle sue condizioni di salute; tale obbligo ha rilevanza giuridica perché integra il contenuto del contratto e qualifica la diligenza del professionista nell'esecuzione della prestazione e la sua violazione di esso può determinare la violazione di diritti fondamentali ed inviolabili della persona, quali la libertà personale.[60]

I giudici di legittimità [61]hanno rilevato che la correttezza o meno del trattamento non assume alcun rilievo ai fini della sussistenza dell'illecito per violazione del consenso informato, in quanto è del tutto indifferente ai fini della configurazione della condotta omissiva dannosa e dell'ingiustizia del fatto, la quale sussiste per la semplice ragione che il paziente, a causa del deficit di informazione, non è stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni, con la conseguenza che tale trattamento non può dirsi avvenuto previa prestazione di un valido consenso ed appare eseguito in violazione tanto dell'art.32, comma secondo, della Costituzione (a norma del quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge), quanto dell'art. 13 Cost. (che garantisce l'inviolabilità della libertà personale con riferimento anche alla libertà di salvaguardia della propria salute e della propria integrità fisica), e dell'art. 33, legge 23 dicembre 1978, n.833 (che esclude la possibilità d'accertamenti e di trattamenti sanitari contro la volontà del paziente, se questo è in grado di prestarlo e non ricorrono i presupposti dello stato di necessità ex art. 54 c.p.).

Sempre più è diventato automatico, in presenza di una incontrovertibile dimostrazione del difetto del consenso informato, per la Cassazione riconoscere le ragioni creditorie dei parenti della vittima.[62]

Va detto, infine, che i casi in cui la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto configurabile il dolo eventuale nell'ambito medico sono accomunati dal contesto di base sostanzialmente illecito: nell'ipotesi in cui il medico abbia carpito il consenso in relazione ad una modalità esecutiva dell'intervento a priori oggettivamente non attuabile.[63]

La distribuzione dell'onere probatorio in merito al rispetto del dovere di informazione ha subito nel tempo una evoluzione spostandosi dal paziente[64]al medico che deve provare di avere raccolto il consenso informato.[65]

Concludendo, la posizione della giurisprudenza di Cassazione in materia di responsabilità per violazione dell'obbligo di informare il paziente sulla natura dell'intervento, sulla portata ed estensione dei suoi risultati e sulle possibilità e probabilità dei risultati conseguibili è ormai chiara e vede ancora il medico sotto "attacco".

---

[59] Cassazione Civile, Sez. III, 25 novembre 1994 n. 10014; Cassazione Civile, Sez. III, 9 febbraio 2010 n.2847.

[60] Cassazione Civile, Sez. III, 2 febbraio 2010, n. 2354.

[61] Cassazione Civile, Sez. III, 25 novembre 1994, n. 10014; Cass. civ., Sez. III, 14 marzo 2006, n. 5444.

[62] Cassazione Civile, SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 582; Cassazione Civile, SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 577.

[63] Cassazione Penale, Sez. IV, 8 giugno 2010, n. 21799.

[64] Cassazione Civile, Sez. III, 25 novembre 1994, n. 10014.

[65] Cassazione Civile, Sez. III, 23 maggio 2001, n. 7027; Cassazione Civile, Sez.III,14 marzo 2006, n. 5444.

6. La natura dell'obbligazione

Dal punto di vista giuridico, il rapporto tra medico e utente è un contratto d'opera intellettuale, regolato dagli articoli 2229 - 2238 del codice civile.

Nel contratto di prestazione di opera intellettuale, quale è l'attività medica, le obbligazioni assunte dal professionista sono obbligazioni di mezzi in base alle quali il medico si obbliga a prestare la propria opera, sic et simpliciter, a prescindere dal conseguimento della finalità della guarigione.

L'orientamento tradizionale della giurisprudenza, muovendo dalla prevalente considerazione che l'obbligazione del sanitario è obbligazione di mezzi, fa pesare sul danneggiato l'onere di provare il titolo e cioè il contratto dal quale scaturisce l'obbligazione nonché la scadenza del termine per l'adempimento e la prova dell'inesatto adempimento (se la considerasse obbligazione di risultato, per cui il medico sarebbe tenuto a realizzare una determinata finalità a prescindere dagli strumenti impiegati, graverebbe proprio sul medico l'onere della prova del fatto estintivo dell'obbligazione e sul danneggiato la semplice allegazione dell'inadempimento).

Va però detto che la Cassazione, già dal 1985, ha sollevato dubbi circa il dualismo esistente tra le due tipologie di responsabilità, così come elaborate dalla dottrina e ha affermato che la mancata realizzazione del risultato è di per sé un elemento identificativo della negligenza.[66]

Con altre sentenze ha ritenuto per il medico obbligazione di risultato l'intervento per ***provocare la definitiva infertilità di una paziente.***[67]

Valutazioni assolutamente più rigorose, tali da configurare un'obbligazione di risultato (risultato sperato dal paziente), venivano fatte nel settore della chirurgia estetica.[68]

Anche in caso di interventi routinari o comunque di non difficile esecuzione cui faccia seguito un risultato (inaspettatamente) peggiorativo delle condizioni del paziente, la Cassazione ha più volte affermato che "*la dimostrazione da parte del paziente dell'aggravamento della sua situazione patolo-*

---

[66] Cassazione Civile, Sez. III, 6 febbraio 1998, n.1280.

[67] Cassazione Civile, Sez .III, 10 dicembre 1979, n.6416 "la obbligazione assunta dal medico consistente nel provocare la definitiva infertilità di una paziente è, come tale, di risultato " "a differenza dell'obbligazione di mezzi, la quale richiede al debitore soltanto la diligente osservanza del comportamento pattuito, indipendentemente dalla sua fruttuosità rispetto allo scopo perseguito dal creditore, nell'obbligazione di risultato ,nella quale il soddisfacimento effettivo dell'interesse di una parte è assunto come contenuto essenziale ed irriducibile della prestazione, l'adempimento coincide con la piena realizzazione dello scopo perseguito dal creditore, indipendentemente dall'attività e dalla diligenza spiegate dall'altra parte per conseguirlo" e
Cassazione Civile, Sez. III, 10 settembre 1999, n.9617"L'obbligazione assunta dal medico, consistente nel provocare la definitiva infertilità di una paziente è, come tale ,di risultato e non di mezzi. In tal caso l'obbligazione di risultato può considerarsi adempiuta solo quando si sia realizzato l'evento previsto come conseguenza dell'attività esplicata dal debitore, nell'identità di previsione negoziale e nella completezza quantitativa e qualitativa degli effetti previsti, e, per converso, non può ritenersi adempiuta se l'attività dell'obbligato, quantunque diligente, non sia valsa a far raggiungere il risultato previsto. Ne deriva che una volta che sia provata la mancanza del risultato, va riconosciuto l'inadempimento del medico stesso, anche quale presupposto della risoluzione del contratto d'opera professionale".

[68] Cassazione Civile, Sez.III, 6 ottobre 1997, n. 9705 " In tema di terapia chirurgica, affinché il paziente sia in grado di esercitare consapevolmente il diritto, che la Carta Costituzionale gli attribuisce, di scegliere se sottoporsi o meno all'intervento, incombe sul sanitario uno specifico dovere di informazione circa i benefici e le modalità dell'operazione, nonché circa i rischi prevedibili in sede post-operatoria; dovere questo che, nel campo della chirurgia estetica, ove si richiede che il paziente consegua un effettivo miglioramento del suo aspetto fisico globale, è particolarmente pregnante; con la conseguenza che l'omissione di tale dovere, al di la della riuscita dell'intervento previsto ed indipendentemente dalla natura di mezzi dell'obbligazione di prestazione d'opera professionale, non esonera il sanitario da responsabilità, sia contrattuale che extracontrattuale, qualora si verifichi - come esito dell'intervento stesso - un evento dannoso ".
In senso conforme: Cassazione civile, Sez .III, 8 aprile 1997, n.3046; Cassazione civile, Sez. III, 25 novembre 1994, n.10014; Cassazione civile, Sez. II, 8 agosto 1985, n.4394; Cassazione civile, Sez. III, 18 giugno 1975, n.2439.

gica o l'insorgenza di nuove patologie è idonea a fondare una presunzione semplice in ordine all'inadeguata o negligente prestazione, spettando all'obbligato fornire la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile".

Tale principio, elaborato in generale per tutte le ipotesi di responsabilità contrattuale, è stato ulteriormente specificato dalla giurisprudenza di legittimità, con riferimento alla responsabilità sanitaria, in virtù del principio della ««vicinanza della prova», secondo cui compete al medico, che è in possesso degli elementi utili e del bagaglio conoscitivo necessario, provare l'esatto adempimento o l'incolpevole inadempimento.[69]

Nella obbligazione di mezzi trova applicazione la norma di cui all'art. 1176 c.c.[70], per cui il debitore deve provare che il suo comportamento sia stato diligente; mentre nella ipotesi della obbligazione di risultato si applica l'art. 1218 c.c.[71]con la conseguenza che la diligenza adoperata dal debitore è irrilevante ai fini della esclusione della responsabilità circa i risultati raggiunti.

Questo nuovo indirizzo ha segnato nei fatti il superamento della distinzione tra obbligazione di mezzo e di risultato con riguardo all'obbligazione del medico[72], giungendo addirittura a configurare una obbligazione di «quasi risultato».[73]

La conseguenza di siffatto approccio, ormai indiscusso, è che il paziente che agisce in giudizio, deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria, deve provare il contratto ed allegare l'inadempimento del sanitario, restando a carico del medesimo l'onere di provare l'esatto adempimento o la particolare difficoltà della prestazione.

Di conseguenza il medico, ai fini della obbligazione assunta, risponderebbe della adeguatezza o meno del proprio comportamento professionale e non dei risultati raggiunti.

Altra giurisprudenza ha tenuto in considerazione diversi fattori che non si riducono alla contrapposizione classica fra obbligazione di mezzi o di risultato, infatti si è sostenuto che nel caso di intervento di facile esecuzione non si verifica un passaggio da obbligazione di mezzi a obbligazione di risultato, ma opera il principio della "res ipsa loquitur" applicato dagli ordinamenti anglosassoni, inteso come evidenza circostanziale che crea una deduzione di negligenza.

La Cassazione Civile, Sez.III,19 aprile 2006 n.9085 afferma che l'obbligazione professionale è "un'obbligazione di mezzi" e sempre la Cassazione Civile, Sez.III, 13 aprile 2007, n.8826, ritiene che *non sussistano "argomentazioni sostanziali" nella tradizionale distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato.*

Le Sezioni Unite, a più riprese, sono intervenute a delineare una nuova prospettiva in cui la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi risulta perdere ogni rilievo ai fini della responsabilità civile del professionista.[74]

---

[69] Cassazione Civile, Sez. III, 21 giugno 2004, n.11488; Cassazione Civile, Sez. III, 28 maggio 2004 n.10297

[70] Art. 1176 c.c. – Diligenza nell'adempimento – Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata.

[71] Art. 1218 c.c. – Responsabilità del debitore – Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

[72] Cassazione Civile, Sez.III, 13 aprile 2007, n.8826; Cassazione Civile, Sez.III, 19 maggio 2004, n.9471.

[73] Cassazione Civile, Sez. III, 21 dicembre 1978, n.6141.

[74] Cass. civ., Sez. un., 28 luglio 2005, n. 15781 "Innanzitutto è opinione della Corte che la distinzione, finora seguita dalla giurisprudenza, fra obbligazioni di mezzi e di risultato non possa continuare ancora a costituire il criterio risolutivo della problematica relativa all'applicabilità dell'art. 2226 c.c. alle obbligazioni d'indole intellettuale, alla luce dei principi in tema di responsabilità contrattuale del professionista intellettuale, della disamina dei casi più salienti portati all'esame del giudice di legittimità, della posizione della dottrina e della legislazione comparata, tenuto conto anche, in riferimento alle prestazioni professionali d'indole conforme a

quelle oggetto di controversia, le frequenti possibilità di commistione delle diverse obbligazioni (in capo al medesimo o a diversi soggetti) in vista del medesimo scopo finale, rispetto al quale diversità di disciplina normativa e conseguenti responsabilità, relativi limiti e oneri probatori potrebbero apparire ingiustificati e forieri di confusione."
Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577 "Come insegna la definizione tradizionale, nelle obbligazioni di mezzi la prestazione dovuta prescinde da un particolare esito positivo dell'attività del debitore, che adempie esattamente ove svolga l'attività richiesta nel modo dovuto. In tali obbligazioni è il comportamento del debitore ad essere in obbligazione, nel senso che la diligenza è tendenzialmente considerata quale criterio determinativo del contenuto del vincolo, con l'ulteriore corollario che il risultato è caratterizzato dall'aleatorietà, perché dipende, oltre che dal comportamento del debitore, da altri fattori esterni oggettivi o soggettivi. Nelle obbligazioni di risultato, invece, ciò che importa è il conseguimento del risultato stesso, essendo indifferente il mezzo utilizzato per raggiungerlo. La diligenza opera solo come parametro, ovvero come criterio di controllo e valutazione del comportamento del debitore: in altri termini, è il risultato cui mira il creditore, e non il comportamento, ad essere direttamente in obbligazione. Tale impostazione non è immune da profili problematici, specialmente se applicata proprio alle ipotesi di prestazione d'opera intellettuale, in considerazione della struttura stessa del rapporto obbligatorio e tenendo conto, altresì, che un risultato è dovuto in tutte le obbligazioni. In realtà, in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile, sicchè molti Autori criticano la distinzione poichè in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo, come l'impegno che il debitore deve porre per ottenerlo. Dalla casistica giurisprudenziale emergono spunti interessanti in ordine alla dicotomia tra obbligazione di mezzi e di risultato, spesso utilizzata al fine di risolvere problemi di ordine pratico, quali la distribuzione dell'onere della prova e l'individuazione del contenuto dell'obbligo, ai fini del giudizio di responsabilità, operandosi non di rado, per ampliare la responsabilità contrattuale del professionista, una sorta di metamorfosi dell'obbligazione di mezzi in quella di risultato, attraverso l'individuazione di doveri di informazione e di avviso (cfr. segnatamente, per quanto riguarda la responsabilità professionale del medico: Cass. 19.5.2004, n. 9471), definiti accessori ma integrativi rispetto all'obbligo primario della prestazione, ed ancorati a principi di buona fede, quali obblighi di protezione, indispensabili per il corretto adempimento della prestazione professionale in senso proprio.Sotto il profilo dell'onere della prova, la distinzione (talvolta costruita con prevalente attenzione alla responsabilità dei professionisti intellettuali e dei medici in particolare) veniva utilizzata per sostenere che mentre nelle obbligazioni di mezzi, essendo aleatorio il risultato, sul creditore incombesse l'onere della prova che il mancato risultato era dipeso da scarsa diligenza, nelle obbligazioni di risultato, invece, sul debitore incombeva l'onere della prova che il mancato risultato era dipeso da causa a lui non imputabile. Ma anche sotto tale profilo la distinzione è stata sottoposta a revisione sia da parte della giurisprudenza che della dottrina. Infatti, come detto, questa Corte (sent. n. 13533/2001) ha affermato che il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c. in materia di responsabilità contrattuale (in conformità a criteri di ragionevolezza per identità di situazioni probatorie, di riferibilità in concreto dell'onere probatorio alla sfera di azione dei singoli soggetti e di distinzione strutturale tra responsabilità contrattuale e da fatto illecito) è identico, sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione, ex art. 1453 c.c., sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale, ex art. 1218 c.c., senza richiamarsi in alcun modo alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato".

7. I termini prescrive

L'aumentata attenzione verso una sempre più crescente tutela del malato ha portato a risolvere la questione e condotto verso una ormai pressocchè pacifica e generalizzata concezione contrattuale della responsabilità medica**,** con il relativo termine decennale per la prescrizione**.**

E questo sia quando viene ricondotta alla casa di cura, sia quando viene addebitata al singolo medico dipendente.

La Suprema Corte**,** su questo punto, si è espressa con un paio di pronunce, in sostanza molto simili.

Ed ha posto il principio secondo cui "***il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno di chi assume di aver contratto per contagio una malattia per fatto doloso o colposo di un terzo decorre, a norma degli art. 2935 e 2947 del codice civile, non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione che produce il danno altrui, ma dal momento in cui viene percepita o può essere percepita, quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l'ordinaria oggettiva diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche".***

In parole povere, secondo la Cassazione, il decorso del termine di prescrizione dovrebbe ricollegarsi alla sostanziale percezione che il danneggiato ha del danno subito.
Il primo evidente ampliamento dell'area di tutela del malato è costituito dal raddoppio dei termini prescrizionali dell'azione di responsabilità, che passano da cinque a dieci anni, con l'importante precisazione che il *dies a quo* dal quale la prescrizione comincia a decorrere è quello in cui la malattia viene percepita come danno ingiusto conseguente all'altrui condotta dolosa o colposa, ovvero può essere percepita come tale da un soggetto di media diligenza, sulla base delle comuni conoscenze scientifiche del tempo[75].

8. La ricostruzione del nesso causale

Soprattutto con riguardo a danni rapportabili ad eventi lontani nel tempo, ad eziologia plurima o in cui la catena causale presenta anelli difficilmente sussumibili sotto leggi scientifiche universalmente accettate, viene dato ingresso, ad opera del formante giurisprudenziale, a spiegazioni del meccanismo causale secondo modelli di probabilità induttiva più o meno elevata.
Questo "standard di certezza probabilistica" è stato ormai legittimato anche dalle Sezioni Unite Civili della Suprema Corte[76], le quali, peraltro, hanno precisato che l'attendibilità delle risultanze "della determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana)" deve trovare conferma attraverso la verifica degli elementi probatori acquisiti nello specifico caso concreto e nella esclusione di altre possibili alternative, facendo ricorso altresì alla "c.d. probabilità logica o baconiana".
La ricostruzione del nesso causale secondo il principio del "più probabile che non" viene dunque ampiamente utilizzata non solo nella sua "versione forte", secondo la quale le evidenze statistiche costituiscono una base indiziaria che deve essere avvalorata dalla esclusione di fattori causali alternativi, sulla base di un elevato grado di credibilità razionale, ma anche nella sua "versione debole", secondo cui è sufficiente quale criterio di imputazione causale anche la mera causalità generale che sia tale da evidenziare, in base a rilevazioni statistiche o epidemiologiche un aumento (di norma pari o superiore al 50%) del rischio di danno.
Nel processo penale valgono la regola della prova "oltre ogni ragionevole dubbio" ed il principio "*in dubio pro reo*" per cui è necessario che la spiegazione causale poggi su riscontri scientifici certi e riconosciuti, mentre in ambito civile, essendo più rilevante il riconoscimento del danno può essere accettata una spiegazione causale che poggi su basi probabilistiche, dati statistici ed esperienziali, sul principio del "più probabile che non".
Nell'ambito della responsabilità professionale civile, qualora sia "*più probabile che non*" – sulla base di una legge scientifica o statistica di copertura – che dalla commissione di una determinata azione segua un determinato danno, si potrà considerare provato il nesso di causalità tra la condotta del sanitario e il danno medesimo.[77]
Alla luce di tutte tali considerazioni offerte dalle posizioni assunte dalle maggiori autorità giurisprudenziali, sia interne che comunitarie, il nesso

[75] Cassazione Civile, Sez. III, 24 marzo 1979, n.1716; Cassazione Civile, SS.UU., 11 gennaio 2008, n.581
[76] Cassazione Civile, SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 576; Cassazione Civile, SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 581.

[77] Già in tali termini si era espressa Cassazione Civile, Sez.III, 4 marzo 2004, n.4400 stabilendo che: "l'inadempimento del professionista ed il danno patito dal cliente sono causalmente collegati nel caso in cui venga dimostrato che il cliente avrebbe conseguito il risultato sperato in virtù del diligente adempimento da parte del professionista. Tale accertamento, avendo ad oggetto fatti che non si sono verificati o non possono più verificarsi, deve fondarsi non su un giudizio di certezza assoluta, ma anche soltanto di ragionevole probabilità. Il nesso causale tra la condotta omissiva del medico e la morte del paziente può ritenersi sussistente quando ricorrono due requisiti: a) la ragionevole probabilità che, se il medico avesse tenuto la condotta omessa, il paziente si sarebbe salvato; b) la mancanza di prova della preesistenza, concomitanza o sopravvenienza di altri fattori determinanti il danno finale."

eziologico nel versante della responsabilità civile può essere ritenuto sussistente non solo quando il danno rappresenti la conseguenza inevitabile e assolutamente certa della condotta, ma anche quando ne sia conseguenza altamente probabile e verosimile ("*più probabile che non*").

Il rapporto causale sussiste, dunque, anche quando l'opera del professionista, se correttamente e prontamente svolta, avrebbe avuto non già la certezza, bensì serie ed apprezzabili possibilità di successo.[78]

Si segnala, ad esempio, altra sentenza[79] che stabilisce:"*In tema di nesso di causalità, non è sufficiente che il giudice accerti che senza la condotta dell'uomo, l'evento non si sarebbe verificato soltanto con apprezzabili probabilità, in quanto il rapporto causale richiede, invece, un più alto grado di probabilità o di credibilità razionale, vicino alla certezza."*

In ambito di responsabilità medica, se d'altronde può essere siffattamente conseguita la certezza scientifica del rapporto tra un'azione incongrua e un danno iatrogeno, più indaginosa è la valutazione dei comportamenti omissivi di non intervento o di desistenza.

A fronte di un orientamento giurisprudenziale che richiedeva che la presenza del nesso causale tra condotta ed evento venisse accertata in base ad un alto grado di probabilità logica ovvero con elevata credibilità razionale, cioè con una probabilità vicina alla certezza[80], altra parte della giurisprudenza faceva riferimento a criteri più elastici, considerando sufficiente "una seria ed apprezzabile probabilità di successo"[81] o anche "una limitata, purché apprezzabile, probabilità di successo, indipendentemente da una determinazione matematica di questa percentuale"[82].

Le Sezioni Unite[83]hanno stabilito che non è corretto dedurre con immediatezza dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma o meno dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale: il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dei dati disponibili, tanto da rendere certa la convinzione che la condotta è stata realmente la condizione necessaria dell'evento lesivo con alto grado di credibilità razionale o probabilità logica.

Quindi l'accertamento del nesso causale deve essere ancorato a giudizi di carattere probabilistico non soltanto statistici, ma anche logici con la puntuale verifica della legge statistica rispetto al caso concreto[84].

L'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio del nesso causale e quindi il ragionevole dubbio sulla condotta del medico rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell'ipotesi dell'accusa e l'esito assolutorio del giudizio penale[85].

Alla luce dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale "quasi certezza" (ovvero alto grado di credibilità razionale), "probabilità relativa" e "possibilità (o chance)" sono, dunque, le tre categorie concettuali che, oggi, presiedono all'indagine sul nesso causale nei vari rami dell'ordinamento.

In particolare, la giurisprudenza ha delineato una "scala discendente"[86] di valori (cui si accompagna un diverso metro di valutazione del nesso causale), che vede sul gradino più alto la causalità penale, dominata dal percorso di credibilità razionale; ad un livello inferiore la causalità civile "ordinaria", attestata sul versante della probabilità relativa (o "variabile") e, dunque, caratte-

[78] Cassazione Civile, Sez. III, 18 aprile 2005, n. 7997; conforme: Cassazione Civile, Sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400.

[79] Cassazione Penale, Sez. IV, 13 febbraio 2002,n. 5716.

[80] Cassazione Penale, Sez. IV, 9 marzo 2001, n. 9780; Cassazione Penale, Sez. IV, 16 gennaio 2002, n.1585.

[81] Cassazione Penale, Sez. IV, 13 febbraio 2002, n. 5716; Cassazione Penale, Sez. IV, 02 giugno 2000 n. 6511.

[82] Cassazione Penale, Sez. IV, 18 gennaio 1995, n. 360.

[83] Cassazione Penale, SS.UU.,10 luglio 2002, n. 30328.

[84] Cassazione Penale, Sez. IV, 23 gennaio 2002, n. 106.

[85] Cassazione Penale, SS.UU., 10 luglio 2002, n. 30328.

[86] Cassazione Civile, Sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619.

rizzata dall'accedere ad una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella penale; al terzo gradino, sempre nell'orbita del sottosistema civilistico, residuerebbe la causalità da perdita di chance, la quale si pone sul fronte della 'mera possibilità' di conseguimento di un certo risultato sperato (es. la guarigione del paziente), da intendersi, rettamente, non come mancato conseguimento di un risultato soltanto possibile, bensì, come sacrificio della concreta ed effettiva 'possibilità di conseguirlo', quale bene a sé stante, diritto 'attuale', autonomo e diverso rispetto a quello alla salute.

Fondamentale risulta sul punto la sentenza della Cassazione Civile, Sez. III, 16 ottobre 2007, n.21619.[87]

[87] "In particolare, le sezioni unite penali, nella sentenza F., evidenziano come lo schema condizionalistico disegnato dagli artt. 40 e 41 c.p. vada ad integrarsi con il criterio della sussunzione sotto leggi scientifiche, onde fornire garanzie di determinatezza alla fattispecie mercè la ricerca e l'approdo ad un indissolubile legame della causalità con i dati oggettivi che discendono dalle leggi scientifiche stesse. Disattesa, così, la ricostruzione della causalità in termini di "serie e apprezzabili possibilità di successo" (che viene definita "nozione debole della causalità giuridica"), …., e prese le distanze dall'orientamento della "probabilità prossima alla certezza" …, le SS.UU. adottano, nella sostanza, l'orientamento intermedio dell'elevato grado di credibilità razionale dell'accertamento giudiziale; così tracciando definitivamente il confine tra probabilità statistica e probabilità logica: ("non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma o meno dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poichè il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza probatoria, disponibile"). L'incipit di ogni indagine in tema di nesso causale, difatti, ne propone ad ogni passo "l'accertamento", ogni scritto sul tema della causalità anela "all'accertamento del nesso causale", muovendo così, del tutto inconsapevolmente, su di un terreno già assai scivoloso, se lo stesso sintagma "accertamento del nesso causale" cela una prima, latente insidia lessicale, dacchè ogni "accertamento" postula e tende ad una operazione logico-deduttiva o logico-induttiva che conduca ad una conclusione, appunto, "certa"; mentre un'indagine, per quanto rigorosa, funzionale a predicarne l'esistenza sul piano del diritto, si arresta, sovente, quantomeno in sede civile, sulle soglie del giudizio probabilistico (sia pur connotato da un diverso livello di intensità, dalla "quasi certezza" alla "seria ed apprezzabile possibilità"). Se, in altri termini, in tema di responsabilità medica, il comportamento del sanitario è astrattamente configurabile in termini di gravissima negligenza, ma il paziente muore (illico et immediate, e prima che la negligenza possa spiegare i suoi effetti causali sull'evoluzione del male) per altra patologia, del tutto (o anche solo "probabilmente") indipendente dal comportamento del sanitario stesso, l'indagine sulla colpevolezza di questi è preclusa dalla interruzione del nesso causale tra il suo comportamento (omissivo o erroneamente commissivo) e l'evento. La relazione che lega nesso causale e colpa è, dunque, la stessa che collega la probabilità alla prevedibilità, concetti afferenti dimensioni diverse di valutazione e di giudizio, se si consideri che anche ciò che è Improbabile ben può essere prevedibile. In questo modo, il nesso causale diviene la misura della relazione probabilistica concreta (e svincolata da ogni riferimento soggettivo) tra comportamento e fatto dannoso (quel comportamento e quel fatto dannoso) da ricostruirsi anche sulla base dello scopo della norma violata, mentre tutto ciò che attiene alla sfera dei doveri di avvedutezza comportamentale (o, se si vuole, di previsione e prevenzione, attesa la funzione - anche - preventiva della responsabilità civile, che si estende sino alla previsione delle conseguenze a loro volta normalmente ipotizzabili in mancanza di tale avvedutezza) andrà più propriamente ad iscriversi entro l'orbita soggettiva (la colpevolezza) dell'illecito.
Non è illegittimo immaginare, allora, una "scala discendente", così strutturata:
1) in una diversa dimensione di analisi sovrastrutturale del (medesimo) fatto, la causalità civile "ordinaria", attestata sul versante della probabilità relativa (o "variabile"), caratterizzata, specie in ipotesi di reato commissivo, dall'accedere ad una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella penale, secondo modalità semantiche che, specie in sede di perizia medico-legale, possono assumere molteplici forme espressive ("serie ed apprezzabili possibilità", "ragionevole probabilità" ecc.), senza che questo debba, peraltro, vincolare il giudice ad una formula peritale, senza che egli perda la sua funzione di operare una selezione di scelte giuridicamente opportune in un dato momento storico: senza trasformare il processo civile (e la verifica processuale in ordine all'esistenza del nesso di causa) in una questione di verifica (solo) scientifica demandabile tout court al consulente tecnico: la causalità civile, in definitiva, obbedisce alla logica del "più probabile che non";
2) in una diversa dimensione, sempre nell'orbita del sottosistema civilistico, la causalità da perdita di chance, attestata tout court sul versante della mera possibilità di conseguimento di un diverso risultato terapeutico, da intendersi, rettamente, non come mancato conseguimento di un risultato soltanto possibile, bensì come sacrificio della possibilità di conseguirlo, inteso tale aspettativa (la guarigione da parte

Le principali teorie sulle cause degli inadempimenti toccano la teoria della causalità naturale, in base alla quale è causa di un evento l'insieme delle condizioni necessarie e sufficienti per produrlo; la teoria della causalità adeguata, in base alla quale invece la condotta umana è causa soltanto degli effetti che, al momento in cui si svolse, erano da ritenersi probabili secondo l'*id quod plerumque accidit* e non di quelli che, di regola, non si verificano; la teoria della causalità umana, in base alla quale la condotta umana è causa dell'evento quando ne costituisce *conditio* sine qua non e l'evento rientra nella sfera di dominabilità dell'uomo in base ai suoi poteri conoscitivi e volitivi e quindi non sia dovuto all'intervento di fattori eccezionali (e in base alla quale, ancor di più, avrebbe dovuto escludersi il nesso di causalità, in quanto non era certo prevedibile, da parte dell'agente, un evento quale quello verificatosi)."

Si deve sottolineare come la giurisprudenza civile, pur non senza oscillazioni, si è attestata in prevalenza sulla linea di principio secondo cui tutti gli antecedenti causali in mancanza dei quali non si sarebbe verificato l'evento lesivo assumono rilievo eziologico, abbiano essi agito in via diretta o soltanto mediata, salvo il temperamento normativo della "causa prossima da sola sufficiente a produrre l'evento".

Tutte le azioni od omissioni, infatti, hanno efficienza causativa del danno, se nella concatenazione degli avvenimenti hanno determinato una situazione tale che l'evento, sebbene prodotto direttamente dalla causa avvenuta per ultima, non si sarebbe verificato in assenza di esse.

Logico corollario che ne deriva è che per escludere che una determinata causa abbia cagionato un evento, non basta affermare che questo avrebbe potuto verificarsi in assenza di essa, ma occorre dimostrare, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso concreto, che l'evento si sarebbe effettivamente verificato anche in assenza di quell'antecedente per una causa sopravvenuta indipendente da esso, ed operante con assoluta autonomia, eccezionalità ed atipicità, sì da spezzare ogni legame con le cause antecedenti, relegandole al rango di mere occasioni[88].

Quando, poi, l'evento dannoso o pericoloso si ricolleghi ad una pluralità di azioni o di omissioni, coeve o succedutesi nel tempo, in virtù del ricordato art. 40 c.p. tutte hanno uguale valore causale, senza distinzione tra cause mediate ed immediate, dirette ed indirette, precedenti e successive.

In giurisprudenza si è quindi riconosciuta la sussistenza di un valido nesso causale tra condotta e evento allorché ricorrano due condizioni: che la condotta abbia costituito un antecedente necessario dell'evento, nel senso che questo rientri tra le conseguenze "normali" del fatto; che l'antecedente medesimo non sia poi neutralizzato, sul piano eziologico, dalla sopravvenienza di un fatto di per sé idoneo a determinare l'evento.[89]

Non sono mancate comunque pronunce che, con lo sguardo rivolto al concetto di giudizio probabilistico ex ante, hanno sposato tout court la teoria della causalità adeguata. La teoria della causalità adeguata, pur essendo stata la più seguita dalla giurisprudenza, sia civile che penale, non è andata esente da critiche da parte della dottrina, che non ha mancato di sottolineare che il giudizio di causalità

del paziente) come "bene", come diritto attuale, autonomo e diverso rispetto a quello alla salute.

Quasi certezza (ovvero altro grado di credibilità razionale), probabilità relativa e possibilità sono, dunque, in conclusione, le tre categorie concettuali che, oggi, presiedono all'indagine sul nesso causale nei vari rami dell'ordinamento."

[88] Cassazione Civile, Sez. III, 22 ottobre 2003, n. 15789.

[89] Ex multis: Cassazione Civile, Sez. III, 15 febbraio 2003, n.2312; Cassazione Civile, Sez. III, 22 ottobre 2003, n.15789; Cassazione Civile, Sez. III, 10 maggio 2000, n.5962

adeguata, ove venisse compiuto con valutazione ex ante ed in concreto, verrebbe a coincidere con il giudizio di accertamento della sussistenza dell'elemento soggettivo.
E' utile rammentare infine come la più recente giurisprudenza abbia fatto spesso applicazione della teoria condizionalistica di sussunzione sotto leggi scientifiche in virtù della quale si sostiene che un antecedente può essere configurato come condizione necessaria dell'evento solo a patto che rientri nel novero di quegli antecedenti che, sulla base di una successione regolare conforme ad una legge dotata di validità scientifica (legge generale di copertura della condotta o dell'evento) portano ad eventi del tipo di quello verificatosi in concreto.

9. Il c.d. «decreto Bersani»

Le modalità per la determinazione del compenso, dovuto per l'attività professionale svolta dall'avvocato, sono regolamentate dall'art. 2233 c.c.
L'art. 24 della legge 13 giugno 1942, n. 794 "Onorari di avvocato e di Procuratore per prestazioni giudiziali in materia civile" disponeva che: «Gli onorari e i diritti stabiliti per le prestazioni dei procuratori e gli onorari minimi stabiliti per le prestazioni degli avvocati sono inderogabili. Ogni convenzione contraria è nulla».
Per ridurre i costi dei processi e nel rispetto di alcuni principi della Comunità Europea tesi a favorire la libera concorrenza favorendo la comparazione delle prestazioni offerte sul mercato e la libertà di circolazione dei professionisti, tale norma è stata abrogata dalla Legge n. 248 del 4 agosto 2006 (c.d. «decreto Bersani») che, tra l'altro, ha apportato importanti modifiche al sistema tariffario, eliminando il principio dell'assoluto rispetto dei minimi tariffari e legittimando i patti di quota lite, da redigersi in forma scritta a pena di nullità, ed il cd "palmario".
Va ricordato che prima di questa Legge il terzo comma dell'articolo 2233 c.c. stabiliva che "gli avvocati, i procuratori e i patrocinatori non possono, neppure per interposta persona, stipulare con i loro clienti alcun patto relativo ai beni che formano oggetto delle controversie affidate al loro patrocinio, sotto pena di nullità e dei danni".
Tale legge prevede poi per l'avvocato la possibilità di pubblicizzare le caratteristiche del servizio offerto e il prezzo delle prestazioni.
Il "patto di quota lite" [90]è un accordo tra avvocato e cliente in base al quale si attribuisce al primo, quale compenso della sua attività professionale, una parte (quota) del valore dei beni o diritti in lite.
Il palmario indica il compenso di carattere straordinario spettante al difensore, in caso di esito vittorioso del giudizio[91]stante l'importanza e la difficoltà della prestazione professionale ed anche il valore della controversia[92].
In adempimento del Decreto Bersani, il Consiglio Nazionale Forense ha provveduto a modificare l'art. 45 (articolo modificato con delibera 18.01.2007 e 12.06.2008) del codice deontologico, oggi rubricato "accordi sulla definizione del compenso", che consente all'avvocato di "pattuire con il cliente compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti, fermo il divieto dell'articolo 1261 c.e. e sempre che i compensi siano proporzionati all'attività svolta, fermo il principio disposto dall'art. 2233 del Codice civile"[93].
Tale articolo nella versione precedente sanciva una responsabilità anche disciplinare per l'avvocato che non si attenesse al "tariffario forense"[94], stabilendo il divieto della "pattuizione

[90] Una definizione del "patto di quota lite" è contenuta nel Codice deontologico europeo CCBE: "è una convenzione intercorsa tra l'avvocato e il cliente, prima della conclusione definitiva di un affare riguardante il cliente stesso, in base al quale il cliente si obbliga a versare all'avvocato una parte del risultato ottenuto, sia essa una somma di denaro o qualsiasi altro bene o valore".
[91] Cassazione Civile, Sez. II, 25 giugno 1955, n.1981.
[92] Cassazione Civile, Sez. II, 18 giugno 1986, n. 407.
[93] Delibera del 12 giugno 2008, n. 15 del Consiglio Nazionale Forense.
[94] Ministero della Giustizia, Decreto 8 aprile 2004 n.127 "Regolamento recante determinazione degli onorari, dei diritti e delle indennità spettanti agli avvocati per le prestazioni

diretta ad ottenere, a titolo di corrispettivo della prestazione professionale, una percentuale del bene controverso ovvero una percentuale rapportata al valore della lite".

La Corte di Giustizia Europea**,** Grande Sezione con Sentenza del 29 marzo 2011 ha sancito che il rispetto delle " tariffe massime in materia di onorari non viola gli articoli 43 e 49 del Trattato CE, perchè non è d'ostacolo all'accesso al mercato e, dunque, alla concorrenza".

La Commissione europea aveva chiesto alla Corte di Bruxelles di "constatare che, prevedendo disposizioni che impongono agli avvocati l'obbligo di rispettare tariffe massime, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE".

Il Decreto Legge 24 gennaio 2012, n. 1 "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività" convertito con Legge 24 marzo 2012, n.27 (Supplemento ordinario n. *53* alla Gazzetta Ufficiale n.*71 del 24-3-2012*) prevede la modifica del sistema di determinazione del compenso per l'attività degli avvocati.

Infatti all'articolo 9 abroga le tariffe, eliminando il "sistema tariffario professionale" speciale per gli avvocati e per tutte le altre professioni regolamentate.

Il compenso professionale deve essere stabilito, normalmente, con accordo tra l'avvocato ed il cliente, stipulando un vero e proprio contratto, o altrimenti direttamente dal giudice vincolata all'applicazione dei parametri ministeriali.

Tale norma prosegue l'operazione di «liberalizzazione» in materia di determinazione del compenso dell'avvocato.

Pertanto nel rispetto dell'ultimo comma dell'articolo 2233 c.c. il compenso dovuto deve essere formalizzato per iscritto, deve essere correlato "al decoro della professione", "all'importanza dell'opera" ed al «grado di complessità dell'incarico»

Il Decreto 20 luglio 2012, n. 140 "Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione da parte di un organo giurisdizionale dei compensi per le professioni regolarmente vigilate dal Ministero della giustizia, ai sensi dell'articolo 9 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27" [95]fissa i parametri, ma quali criteri residuali, per la determinazione del compenso nei casi in cui il compenso pattuito è impugnato per eccessiva onerosità o per errore o per venir meno di talune caratteristiche del rapporto.

L'articolo 13 della Legge 31.12.2012 n. 247 "Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense" [96]al comma 2 prevede che "Il compenso spettante al professionista è pattuito di regola per iscritto all'atto del conferimento dell'incarico professionale", al comma 3 che "La pattuizione dei compensi è libera: è ammessa la pattuizione a tempo, in misura forfetaria, per convenzione avente ad oggetto uno o più affari, in base all'assolvimento e ai tempi di erogazione della prestazione, per singole fasi o prestazioni o per l'intera attività, a percentuale sul valore dell'affare o su quanto si prevede possa giovarsene, non soltanto a livello strettamente patrimoniale, il destinatario della prestazione" ed al comma 4 che "Sono vietati i patti con i quali l'avvocato percepisca come compenso in tutto o in parte una quota del bene oggetto della prestazione o della ragione litigiosa.".

Gli avvocati, in base a tale norma, non possono stipulare con il cliente alcun patto relativo ai beni che formano oggetto della controversia, sotto pena di nullità e dei danni (si vuole evitare la cessione del credito o del bene litigioso).

giudiziali, in materia civile, amministrativa, tributaria, penale e stragiudiziali" pubblicato sul supplemento ordinario n. 95 della Gazzetta Ufficiale n 115 del 18 maggio 2004.

[95] Gazzetta Ufficiale n. 195 del 22 agosto 2012.

[96] Gazzetta Ufficiale del 18 gennaio 2013.

Alcuni hanno ritenuto che il comma 4 così come formulato determina le riviviscenza del divieto del patto di quota lite.
Così non è perché il patto vietato da tale comma non è il patto di quota lite con il quale si stabilisce un compenso correlato al risultato pratico dell'attività svolta e, comunque, in ragione di una percentuale sul valore dei beni o degli interessi litigiosi, ma un patto che determini il compenso pro quota con specifico riferimento al bene oggetto della prestazione o della ragione litigiosa.
Rimangono validi i patti sui compensi parametrati ai risultati conseguiti, aventi ad oggetto, non una quota del bene oggetto della prestazione o della ragione litigiosa, ma una percentuale del valore del bene controverso o del bene stesso, come appunto previsto dal comma 3 del medesimo articolo.
Alla luce della sua formulazione non pare pertanto che si dovrà nemmeno provvedere ad alcuna modifica del vigente art. 45 del codice deontologico degli avvocati, posto che la sua attuale formulazione risulta già adeguata a ricomprendervi quanto vietato dall'art. 13, comma 4.
Sempre la Legge 31 dicembre 2012, n. 247 all'articolo 10 "Informazioni sull'esercizio della professione" consente "all'avvocato la pubblicità informativa sulla propria attività professionale, sull'organizzazione e struttura dello studio e sulle eventuali specializzazioni e titoli scientifici e professionali posseduti" richiedendo comunque che la "pubblicità e tutte le informazioni diffuse pubblicamente con qualunque mezzo, anche informatico, debbono essere trasparenti, veritiere, corrette e non devono essere comparative con altri professionisti, equivoche, ingannevoli, denigratorie o suggestive.".
Le conseguenze di tali norme, stante anche l'eccessivo numero di avvocati che sembra ormai configurare una sorta di sottoproletariato giudiziario guerreggiante per accaparrare qualche causa e per poterla vincere con ogni mezzo, sono purtroppo anche l'aumento eccessivo del contenzioso per supposta malpractice medica.
Non è ormai raro trovare ovunque pubblicità di questo tenore "*…ci si rende disponibile a valutare la possibilità di stipulare con il cliente un "Patto di quota lite", con il quale è ora possibile abbattere ANCHE i costi legali giudiziali per la causa da intentare (ove necessaria). In tal caso, i costi legali di causa saranno riconosciuti dal Cliente all'Avvocato SOLO alla fine della causa ed ESCLUSIVAMENTE in caso di suo esito positivo, ovvero - A RISARCIMENTO OTTENUTO e nella misura preventivamente concordata.*".
E che dire di tanti spot televisivi martellanti che istigano il cittadino a denunziare l'errore medico a tutti i costi.
Fra i vari, ad esempio, si vede un uomo, in un locale che sembra quello delle torture, col megafono che incita: «Alza la voce se sei vittima di malasanità. Hai tempo 10 anni per chiedere il risarcimento» e poi viene spiegato che il cliente non paga nulla se la causa non va a buon fine[97].

10. Procedura penale e procedura civile
Da lungo tempo l'ordinamento penale e quello civile si confrontano sui temi della causalità e della colpa, particolarmente nell'area di comune interesse della responsabilità medica.
Sul versante della ricostruzione del rapporto causale, il *favor* nei confronti del danneggiato ha portato la giurisprudenza, in ambito civilistico, a diversificarsi dal modello di causalità deterministico, proprio della dottrina penalistica (teoria della *condicio sine qua non* e della causalità adeguata).
Mentre nel procedimento penale la regola della prova "oltre ogni ragionevole dubbio" ed il principio "*in dubio pro reo*" comportano la necessità che la spiegazione causale riposi su leggi di copertura scientifica di elevato grado di conferma empirica e corroborate dal consenso della comunità scientifica, in ambito civile, essendo preminente la funzione di allocare il danno a carico del soggetto che è meglio in grado di sostenerne i costi, il quale non necessariamente coincide con

[97] www.obiettivorisarcimento.it e www.alziamolavoce.it.

l'autore di una condotta colpevole, può essere consentita una struttura della spiegazione causale su basi probabilistiche, facendo ricorso a rilevazioni epidemiologiche, dati statistici e massime di esperienza.

Le differenze tra penale e civile è resa possibile hanno chiarito autorevoli e recenti pronunce della Suprema Corte [98]non solo dalla "*specialità*" dei mezzi di prova che il rito civile pone a disposizione del giudice (tra cui, a parte le presunzioni legali, le stesse c.d. "*prove legali*", che sono categoria completamente ignota al diritto penale), ma anche dalla diversità degli *standards* di certezza probatoria vigenti nei due processi: il che è conseguenza della diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e l'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile.

Perciò mentre nel processo penale occorre attingere una dimostrazione della colpevolezza dell'imputato capace di resistere ad "*ogni ragionevole dubbio*", nel processo civile vale la regola probatoria del "*più probabile che non*", ovvero della "*preponderanza dell'evidenza*", in forza della quale prevale, nell'accertamento giudiziale del fatto, l'ipotesi ricostruttiva dotata della maggiore attendibilità probatoria.

Afferma la Suprema Corte che "la richiamata disciplina civile riguarda il risarcimento del danno quando la prestazione professionale comporta la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà e non può essere applicata all'ambito penale né in via estensiva, data la completezza e l'omogeneità della disciplina penale della colpa, né in via analogica, vietata per il carattere eccezionale della disposizione rispetto ai principi in materia. La gravità della colpa potrà avere eventualmente rilievo solo ai fini della graduazione della pena"[99].

Altri più realisticamente e radicalmente hanno prospettato un intervento del legislatore finalizzato ad istituire un regime di totale separazione tra azione civile ed azione penale, eliminando i fattori di interferenza allo stato esistenti tra i due giudizi.

Mentre il diritto penale si connota per essere incentrato sull'autore del reato, alla cui effettiva colpevolezza non solo materiale, ma anche psicologica, deve essere modulata la pena, il diritto civile si struttura intorno alla figura del danneggiato, cui verrà riconosciuto un risarcimento adeguato ai danni subiti, indipendentemente dalla natura dolosa, colposa o persino oggettiva della responsabilità.

Se è vero che l'esistenza di un ragionevole dubbio mentre esclude la responsabilità penale non impedisce al giudice civile di concedere il risarcimento dei danni, dovrebbe essere altrettanto chiaro che, anche in sede civile, per arrivare alla condanna devono sussistere la gravità, la precisione e la concordanza degli indizi.

La ripartizione dell'onere della prova, la perdita di peso della disciplina di cui all'art. 2236 c.c., lo standard probatorio probabilistico, la configurabilità di un autonomo danno da perdita di *chance* favoriscono l'attore, cioè la vittima, e la incoraggiano (dovrebbero incoraggiarla) ad intraprendere la strada del processo civile, piuttosto che quella del processo penale.

Permangono, infatti, alcune situazioni di possibile interferenza tra di essi: esempio per eccellenza è la possibilità di esercitare l'azione civile nel processo penale (art. 74 c.p.p.), come anche quella di trasferire in sede penale l'azione già esercitata in sede civile (art. 75, 1° c., c.p.p.), con il correlativo effetto preclusivo previsto (sia pure con efficacia soggettivamente ed oggettivamente li-

[98] Cassazione Civile, SS.UU., 18 novembre 2008, n. 27337; Cassazione Civile, SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 576 e n. 581; Cassazione Civile, Sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619.

[99] Cassazione Penale, Sez. IV, 28 ottobre 2008, n. 46412; Cassazione Penale, Sez. IV, 21 giugno 2007, n. 39592; Cassazione Penale, Sez. IV, 16 giugno 2005, n. 28617.

mitata) nell'art. 652 c.p.p.; alla stessa stregua è regolata l'ipotesi di sospensione del processo civile *ex* art. 75, 3° c., c.p.p., in caso di azione promossa in sede civile dopo la costituzione di parte civile nel processo penale o dopo la sentenza penale di primo grado.
Ai fini penalistici si imputa al reo il fatto-reato (condotta-nesso causale-evento), mentre ai fini civilistici si imputa il danno, sia come evento lesivo (cd. causalità materiale), sia come conseguenze risarcibili o evento dannoso (cd. causalità giuridica).
Sempre sotto il criterio civilistico vengono ascritti al danneggiante anche i danni indiretti e mediati se effetto normale, in forza del principio di cui all'art. 2055 c.c. che statuisce, in tema di responsabilità contrattuale la risarcibilità dei soli danni prevedibili.
Le denunce penali, a loro volta, sono utilizzate sia con lo scopo di esercitare una più forte e persuasiva pressione intesa ad ottenere un risarcimento transattivo - dovuto o non dovuto - più rapido di quello giudiziario civile; sia, talvolta prevalentemente, per il desiderio di vendetta personale nei confronti dei medici ritenuti a torto od a ragione responsabili di un danno; ovvero anche per la più o meno convinta finalità di dare un pubblico esempio.
Il processo penale, pertanto, serve solo da apripista al processo civile che segue ed è finalizzato esclusivamente ad un risarcimento economico.

11. I costi indiretti della medicina difensiva: l'assicurazione per la responsabilità civile

All'incremento dei perimetri che connotano la responsabilità civile del medico ha fatto eco un corrispondente sviluppo delle relative coperture assicurative sempre più ampie ed innovative per fare fronte alle richieste risarcitorie.
Tali nuove fattispecie di rischi di responsabilità civile attengono essenzialmente alla specificità della colpa medica di potersi tradurre in danno anche a molta distanza di tempo dalla data della condotta illecita (anche a causa dei lunghi termini di prescrizione vigenti in materia di illecito civile ed agli orientamenti giurisprudenziali che ne fissano la decorrenza dal momento in cui il danneggiato ne acquisisca consapevolezza) e di essere riconosciuta in base a criteri non ancora determinabili in quel momento.
Un possibile elemento di ulteriore allarme, per il mercato assicurativo, potrebbe essere ricollegato dall'individuazione di precisi oneri connessi al consenso informato, soprattutto se si pone attenzione al rilievo che assume l'autonoma individuazione del dovere d'informare il paziente, connessa all'altrettanto autonoma sanzione per la violazione dello stesso.
L'esigenza del medico e del cittadino danneggiato ad essere tenuti indenni da errori connessi alle aumentate insidie di attività sempre più complesse trovano, almeno teoricamente, nella polizza assicurativa uno strumento idoneo a garantire i due protagonisti del rapporto.
Ovviamente lo scopo della polizza per i medici è quello di tenerli indenni dai danni patrimoniali in ipotesi di violazione di doveri professionali, errori od omissioni commessi nell'espletamento della propria attività.
L'incalzante aggravamento del rischio sembra spingere le compagnie assicurative, maggiormente impegnate sul fronte dell'offerta di polizze sulla responsabilità professionale, verso il collasso, stante il crescente numero di sinistri denunciati e risarciti e con un costo medio di questi ultimi sempre più elevato.
I ricavi derivanti dai premi versati sarebbero di gran lunga superati dagli esborsi, ai quali le assicurazioni sarebbero tenute in seguito a pronunce sempre più severe e, secondo dati ANIA, la media ponderata del rapporto sinistri/premi del settore risulta essere superiore al 166%.
La grande incertezza delle regole del gioco cui consegue per gli assicuratori l'indeterminatezza del rischio delle conseguenze risarcitorie, della durata dei contenziosi giudiziari e dei tempi di liquidazione dei risarcimenti ha condizionato negli ultimi anni il fenomeno di una doppia fuga: la fuga degli assicuratori dal mercato della RC sanitaria e la fuga delle strutture sanitarie

dall'assicurazione con un progressivo passaggio di queste a formule di autoassicurazione con conseguenze non sempre positive.
In Italia la sottoscrizione di una (costosa) buona polizza di responsabilità civile con garanzie chiare ed ampie costituisce una difesa della quale il medico non può farne a meno per potere svolgere la professione con la dovuta tranquillità, evitando il rischio di incorrere in sanzioni economiche che rendano vano il lavoro svolto per anni.
Peraltro la comparazione di più preventivi di assicurazione e la stipula di una buona polizza di responsabilità civile professionale costituisce un notevole impegno per il medico che dovrà districarsi fra termini non ben conosciuti ma densi di gravi conseguenze sul piano pratico(claims made, copertura postuma, loss occurance, late-reported, retroactive date, tail-coverage, deeming clause, sunset clause, act committed, franchigia, ecc.).
In uno scenario di offerte di grande complessità, è vitale riuscire a individuare le proposte assicurative che siano confacenti alle esigenze del singolo medico, anche semmai con l'ausilio delle competenze e delle esperienze di un Broker di assicurazioni.
La Commissione parlamentare d'inchiesta sugli errori in campo sanitario e sulle cause dei disavanzi sanitari regionali nella relazione statistica sulle coperture assicurative presso le aziende sanitarie ed ospedaliere del dicembre 2012 rileva che dal 2006 al 2011 i premi assicurativi pagati alle compagnie di settore sarebbero cresciuti, in media, del 4,6%, a fronte di un incremento delle richieste di risarcimento pari al 24%, cui fa da controcanto un crollo (- 75%) dei danni liquidati (segno evidente della tendenza di intentare comunque cause, a volte in modo quasi strumentale).
La percentuale di aziende assicurative che non prevedono forma di protezione in caso di colpa grave sarebbe pari al 62,7%.
Il Centro Studi della Fnomceo, in elaborazione dei dati del Rapporto ANIA (Associazione Nazionale Imprese Assicuratrici) sul 2011-2012, rileva che il costo delle polizze per la copertura del rischio da denunce di malpractice continua a crescere con un ritmo dinamico, passando dai 485 milioni di euro del 2009 ai 500 milioni di euro del 2010, e con un ulteriore sviluppo negli anni seguenti.
Nel corso degli ultimi 10 anni la crescita dei premi complessivi delle polizze assicurative contro le malpractice sarebbe stata di 7,8 punti percentuali annui, di cui 6,2 punti percentuali per le strutture sanitarie e 10,5 punti percentuali per i professionisti ed in media il costo dei sinistri nel 2010 è stato pari a 27.689 euro, contro i 25.083 euro del 2009.
Secondo l'ANIA il rapporto tra sinistri e premi è stato mediamente superiore al 150% e ciò ha costretto le imprese a rivedere periodicamente i prezzi delle coperture ed i premi ed i criteri di sottoscrizione, che per alcune specializzazioni (come chirurgia plastica, ortopedia e ginecologia) risultano essere operosissimi (anche oltre 15 mila euro l'anno) per l'alta sinistralità che le caratterizza.
Secondo quanto disposto dal decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148, recante: "Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo."[100]nell'ottica di una riforma complessiva degli ordinamenti professionali, è stato introdotto per tutti i professionisti iscritti ad un Albo l'obbligo di copertura di sottoscrizione di una polizza di responsabilità civile professionale.
L'articolo 5 "Obbligo di assicurazione" del Decreto del Presidente della Repubblica 7 agosto 2012 , n. 137 "Regolamento recante riforma degli ordinamenti professionali, a norma dell'articolo 3, comma 5, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148"[101]prevede che "Il professionista è tenuto a stipulare, anche per il tramite di convenzioni collettive negoziate dai consigli

[100] Gazzetta Ufficiale del 16 settembre 2011
[101] Gazzetta Ufficiale N. 189 del 14 Agosto 2012

nazionali e dagli enti previdenziali dei professionisti, idonea assicurazione per i danni derivanti al cliente dall'esercizio dell'attività professionale, comprese le attività di custodia di documenti e valori ricevuti dal cliente stesso. Il professionista deve rendere noti al cliente, al momento dell'assunzione dell'incarico, gli estremi della polizza professionale, il relativo massimale e ogni variazione successiva. La violazione della disposizione costituisce illecito disciplinare. Al fine di consentire la negoziazione delle convenzioni collettive di cui al comma 1, l'obbligo di assicurazione di cui al presente articolo acquista efficacia decorsi dodici mesi dall'entrata in vigore del presente decreto".

La scadenza termine del 13 agosto 2012 è stata stabilita dall'art. 33 del Decreto Legge 6 dicembre 2011 n. 201 convertito nella Legge 22 dicembre 2011 n. 214.

La Legge 7 agosto 2012 n. 132[102]di conversione del Decreto Legge 28 giugno 2012 n. 89 ha prorogato l'entrata in vigore dell'obbligo assicurativo al 13 agosto 2013.

A partire dal prossimo 13 agosto 2013 i medici dovranno munirsi di apposita polizza di responsabilità civile che possa rimborsare i danni procurati a terzi nello svolgimento della loro attività.

Il testo della legge si limita infatti a indicare, con una formulazione davvero infelice, che l'assicurazione dovrà essere "idonea" a tutelare il cliente dai rischi derivanti dall'esercizio della professione, senza però specificare ulteriormente in che cosa consista tale idoneità, né chi debba valutarla in relazione al numero e alla rilevanza dell'attività del singolo medico.

La ratio della disposizione di legge appare evidente, in considerazione del progressivo allargamento nel nostro sistema giuridico dei confini della responsabilità civile, ma va rimarcato che le compagnie di assicurazione, nonostante la normativa, non hanno l'obbligo di assicurare e possono, come fanno, rifiutarsi, considerati soprattutto gli alti rischi e conseguentemente gli alti costi dei risarcimenti, di assicurare medici, specialmente chirurghi, o di rinnovare polizze in caso di denunce per richiesta di risarcimento, anche se infondata e senza seguito.

C'è anche da temere che la previsione di un siffatto obbligo possa ulteriormente scatenare un numero esorbitante di cause per responsabilità nei confronti dei professionisti ad ogni minimo segnale di insoddisfazione del cliente, incrementando così il già notevole contenzioso esistente presso i Tribunali.

Ai costi assicurativi (esorbitanti per i medici e per le strutture sanitarie) vanno poi sommati quelli riferibili alle procedure per l'accreditamento delle strutture, per la garanzia della qualità e sicurezza delle prestazioni e dei modelli organizzativi, per la strutturazione delle unità operative di risk management, per la formazione e riqualificazione degli operatori sulla gestione del rischio clinico.

Alcuni ritengono che nel settore sanitario le iniziative con maggiore possibilità di successo siano quelle che prevedono l'applicazione di un serio programma di risk management e di valutazione sinistri che differenzi il rischio totale -gestibile attraverso interventi organizzativi di miglioramento e prevenzione- dal rischio residuo -questo assicurabile- tanto meno oneroso e più gradito agli assicuratori quanto più ridotto nella prima fase di gestione del rischio.

12. Conclusioni

Nel settore della responsabilità civile del medico questi diversi interventi giurisprudenziali hanno fondato, nel corso dell'ultimo decennio, un vero e proprio ««microsistema di diritto vivente».

Si avverte, per quanto riguarda la colpa medica, che il giudizio deve tener conto, da un lato del diritto del paziente ad agire nei confronti di chi lo ha curato male ed ha attentato o ha danneggiato il suo bene salute, e dall'altro del medico di agire professionalmente con la serenità necessaria nella pratica medica di per sé pericolosa e che richiede spesso iniziative decise e precise anche

[102] Gazzetta Ufficiale del 186 del 10 agosto 2012

se potenzialmente rischiose, senza timori di "ingiuste rappresaglie" nel caso in cui la prestazione non abbia successo.
L'ampio ed articolato sviluppo della giurisprudenza di merito e di legittimità sui temi della responsabilità medica, lo stesso moltiplicarsi di denunzie e processi a seguito della presa di coscienza da parte della collettività del diritto alla salute (grazie anche all'attività di sensibilizzazione da parte di molteplici associazioni tra cui il "Tribunale dei diritti del malato") e dell'aumento delle patologie curabili ed alla "c.d. ipermedicalizzazione" della società, sono indicatori di un accresciuto controllo sociale e giuridico sulla tutela dei diritti del cittadino malato.
Tale orientamento è strettamente collegato all'intensificarsi del controllo sociale e quindi giudiziario dell'attività medica ed è espressione di un mutamento del rapporto tra medico e paziente, che attualmente pone in primo piano il paziente stesso quale soggetto che fa valere il diritto costituzionale alla salute.
La delicatezza della tematica dell'errore del medico, induce a riflettere sull'esigenza di evitare sia un approccio eccessivamente indulgente nei confronti della classe medica, che non è possibile giustificare quando sono in gioco interessi tanto rilevanti quali la tutela della salute e della vita del paziente, che un atteggiamento di dottrina e giurisprudenza eccessivamente colpevolista, che verosimilmente ha, come effetto negativo, l'aumento dei casi di medicina difensiva, con ricadute pratiche anche in termini di minore efficienza delle prestazioni sanitarie.
Nell'accertamento della responsabilità colposa in tema di attività medica (socialmente lecita, ma intrinsecamente rischiosa) appare non sempre facile valutare il punto di confine tra lecito ed illecito, ossia tra rischio consentito e rischio non consentito.
L'orientamento giurisprudenziale in materia di colpa medica, inizialmente improntato a un largo favore nei confronti dei medici, è radicalmente mutato a seguito della sentenza n. 166 del 28 novembre 1973 della Corte Costituzionale.
Da quella data nella giurisprudenza di legittimità si è afferma un indirizzo improntato ad una sempre maggiore severità nella valutazione della condotta del medico.
Dopo la cosiddetta fase della "comprensione" dei giudici nei confronti dei medici, si è passati dunque, in tappe progressive ed accelerate, ad una severità crescente nella quale spesso si dimentica che la medicina è oggi ancora, addirittura forse più di ieri, attività a rischio, specie in alcuni suoi determinati settori, anche perché le complicanze sono spesso imprevedibili ed inevitabili.
La scelta di addossare al paziente un onere sempre meno gravoso, è conforme all'intento di favorire il danneggiato, anche tenuto conto della difficoltà della sua posizione, rilevato che la medicina, non essendo una scienza esatta, comporta rilevanti difficoltà probatorie sulla puntuale determinazione della rilevanza causale delle condotte rispetto gli eventi dannosi.
In questo contesto argomentativo, l'imperante tendenza della giurisprudenza è quella di alleggerire il più possibile il carico probatorio gravante su chi pretenda di essere risarcito per l'esecuzione scorretta della prestazione sanitaria.
Dunque, il dato di maggior importanza nello sviluppo della giurisprudenza di legittimità è costituito da un deciso spostamento in senso "rigorista" in tema di colpa tramite lo scivolamento della assunzione della responsabilità verso la esclusiva tipologia del contratto, l'inasprimento dello standard di diligenza richiesto e l'alleggerimento dei parametri di riscontro del nesso causale sempre più orientato a radicarsi verso il "più probabile che no", a volte trascurando il fatto che il medico, diversamente da quanto accade nelle ipotesi più comuni della responsabilità colposa, si espone di continuo a realizzare condotte suscettibili di essere giudicate "a posteriori" difformi dalla migliore opzione comportamentale.
È abbastanza agevole, soprattutto fuori del contesto specifico, raffrontare la condotta del professionista con quella dell'agente modello, dato che, muovendosi tra modelli di specialisti e superspecialisti, sicuramente si finirà col rintracciare in

ogni caso un esperto rispetto al quale la condotta incriminata appaia inadeguata e col trovare standards idealizzati di confronto che trascurano la straordinaria complessità dell'arte medica e l'esistenza di ambiti superspecialistici.
La propensione palese a proteggere il paziente quale "soggetto più debole" (posto a premessa giustificativa dell'orientamento "contra medicum" nelle decisioni della Cassazione civile), deve ormai essere posta a confronto con gli effetti sociali nocivi indotti da valutazioni giudiziali eccessivamente sbilanciate dalla parte del malato.
Non è più possibile ignorare a livello di sistema complessivo i "costi" di tale squilibrio che si stanno pagando di fronte alla crescita esponenziale del contenzioso e dei risarcimenti.
Ecco perché, da parte della giurisprudenza (specie di legittimità, che afferma principi validi in generale) sarebbe del tutto miope non introdurre in modo chiaro e definitivo i possibili correttivi riequilibratori e gli antidoti necessari e non più rinviabili.
L'aumento del contenzioso per danni da attività medica, anche alla luce delle tendenze giurisprudenziali come delineate, crea una diffusa sensazione di insicurezza nei pazienti danneggiati a causa della lunghezza dei processi, negli operatori sanitari che sentono incombere il crescente rigore del giudizio di responsabilità ed anche negli assicuratori che vedono crescere il rischio da assicurare proporzionalmente al maggior rigore dei giudizi di responsabilità.
Un problema che va affrontato rispetto al tema della responsabilità del medico è costituito certamente dal fatto che peraltro gli orientamenti della giurisprudenza in tema di responsabilità penale del medico non sono sempre univoci e non riescono a costringere in confini assoluti, codificati e certi l'ambito dell'illecito.
Le esigenze del giusto processo non si possono più sottovalutare ed occorre riconsiderare, in un necessario percorso di riequilibrio del sistema, l'esigenza sostanziale che le decisioni siano il più possibile adottate sulla base dell'accertamento dell'esistenza dei fatti, anziché sulla mancata prova della loro inesistenza.
La percezione di una prassi giurisprudenziale particolarmente rigorosa, sul terreno della responsabilità penale e civile, certamente induce i medici a modificare le proprie condotte professionali: la tutela della salute del paziente può così diventare per il sanitario, un obiettivo subordinato alla minimizzazione del rischio legale.
Infatti la classe medica, riconosciuta sempre più responsabile di episodi di malasanità, a torto o a ragione, è esposta ad un numero sempre maggiore di azioni legali di rivalsa.
La tensione conseguentemente generatasi fa sì che sulla medicina "tradizionale" – protesa primariamente sulla salute e sulla guarigione del paziente – si vada sempre più imponendo la cosiddetta "medicina difensiva" – ispirata anche alla minimizzazione di sempre più probabili sequele giudiziarie ed alla tutela legale dell'operatore sanitario.
L'impressione che si ha è che il medico si difenda non solo e non tanto dall'intervento giudiziario per un possibile contenzioso, quanto piuttosto e soprattutto dalla sua imprevedibilità.
Pesa sul medico la convinzione che il sistema giuridico tenda a renderlo responsabile per eventuali comportamenti professionali che in realtà non potrebbero essere esigibili in termini di conoscibilità o evitabilità.
Il medico pertanto, trovandosi stretto in una sorta di tenaglia – per cui da un lato non sa bene cosa dovrebbe fare per non essere considerato responsabile, mentre dall'altro lato non può sottrarsi alla prestazione del proprio servizio –si determina per una sorta di iperattività volta a prevenire anche quei rischi che nella sua ottica non sono prevedibili.
Nell'ottica di prevenire il pericolo di dar conto al giudice del proprio operato il medico si trova costantemente ad un bivio: adottare comportamenti cautelativi nei confronti del rischio di eventuali addebiti di responsabilità professionale per possibili complicanze od ipotizzabili insuccessi, oppure attuare scelte operative di comportamenti

diagnostici e terapeutici senza inutili od inopportuni eccessi prudenziali.
Molti comportamenti tipici della medicina difensiva si sono ormai imposti in modo talmente generalizzato nella pratica comune da non essere nemmeno più percepiti come tali, né dai cittadini né dai medici stessi.
Eppure, la questione dei possibili abusi difensivi da parte degli operatori sanitari merita particolare attenzione poiché – qualora trascurata e portata avanti nelle sue conseguenze più estreme – potrebbe avere ripercussioni a vario livello sull'esercizio della professione medica e sugli standard di qualità e sostenibilità economica dell'assistenza sanitaria.
Per la gravità delle conseguenze la strategia della "Medicina difensiva" è diventata quindi un tema su cui innanzitutto i medici devono interrogarsi, ma su cui deve riflettere anche il legislatore ed i giudici per individuare misure a tutela di tutte le parti e contemporaneamente del sistema sanitario.
Occorre soprattutto privilegiare le esigenze della prevenzione (sistemi organizzativi complessi di gestione del rischio clinico) rispetto alla ricerca del colpevole, fermo restando il soddisfacimento del diritto dei danneggiati al risarcimento dei danni.
È necessario che tutte le procure – e non solo quelle più grandi – si dotino di un ufficio dedicato all'errore in campo sanitario che faccia riferimento a magistrati e CTU di comprovata e pluriennale esperienza.
Sarebbe davvero "particolare", se fosse vero, che oggi, solo in Italia, in Polonia ed in Messico il medico che sbaglia subisce un procedimento penale alla stregua di un rapinatore o un delinquente qualsiasi, senza tenere conto che l'errore medico è insito nelle procedure e senza considerare l'individualità dell'errore.
Varie proposte di legge nel tempo si sono accumulate negli scaffali del Parlamento e vari progetti di riforma sono stati presentati[103]nella ricerca di un equo bilanciamento tra l'esigenza di salvaguardare gli operatori sanitari da iniziative giudiziarie, spesso arbitrarie e ingiuste, e la tutela dei diritti dei pazienti dimostratamente danneggiati.
Recentemente è stata approvata la Legge 8 novembre 2012, n.189 di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158 "Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute".[104]

---

[103] Vedasi ad esempio il "Progetto di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività medico-chirurgica e gestione del contenzioso legato al rischio clinico", elaborato dal Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale e la Politica criminale dell'Università Cattolica di Milano

[104] Decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158 coordinato con la legge di conversione 8 novembre 2012, n. 189 «Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute.».
Art. 3 - Responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie
1. 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.
2. Con decreto del Presidente della Repubblica, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, (da emanare entro il 30 giugno 2013), su proposta del Ministro della salute, di concerto con i Ministri dello sviluppo economico e dell'economia e delle finanze, sentite l'Associazione nazionale fra le imprese assicuratrici (ANIA), (la Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri, nonchè) le Federazioni nazionali degli ordini e dei collegi delle professioni sanitarie e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative delle categorie professionali interessate, anche in attuazione dell'articolo 3, comma 5, lettera e), del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, al fine di agevolare l'accesso alla copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie, sono disciplinati le procedure e i requisiti minimi e uniformi per l'idoneità dei relativi contratti, in conformità ai seguenti criteri:

Le novità introdotte in tema di responsabilità medica, attengono sia al criterio di valutazione della stessa, che tiene conto della circostanza che i sanitari abbiano svolto la prestazione professionale secondo "linee guida e buone pratiche elaborate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale", con la conseguenza che in tal caso, è esclusa la colpa lieve del sanitario che risponderà dei danni derivati dalla propria attività solo nei casi di dolo e colpa grave, sia sulla costituzione di un Fondo, riferito esclusivamente a determinate categorie di rischio, atto a garantire idonee coperture assicurative al professionista richiedente, finanziato con il contributo dei professionisti e delle assicurazioni, in misura percentuale sui premi incassati, comunque non superiore al 4% del premio stesso, con la subordinazione dell'incremento del relativo premio di polizza al pagamento di un risarcimento da parte dell'Assicurazione nonché della disdetta della polizza all'accertamento effettivo della responsabilità professionale connessa alla reiterazione di una condotta colposa.

Per agevolare l'accesso alla copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie, con Decreto del Presidente della Repubblica, da emanarsi entro il 30 giugno 2013, su proposta del Ministro della salute di concerto con il Ministro dell'economia, sentiti l'ANIA, le Federazioni degli ordini e dei collegi e le OO.SS. maggiormente rappresentative, sono disciplinati le procedure e i requisiti minimi e uniformi per l'idoneità dei relativi contratti assicurativi.

Con questa legge il Governo vorrebbe eliminare il fenomeno della "medicina difensiva", soprattutto per ottenere un abbassamento dei costi a carico delle aziende sanitarie e la diminuzione dei tempi di attesa delle prestazioni specialistiche.

---

a) determinare i casi nei quali, sulla base di definite categorie di rischio professionale, prevedere l'obbligo, in capo ad un fondo appositamente costituito, di garantire idonea copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie. Il fondo viene finanziato dal contributo dei professionisti che ne facciano espressa richiesta (in misura definita in sede di contrattazione collettiva) e da un ulteriore contributo a carico delle imprese autorizzate all'esercizio dell'assicurazione per danni derivanti dall'attività medico-professionale, determinato in misura percentuale ai premi incassati nel precedente esercizio, comunque non superiore al 4 per cento del premio stesso, con provvedimento adottato dal Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro della salute e il Ministro dell'economia e delle finanze, sentite (la Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri,nonchè) le Federazioni nazionali degli ordini e dei collegi delle professioni sanitarie;

b) determinare il soggetto gestore del Fondo di cui alla lettera a) e le sue competenze senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica;

c) prevedere che i contratti di assicurazione debbano essere stipulati anche in base a condizioni che dispongano alla scadenza la variazione in aumento o in diminuzione del premio in relazione al verificarsi o meno di sinistri e subordinare comunque la disdetta della polizza alla reiterazione di una condotta colposa da parte del sanitario (accertata con sentenza definitiva).

3. Il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria e' risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, eventualmente integrate con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti all'attività di cui al presente articolo.

4. Per i contenuti e le procedure inerenti ai contratti assicurativi per i rischi derivanti dall'esercizio dell'attività professionale resa nell'ambito del Servizio sanitario nazionale o in rapporto di convenzione, il decreto di cui al comma 2 viene adottato sentita altresì la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano. Resta comunque esclusa a carico degli enti del Servizio sanitario nazionale ogni copertura assicurativa della responsabilità civile ulteriore rispetto a quella prevista, per il relativo personale, dalla normativa contrattuale vigente.

5. Gli albi dei consulenti tecnici d'ufficio di cui all'articolo 13 del regio decreto 18 dicembre 1941, n. 1368, recante disposizioni di attuazione del codice di procedura civile, devono essere aggiornati con cadenza almeno quinquennale, al fine di garantire, oltre a quella medico legale, una idonea e qualificata rappresentanza di esperti delle discipline specialistiche dell'area sanitaria anche con il coinvolgimento delle società scientifiche, (tra i quali scegliere per la nomina tenendo conto della disciplina interessata nel procedimento).

6. Dall'applicazione del presente articolo non (devono derivare) nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

Ma già molti i magistrati, come il presidente della Corte di Appello di Roma e il presidente della Corte d'Assise di Roma, hanno espresso pareri molto critici, spesso con poche semplici e nette parole, riassumibili in una vera e propria stroncatura del provvedimento: "Norme inutili sulla responsabilità professionale e norme carenti sul piano delle garanzie di copertura assicurativa delle strutture sanitarie" ed ancora "Questo decreto non serve a risolvere i problemi del contenzioso legale tra medico e paziente e nulla potrà fare per limitare la medicina difensiva".
Parrebbe quindi che il Decreto sanità del ministro Balduzzi non dovrebbe essere in grado di risolvere i problemi della medicina difensiva e della crescita esponenziale del contenzioso medico-paziente, in quanto le norme in esso contenute, riferite alla responsabilità professionale dei sanitari, sono infatti ritenute assolutamente insufficienti ad arginare il fenomeno con misure idonee ed appropriate.
Tra l'altro per ridurre la medicina difensiva e porre dei limiti alla responsabilità professionale dei medici, era stata avanzata la proposta condivisa di limitare quest'ultima la alla sola "colpa grave" ed invece il decreto parla in termini generici di "colpa lieve", per la quale i medici del SSN non dovrebbero mai essere stati chiamati a rispondere.