



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "MEDITERRANEA"
DI REGGIO CALABRIA
DIPARTIMENTO DIGIES

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO ED ECONOMIA
CICLO XXXIV
IUS/01

**CAUSALITA' E DANNO NEL SISTEMA DELLA
RESPONSABILITA' SANITARIA**

Tesi di dottorato della dott.ssa

Maria Paola GERVASI

Relatore

Chiar.mo Prof. Giovanni D'AMICO

Coordinatore: **Chiar.mo Prof. Attilio GORASSINI**

Anno accademico 2020/2021

CAUSALITA' E DANNO NEL SISTEMA DELLA RESPONSABILITA' SANITARIA

INDICE

CAPITOLO I

La responsabilità medica nel sistema civilistico: punti fermi e nuovi approdi

1. Il diritto fondamentale alla salute nella prestazione sanitaria.
2. La prestazione sanitaria: qualificazione e contenuto.

Segue: la prima stagione: l'obbligazione del sanitario come obbligazione di mezzi.

Segue: la seconda stagione: la valorizzazione della distinzione tra interventi di facile e difficile esecuzione.

Segue: la terza stagione: il superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e risultato.

Segue: la quarta stagione: la riforma Balduzzi.

3. Dal ricorso alla medicina difensiva alla riforma Gelli-Bianco.
4. La quinta stagione: il c.d. doppio binario.

Segue: il regime di responsabilità civile della struttura sanitaria.

Segue: il regime di responsabilità del sanitario.

5. Il ruolo delle linee guida e delle buone pratiche clinico-assistenziali.
6. Solidarietà risarcitoria e regole dell'azione di rivalsa.
7. Gli obblighi assicurativi e l'azione diretta.

CAPITOLO II

Il nesso di causalità

1. L'accertamento del nesso di causalità: cenni introduttivi.

Segue: la causalità materiale.

Segue: la causalità giuridica.

2. La causalità omissiva.

3. Le concause.

3.1 Multifattorialità del processo patologico. Il concorso del paziente danneggiato.

Segue: le concause naturali.

4. Accertamento del nesso di causa e regolamentazione dell'onere della prova: un meccanismo di predeterminazione della soccombenza.

4.1 L'evoluzione giurisprudenziale.

Segue: il rischio della causa ignota e l'orientamento inaugurato dalla "sentenza Scoditti".

Segue: considerazioni critiche.

5. Obbligazioni di *facere* professionale e prova del nesso eziologico: una giurisprudenza in via di "assestamento".

Segue: obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato.

Segue: riflessioni sul presunto superamento della dicotomia.

6. L'equidistanza rispetto alla prova del nesso di causa.

6.1 La vicinanza della prova nella più recente giurisprudenza.

7. La causalità nel danno da omesso consenso informato.

Segue: lesioni concorrenti.

Segue: lesioni plurioffensive.

Segue: lesione pura dell'autodeterminazione.

Segue: la prova del nesso causale nei casi di nascita indesiderata.

CAPITOLO III

Il risarcimento del danno

1. La nozione di danno in senso giuridico.

1.1 Il danno evento.

1.2 Il danno conseguenza.

2. Il danno non patrimoniale. Nozione e contenuto.

Segue: la disciplina, anche alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale.

Segue: la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.

3. La quantificazione del risarcimento del danno non patrimoniale: il metodo tabellare.

Segue: le tabelle legali.

3.1 Considerazioni in merito all'assimilazione del sistema di responsabilità sanitaria a quello della circolazione veicolare

4. Il nuovo decalogo della terza Sezione infrange l'unitarietà del danno non patrimoniale.

5. Danno dinamico-relazionale

Segue: il danno morale.

6. La modifica degli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni Private e il nuovo sistema tabellare di origine giurisprudenziale.

7. Danni eccentrici alla disciplina del Codice delle Assicurazioni Private

7.1 Il danno da perdita del rapporto parentale.

Segue: le tipologie di danno risarcibili.

Segue: i legittimati attivi per l'azione di danno.

Segue: i criteri per la liquidazione del danno

7.2 Il danno definito da premorienza (i c.d. danni intermittenti).

7.3 Il danno da perdita di *chance*.

7.4 Il diritto all'autodeterminazione terapeutica.

Segue: il danno da lesione del diritto all'autodeterminazione per violazione dell'obbligo informativo.

8. La valutazione, ai fini risarcitori, della condotta dell' esercente strutturato.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

BIBLIOGRAFIA

GIURISPRUDENZA

CAPITOLO I

La responsabilità medica nel sistema civilistico: punti fermi e nuovi approdi

SOMMARIO: 1. Il diritto fondamentale alla salute nella prestazione sanitaria. 2. La prestazione sanitaria: qualificazione e contenuto. *Segue:* la prima stagione: l'obbligazione del sanitario come obbligazione di mezzi. *Segue:* la seconda stagione: la valorizzazione della distinzione tra interventi di facile e difficile esecuzione. *Segue:* la terza stagione: il superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e risultato. *Segue:* la quarta stagione: la riforma Balduzzi. 3. Dal ricorso alla medicina difensiva alla riforma Gelli-Bianco. 4. La quinta stagione: il c.d. doppio binario. *Segue:* il regime di responsabilità civile della struttura sanitaria. *Segue:* il regime di responsabilità del sanitario. 5. Il ruolo delle linee guida e delle buone pratiche clinico-assistenziali. 6. Solidarietà risarcitoria e regole dell'azione di rivalsa. 7. Gli obblighi assicurativi e l'azione diretta.

1. Il diritto fondamentale alla salute nella prestazione sanitaria

Nella prospettiva civilistica, costituisce una premessa fondamentale al tema della responsabilità sanitaria la questione relativa alla qualificazione giuridica del rapporto sussistente tra la richiesta di cure del paziente e la posizione della struttura e del medico in essa operante.

Concentrando l'attenzione sulle strutture sanitarie pubbliche, nello scorso secolo, la prestazione sanitaria è stata inizialmente considerata esercizio di un potere da parte di soggetti aventi un ruolo di rilevanza pubblicistica¹. Tale approdo risultava per lo più una conseguenza diretta degli sviluppi che la scienza medica aveva

¹ Cfr. NAPOLI, *La responsabilità sanitaria nel sistema civilistico. Punti fermi e nuove linee di riforma*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 1, 65 ss.

raggiunto in quel periodo e dei risultati che la collettività poteva conseguentemente pretendere dalle pratiche sanitarie.

Fu solo nel XIX secolo che la scienza medica cominciò ad affrancarsi dalle altre discipline e bisogna attendere la metà dell'Ottocento - quando vennero introdotte le pratiche anestetiche - perché acquisisca piena autonomia. Il rapporto di cura veniva, tuttavia, ancora inteso in senso spersonalizzante e generalizzato: il paziente non poteva ancora vantare un autentico diritto ad ottenere un miglioramento delle proprie condizioni di salute; al più, ciò che gli veniva riconosciuto era un mero interesse ad essere preso in cura da soggetti specializzati, collocati in una posizione di preminenza².

Il progresso scientifico che caratterizzò il XX secolo, interessò anche il settore sanitario: l'introduzione della radiologia, dapprima, migliorò l'attività diagnostica e terapeutica; ad essa fecero seguito gli studi sulle malattie infettive e l'applicazione in campo medico delle biotecnologie. Il rapporto di cura cominciò a mutare nelle forme e nei contenuti: la scienza aveva maturato maggiori competenze, i pazienti potevano avanzare maggiori pretese di tutela della propria integrità fisica.

Ai traguardi in campo medico, pertanto, seguirono immediati quelli nel settore giuridico: *la rivoluzione permanente nella conoscenza scientifica e nella pratica tecnologica in questo settore non poteva non interessare il diritto, in quanto sistema culturale strettamente coordinato agli altri sistemi della cultura, e specialmente a quelli della scienza e della tecnica*³. La tutela della salute trovò, quindi, finalmente

² BIANCA, *Diritto civile, La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002, 208 ss.

³ Così FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, Vol. 2, Dogmatica giuridica*, Giuffrè, 1997, 399.

espreso riconoscimento normativo nella Costituzione repubblicana del 1948, all'art. 32⁴.

Nonostante tale affermazione, la tradizione interpretativa che per anni aveva dominato il panorama giuridico sul diritto alla salute induceva a cogliere nella norma costituzionale una “*direttiva programmatica circa la funzione di tutela sanitaria assunta dallo Stato*”⁵. La salute, pertanto, percepita solo come integrità personale e assenza di patologie, negli anni successivi all'entrata in vigore della Carta Costituzionale veniva tutelata ancora nelle forme di una situazione giuridica affievolita rispetto al diritto soggettivo⁶, a fronte della quale si affermava una piena discrezionalità della pubblica sanità in merito alla scelta della soluzione sanitaria più adeguata nel caso concreto⁷.

⁴ Secondo l'art 32 Cost. “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge.”

⁵ Cfr. LESSONA, *La tutela della salute pubblica*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da Calamandrei - Levi, Firenze, 1950, 333 ss.

⁶ Tale approccio è stato mantenuto anche in alcune pronunce della giurisprudenza ordinaria ed amministrativa. In tal senso vedi Cass. Sez. Un., 29 dicembre 1990, n. 12218; Cass. Sez. Un., 20 febbraio 1992, n. 2092; Tar Campania, 24 marzo 2009, n. 1053, che hanno qualificato come interessi legittimi le situazioni giuridiche soggettive vantate dai pazienti che richiedevano prestazioni sanitarie non previste dalla legislazione di settore. Di recente Cass. Sez. Un., 1 agosto 2006, n. 17461, in *Resp. civ.*, 2007, 4, 304 ss.: “In relazione al bene-salute è individuabile un “nucleo essenziale”, in ordine al quale si sostanzia un diritto soggettivo assoluto e primario, volto a garantire le condizioni di integrità psico-fisica delle persone bisognose di cura allorché ricorrano condizioni di indispensabilità, gravità ed urgenza non altrimenti sopperibili, a fronte delle quali è configurabile un mero potere accertativo della P.A. in ordine alla ricorrenza di dette condizioni; in assenza, però, di tali condizioni, e allorché non vengano denunciati pregiudizi alla salute, anche in termini di aggravamenti o di non adeguata guarigione, la domanda diretta ad ottenere prestazioni con modalità di più comoda ed agevole praticabilità per il paziente, rispetto a quelle apprestate dalla P.A., ha come presupposto una situazione soggettiva di interesse legittimo, stante la discrezionalità riconosciuta all'autorità amministrativa di soddisfare, tempestivamente, le esigenze del richiedente tra le possibili opzioni, anche attraverso un'opportuna integrazione tra le potenzialità delle strutture pubbliche con quelle private convenzionate, offrendo la soluzione reputata più adeguata alla finalità di piena efficienza del servizio sanitario.”

⁷ Si rammenta, in proposito, il contrasto tra giurisprudenza ordinaria ed amministrativa in merito al riparto di giurisdizione sulle transazioni tra PA e privati danneggiati da vaccinazioni obbligatorie o da emotrasfusioni. Si veda Cons. Stato, 28 marzo 2014, n. 1501, in *Foro amm.*, 2014, 793; Cons. Stato, 18 novembre 2015, n. 5276; Cass. Sez. Un., 3 febbraio 2016, n. 2050.

La svolta si ebbe a partire dagli anni Sessanta, quando cominciò ad avvertirsi un mutamento della realtà sociale e un'apertura culturale verso nuovi orizzonti; in tale periodo anche la Corte Costituzionale, dopo un primo periodo di giurisprudenza assai cauta (1956-1967), assumeva un atteggiamento ben più operoso, che ha contribuito a fornire una interpretazione evolutiva di molti principi costituzionali. Tra questi, per quanto in questa sede interessa, il diritto alla salute ha assunto un significato più esteso e rinnovato: da mera tutela della integrità personale ed assenza di malattia, esso comincia ad essere ora inteso come interesse e pretesa al conseguimento di benessere fisico, mentale e sociale, aspirazione al benessere globale dell'individuo. L'espressione comincia ad essere utilizzata quale formula sintetica ricomprendente una pluralità di situazioni giuridiche soggettive suscettibili di essere fatte valere dal soggetto sia nei rapporti verticali con i pubblici poteri, sia in quelli orizzontali *inter* privati.

A tale risultato si è giunti grazie all'interazione tra molteplici fattori: da un lato, come anticipato, l'irrobustimento della tutela apprestata ai diritti e alle libertà costituzionalmente protetti, anche mediante gli interventi di legislazione speciale⁸; dall'altro l'incessante ricerca scientifica che ha condotto ad un notevole progresso in ambito medico, anche mediante l'utilizzo e l'applicazione delle nuove tecnologie al settore sanitario.

Tali fattori hanno sancito il tramonto della valenza programmatica del disposto costituzionale: a partire dalla fine degli anni Settanta, infatti, l'art. 32 viene

⁸ Si ricordi, tra le altre, la l. 22 maggio 1978, n. 194, sulla interruzione volontaria della gravidanza, e la l. 28 dicembre 1978, n. 833, che ha istituito il Servizio Sanitario Nazionale. Tale ultima normativa ha introdotto valori e principi fortemente innovativi, tra cui: generalità dei destinatari, globalità delle prestazioni, uguaglianza di trattamento.

considerata una norma immediatamente precettiva⁹, che attribuisce agli individui, cittadini e stranieri, una specifica tutela e riconosce loro autentici diritti soggettivi fondamentali¹⁰. Il “diritto” alla salute, pertanto, postula un approccio rinnovato anche da parte della pubblica amministrazione: le tradizionali scelte unilaterali dei detentori della scienza medica, lasciano ora spazio ai servizi sanitari pubblici, che l'ultimo inciso del primo comma della citata disposizione costituzionale garantisce in modo gratuito agli indigenti¹¹. Il rapporto tra l'ente ospedaliero ed il paziente, però, ne esce totalmente rinnovato: l'accezione pubblicistica lascia infatti progressivamente largo ad un rapporto di stampo tipicamente privatistico, nel quale sono delineati più o meno chiaramente i comportamenti richiesti a ciascuna delle parti e le conseguenze delle loro omissioni in termini di responsabilità.

In quanto condizione per l'esplicazione della personalità del singolo, il diritto alla salute si sostanzia ora in un'autentica pretesa positiva nei confronti dei poteri centrali e periferici¹², responsabili di predisporre strutture, mezzi e personale adeguati ad assicurare idonei livelli di cura alla singola persona, nonché di attuare efficaci politiche di prevenzione ed intervento sulle cause in grado di alterare l'equilibrio psico-fisico della popolazione in generale¹³. Allo stesso tempo, lo Stato

⁹ Cfr. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, 774 ss.; ID., *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991.

¹⁰ È determinante la svolta segnata da C. cost. 26 luglio 1979, n. 88 (in *Foro it.*, 1979, I, 2542, e in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 9 ss.), secondo cui la salute “è tutelata direttamente dalla Costituzione non solo quale interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale e assoluto dell'individuo”.

¹¹ Vedi D'ARRIGO, v. *Salute (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, 2001, 1009 ss.

¹² A seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, realizzato con legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3, la tutela della salute è stata affidata alla legislazione concorrente tra Stato e Regioni.

¹³ Cass. civ., sez. III, 1 marzo 1988, n. 2144, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, 604: “i servizi pubblici, assunti ed organizzati dallo Stato o da altro ente pubblico che li gestisce, sono predisposti a vantaggio e nell'interesse dei privati, fattane richiesta di usufruirne. Non esiste in tal caso una posizione di potere dello Stato o dell'ente pubblico che gestisce il servizio, a differenza dell'attività amministrativa svolta per la realizzazione di interessi generali”.

si impegna “negativamente”, ossia è tenuto ad astenersi da azioni che comporterebbero la lesione dei diritti fondamentali dei consociati.

Il bene salute, che trova il suo referente normativo, oltre che nel citato articolo 32, anche negli artt. 2 e 3¹⁴ della Costituzione, ha un contenuto complesso: esso, infatti, comprende la tutela costituzionale dell'integrità psico-fisica dell'individuo, del diritto ad un ambiente salubre, del diritto alle prestazioni sanitarie e della cosiddetta libertà di cura. È protetto in via primaria, incondizionata e assoluta quale modo d'essere della persona umana, immediatamente efficace nei rapporti fra privati e con la pubblica amministrazione¹⁵.

Recuperato alla dimensione soggettiva, il diritto alla salute viene quindi inteso come diritto fondamentale, protetto contro ogni aggressione ad opera di terzi e suscettibile di una tutela risarcitoria immediata, ed allo stesso tempo come diritto sociale la cui attuazione è essenziale per la realizzazione del principio di libertà-dignità intrinseco nella Carta Costituzionale. Il riconoscimento della qualifica di diritto fondamentale comporta, quali dirette conseguenze giuridiche, l'inalienabilità, l'intrasmissibilità, l'irrinunciabilità e l'indisponibilità^{16 17}.

Il bene salute si considera, in definitiva, un valore suscettibile di reintegrazione, conservazione e promozione, da tutelare sia nella veste di diritto soggettivo e

¹⁴ Quale diritto sociale fondamentale (art. 2), intimamente connesso alla tutela della dignità della persona umana (art. 3).

¹⁵ Così D'ARRIGO, v. *Salute (diritto alla)*, cit.

¹⁶ Secondo PACE, *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 28 “l'indisponibilità dei diritti fondamentali non è da intendere come assoluto divieto della facoltà di disporre, ma come presenza della «necessariamente costante volontarietà» della disposizione”.

¹⁷ DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari: modelli e funzioni*, in *Tratt. Dir. comm. e dir. pubb. economia*, diretto da Galgano, Padova, 2007, 17 ss. “Il diritto alla salute coniuga in sé aspetti di rilevanza pubblicistica, allorquando il titolare si confronta con i pubblici poteri per le richieste di cura, e aspetti di rilevanza privatistica, allorquando il titolare reclama protezione ogniqualvolta la sua integrità psico-fisica abbia subito una lesione da terzi”.

individuale, sia come interesse per la collettività, in quanto strumento di elevazione della dignità individuale. Difatti, l'art. 1 della legge istitutiva del SSN, quasi parafrasando l'art. 32, prevede che *la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività mediante il servizio sanitario nazionale*, la cui azione è *finalizzata al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio*. Compito del legislatore e dell'interprete è, quindi, bilanciare il diritto fondamentale alla salute individuale con l'esigenza di tutelare la salute nella sua dimensione sociale. Le esigenze di tutela della salute collettiva, considerate espressamente dall'art. 32, entro gli stretti limiti imposti dalla riserva di legge e dal rispetto imprescindibile della persona umana, possono a determinate condizioni comportare il legittimo sacrificio della salute individuale, tramite l'imposizione di trattamenti sanitari obbligatori¹⁸. Se da un lato, infatti, la realizzazione del diritto alla salute è condizione indefettibile per il godimento degli altri diritti fondamentali, dall'altro possono verificarsi situazioni nelle quali esigenze di tutela della salute pubblica richiedono il sacrificio di alcuni diritti fondamentali posti a base di un regime democratico¹⁹.

¹⁸ Si pensi al caso delle vaccinazioni obbligatorie. Si veda Corte Cost., sent. 14 giugno 1990, n. 307 con nota di GIARDINA, in *Giur. Cost.*, 1990, p. 1880 ss.

¹⁹ L'esigenza di precise condizioni di legittimità affinché il diritto interessato non sia completamente svuotato di contenuti o del tutto vanificato sono più volte state affermate dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo. Ad esempio, nel caso *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France*, n. 27417 del 1995, la Corte, operando un bilanciamento tra interesse collettivo alla tutela della salute pubblica e gli interessi dei ricorrenti, ha ritenuto legittimo, in deroga alla libertà di manifestazione della religione (art. 9 Cedu), il rifiuto delle autorità francesi di autorizzare un'associazione liturgica israelita a effettuare sacrifici rituali di animali secondo modalità contrarie alle leggi sanitarie pertinenti. Si veda, anche, il caso emblematico dei Testimoni di Geova di Mosca v. Russia, deciso dalla Corte del 10 giugno 2010, sent. n. 302/02.

La nozione del diritto alla salute, complice il progresso scientifico e l'opera incessante di dottrina e giurisprudenza, non cessa di evolversi anche nei tempi più recenti. È emblematico l'incipit della più recente novella emanata in tema di responsabilità sanitaria²⁰, che specifica la nozione composita del diritto alla salute, di cui la sicurezza delle cure diviene componente essenziale²¹, oltre che obiettivo da raggiungere nell'interesse individuale e collettivo²².

Recentemente, la notevole contrazione della spesa pubblica per le spese sanitarie ha innescato un percorso di progressiva trasformazione da diritto incondizionato alle cure a diritto finanziariamente condizionato: la maggiore garanzia possibile del diritto alla salute si correla alla *limitatezza delle disponibilità finanziarie* ad essa destinate, dal momento che *l'esigenza di assicurare la universalità e la completezza del sistema assistenziale nel nostro Paese si è scontrata, e si scontra ancora attualmente, con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale, al settore sanitario*²³. Il valore costituzionale del diritto alla salute, tuttavia, impedisce che le ridotte disponibilità finanziarie compromettano la qualità delle cure e la sicurezza della loro erogazione²⁴. Si può,

²⁰ Il riferimento, chiaramente, è alla nota legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Legge Gelli – Bianco). L'art 1 prevede solennemente “La sicurezza delle cure è parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività”; a tale disposizione segue la previsione del dovere gravante sulle strutture sanitarie pubbliche e private, di predisporre “tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso alla erogazione di prestazioni sanitarie e all'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche ed organizzative”.

²¹ DI MAJO, *La salute responsabile*, Giappichelli, Torino, 2018, 75 ss.

²² La sicurezza delle cure compare già prima della legge Gelli Bianco, nel Codice di deontologia medica agli artt. 6 e 13.

²³ Così Corte Cost., 27 luglio 2011, n. 248, in *Giur. cost.*, 2011, 3181.

²⁴ Cfr. ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (Riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1116.

infatti, individuare un “nucleo essenziale”²⁵ del diritto alla salute, comprendente gli aspetti di cui non si può, in nessun caso, essere privati, la cui violazione viene sanzionata con l’illegittimità delle norme che si pongano in contrasto con esso²⁶. Per tali ragioni, la novella del 2017, dando seguito al monito del Consiglio d’Europa²⁷, individua nella prevenzione e nella gestione del rischio conseguente alle prestazioni sanitarie gli strumenti idonei a raggiungere l’obiettivo della sicurezza delle cure, considerata ora una componente essenziale del diritto alla salute. L’obiettivo fondamentale dunque, diviene quello di predisporre strumenti capaci di garantire *ex ante* la protezione del malato. Prevenire il rischio, dunque, per garantire la sicurezza delle prestazioni da erogare ai pazienti: come dimostra anche il titolo della legge²⁸, alla responsabilità si antepone la prevenzione. Uno dei meriti più apprezzabili del legislatore della novella risiede, pertanto, nell’aver finalmente teorizzato in maniera chiara l’oggetto del diritto alla salute: le prestazioni di cura ne divengono parte costitutiva soltanto se improntate alla

²⁵ Tuttavia secondo AICARDI, *La sanità*, in Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Milano, 2000, 383: “Dalla giurisprudenza costituzionale - che ha accertato il rispetto del nucleo essenziale del diritto alle prestazioni sanitarie caso per caso, con riferimento alle singole questioni dibattute - non sembra possibile estrapolare un criterio o parametro in base al quale definire in termini generali la soglia della indispensabilità, la quale, perciò, resta piuttosto evanescente”.

²⁶ Corte Cost., *ex plurimis*, sent. n. 309/1999, n. 252/2001, n. 354/2008. Corte Cost., 16 luglio 1999, n. 309: “le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana [...]”.

²⁷ “Raccomandazione del Consiglio d’Europa del 9 giugno 2009 sulla sicurezza dei pazienti, comprese la prevenzione e il controllo delle infezioni associate all’assistenza sanitaria” (2009/C151/01), in www.europarl.europa.eu, indica tra gli obiettivi “l’inserimento della sicurezza dei pazienti tra i temi prioritari nelle politiche e nei programmi sanitari a livello nazionale, regionale e locale”. Ancor prima si vedano “Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo ed al Consiglio sulla sicurezza dei pazienti, comprese la prevenzione e la lotta contro le infezioni nosocomiali”, in www.europarl.europa.eu.

²⁸ L’iniziale progetto unificato annunciava “disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario”; il testo definitivo fa leva sulla sicurezza delle cure e della persona assistita, per poi volgersi al tema della responsabilità. La legge è infatti oggi rubricata “Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie”. Il momento della prevenzione è anteposto a quello della responsabilità.

sicurezza dell'individuo, *concetto da intendere non soltanto in termini di mancanza di pericolosità, ma anche come specifica utilità della terapia prescelta rispetto al problema clinico lamentato*²⁹.

Come anticipato, la tutela del diritto alla salute dell'individuo è affidata, in primo luogo, agli organi legislativi e giurisdizionali nazionali. Non mancano, tuttavia, fonti ascrivibili a organi sovranazionali e internazionali, che in modo congiunto e coordinato, a volte anche in modo prevalente, contribuiscono a delinearne contenuti e limiti. Si è, infatti, negli anni realizzata una tutela multilivello del diritto alla salute: tale approdo appare una diretta conseguenza del rango di diritto primario e inviolabile riconosciutogli nei moderni sistemi costituzionali occidentali.

A tale proposito, emblematica è stata la fondazione nel 1948 dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, agenzia delle Nazioni Unite specializzata per le questioni sanitarie, competente per l'adozione di appositi regolamenti in materia. Il preambolo della Costituzione della OMS prevede che l'obiettivo dell'Organizzazione è *“il raggiungimento, da parte di tutte le popolazioni, del più alto livello possibile di salute”*, definita come *“uno stato di totale benessere fisico, mentale e sociale”* e non semplicemente *“assenza di malattie o infermità”*. Nello stesso anno, l'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo interviene con una formula molto ampia³⁰ a completare la nozione di diritto alla salute, evidenziando, accanto all'aspetto relativo all'accesso alle cure mediche, anche gli

²⁹ Così Coppola, Il nuovo sistema della responsabilità civile sanitaria, in Resp. civ. e prev., 2018, 1455.

³⁰ Art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo: “Ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all'alimentazione, al vestiario, all'abitazione e alle cure mediche e ai servizi sociali necessari [...]”

altri fattori determinanti della salute e del benessere, quali alimentazione, vestiario, abitazione e servizi sociali.

La Convenzione internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (meglio nota come Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali) del 1976, indica con maggiore precisione agli Stati le misure da adottare per assicurare la piena attuazione del diritto, mentre la Carta Sociale europea mantiene un approccio astratto e generico³¹.

Numerosi accordi internazionali, infine, si preoccupano di tutelare il diritto alla salute in via diretta o indiretta, in occasione della definizione degli statuti di altri diritti fondamentali o della regolamentazione di attività che in maniera più o meno mediata incidono sulla salute umana.

Ne risulta, pertanto, un quadro giuridico alquanto frammentario e complesso³² che tuttavia, pur con approcci differenti, condivide un denominatore comune consistente nel diritto di accesso equo e non discriminatorio alle cure mediche e ai servizi sanitari³³.

Nella tutela multilivello del diritto alla salute³⁴, occorre altresì dare atto della dimensione europea del diritto in esame. Precedendo con ordine, appare del tutto peculiare che la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma nel 1950, non menzioni espressamente il diritto alla salute. Si ritiene, tuttavia, che l'assenza di una

³¹ All'art. 11 si limita a prevedere che "Ogni persona ha diritto di usufruire di tutte le misure che le consentano di godere del miglior stato di salute ottenibile".

³² Per tali ragioni si è parlato di tutela internazionale «a geometria variabile», da alcuni ritenuta in contrasto con l'esigenza di garantire la realizzazione di un diritto universale (cfr. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma – Bari, 1988, 61)

³³ NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Torino, 2018 p. 62

³⁴ Sul tema v. CAPPUCCINI, *La dimensione europea del diritto alla salute*, in Alpa (a cura di), *La responsabilità sanitaria. Commento alla L.8 marzo 2017, n. 24*, Pisa, 2017, 55 ss.

disciplina specifica non possa considerarsi sintomo di disinteresse. Una tutela, infatti, seppur in via indiretta, si rintraccia nella protezione offerta al diritto alla vita, nel divieto di tortura, nel diritto a un equo processo, al rispetto della vita privata e familiare, nel divieto di discriminazione. A conferma della tesi che sostiene la possibilità di annoverare anche il diritto alla salute tra gli obiettivi (seppur impliciti) della Carta, inoltre, vale rammentare l'incessante lavoro della giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, come conseguenza della tutela di altri diritti³⁵. Nel dicembre del 2000 a Nizza è stata, poi, proclamata la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In essa è contenuto un riferimento espresso, al contrario della CEDU, al diritto alla salute, nell'art. 35, rubricato "*Protezione della salute*"³⁶. La disposizione, implicante un principio di eguaglianza sostanziale nella tutela della salute, prevede il diritto di accesso alla prevenzione sanitaria e di ottenimento di cure mediche, affidando alle legislazioni e alle prassi degli Stati il compito di stabilirne le condizioni, e, riferendosi all'Unione europea, ne ravviva l'impegno per garantire la protezione della salute umana a un "livello elevato"³⁷. Oltre alla già menzionata Carta Sociale Europea, nel 2002 è stata presentata la Carta europea dei diritti del malato (CSER), dedicata in maniera specifica ai diritti dei pazienti³⁸.

³⁵ Così è stato per l'applicazione dell'art. 3 CEDU, secondo cui nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti, in relazione alla salute dei detenuti; vedi al riguardo Corte eur. dir. uomo, 28 gennaio 1994, Hurtado c. Svizzera; Corte eur. dir. uomo, 24 ottobre 2006, Vi. c. Francia; Corte eur. dir. uomo, 7 febbraio 2012, Cara-Damiani c. Italia.

³⁶ "Ogni individuo ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana".

³⁷ Così CORSO, *Brevi riflessioni sulla dimensione europea del diritto alla salute*, in *Responsabilità medica*, 2018.

³⁸ Ne vengono indicati ben 14: diritto a misure preventive, all'accesso, all'informazione, al consenso, alla libera scelta, alla privacy e alla confidenzialità, al rispetto del suo tempo, al rispetto di standard di qualità, alla sicurezza, alla innovazione, a evitare le sofferenze e il dolore non necessari, a un trattamento personalizzato, al reclamo, al risarcimento.

È infine dedicato alla tutela della salute il titolo XIV del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, rubricato appunto “*Sanità pubblica*”, in cui si afferma che *nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana*³⁹.

Anche a livello europeo, pertanto, si rintraccia un forte interesse rivolto alla protezione della salute, in un'ottica di uniformazione dell'approccio, nel tentativo di rispondere alle esigenze transnazionali nel settore sanitario⁴⁰.

2. La prestazione sanitaria: qualificazione e contenuto.

Il diritto alla salute, così come innanzi descritto, oltre a dover esser preservato evitando lesioni alla persona, postula anche (e soprattutto) uno sforzo positivo da parte di soggetti qualificati allorché il titolare della situazione giuridica soffra per qualunque ragione di una patologia. I soggetti designati sono certamente i medici e le strutture sanitarie in cui questi ultimi possono svolgere la propria attività professionale, ovvero offrire la loro prestazione sanitaria.

³⁹ Art. 168 TFUE (ex art. 152 TCE).

⁴⁰ A titolo esemplificativo, si ricordano l'istituzione dell'Agenzia europea per i medicinali (EMA) nel 1995; l'istituzione del Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie (ECDC) nel 2005; lo Studio della Commissione sulla revisione intermedia della strategia per le scienze e la biotecnologia, del 2007; il Terzo programma dell'Unione europea per la salute (2014-2020), che persegue quattro obiettivi generali, ossia promozione della salute e prevenzione delle malattie, protezione dei cittadini dalle minacce per la salute a carattere transfrontaliero, sviluppo di sistemi sanitari innovativi e sostenibili, facilitazione per l'accesso ad un'assistenza sanitaria migliore e più sicura per i cittadini. Sul piano del diritto derivato dell'UE, può farsi riferimento ai Regolamenti CEE n. 1408 del 14.6.1971 e n. 574 del 21.3.1972, in relazione all'assistenza sanitaria all'interno degli Stati membri, ed alla Direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2011, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera.

Per prestazione sanitaria si intende la prestazione di diagnosi, cura e riabilitazione resa alla persona nell'esercizio delle professioni e arti sanitarie.

La prestazione resa dalla struttura sanitaria e dal medico è stata nel tempo qualificata variamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza che si sono interrogate sul tema. La qualificazione dell'attività posta in essere nell'esercizio dell'arte medica ha notevoli conseguenze sul piano giuridico, dipendendo da essa la durata del termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno cagionato da interventi imperiti, la ripartizione dell'onere della prova tra le parti in giudizio, la determinazione e la quantificazione del danno risarcibile.

Le posizioni della struttura e del medico in essa operante, poi, meritano di essere esaminate separatamente, avendo vissuto vicende autonome e non sempre corrispondenti.

La prestazione della struttura sanitaria, pubblica o privata, consiste in un vero e proprio servizio sociale e si realizza mediante l'articolazione di plurime prestazioni organizzate e tra loro coordinate al fine di raggiungere l'obiettivo della migliore cura per il paziente. La complessità della prestazione erogata nonché del rapporto che si viene ad instaurare tra il paziente bisognoso di cure e la struttura sanitaria cui il primo acceda con la richiesta di assistenza, giustifica l'altrettanto complessa evoluzione giurisprudenziale che ha interessato il tema in esame.

Un primo orientamento, ormai abbandonato, riconduceva la responsabilità della struttura sanitaria nei confronti del paziente alla disciplina descritta dall'art. 2049 c.c. ed al principio del *neminem laedere*: si trattava di una responsabilità aquiliana per fatto dell'esercente la professione sanitaria in nome e per conto della struttura stessa.

Quest'orientamento, che assicurava alle strutture sanitarie un trattamento decisamente di favore, era tuttavia destinato a soccombere in favore del più ragionevole orientamento che riconduceva la responsabilità della struttura nella più rigida disciplina descritta nell'art. 1218 c.c. Consacrò tale tesi una significativa decisione resa dalla suprema Corte di Cassazione⁴¹, con la quale i giudici stabilirono che la responsabilità dell'ente ospedaliero, consistente nell'organizzazione di strumenti e servizi, ha natura contrattuale in quanto derivante, prima dalla conclusione di un contratto di prestazione d'opera professionale⁴² e, secondo l'orientamento poi consolidatosi⁴³, da un autonomo ed atipico contratto a prestazioni corrispettive (da taluni definito contratto di spedalità, da altri contratto di assistenza sanitaria)⁴⁴, che paziente e struttura concludono allorché l'utente del servizio sanitario rivolge le proprie richieste di cura all'ente designato⁴⁵. La struttura, pertanto, viene onerata di una obbligazione complessa, consistente da un lato nella somministrazione di cure medico-chirurgiche, attraverso la messa a disposizione di personale qualificato, medicinali ed attrezzature tecniche adeguate,

⁴¹ Si tratta di Cass. civ., 21 dicembre 1978 n. 6141, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 953 ss.

⁴² Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 953 ss.

⁴³ Inizialmente il rapporto paziente - struttura fu qualificato in termini di contratto d'opera professionale; v. Cass. Civ. 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 953 ss.

⁴⁴ Cfr. Cass., SS.UU., 1° luglio 2002, n. 9556, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 689 ss., con nota di FAVILLI, *La risarcibilità del danno morale da lesioni del congiunto: l'intervento dirimente delle Sezioni Unite*. Tale sentenza è stata confermata anche da Cass., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, 788-792, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 616 ss., con nota di DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*; in *Danno e resp.*, 2008, 788 ss., con nota di VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*; in *Resp. civ.*, 397 ss., con nota di CALVO, *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*; in *Danno e resp.*, 2008, 1002 ss. con nota di GAZZARA, *Le Sezioni Unite fanno il punto di tema di prova della responsabilità sanitaria*.

⁴⁵ La responsabilità dell'ente ospedaliero va quindi qualificata senz'altro come contrattuale "sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto". In questo senso vedi Cass. civ., sez. III, 11 marzo 2002, n. 3492; Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2003, n. 11001; Cass. civ., sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297; Cass. civ., sez. III, 26 gennaio 2006, n. 1698; Cass. civ., sez. III, 9 aprile 2006, n. 9085.

e dall'altro in un'ampia ed eterogena serie di prestazioni accessorie, quali, ad esempio, quelle *lato sensu* alberghiere. L'errato, mancato o deficitario adempimento di una di queste prestazioni equivale ad inadempimento di un'autentica obbligazione ex art. 1173 c.c.

Nessuna differenza di rilievo, poi, sussiste in ragione della natura pubblica o privata della struttura di cura, essendo sostanzialmente equivalenti gli obblighi dei due tipi di strutture nei confronti del fruitore dei servizi istituzionalmente o privatamente erogati⁴⁶.

Tale orientamento, seppur avallato da autorevoli pronunce giurisprudenziali oltre 40 anni fa, non sembra mai stato esser messo in discussione, rimanendo consolidato e, semmai, ulteriormente specificato nei contenuti, fino ad oggi.

Ben più serrato, invece, è stato il dibattito in merito alla qualificazione giuridica della prestazione del medico; esso ha condotto a differenti approdi, che possono essere scanditi in cinque stagioni.

Segue: la prima stagione: l'obbligazione del sanitario come obbligazione di mezzi.

⁴⁶ A conferma di tale orientamento, Cass. Sez. Unite, 11 gennaio 2008, n. 577 *“è irrilevante che si tratti di una casa di cura privata o di un ospedale pubblico in quanto sostanzialmente equivalenti sono a livello normativo gli obblighi dei due tipi di strutture verso il fruitore dei servizi, ed anche nella giurisprudenza si riscontra un equiparazione completa della struttura privata a quella pubblica quanto al regime della responsabilità civile, anche in considerazione del fatto che si tratta di violazioni che incidono sul bene salute, tutelato quale diritto fondamentale dalla Costituzione, senza possibilità di limitazioni di responsabilità o differenze risarcitorie a seconda della diversa natura, pubblica o privata, della struttura sanitaria”*.

La prima stagione si colloca dagli anni '50 fino agli anni '70, ed è caratterizzata dalla qualificazione dell'obbligazione del sanitario (genericamente inteso sia come medico sia come struttura) come obbligazione di mezzi⁴⁷, avente ad oggetto immediato non la prestazione del risultato coincidente con la guarigione, ma semplicemente un comportamento diligentemente orientato ad esso⁴⁸. La peculiarità delle obbligazioni cc.dd. di mezzi è costituita dalla circostanza che ad essere dedotto in obbligazione è il contegno diligente del debitore rivolto al conseguimento di un risultato, la cui realizzazione dipende anche dal concorso di altri fattori estranei all'attività del debitore. In tal caso, l'inadempimento non coincide con la mancata realizzazione dell'interesse creditorio, ben potendo verificarsi l'ipotesi in cui, pur avendo il debitore impiegato tutto lo sforzo diligente esigibile, il risultato finale non si sia realizzato⁴⁹. Tale orientamento si era consolidato da tempo nel panorama giuridico: l'idea di fondo era che solo il medico fosse in grado di conoscere le migliori tecniche e che una autentica colpa medica fosse identificabile solo in casi di *trascuranza di canoni fondamentali o elementari della medicina*⁵⁰. Sintomo evidente di tale impostazione fu l'introduzione dell'art. 2236, comma 2 c.c. nel codice civile del 1942, secondo cui il professionista intellettuale va esente da responsabilità quando non versi in colpa grave e il caso

⁴⁷ Secondo la tradizionale impostazione di MENGONI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 187. Sul tema si veda anche DE LORENZI, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Contr. e impr.*, 2016, 456 ss. Per un approfondimento, *infra*, capitolo 2.

⁴⁸ In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. 28 aprile 1961, n. 961, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, 1248 ss., con nota di LEGA, *La prestazione del medico come oggetto di obbligazioni di mezzi*; Cass. 15 dicembre 1972, n. 3616, in *Foro it.*, 1973, I, 1474 ss.; Cass. 18 giugno 1975, n. 2439, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 953 ss., con nota di LEGA, *In tema di responsabilità del medico chirurgo*; Cass. 29 marzo 1976, n. 1132, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 1980 ss.

⁴⁹ Così MUCCIOLI, *La responsabilità del sanitario e l'onere probatorio. Brevi osservazioni in tema di diligenza e nesso causale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 96.

⁵⁰ Cass. civ., 22 dicembre 1925, in *Giur. it.*, 1926, I, 1, 532.

presenti speciale difficoltà. L'introduzione dell'esimente di responsabilità per il professionista intellettuale si spiegava con la necessità di non impedire, ma al contrario di incoraggiare il progredire della scienza a fronte di casi obiettivamente difficili.

Le regole individuate dalla giurisprudenza per la responsabilità sanitaria conseguente all'omesso o inesatto adempimento dell'obbligazione di mezzi erano, tuttavia, nella prassi giudiziaria per lo più assimilabili al modello delineato dall'art. 2043 c.c. Il riparto dell'onere della prova nei giudizi di responsabilità medica, in particolare, era strutturato sul modello dell'illecito aquiliano al fine di tutelare lo svolgimento dell'attività professionale ed alleggerire la posizione del medico. È stato correttamente osservato, a tal riguardo, che *“i confini tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale sfumano per dare vita, in una sorta di osmosi, ad una configurazione giuridica che partecipa dei caratteri di entrambe, senza rilevare una chiara appartenenza ad una di esse, se non nell'inquadramento formale adottato per le singole fattispecie”*⁵¹.

Segue: la seconda stagione: la valorizzazione della distinzione tra interventi di facile e difficile esecuzione.

Tale orientamento fu rivisitato dalla giurisprudenza alla fine degli anni Settanta⁵²: l'esigenza di tenere nella giusta considerazione le differenze pratiche che

⁵¹ Così FINI, *La responsabilità sanitaria*, PECENNINI (a cura di), Giuffrè, Torino, 2007, 353.

⁵² Cass. civ., 21 dicembre 1978 n. 6141, cit.

caratterizzano ogni singolo intervento ha infatti motivato il passaggio alla seconda stagione. Muovendo proprio dalla nozione di “*problemi tecnici di speciale difficoltà*” di cui all’art. 2236, secondo comma c.c., venne dunque introdotta la distinzione tra interventi di facile e difficile esecuzione. L’intervento medico può considerarsi di facile esecuzione quando non richiede una abilità particolare, essendo sufficiente una preparazione professionale ordinaria e l’applicazione di regole tecniche che, per comune consenso e consolidata sperimentazione (proprio in ragione della frequenza di realizzazione dell’intervento, sono anche definiti *routinari*), sono ormai acquisite alla scienza e alla pratica medica. In questo tipo di interventi, il rischio di esito negativo o peggiorativo è minimo, potendo derivare, al di fuori della colpa del chirurgo, da eventi sopravvenuti imprevisi ed imprevedibili secondo l’ordinaria diligenza, oppure dall’esistenza di particolari condizioni fisiche del cliente non accertabili con la normale diligenza professionale. Di contro gli interventi si considerano di difficile esecuzione quando il caso concreto sia straordinario od eccezionale, sì da essere non adeguatamente studiato dalla scienza medica e sperimentato nella pratica - se non addirittura ignoto -, ovvero quando nella scienza medica siano proposti e dibattuti diversi, ed incompatibili tra loro, sistemi diagnostici, terapeutici e di tecnica chirurgica, tra i quali il medico operi la sua scelta⁵³.

Dal citato art. 2236, comma 2 c.c., che prevede che *se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave*, consegue che il professionista è esonerato da responsabilità, qualora il suo operato sia connotato da

⁵³ Così Trib. Monza, 22 maggio 2006.

colpa lieve o lievissima. La qualificazione di un intervento come facile o difficile, pertanto, non è irrilevante e comporta conseguenze notevoli: solo nel secondo caso, infatti, la limitazione di responsabilità prevista dall'art. 2236 c.c. è doverosa e giustificata. Inoltre, l'esenzione di responsabilità per la difficoltà del caso concreto non si applica se la colpa, ancorché lieve, del medico sia riconducibile a negligenza o imprudenza, anziché ad imperizia⁵⁴.

Nonostante le critiche mosse dalla dottrina e da parte della giurisprudenza all'orientamento citato ed alla sua pratica attuazione, esso si è affermato nel panorama giurisprudenziale ed ha resistito in materia di responsabilità medica per più di trent'anni, fino alla nota pronuncia delle Sezioni Unite del 2001⁵⁵.

Segue: la terza stagione: il superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e risultato.

Una tappa intermedia tra la stagione giurisprudenziale appena descritta e la storica sentenza del 2001 è stata inaugurata da un'altrettanto storica pronuncia della Corte di Cassazione sul tema della natura giuridica della responsabilità medica dell' esercente la professione sanitaria. Essa ha costituito ad un tempo approdo fondamentale nel settore della responsabilità contrattuale, e necessaria premessa

⁵⁴ Cass. civ., 8 luglio 1994, n. 8794, in *NGCC*, 1995, I, 1107.

⁵⁵ Cfr. Cass. SS. UU. 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 1565 ss, con nota di MARICONDA, *Giust. civ. Mass.*, 2001, 182; *Dir. e Formazione*, 2001, 1013; *Danno e resp.*, 2002, 318; *Studium Juris*, 2002, 389; *Contratti*, 2002, 113, con nota di CARNEVALI; *Nuova giur. civ. commentata*, 2002, I, 349, con nota di MEOLI.

all'avvio della terza stagione nella storia della qualificazione giuridica della prestazione dell'esercente sanitario.

Il sanitario finora era, infatti, ritenuto debitore di una obbligazione (di mezzi o di risultato), ma la giurisprudenza lo onerava di fatto per lo più dei carichi probatori tipici di un danneggiante *ex art. 2043 c.c.* Negli anni '90, allora, la dottrina, sulla scorta delle suggestioni provenienti dalla letteratura giuridica tedesca⁵⁶, ha maturato nuovi convincimenti ed ha ritenuto di rinvenire nella responsabilità del medico una fattispecie di c.d. contatto sociale qualificato anche nel nostro ordinamento. Argomentando dall'art. 1173 c.c. che, come è noto, fa discendere l'obbligazione oltre che dal contratto e dal fatto illecito, da qualsiasi altro atto o fatto idoneo a produrlo secondo l'ordinamento giuridico⁵⁷, la stessa Suprema Corte⁵⁸ aveva avuto modo di configurare in termini contrattuali la responsabilità dei medici operanti in strutture sanitarie pubbliche o private, indipendentemente dalla sussistenza di un pregresso rapporto obbligatorio con il paziente danneggiato. Le suggestioni della

⁵⁶ Autorevolmente approfondita e sviluppata da CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Studi in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, 147 ss.; ID., *La nuova responsabilità civile*, III, Milano, 2006, 443 ss.

⁵⁷ Cfr. BIANCA, *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, Milano, 1993, 71 ss.; MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 204 ss. e ora in *Scritti. II. Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo – A. Albanese – A. Nicolussi, Milano, 201; ID., *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 515 ss.; DI MAJO, *sub artt. 1173-1176, Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna Roma, 1988, 121 ss. e 316 ss.; GAMBINO, *Le obbligazioni, I, Il rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Milano, 2015, 178 ss.; CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 143 ss.; ID., v. *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990; ID., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni, I, Le ragioni del diritto*, Milano, 1995, 151.

⁵⁸ A partire dalla nota sentenza Cass. Civ. 22 gennaio 1999, n. 589. Fra le riviste in cui la sentenza è stata pubblicata, si segnalano: *Foro it.*, 1999, I, 3332 ss., con commenti di DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in materia di responsabilità del medico ospedaliero*, e di LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?; Danno e resp.*, 1999, 294 ss., con commento di CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto; Nuova giur. Civ. comm.*, 2000, I, 334 ss., con nota di THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*.

dottrina, pertanto, vennero recepite dalla giurisprudenza che con chiarezza motivò le ragioni della qualificazione (anche) della responsabilità del medico come contrattuale.

È in questo contesto che si colloca la storica pronuncia delle Sezioni Unite, n. 13533/2001, che ha indirettamente dato avvio alla terza stagione. La distinzione introdotta nel 1978 tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato e, con essa, anche a quella strettamente correlata tra interventi *routinari* e di difficile esecuzione, veniva superata. Tutte le obbligazioni venivano di fatto considerate obbligazioni di risultato, con notevole vantaggio per il paziente. La prestazione del medico, pertanto, aveva sempre ad oggetto la guarigione del paziente o, quantomeno, la attenuazione della patologia lamentata; il mancato o inesatto adempimento dava luogo alle tipiche conseguenze descritte dagli artt. 1218 e ss. c.c. La differenza sottesa all'art. 2236, comma 2 c.c., che fino a quel momento aveva permesso di distinguere gli interventi *routinari* da quelli di difficile esecuzione (con differente riparto probatorio) permaneva al solo fine di valutare il grado di diligenza esigibile dal sanitario; era tuttavia onere di quest'ultimo, al fine di godere delle agevolazioni probatorie, dimostrare che il caso concreto rientrasse tra gli interventi di difficile esecuzione.

A tal proposito, appare fondamentale approfondire il tema della diligenza richiesta nello svolgimento della prestazione sanitaria. La questione è di centrale importanza data la prevalenza, in tempi recenti, della tesi soggettivista dell'inadempimento sulla oggettivista. Quest'ultima⁵⁹, basata sulla prova liberatoria dell'art. 1218 c.c., trovò massima diffusione ed adesione negli anni successivi alla prima guerra

⁵⁹ Teoria elaborata da Osti; cfr. OSTI, *Scritti giuridici*, Milano, 1973, I, 1 ss.

mondiale, quando le ripercussioni socio-economiche degli eventi bellici avrebbero compromesso la sicurezza dei traffici commerciali, qualora fosse stato consentito al debitore andare esente da responsabilità adducendo, semplicemente, di esser stato diligente nell'attuazione del vincolo obbligatorio⁶⁰. L'impostazione oggettiva, nella sua accezione originaria e più rigorosa, faceva discendere dal mero fatto dell'inadempimento la responsabilità del debitore, al quale non era consentito liberarsi dimostrando la mancanza di colpa, ma solo la prova della impossibilità della prestazione per causa a lui non imputabile. Tale modello qualificava *l'impossibilità* di cui all'art. 1218 c.c., come oggettiva e assoluta: più in particolare, l'oggettività attribuirebbe rilievo soltanto ai fatti impeditivi che rendano la prestazione impossibile per qualsiasi soggetto; l'assolutezza, invece, richiederebbe la sussistenza di un ostacolo che non risulti superabile dalle forze umane, se non mettendo in pericolo l'integrità personale del debitore o ponendo in essere un'attività illecita.

Verso la fine del XX secolo, tuttavia, il contesto economico e sociale si mostrava profondamente mutato ed il rigore della tesi oggettivistica lasciò gradualmente campo all'orientamento opposto, che si fonda su una lettura combinata degli artt. 1218 e 1176 c.c.

Secondo la tesi soggettivistica⁶¹, pertanto la diligenza può costituire la prova contraria del fatto costitutivo della responsabilità contrattuale, escludendo di fatto l'inadempimento.

⁶⁰ Cfr. PARTISANI, *La diligenza, il medico e la prova liberatoria dalla responsabilità*, in *Danno e resp.*, 2014, 932; FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2010, 1278.

⁶¹ Essa trova tra i suoi maggiori sostenitori BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, Milano, 2012, 17; ID., *Diritto civile. L'obbligazione*, Milano, 1997, 535 ("La nozione di impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore prescinde dai caratteri dell'assolutezza e della oggettività. Essa è piuttosto correlata al concetto di responsabilità per l'inadempimento. Se questa responsabilità dipende dalla

Ecco perché è necessario - fermo restando l'approfondimento sulle questioni probatorie cui sarà dedicato il secondo capitolo – definire il livello di diligenza che l'esercente la professione sanitaria deve profondere nell'adempimento dell'obbligazione nascente dal contatto sociale.

Ai sensi dell'art. 1176, comma 2 c.c., la diligenza del medico chiamato ad effettuare una prestazione professionale deve essere valutata assumendo a parametro non la condotta del buon padre di famiglia, bensì quella del debitore qualificato. La misura della diligenza deve infatti valutarsi in riferimento alla natura dell'attività esercitata: il professionista (e, *a fortiori*, lo specialista) deve assicurare una diligenza particolarmente qualificata dalla perizia e dall'impiego di strumenti tecnici adeguati al tipo di attività, la diligenza normalmente esigibile dal professionista di media preparazione⁶².

Il medico, così come la struttura sanitaria (pubblica o privata), si impegnano ad assicurare il risultato esigibile secondo criteri di *normalità*, da apprezzarsi in ragione ed in dipendenza di una pluralità di concorrenti fattori, tra cui, in

misura dello sforzo diligente richiesto al debitore, diremo che sussiste impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore ogni qual volta insorge un impedimento non prevenibile né superabile da parte del debitore con lo sforzo diligente cui egli è tenuto"); GIORGIANNI, v. *Inadempimento (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 874 ss.; ID., *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, rist. 1970, 188 ss.; BIGLIAZZI GERI, BUSNELLI, BRECCIA, NATOLI, *Diritto civile*, Vol. III, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, 138.

⁶² Cfr. GRANELLI, *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2, 2018, 416: "[...] fino ad oggi le Corti si sono concentrate nel verificare se, nel caso concreto, il medico si sia comportato come si sarebbe comportato, in quelle medesime circostanze, un ideale «medico medio». Solo che — è stato efficacemente rilevato — per la Corte di cassazione, il medico «medio», di cui all'art. 1176, comma 2, c.c., non è un medico mediocre, ma al contrario è un medico bravo, anzi, molto bravo: un medico che si aggiorna, che va ai convegni, che studia, che si preoccupa della sorte del cliente anche quando non è tenuto ad essere presente in ospedale, che consiglia al paziente tutte le alternative terapeutiche possibili e ragionevoli», che interviene con tempestività, competenza e professionalità per eseguire i trattamenti necessari a tutela della sua salute; ecc. In altre parole, i nostri giudici hanno fin qui tenuto molto alta «l'asticella della diligenza professionale minima» esigibile dall'esercente l'attività sanitaria; con la conseguenza di ampliare sensibilmente l'area della relativa responsabilità. Analogo rigore — è bene sottolinearlo — non sempre è dato rinvenire nei confronti di altre categorie professionali." Nello stesso senso anche ROSSETTI (a cura di), *Responsabilità sanitaria e tutela della salute*, in *Quaderni del massimario della Corte Suprema di cassazione*, II, 2011, 15.

particolare, la malattia da curare, le condizioni generali del paziente, l'attuale stato della tecnica e delle conoscenze scientifiche, la capacità tecnico-organizzativa della struttura sanitaria. L'*esito normale* della cura va quindi stabilito di volta in volta a seguito di un giudizio relazionale di valore: quanto può ragionevolmente attendersi dal miglior specialista del settore, operante nell'ambito di una struttura d'alta specializzazione, non può certamente esigersi dal professionista neolaureato, che operi in una struttura con scarse dotazioni di mezzi⁶³. Ogni professionista deve impiegare la perizia e i mezzi tecnici adeguati allo standard professionale della categoria in cui è incluso⁶⁴: tale indice determina il contenuto della perizia dovuta, della adeguatezza dello sforzo diligente, nonché del relativo grado di responsabilità. Da ciò discende che, ancor prima di assumere l'obbligazione, il medico deve valutare con prudenza tutti i fattori concorrenti al buon esito dell'intervento e della terapia, quali, primariamente, il livello e l'adeguatezza della propria preparazione professionale e dei mezzi a sua disposizione. È chiamato, poi, a predisporre ogni misura utile a prevenire o rimediare ad eventuali carenze strutturali ed organizzative, incidenti sugli accertamenti diagnostici e sui risultati dell'intervento⁶⁵; laddove ciò non risulti possibile, dovrà informare il paziente del quadro complessivo di cure, consigliandogli eventualmente il ricovero in una struttura più idonea.

⁶³ Cfr. PARTISANI, *La diligenza, il medico e la prova liberatoria dalla responsabilità*, cit. 935.

⁶⁴ Si distingue, generalmente, tra diligenza professionale generica e diligenza professionale qualificata. Colui che assume un'obbligazione nella qualità di specialista, o un'obbligazione che presuppone una tale qualità, è tenuto alla perizia che è normale della categoria.

⁶⁵ Cass., 5 luglio 2004, n. 12273, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 7-8.

Segue: la quarta stagione: la riforma Balduzzi.

L'orientamento affermatosi in giurisprudenza in tema di responsabilità sanitaria ha comportato come effetto un notevole aumento del contenzioso da *medical malpractice* ed una conseguente maggiore difficoltà per gli operatori del settore di reperire sul mercato compagnie assicurative disposte ad assicurare il rischio a condizioni sostenibili. A ciò si aggiungeva il progressivo affermarsi di un sistema risarcitorio del tutto peculiare e molto generoso in favore dei pazienti⁶⁶. A partire dagli anni Novanta, infatti, la giurisprudenza si occupò di riformare il sistema di liquidazione e quantificazione del danno alla persona: il vecchio parametro del reddito medio nazionale e del triplo della pensione sociale, lasciò infatti spazio alle tabelle per il calcolo del risarcimento, adottate per la prima volta dal Tribunale di Milano, e poi consacrate dalla Corte di Cassazione⁶⁷. Le “*tabelle milanesi*” sono basate sul c.d. “sistema a punto variabile” e garantiscono un aumento del risarcimento del danno più che proporzionale rispetto alla percentuale di invalidità riconosciuta al paziente, anche alla luce dell'età di quest'ultimo. Se da un lato tale metodo di liquidazione presentava l'indubbio vantaggio di colmare il lamentato deficit di prevedibilità dell'ammontare dei risarcimenti, dall'altro comportava un innegabile aumento degli importi liquidati⁶⁸.

⁶⁶ Una completa visione d'insieme è fornita da GAZZARA, *Le Sezioni Unite fanno il punto di tema di prova della responsabilità sanitaria*, cit., 1008-1009.

⁶⁷ Il riferimento è alla storica sentenza “Amatucci”, dal nome del suo relatore (Cass. civ., 7 giugno 2011, n. 12408, in *Guida al diritto*, 2011, 26, 17, con nota di MARTINI).

⁶⁸ Nel 1997, a due anni dall'introduzione delle Tabelle milanesi, fu lo stesso Tribunale meneghino ad adottare nuove tabelle, che aumentavano ulteriormente gli importi liquidabili.

L'evoluzione del diritto vivente nel senso di una iperprotezione del paziente danneggiato⁶⁹ ha quindi costituito terreno fertile per il consolidamento di una pratica tanto diffusa quanto pericolosa, la c.d. "medicina difensiva"⁷⁰. Essa comprende tutte quelle azioni che un medico decide di attuare con lo scopo di difendere e tutelare sé stesso da eventuali danni lesivi al paziente che potrebbero derivare da negligenze mediche.

La medicina difensiva può essere positiva (commissiva) oppure negativa, detta anche omissiva.

E' positiva quando con uno scopo cautelativo preventivo il medico prescrive esami diagnostici o terapie non necessarie e superflue al fine di ridurre la possibilità che un paziente possa in futuro lamentare episodi di imperizia o negligenza medica. Si parla invece di medicina difensiva negativa quando il medico decide di non ricorrere ad una cura a favore del paziente al fine di scongiurare possibili esiti negativi derivanti dalla cura stessa.

⁶⁹ L'esigenza avvertita era, infatti, più che ripristinare il patrimonio del danneggiato, assicurare la c.d. funzione sociale del sistema di responsabilità civile in materia medica, cioè di gravare la persona o la categoria di persone che per effetto della loro capacità economica fossero meglio in grado di sopportare il costo del danno. È di tale avviso SALESIA, *Dalla legge Balduzzi alla riforma Gelli, in La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli)*, a cura di GELLI, HAZAN E ZORZIT, Milano, 2017, 23.

⁷⁰ Sul tema v. GRANELLI, *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 410 ss. Una definizione del fenomeno viene offerta da US Congress, *Office of Technology Assessment, Defensive medicine and medical malpractice*, OTA-H-602, Washington, DC, US Government Printing Office, 1994: "la medicina difensiva si verifica quando il medico ordina esami, procedure o visite, o evita pazienti a rischio, o procedure ad alto rischio, principalmente (ma non esclusivamente) per ridurre la propria esposizione al contenzioso legale. Quando i medici effettuano esami o procedure in eccesso, praticano la c.d. medicina difensiva positiva. Quando evitano alcuni pazienti o procedure, praticano la c.d. medicina difensiva negativa". La medicina difensiva costituisce un fenomeno sociologico che conta tante e preoccupanti derive a vario livello: se trascurata, infatti, potrebbe avere ripercussioni sull'esercizio della professione medica e sugli standard di qualità e sostenibilità economica dell'assistenza sanitaria offerta al paziente, sul livello di danno risarcibile e, di conseguenza, sul già incerto quadro assicurativo. Sul tema vedi anche CATINO - D'ALESSANDRO - MAZZUCATO - VARRASO, *Il problema della medicina difensiva*, Pisa, 2010; CATINO, *Logiche dell'indagine: oltre la cultura della colpa*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, 2006, 1, 7 ss

La risposta legislativa al fenomeno che diventava sempre più dilagante⁷¹ venne fornita con il c.d. “decreto Balduzzi⁷²”, di fatto un *decreto omnibus* in materia sanitaria, con cui si intese, tra l’altro, disciplinare la responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie. Il nuovo sistema pensato per contrastare la medicina difensiva⁷³, assicurare le aspettative di protezione dei pazienti e contestualmente tutelare le figure professionali coinvolte nella relazione di cura muoveva sostanzialmente su tre direttrici: l’alleggerimento della posizione processuale del professionista in ambito penale e civile; la predeterminazione dei risarcimenti sulla base delle tabelle di cui agli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni Private; l’introduzione dell’obbligo assicurativo.

Procedendo con ordine e concentrando l’attenzione sulla sola responsabilità civile⁷⁴, l’originario testo dell’art. 3, comma 1⁷⁵ del decreto citato recepiva l’evoluzione del diritto vivente a partire dalla citata sentenza del 1999 e qualificava in senso contrattuale sia la responsabilità della struttura sanitaria, che quella del medico dipendente. Veniva positivizzata, pertanto, la tesi della responsabilità

⁷¹ Secondo i dati diffusi dal Ministero della Salute, il costo annuale della medicina difensiva in Italia ammonta a circa 10 miliardi di euro annui, pari a circa il 10,5% della spesa sanitaria nazionale e allo 0,75% del PIL.

⁷² Più precisamente, si tratta del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, recante “*Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute*”, convertito con modifiche con la legge 8 novembre 2012, n. 189, pubblicata sulla G.U. 10 novembre 2012, n. 263, entrata in vigore l’11 novembre 2012.

⁷³ Nella relazione accompagnatoria al d.l. si afferma: “*Il carattere di urgenza è legato alla considerazione che la sopra richiamata situazione di forte restrizione delle risorse finanziarie disponibili per il SSN, il mancato controllo di questo crescente fattore di spesa inappropriata, genererà insopportabili difficoltà per le Regioni e le aziende sanitarie*”.

⁷⁴ In tema di responsabilità penale, l’art. 3, comma 1 del decreto citato escludeva la rilevanza penale delle condotte connotate da colpa lieve, quando l’esercente, nello svolgimento della propria attività, si fosse attenuto alle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.

⁷⁵ L’art. 3, comma 1 così disponeva: “*Fermo restando il disposto dell’art. 2236 del codice civile, nell’accertamento della colpa lieve nell’attività dell’esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell’art. 1176 c.c., tiene conto in particolare dell’osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale ed internazionale*”.

contrattuale da contatto sociale qualificato che fino ad allora aveva avuto riscontri unicamente in giurisprudenza.

Il testo originario dell'articolo, tuttavia, venne totalmente stravolto in sede di conversione in legge del decreto; il nuovo testo (ora abrogato) così disponeva: *“L’ercente 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’art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”*.

L'imprecisa formulazione utilizzata dal legislatore del 2012 ed il criptico⁷⁶ richiamo all'art. 2043 c.c. ha favorito l'affermazione di contrastanti orientamenti⁷⁷ in giurisprudenza. Secondo un primo e maggioritario filone giurisprudenziale⁷⁸, il

⁷⁶ È estremamente franco a riguardo PUCCELLA, *Un improvvido legislatore fa più danno dei medici (brevi considerazioni in merito a Trib. Milano, 17.7.2014 e 18.11.2014)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 36 ss: “La questione è, a ben vedere, un'altra: è semplicemente indecoroso che un legislatore intenzionato a riformare la responsabilità del medico dipendente, scardinando la teoria del contatto sociale e azzerando quindici anni di consolidata giurisprudenza di senso contrario (da Cass., n. 589 del 1999), non sia in grado di realizzare il suo obiettivo utilizzando espressioni lessicali e costruzioni giuridiche degne di questo nome.”

⁷⁷ Ne dà atto PUCCELLA, *Un improvvido legislatore fa più danno dei medici (brevi considerazioni in merito a Trib. Milano, 17.7.2014 e 18.11.2014)*, cit., 36 ss.

⁷⁸ Orientamento consolidatosi a decorrere da Cass. civ., 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Guida al diritto*, 2013, 17, 25; nello stesso senso Cass. Civ., Sez. IV, ord., 17 aprile 2014, n. 8940: “L’articolo 3, comma 1, della Legge n. 189 del 2012, là dove omette di precisare in che termini si riferisca all’ercente la professione sanitaria e concerne nel suo primo inciso la responsabilità penale, comporta che la norma dell’inciso successivo, quando dice che resta comunque fermo l’obbligo di cui all’articolo 2043 c.c., poiché in *lege aquilia et levissima culpa venit*, vuole solo significare che il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l’irrilevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità extracontrattuale, ma non ha inteso prendere alcuna posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità di quella natura. La norma, dunque, non induce il superamento dell’orientamento tradizionale sulla responsabilità da contatto e sulle sue implicazioni”. Ancora, in giurisprudenza, si vedano Cass. civ., 13 gennaio 2015, n. 280; Cass. civ., 27 marzo 2015, n. 6243, in *Ridare.it*, 2015, 17 aprile; Cass. civ., 31 marzo 2015, n. 6436. Nella giurisprudenza di merito propendono per la tesi dell'utilizzo «atecnico» del richiamo all'art. 2043 cod. civ. Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013; Trib. Cremona, 19 settembre 2013; Trib. Rovereto, 29 dicembre 2013 e Trib. Brindisi, 18 luglio 2014. In dottrina PONZANELLI, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno e resp.*, 2016, 8-9,

richiamo all'art. 2043 c.c. andava interpretato come un generico rinvio alla responsabilità civile. *“Il riferimento alla lex aquilia potrebbe essere letto come il frutto del trascorrere dal piano penale a quello civile, ove il concetto di illiceità si lega indissolubilmente all'art. 2043 c.c.”*⁷⁹. In sostanza, l'espressione *“resta fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.”* non avrebbe avuto lo scopo di inquadrare la responsabilità sanitaria nell'alveo extracontrattuale, ma piuttosto di permettere al giudice civile, anche nei casi di applicazione dell'esimente penale, di risarcire il danno subito. Nessun *revirement* dovrebbe quindi rintracciarsi nella riforma Balduzzi: la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria rimarrebbe di natura contrattuale da contatto sociale qualificato, eventualmente solidale con la responsabilità della struttura, ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c..

Un secondo e contrapposto orientamento⁸⁰ ha invece preferito valorizzare la novità introdotta dalla riforma e riconoscere nell'art. 3, comma 1 un'autentica rivisitazione delle posizioni passate. Ignorare il riferimento contenuto nella disposizione all'art. 2043 c.c., infatti, avrebbe significato disconoscere totalmente il ruolo e le intenzioni del legislatore, che andavano, di contro, valorizzate al fine di combattere il dilagare delle pratiche di medicina difensiva. È per queste ragioni che l'orientamento in

818-819; BREDI, *Tutela della salute, responsabilità e scelte legislative: un primo approccio alla riforma tra novità conferme e problematiche interpretative nella prospettiva civilistica*, in *La valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa*, 2012, 79; BONA, *La responsabilità medica civile e penale dopo il decreto Balduzzi*, San Marino, 2013, 145 ss.; DE LUCA, *La nuova responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, Roma, 2012, 27

⁷⁹ BREDI, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in *Contr. e impr.*, 2014, 785.

⁸⁰ Emblematica è la pronuncia del Tribunale di Milano, sezione I civile, 23 luglio 2014, n. 9693 (est. Gattari): *“Il tenore letterale dell'art. 3, comma 1 della legge Balduzzi e l'intenzione del legislatore conducono a ritenere che la responsabilità del medico (e quella degli altri esercenti le professioni sanitarie) per condotte che non costituiscono inadempimento di un contratto d'opera (diverso dal contratto concluso con la struttura) venga ricondotta dal legislatore del 2012 alla responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c. e che, dunque, l'obbligazione risarcitoria del medico possa scaturire solo in presenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano (che il danneggiato ha l'onere di provare)”*. Per la portata innovativa dell'art. 3 della legge Balduzzi cfr. Trib. Varese, 26 novembre 2012; Trib. Torino, 26 febbraio 2013 e Trib. Enna, 18 maggio 2013.

parola, che è rimasto però minoritario, ha ritenuto di qualificare come aquiliana la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria dipendente, differenziando così la sua posizione da quella della struttura di appartenenza.

Per una terza tesi, le due responsabilità - aquiliana e contrattuale-, potrebbero concorrere e cumularsi. Più precisamente, nei casi in cui l'operatore risponde per colpa lieve ai sensi della prima parte del primo comma dell'art. 3 comma 1, il paziente potrebbe convenirlo in un giudizio civile beneficiando della doppia tutela⁸¹, e quindi invocare la responsabilità aquiliana del sanitario per ottenere l'estensione del risarcimento ai danni non prevedibili ex art. 2056 c.c.⁸²

In merito, poi, alla determinazione del risarcimento del danno, prima della riforma Balduzzi molte voci critiche concordavano sulla pericolosità di un sistema di responsabilità sanitaria privo di criteri prevedibili a presidio della fase risarcitoria. Fino al 2012, infatti, a guidare il giudizio della giurisprudenza erano per lo più i valori delle Tabelle Milanesi. Apparve, pertanto, una novità di significativa importanza la norma contenuta nell'art. 3, comma 3 del decreto Balduzzi, che, in funzione calmieratrice, individuava negli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni Private i criteri alla cui stregua orientare il giudizio di quantificazione del danno biologico.

⁸¹ Trib. Brindisi 18 luglio 2014, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2015, 2, I, 526: “Nonostante la novella legislativa di cui al decreto Balduzzi (l. n. 189 del 2012), nulla impedisce all'interprete di ritenere che, a fronte di una responsabilità medica anche per colpa lieve, sia tuttora esperibile l'azione extracontrattuale, da sola od in alternativa a quella contrattuale da contatto sociale, secondo il principio generale della cumulabilità dei due rimedi, quando venga in rilievo la lesione di diritti della persona”.

⁸² Così SALESIA, *Dalla legge Balduzzi alla riforma Gelli*, cit., 32. Tale tesi è aspramente criticata (HAZAN-ZORZIT, in *Assicurazioni Private*, a cura di Hazan-Taurini, 2015, Milano, 975) in quanto appare illogico sanzionare più gravemente solo colui che abbia agito senza colpa grave; inoltre la Cass. nel 2008 ha escluso espressamente la percorribilità della strada del cumulo delle tutele.

È divenuto pertanto applicabile, ai fini della quantificazione dei risarcimenti dei danni c.d. micropermanenti, l'art. 139 C.A.D., ideato per le vittime di sinistri stradali, che prevede importi risarcitori ridotti rispetto alle previsioni delle Tabelle milanesi. Oltre a fissare dei criteri certi e prevedibili cui parametrare i risarcimenti, il merito della normativa assicurativa⁸³ cui il decreto Balduzzi faceva rinvio, è stato anche quello di esigere accertamenti clinici obiettivi che rilevino l'esistenza di una autentica lesione.

Di gran lunga minore efficacia ha sortito il rinvio all'art. 138 C.A.D., dedicato alle lesioni di non lieve entità. L'obiettivo di ridurre gli importi risarcitori è stato, infatti, vanificato dalla mancata emanazione della tabella applicativa; in sua assenza, hanno continuato a trovare applicazione le Tabelle di Milano.

È stata, poi, inserita una disposizione di chiusura in materia di determinazione del risarcimento del danno all'art. 3, comma 1, che consentiva al giudice di tenere conto ai fini della liquidazione della condotta tenuta dall'esercente. In altre parole, era consentito al giudice quantificare il risarcimento del danno anche alla luce della eventuale rispetto da parte del medico delle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. Nonostante la norma non fosse chiara sul punto, una lettura teleologica della disposizione, pensata per porre a riparo l'operatore sanitario da pretese risarcitorie spropositate, suggeriva una interpretazione favorevole per il sanitario⁸⁴. Una condotta rispettosa delle linee guida e buone pratiche poteva,

⁸³ Al fine di contrastare le sempre più frequenti truffe assicurative, l'art. 32, comma 3quater, l. 24 marzo 2012, n. 27 (abrogato con l. 124/2017) prevedeva: *“il danno alla persona per lesioni di lieve entità di cui all'art. 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al d. lgs. 7 settembre 2005, n. 209, è risarcito solo a seguito di riscontro medico legale da cui risulti visivamente o strumentalmente accertata l'esistenza della lesione”*.

⁸⁴ Per tutti, vedi FRANZONI, *Violazione del codice deontologico e responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, 2013, 2, 121 ss.

pertanto, essere ritenuta rilevante per ridurre l'importo da liquidare, e non anche per aumentarlo in caso fosse riscontrata una violazione delle *leges artis*.

Infine, l'ultimo pilastro su cui si fondava la riforma era costituito dalla introduzione dell'obbligo assicurativo per il personale sanitario. La riforma tuttavia apparve da subito incompleta e deficitaria: non erano, infatti, indicati specificamente i destinatari e la portata dell'obbligo⁸⁵; esso era previsto come obbligo solo unilaterale e non vincolava le compagnie di assicurazione⁸⁶; mancava una disciplina sul contenuto dei contratti assicurativi che, ad esempio, fissasse massimali adeguati, limitasse le eccezioni opponibili al danneggiato o regolasse il regime delle franchigie, indicasse le condizioni di operatività della polizza rispetto al tempo di verifica del sinistri. Bisogna attendere la riforma Madia del 2014⁸⁷ perché venga previsto chiaramente l'obbligo assicurativo per la r.c. sanitaria delle strutture sanitarie pubbliche e private (vedi *infra*).

Dall'indagine condotta sulla riforma, lungo le sue tre linee direttrici, emerge che il legislatore si è per lo più concentrato sugli aspetti risarcitori, cercando un punto di equilibrio tra le aspettative di protezione dei pazienti e l'alleggerimento della posizione del sanitario. Tuttavia la novella appariva ancora priva di organicità: le misure adottate non sembravano definitivamente risolutive e, soprattutto, la disciplina si concentrava sul danno e sullo statuto del risarcimento, trascurando la

⁸⁵ Si discuteva se l'obbligo assicurativo dovesse estendersi ai soli liberi professionisti della sanità o anche ai medici ed altri operatori sanitari dipendenti di strutture di cura (ed in questo caso, il dubbio persisteva in ordine all'estensione dell'obbligo ai dipendenti di strutture solo private o anche pubbliche). Per un approfondimento, vedi SALESIA, *Dalla legge Balduzzi alla riforma Gelli*, cit., 38 ss.

⁸⁶ L'obbligatorietà bilaterale è invece prevista nel settore della rc auto. La mancata previsione di un obbligo bilaterale, per le strutture e per le compagnie di assicurazione, non consentiva di arginare il fenomeno di fuga degli assicuratori dal mercato.

⁸⁷ Decreto-Legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla L. 11 agosto 2014, n. 114.

prevenzione e la gestione *ex ante* del rischio clinico, che, come anticipato, costituiscono una componente essenziale del diritto alla salute. Ha assunto mero valore di dichiarazione di intenti la disposizione dell'art. 3 *bis* della legge Balduzzi⁸⁸ sulla prevenzione, che è stata poi completata dalla legge di stabilità 2016⁸⁹ che ha intrapreso il percorso di predisposizione ed attuazione di misure di prevenzione e gestione del rischio sanitario, poi completato con la legge Gelli-Bianco nel 2017.

Tali ragioni e le criticità evidenziate dimostrano l'esigenza di un nuovo intervento legislativo per disciplinare in maniera organica i temi centrali della prevenzione e gestione del rischio, prima, e della responsabilità sanitaria, poi.

3. Dal ricorso alla medicina difensiva alla riforma Gelli-Bianco.

Al decreto Balduzzi ha fatto seguito, pochi anni dopo, un nuovo intervento del legislatore: il primo aprile 2017 è entrata in vigore la legge 8 marzo 2017, n. 24⁹⁰, più conosciuta come legge "Gelli-Bianco", dal nome di due tra i

⁸⁸ "Al fine di ridurre i costi connessi al complesso dei rischi relativi alla propria attività, le aziende sanitarie nell'ambito della loro organizzazione e senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, ne curano l'analisi, studiano e adottano le necessarie soluzioni per la gestione dei rischi medesimi, per la prevenzione del contenzioso e la riduzione degli oneri assicurativi. Il Ministero della salute e le regioni monitorano, a livello nazionale e a livello regionale, i dati relativi al rischio clinico."

⁸⁹ Legge 28 dicembre 2015, n. 208, art. 1, comma 539.

⁹⁰ Tra i commenti dottrinali monografici si ricordano: *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli)*, a cura di GELLI, HAZAN E ZORZIT, Milano, 2017; *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Legge Gelli)*, a cura di ALPA, Pisa, 2017; *La responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, a cura di DE MATTEIS ALEO, Padova, 2017; GENOVESE MARTINI (a cura di), *La nuova responsabilità professionale in Sanità. Commentario alla Riforma Gelli-Bianco*, Santarcangelo di Romagna, 2017, 80; MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, Roma,

parlamentari che hanno presentato il relativo disegno. La novella disvela già nel titolo (*“Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie”*) le sue due anime: prevenzione e responsabilità.

Dopo i tentativi del precedente provvedimento, la cui approssimativa tecnica normativa⁹¹ ha però impedito di raggiungere i risultati auspicati⁹², il legislatore della novella ha ampliato l’ambito della ricerca: l’obiettivo non è più solo sanzionare le condotte scorrette e garantire equi risarcimenti ai pazienti danneggiati, ma ancor prima, e soprattutto, prevenire pratiche errate di diagnosi e cura. Ecco, quindi, che la tutela della salute di cui all’art. 32 Cost. trova piena attuazione in tutte le sue componenti: protezione della salute individuale e tutela della salute collettiva si integrano nel testo della novella mediante la previsione di misure preventive e

2017; MARUCCI, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco. Osservazioni in tema di responsabilità civile*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, 2018; ROMAGNOLI, *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, in *Quaderni di Studi Assicurativi della Fondazione Galbusera*, 2018; FACCIOLO TROJANO, *Risarcimento del danno e assicurazione nella nuova disciplina della responsabilità sanitaria* (l. 8 marzo 2017, n. 24), 2019; MARCELLO, *Prestazione sanitaria e responsabilità civile*, in *Quaderni de «Il foro napoletano»*, 2019; ROTONDO, *Responsabilità medica e autodeterminazione della persona*, in *Pubbl. Scuola spec. dir. civ. Un. Camerino*, 2020. Tra saggi pubblicati sulle riviste, è utile richiamare PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli*, in *Contratto e impresa*, 2017, 2, 356; ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contratto e impresa*, 2017, 3, 728; SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corriere giuridico*, 2017, 6, 740; BARBARISI, *L’onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in *Contratti*, 2017, 2, 217; GRANELLI, *La riforma della disciplina della responsabilità sanitaria: chi vince e chi perde?*, in *Contratti*, 2017, 4, 377; ID., *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2, 2018, 410; PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2017, 3, 261; QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell’intervento legislativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 27; SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell’obbligazione*, in *Foro it.*, 2017; SALANITRO, *Sistema o sottosistema? La responsabilità sanitaria dopo la novella*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2018, 11, 1676; CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, in *Eur. e dir. priv.* 2020, 3, 847.

⁹¹ GRANELLI, *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 414.

⁹² Parla di “riforma per frammenti” a proposito del Decreto Balduzzi, BUSNELLI, *1958-2018: sessant’anni di responsabilità medica. Itinerari a confronto tra diritto e medicina per la tutela della salute*, in *Resp. medica*, 2018, 2, 98.

successive, le prime volte a scongiurare il pericolo di danno, le seconde a disciplinare il suo risarcimento ove comunque si verifichi.

Dai lavori preparatori emerge chiaramente come la pratica della medicina difensiva sia divenuta ormai intollerabile da molteplici punti di vista. In primo luogo essa risulta pericolosa per la salute dei consociati in quanto, distogliendo l'attenzione dalla centralità della cura del paziente, determina una minor qualità dell'assistenza sanitaria erogata agli utenti⁹³. Le scelte degli operatori sanitari riconducibili alle pratiche di medicina difensiva attiva o passiva, risultano in ogni caso inappropriate per eccesso o per difetto, pregiudicando inevitabilmente diagnosi e cura.

Non può tacersi poi, che il ricorso alle pratiche di medicina difensiva, sempre più diffuso per scongiurare il rischio di essere coinvolti in procedimenti penali e/o civili, non ha in realtà sortito i risultati sperati. Il contenzioso giudiziario in materia sanitaria continua a crescere esponenzialmente e strutture e sanitari rimangono esposti ad una costante *aggressione giudiziaria*⁹⁴.

Tali fattori si uniscono al peso che la medicina difensiva ha sulla spesa pubblica, stimato in oltre 10 miliardi annui.

La legislazione troppo rigorosa, il rischio di essere coinvolti in procedimenti giudiziari, nonché l'alea e la durata degli stessi vengono indicati dagli stessi operatori del settore sanitario come le principali cause del ricorso alle pratiche di medicina difensiva. Una visione di sistema, inoltre, permette di annoverare tra le

⁹³ Secondo AGE.NA.S., *Medicina difensiva. Diffusione e impatto economico. Un modello di valutazione*, in *Quaderno della rivista Monitor*, 2015, 46 ss.: “Coloro che praticano la medicina difensiva [...] ritengono i comportamenti adottati in buona parte dannosi per i pazienti (42% dei rispondenti), in quanto distraggono dall'obiettivo primario della centralità del paziente nell'attuazione dell'atto medico (38% dei casi), incrementano i rischi per gli assistiti (19%) e incrementano le liste d'attesa per le cure dei pazienti (18%)”.

⁹⁴ GRANELLI, *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 413.

ragioni dei malfunzionamenti altresì la mancanza di un modello nazionale di gestione del rischio in sanità, di metodologie uniformi per il monitoraggio, raccolta dei dati e gestione de rischio clinico nel SSN⁹⁵.

A fronte della sempre più avvertita esigenza di armonizzazione dei modelli e di un raccordo tra organismi nazionali e locali per un sistema organico, la gestione del rischio è divenuta una priorità nazionale, una diretta responsabilità del SSN e delle aziende⁹⁶. La prevenzione viene dunque individuata come rimedio di sistema, diviene la parola chiave della riforma, nella consapevolezza ormai matura che un efficace sistema di monitoraggio e *risk management*⁹⁷ giova tanto agli operatori sanitari ed alle strutture, quanto ai pazienti. Lo scopo specifico del monitoraggio e gestione del rischio clinico, individuato nel contenimento degli eventi infausti, comporta infatti come conseguenze collaterali la riduzione dei danni ai pazienti e delle conseguenti azioni giudiziarie da essi intentate contro i responsabili.

*Il rischio clinico costituisce un fattore endogeno a ogni atto medico e di cura, risultando naturalmente «connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie» (art. 1, comma 2, l. 24/2017) e declinandosi nella probabilità che un paziente subisca un evento avverso*⁹⁸. Con la riforma del 2017 si è giunti, finalmente, ad una visione sistemica della gestione del rischio clinico: secondo il legislatore una effettiva

⁹⁵ Prima (ed in assenza) di una normativa nazionale di settore che si occupasse di questo profilo specifico, infatti, si possono annoverare solo spontanei ed isolati esperimenti virtuosi.

⁹⁶ GESUALDO, RICCIARDI, TARTAGLIA, TROJANO, CIRESE, *Sicurezza delle cure e prevenzione del rischio*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli)*, cit., 57.

⁹⁷ Il *clinical risk management* ha origini statunitensi. Esso, a partire dalla prima metà dello scorso secolo, viene mutuato dal modello di gestione del rischio adottato nel settore aziendale e applicato in ambito sanitario, al fine di prevenire i casi di contenzioso giudiziario. Sul tema si veda WALSCHE, *The development of clinical risk management*, in VINCENT (a cura di), *Clinical risk management: enhancing patient safety*, BMJ Books, Londra, 2005.

⁹⁸ GESUALDO, RICCIARDI, TARTAGLIA, TROJANO, CIRESE, *Sicurezza delle cure e prevenzione del rischio*, cit., 61.

sicurezza delle cure può realizzarsi solo mediante l'interazione, a tutti i livelli (aziendale, regionale e nazionale), delle attività di monitoraggio, prevenzione e gestione del rischio⁹⁹. Ma se in passato l'adozione di misure precauzionali era uno sforzo sostenuto delle poche aziende particolarmente virtuose, oggi, anche su impulso delle Istituzioni europee, è divenuto oggetto di un vero obbligo giuridico, riportando l'Italia al passo con gli altri stati membri in materia di sicurezza delle cure.

A tal fine, a livello centrale sono stati previsti all'art. 2 della novella da un lato l'attribuzione della funzione di garante per il diritto alla salute al Difensore civico regionale o provinciale e, dall'altro, l'istituzione dei Centri regionali per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente¹⁰⁰; l'art. 3, poi, completa la disciplina prevedendo l'istituzione di un *Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità*. Tali organi si occupano, previe segnalazioni o d'ufficio, di *raccogliere i dati regionali relativi ai rischi ed eventi avversi, nonché alle cause, all'entità, alla frequenza e all'onere finanziario del contenzioso* e, anche mediante la predisposizione di linee di indirizzo, di individuare *idonee misure per la prevenzione e la gestione del rischio sanitario e il monitoraggio delle buone pratiche per la sicurezza delle cure, nonché per la formazione e l'aggiornamento del personale esercente le professioni sanitarie*.

A livello aziendale, invece, l'art. 1, dopo aver ribadito che la sicurezza delle cure è una componente essenziale del diritto alla salute, precisa che l'attività di gestione

⁹⁹ Per un approfondimento sulle singole attività, vedi GESUALDO, RICCIARDI, TARTAGLIA, TROJANO, CIRESE, *Sicurezza delle cure e prevenzione del rischio*, cit., 61 ss..

¹⁰⁰ Questo nuovo soggetto assurge a collettore locale dell'informazione sui rischi sanitari, in sostanza raccoglie dati, estesi anche al contenzioso, che trasmette -mediante procedura uniformata a livello nazionale: in sostanza, dati in formato omogeneo e di pronta utilizzazione - all'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità.

del rischio comprende l'utilizzazione congiunta e coordinata di risorse tecnologiche, organizzative, strutturali, oltre che, certamente, umane. A tal proposito diventa essenziale l'individuazione dei soggetti destinatari degli obblighi di prevenzione descritti dalla legge e/o desumibili dalle migliori regole di prudenza, perizia e diligenza professionale. Ecco quindi che l'ambito soggettivo di applicazione della normativa viene identificato, oltre che nelle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche e private, in tutto il personale sanitario, compresi i liberi professionisti che operano in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale¹⁰¹. L'obbligo consiste certamente nell'adeguamento ai piani e programmi di *risk management* concordati ai vari livelli (nazionali, regionali e locali) ma, ancor prima, nello svolgimento di attività di formazione e aggiornamento del personale in tema di rischio sanitario, così da alimentare la c.d. "cultura della sicurezza".

Tanto le strutture – pubbliche e private- quanto tutti gli operatori sanitari, pertanto, sono chiamati a obblighi positivi di *facere*, a garantire la sicurezza delle cure mediante la predisposizione della richiesta organizzazione di mezzi e persone. Di conseguenza, ove venga rilevata una organizzazione deficitaria e l'inosservanza degli standard di sicurezza previsti dalla legge (colpa specifica) o dal generale dovere di diligenza, perizia e prudenza (colpa generica) possa annoverarsi come antecedente causale dei danni lamentati dal paziente, tali soggetti potranno ritenersi responsabili¹⁰².

¹⁰¹ Si estende, quindi, l'ambito soggettivo di applicazione della normativa rispetto al passato: l'art. 1, comma 544, della l. 208/2015, disciplinava la sola attività di coordinamento e la riservava ai soli medici specializzati in igiene, epidemiologia e sanità pubblica o equipollenti, ovvero ai medici con esperienza di durata almeno triennale nel settore.

¹⁰² GESUALDO, RICCIARDI, TARTAGLIA, TROJANO, CIRESE, *Sicurezza delle cure e prevenzione del rischio*, cit., 58.

L'attività di *risk management*, strutturata in tre livelli e comprensiva di attività molteplici e necessariamente coordinate, va certamente modulata a seconda delle articolazioni, tipologia e dimensioni della struttura sanitaria. Se è vero che le aziende sanitarie, pubbliche o private, di grandi dimensioni spesso già disponevano, anche in passato, di strutture organizzative in grado di affrontare le molteplici sfide che il *risk management* comporta, maggiori dubbi desta la compatibilità di una attività così complessa con le strutture di minori dimensioni, specie se private. Diverse sono state le proposte – tra cui la individuazione della figura di un *risk manager* condiviso fra più strutture¹⁰³ - ma la mancanza di disposizioni di legge precise e differenziate in base alla grandezza e complessità delle strutture appare una criticità del sistema difficilmente superabile.

Come anticipato, in definitiva, il legislatore mediante tali misure ha inteso affiancare alla protezione della salute individuale - che fino al recente passato ha costituito l'unico obiettivo sotteso agli interventi normativi e giurisprudenziali in materia di sanità - la salute collettiva, parimenti oggetto di considerazione e tutela nell'art. 32 Cost. La prevenzione del rischio è stata quindi considerata una delle due linee direttrici della riforma al fine di ridurre i costi della sanità, proteggere la classe medica, limitare l'intasamento delle aule giudiziarie e, come conseguenza, migliorare il livello delle cure erogate.

L'obiettivo dei prossimi paragrafi è comprendere se siffatto interesse pubblico, esistente, sia stato composto con gli altri interessi rilevanti, *in primis* la tutela della salute, secondo parametri di ragionevolezza; o se invece sull'*altare dell'efficienza*

¹⁰³ GESUALDO, RICCIARDI, TARTAGLIA, TROJANO, CIRESE, *Sicurezza delle cure e prevenzione del rischio*, cit., 64 ss.

economica — che però è criterio di regolamentazione dell'attività della pubblica amministrazione, principio pur esso — sia stato sacrificato oltre misura e senza adeguati contrappesi¹⁰⁴.

4. La quinta stagione: il c.d. doppio binario.

La seconda e più discussa anima della riforma è costituita dal regime di responsabilità previsto dal legislatore per strutture sanitarie ed esercenti la professione.

L'art. 7 della l. 24/2017 non prevede delle regole specifiche ma, qualificate le fattispecie, richiama l'applicazione delle discipline generali del codice civile. Il comma 1 prevede testualmente che *“La struttura sanitaria o socio sanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose e colpose”*. La norma non è certo innovativa: da un lato richiama il principio posto dall'art. 1228 c.c. in forza del quale il debitore risponde a titolo di responsabilità contrattuale dei danni causati al creditore (in questo caso, al paziente) dagli inadempimenti derivanti dalle condotte dei propri ausiliari; dall'altro, la tesi della natura contrattuale della

¹⁰⁴ Così MIGLIACCIO, *Ancora in tema di responsabilità medica e onere della prova*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2019, 1, 1239 ss.

responsabilità delle strutture era già consolidata in passato e mai veramente messa in discussione¹⁰⁵.

Il comma 2, poi, estende la disciplina del primo comma anche “*alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero nell’ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina*”. Anche in questi casi pertanto, la struttura sanitaria risponde a titolo di responsabilità contrattuale dell’illecito integrato dagli esercenti la prestazione sanitaria.

Il vero elemento di novità e discontinuità rispetto al passato risiede nel comma successivo, dedicato al regime di responsabilità dell’esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2. Al fine di andare incontro alle istanze della classe medica¹⁰⁶, il comma 3 dell’art. 7 oggi prevede che “*l’esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell’articolo 2043 del codice civile*”. La norma però, così come modificata dal Senato in data 11 gennaio 2017 e approvata definitivamente alla Camera il 28 febbraio, esclude in modo espresso dal regime di responsabilità aquiliana l’ipotesi in cui il medico

¹⁰⁵ Trib. Verona 4 ottobre 1990, in *Giur. it.*, 1991, 696 ss.; Trib. Udine 13 maggio 1991, in *Foro it.*, 1992, II, 549 ss. Come anticipato al par. 2, attualmente la configurazione del rapporto tra struttura e paziente in termini di contratto di ospitalità costituisce un dato pacifico in giurisprudenza. Si veda, in tal senso, Cass. 26 gennaio 2006, n. 1698, in *Danno e resp.*, 2006, 953 ss., con le annotazioni di BREDI, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria*; nella giurisprudenza di merito: Trib. Monza 16 ottobre 2012, in *Sistema Leggi d’Italia*; Trib. Milano 15 giugno 2012, in *Sistema Leggi d’Italia*; Trib. Trento 1° marzo 2012, in *Sistema Leggi d’Italia*; Trib. Prato 1° febbraio 2012, in *Sistema Leggi d’Italia*; Trib. Novara 21 dicembre 2011, in *Novarajus.it*, 2011; Trib. Bologna 8 ottobre 2010, in *Sistema Leggi d’Italia*; Trib. Treviso 21 luglio 2010, in *Sistema Leggi d’Italia*; Trib. Potenza 20 luglio 2010, in *Sistema Leggi d’Italia*; Trib. Modena 1° marzo 2010, in *Sistema Leggi d’Italia*.

¹⁰⁶ PANTI (Presidente dell’Ordine dei Medici di Firenze), *Il d.d.l. sulla responsabilità professionale del personale sanitario: il punto di vista del medico*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 374 ss, dava atto della necessità di “un sistema snello, rapido e in linea con le attuali procedure cliniche”, per evitare “di passare anni nell’incertezza, inutili anche per i cittadini; evitare anche la lotteria giudiziaria e estendere il concetto di rischio clinico in modo da avere una sicura tutela dei pazienti, senza condizionamenti esterni”, perché “la frattura tra scienza e diritto deve almeno diminuire”.

“abbia agito nell’adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente”.

Il legislatore ha così inteso escludere l’esistenza di qualsiasi vincolo di tipo contrattuale tra medico e paziente e, con questo, ha rigettato, o quantomeno neutralizzato¹⁰⁷ la teoria del “contatto sociale”, dando inizio alla quinta ed ultima stagione.

Si delinea pertanto un doppio binario: a fronte della medesima condotta contraria alle regole specifiche che presiedono all’arte medica, la struttura sanitaria risulterà responsabile ex art. 1218 c.c., invece il medico sarà soggetto al più benevolo statuto della responsabilità aquiliana. Viene così confermato il ritorno alla prassi del cumulo¹⁰⁸ delle responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, che era in uso prima dell’affermazione della teoria del contatto sociale qualificato. Al paziente, pertanto, è concesso agire contestualmente contro la struttura sanitaria e contro il medico dipendente, rispettivamente ex art. 1218 e ex art. 2043 c.c.

Le ragioni della scelta del legislatore si rintracciano negli obiettivi della riforma: al fine di ridurre il ricorso alla medicina difensiva, infatti, si è ritenuto essenziale implementare la tutela offerta agli esercenti la professione sanitaria. Tra tutte le misure della novella a tal fine rivolte, la più incisiva è stata proprio il decisivo cambio di rotta in merito alla natura della responsabilità del sanitario, non più legato dal contatto sociale al paziente, ma oggi considerato *uti extraneus*. Il doppio binario e la previsione della natura aquiliana della responsabilità dell’esercente la professione sanitaria, infatti, servono a canalizzare le richieste risarcitorie dei

¹⁰⁷ Cfr. SALANITRO, *Sistema o sottosistema? La responsabilità sanitaria dopo la novella*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2018, 11, 1676 ss.

¹⁰⁸ Sul tema vedi di recente ANZANI, *Il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2018, 1, 278 ss.

pazienti danneggiati nei confronti della sola struttura, conferendo alla classe medica un ruolo di secondo piano, tanto sotto il profilo del contenzioso giudiziario, quanto sotto quello della esposizione economica. Il più lungo termine prescrizione nonché il più favorevole onere probatorio che spetta al creditore rispetto al danneggiato sono stati, infatti, ritenuti i giusti incentivi per i pazienti per avanzare le proprie pretese nei soli confronti della struttura sanitaria debitrice, anziché (anche) verso il medico¹⁰⁹. Ferma restando, tuttavia, la possibilità per la struttura di agire in rivalsa nei confronti del sanitario la cui condotta sia connotata da colpa grave.

La maggiore tutela della classe medica, così come già anticipato, riverbera i suoi effetti positivi anche sulla collettività: il medico sottratto alla pressione della responsabilità contrattuale sarebbe infatti disincentivato ad adottare comportamenti di “medicina difensiva”. Così come il contenzioso giudiziario, i costi pubblici e privati di cura sono destinati a ridursi. Inoltre i benefici per la collettività si percepirebbero anche sotto il profilo della qualità delle cure: i medici più bravi, infatti, forti della propria posizione di *extranei*, sarebbero più propensi a cimentarsi anche nelle operazioni in cui è più alto il rischio di insuccesso.

¹⁰⁹ A riguardo v. MIGLIACCIO, *Ancora in tema di responsabilità medica e onere della prova*, cit., 1253 ss.. L'A. è consapevole che “non è escluso che il ritorno all'epoca del cumulo non faccia riemergere le medesime istanze che allora si agitavano [...]” e rivivere, “per quel frammento di articolazione del rapporto qualificato come contrattuale, le problematiche che si erano poste con riferimento alla ripartizione dell'onere della prova, celate dietro la classificazione dell'obbligazione in relazione all'oggetto della prestazione (mezzi o risultato) ed esitate nella dicotomia prestazioni di facile e difficile esecuzione, e per quel frammento qualificato — anzi riqualificato — come extracontrattuale, le esigenze di semplificazione connesse alla costruzione del contatto sociale, certamente pervasiva e ad ampia “diffusività”, o alla *res ipsa loquitur*”. Tuttavia ritiene che il sistema rimanga ampiamente in equilibrio e che la tutela del paziente non venga compromessa dalla qualificazione come aquiliana della responsabilità del medico. A presidio degli interessi del danneggiato, infatti, la riforma prevede “tre pilastri, rappresentati dalla responsabilità (ancora) contrattuale della struttura sanitaria, dall'obbligo di assicurazione ed azione diretta, dalla previsione di un fondo di garanzia”.

La scelta della divaricazione, inoltre, è stata da alcuni giustificata in ragione della correlazione tra rischio e compenso: in effetti, appare incongruo che il medico dipendente – il cui compenso, soprattutto nel pubblico impiego, non è correlabile ai rischi che assume – possa essere soggetto a un regime di responsabilità particolarmente rigoroso, come quello contrattuale¹¹⁰.

Il ritorno ad un sistema a doppio binario, già affermatosi in dottrina e in giurisprudenza prima del *revirement* della Corte di Cassazione con la ricordata sentenza n. 589 del 22 gennaio 1999, ha però sollevato non poche perplessità. La previsione del doppio binario apre infatti la strada a due percorsi risarcitori distinti, consente il cumulo di responsabilità tra la struttura sanitaria e il medico¹¹¹, i quali sono tenuti nei confronti del paziente per un titolo diverso.

La diversità del regime codicistico cui i commi 1 e 3 dell'art. 7 rinviano, era ritenuto già in passato da una parte della dottrina, e rimane anche oggi, causa di non pochi inconvenienti. Trattandosi di due tipi di responsabilità di natura giuridica diversa, infatti, anche le regole divergono profondamente: al riguardo, è sufficiente ricordare la diversità di disciplina in merito all'onere della prova a carico del paziente¹¹², al termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno¹¹³ e alla

¹¹⁰ Non sembra d'accordo con tale ultima motivazione SALANITRO, *Sistema o sottosistema? La responsabilità sanitaria dopo la novella*, cit., 1677: "non appare comprensibile la scelta di rendere soggetti alla medesima disciplina, intesa in senso rigoroso, sia i soggetti, liberi professionisti o strutture private, che si muovono secondo logiche lucrative e possono evitare di assumere rischi eccessivi, sia le strutture sanitarie pubbliche, che sono vincolate da logiche solidaristiche, obblighi di intervento e limiti di bilancio."

¹¹¹ Per una disamina sul cumulo nell'ambito della responsabilità medica v. in origine CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Giuffrè 1958, 304 ss. Più di recente v. DE MATTEIS, *La responsabilità medica*, Cedam 1995, 20 ss. Vedi anche MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale (analisi comparata di un problema)*, Cedam 1989, *passim*.

¹¹² Cui è dedicato interamente il capitolo secondo di questa tesi.

¹¹³ La prescrizione decennale prevista per il risarcimento del danno causato da inadempimento (a fronte di quella quinquennale prevista in caso di illeciti aquiliani) non sembra tuttavia offrire vantaggi concreti al paziente (e, rispettivamente, non giova al medico ove il paziente si attivi con un'azione ex art. 2043): è infatti assai improbabile che il paziente tardi più di un lustro per attivarsi.

delimitazione dei danni risarcibili¹¹⁴. Se da un lato l'assetto descritto pone il danneggiato in una posizione processuale più vantaggiosa, che gli consente di «giocare» su due tavoli traendo i massimi benefici da entrambi¹¹⁵, gli inconvenienti non mancano. Basti ragionare sul fatto che le due responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale, sorgono a seguito di una medesima condotta imperita, che intrappola la struttura sanitaria nelle maglie della responsabilità contrattuale per effetto dell'art. 1228 c.c. e allo stesso tempo integra per il sanitario un fatto colposo fonte di un danno ingiusto: il rischio di giudicati contrastanti, con la condanna della azienda sanitaria e la contemporanea assoluzione del medico, è, pertanto, tangibile¹¹⁶. Inoltre, già in passato si è verificato che i giudici, infatti, chiamati a pronunciarsi sulla medesima questione sotto il duplice e concorrente profilo della

A ciò si aggiunga l'orientamento granitico della giurisprudenza di legittimità sulla decorrenza del *dies a quo* della prescrizione del credito risarcitorio: "la legge riconnette il sorgere di una responsabilità extracontrattuale ad una modificazione dannosa [omissis]. Non è quindi sufficiente una semplice oggettiva realizzazione del danno, ma è necessaria una sua esteriorizzazione, conoscibilità o percepibilità, nonché acquisto di rilevanza giuridica, momento questo al quale l'ordinamento ricollega la nascita del diritto al risarcimento e quindi la facoltà di esercitare i poteri connessi" (Cass. S.U. n. 576/08, Cass. 20609/11).

¹¹⁴ Si ricorda che l'art. 1225 cod. civ. limita il risarcimento da fatto non doloso ai soli danni prevedibili e trova applicazione solo nella responsabilità contrattuale, laddove si consente al debitore, al momento dell'assunzione dell'obbligazione, di poter prevenire l'incidenza del suo eventuale inadempimento sulla sfera giuridica del creditore (più diffusamente MOSCATI, *Responsabilità sanitaria e teoria generale delle obbligazioni (note minime sui commi 1 e 3, prima frase, art. 7, l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 3, 829 ss.)

¹¹⁵ Così ZENO-ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? la responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 305.

¹¹⁶ A tal riguardo, osserva MARTINI, *In particolare. La "nuova" responsabilità contrattuale delle strutture*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli)*, a cura di GELLI, HAZAN E ZORZIT, Milano, 2017, 238-239: "Questa diversificazione, già ribattezzata "a doppio binario", porterà di fatto ad una alterazione dei profili causali della colpa tra azienda sanitaria e singolo operatore coinvolto, nonché ad una diversificazione della stessa indagine istruttoria, oltre che della fase propria della gestione del sinistro per i vari operatori coinvolti (azienda, assicuratore, esercente). [...] Sarà dunque possibile avere due approdi giudiziari diversi laddove non venga raggiunta una piena prova sulla ricostruzione dinamica causale della vicenda [...]".

responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, finivano per confondere le regole dell'una e dell'altra, applicandole indifferentemente e contemporaneamente¹¹⁷.

La scelta del doppio binario è stata altresì criticata per altre ragioni.

Se infatti l'intento prioritario del legislatore della riforma era restituire serenità agli esercenti la professione sanitaria sul versante della loro esposizione risarcitoria, le soluzioni potevano essere certamente diverse e più adeguate al fine¹¹⁸. Si pensi alla via, già sperimentata in più settori dell'ordinamento (insegnanti nella scuola, giudici), di sottrarre gli ausiliari a responsabilità diretta. O ancora, al fine di tutelare l'esercente la professione sanitaria senza al contempo pregiudicare gli interessi del danneggiato, prevedere un sistema di responsabilità oggettiva della struttura, che le consenta di andare esente dalle contestazioni dimostrando non già solo di aver correttamente adempiuto secondo i canoni di diligenza professionale, ma l'esistenza del caso fortuito e non controllabile¹¹⁹. Alcuni ipotizzano che sarebbe stata opportuna l'introduzione di una disciplina di diritto speciale della responsabilità del medico, *caratterizzata da sue peculiari regole in materia di riparto dell'onere della prova, di durata del termine prescrizione, di ambito del danno risarcibile, in ipotesi modellate su quelle proprie della responsabilità aquiliana*¹²⁰.

¹¹⁷ FACCIOI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici (Seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2017, 7-8, 783.

¹¹⁸ V. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2017, 3, 264. Con la riforma Gelli-Bianco, infatti, nonostante il paziente danneggiato sia incentivato ad agire nei confronti della struttura, sua debitrice, non è escluso che agisca altresì nei confronti del medico anche per colpa lieve, al fine di avere due condebitori in solido dell'onere risarcitorio in caso di vittoria della lite.

¹¹⁹ Questa opzione, tra l'altro, è stata selezionata oltralpe dalla *Loi Kouchner*, all'art. 1142, I, commi 1 e 2, *Code de la santé publique*, che prevede "Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère."

¹²⁰ Così SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corriere giur.*, 2017, 6, 747 ss.

Una scelta siffatta, peraltro, avrebbe altresì permesso di superare l'ulteriore critica, questa volta di metodo, mossa dai primi commentatori¹²¹ alla novella. È stata infatti considerata *anomala* la tecnica legislativa nella misura in cui il legislatore si è arrogato il compito di *qualificare esso stesso una categoria di ipotesi della realtà concreta e cioè quelle nelle quali venga dedotta dal paziente la responsabilità del medico nel segno, appunto, della sussumibilità nello schema dell'illecito aquiliano*¹²². Secondo tale orientamento, infatti, compito del legislatore è predisporre la disciplina generale da applicare al caso concreto; spetta, invece, all'interprete ricondurre un'attività concreta entro l'uno o l'altro paradigma e, conseguentemente, applicare lo statuto che il legislatore ha predisposto per il caso concreto. La scelta di tecnica legislativa adottata in questa occasione è stata pertanto considerata una modalità inappropriata di sancire *“la fine dell'impero del diritto giurisprudenziale, il ritorno alla Repubblica della disciplina positiva”*¹²³.

L'orientamento contrario, invece, ritiene che la riserva di giurisdizione, costituzionalmente garantita ai sensi degli artt. 101 e 104 Cost., non sia d'ostacolo per il legislatore in questa occasione. Il potere di qualificare giuridicamente i fatti non è del tutto inibito al legislatore, purché vengano rispettati due limiti: l'esito

¹²¹ Si vedano, tra gli altri, PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 265; SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, cit., 747. Dubita della possibilità per il legislatore di qualificare la natura della responsabilità anche PUCCELLA, *Un improvvido legislatore fa più danno dei medici (brevi considerazioni in merito a Trib. Milano, 17.7.2014 e 18.11.2014)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 36 ss. *Contra* SALANITRO, *Sistema o sottosistema? La responsabilità sanitaria dopo la novella*, cit., 1677: “non si condivide il rilievo critico di chi sostiene che spetti alla dommatica e alla giurisprudenza qualificare la fattispecie, poiché ciò non esclude la correttezza dell'intervento del legislatore che, individuata la fattispecie, abbia sancito l'applicazione della disciplina della responsabilità extracontrattuale”.

¹²² Così SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, cit., 747.

¹²³ Così TRAVAGLINO, *Vaghi appunti sulla riforma della responsabilità sanitaria*, in *Giustizia civile.com*, 3 marzo 2017,

della qualificazione non deve mettere in discussione, nel suo nucleo essenziale ed irriducibile, la tutela costituzionale che il rapporto stesso riceva in ragione del suo carattere fenomenologico, ovvero dei beni che esso abbia ad oggetto¹²⁴; tale potere non può incidere, neppure indirettamente, sui singoli processi in corso, al fine di tutelare l'affidamento di chi ha intrapreso un'azione giudiziaria sulla base di regole sostanziali certe applicate in base al «diritto vivente» (la natura «contrattuale» della responsabilità: regimi di prova e prescrizione).

Ebbene, in occasione dell'intervento qualificatorio operato dal legislatore nel 2017 nessuno dei due limiti citati sembra esser stato valicato: in primo luogo, poiché anche in forza del titolo di responsabilità ex art. 2043 c.c., non viene elusa la tutela del diritto fondamentale alla salute imposta dall'art. 32 Cost.; secondariamente, così come confermato dalla giurisprudenza di legittimità¹²⁵, la disciplina non ha portata retroattiva¹²⁶. Il fenomeno che si è verificato è, dunque, quello della qualificazione, da parte del legislatore, di una classe di fatti e della loro sussunzione in una fattispecie legale, già presente nell'ordinamento; non la creazione di una fattispecie legale astratta (nel nostro caso, come detto, già declinata dal cod. civ.) cui

¹²⁴ Recentemente, Corte Cost. nn. 76/2015; in passato Corte Cost. n. 51/1967; Corte Cost. 121/1993; Corte Cost. 15/1994.

¹²⁵ Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2019, n. 28994, in *Foro it.*, *Gli speciali*, 2020, 1, 394 ss., con nota di MAGLIULO, *La retroattività della legge Balduzzi e della legge Gelli-Bianco: vecchie e nuove questioni in tema di responsabilità professionale medica (Nota a Cass. 11 novembre 2019, n. 28994, e 11 novembre 2019, n. 28990)*

¹²⁶ ZIVIZ, *Irretroattività delle norme relative alla qualificazione della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, commento a Cass. civ., III sez., 11 novembre 2019, n. 28994*, in *Riv. resp. medica*: "Interrogandosi sul rapporto che intercorre tra la qualificazione del rapporto giuridico operata in sede legislativa e il potere qualificatorio spettante al giudice, la Cassazione rileva che un'applicazione retroattiva della prima verrebbe a violare le funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario: ciò in quanto "un siffatto intervento legislativo verrebbe a interferire comunque con il potere ordinariamente riservato al giudice di interpretare i fatti e qualificarli giuridicamente, venendo così inammissibilmente ad incidere, seppure indirettamente, sui singoli processi in corso, con patente lesione dell'affidamento di chi ha intrapreso un'azione giudiziaria sulla base di regole sostanziali certe, come quelle della natura 'contrattuale' della responsabilità del sanitario (...) applicate in base al diritto vivente".

ricondere, da parte del giudice, nell'esercizio del potere giurisdizionale suo proprio, i fatti, onde operarne la conseguente qualificazione.

La critica mossa da una parte della dottrina verso la scelta del legislatore di ripristinare il doppio binario, tuttavia, si fa sempre più aspra anche alla luce degli orientamenti giurisprudenziali affermatasi già all'indomani dell'entrata in vigore della legge Gelli-Bianco. Se, infatti, il legislatore si era convinto di aver costruito un sistema in equilibrio e di aver contemperato al meglio tutti gli interessi coinvolti, mantenendo da un lato la responsabilità contrattuale delle strutture sanitarie, presidiata dall'obbligo di assicurazione ed azione diretta, e dalla previsione di un fondo di garanzia, e prevedendo dall'altro una responsabilità aquiliana per i sanitari, la giurisprudenza di legittimità ha recentemente alterato gli equilibri, cambiando le regole del gioco¹²⁷. Il notevole aggravamento della posizione processuale del paziente dovuta alla rimodulazione degli oneri probatori gravanti sul creditore che affermi di aver subito un danno a seguito dell'inadempimento¹²⁸ rispetto al quadro consolidato nella giurisprudenza al momento dell'entrata in vigore della novella¹²⁹, rischia di lasciare il danno là dove cade e, quindi, in capo a un paziente. Canalizzare la responsabilità in capo alle strutture sanitarie, pertanto, alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali, non sembra più una tutela sufficiente per il paziente danneggiato¹³⁰.

¹²⁷ MIGLIACCIO, *Ancora in tema di responsabilità medica e onere della prova*, cit., 1255: “mentre il legislatore si preoccupava di riconcettualizzare la responsabilità inserendola però in un più ampio sistema di sicurezza sociale, la giurisprudenza cambiava completamente orientamento rispetto al 2008 e all'allegazione dell'inadempimento efficiente (58), intervenendo, con la cd. sentenza Scoditti (Cassazione 18392/2017) sul rischio della causa ignota”.

¹²⁸ Si fa riferimento alle sentenze Cass. civ. 18392/2017, Cass. civ. 28992 e 28991/2019, oggetto di approfondimento nel secondo capitolo.

¹²⁹ Fondato, invece, sugli approdi giurisprudenziali inaugurati nel 2001 e consolidati nel 2008.

¹³⁰ MIGLIACCIO, *Ancora in tema di responsabilità medica e onere della prova*, cit., 1258: “Non è tanto, quindi, in conclusione, la riqualificazione della responsabilità del medico dipendente in senso

A frenare il significativo *revirement* giurisprudenziale non vale neppure il tentativo del legislatore di qualificare le norme contenute nell'art. 7 come imperative¹³¹. Specificazione, per vero, non troppo chiara¹³²: non si comprende, infatti, l'utilità o il fine specifico del legislatore se si riflette sulla inderogabilità da parte dell'autonomia privata della disciplina delle responsabilità contrattuale ed aquiliane, così come descritte dal codice civile¹³³.

La nuova natura della responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie ed il brusco ritorno al doppio binario, pertanto, seppur non da tutti condivise, costituiscono scelte decisive nell'ottica della riforma e degli obiettivi da raggiungere.

I timori mostrati dai sostenitori dell'orientamento contrario a quello prevalso in sede di conversione sono, però, in parte stati attenuati dalla soluzione data ai

extracontrattuale, essendo rimasta in vita quella contrattuale della struttura, rafforzata nel senso del suo inserimento in un sistema di sicurezza sociale (che anzi bilancia forse l'eccessivo *favor* per il paziente, caratteristico del previgente riparto dell'onere della prova, a discapito del medico); ma è piuttosto l'inversione dell'onere della prova — o più correttamente — il ripristino di una rigorosa applicazione delle regole del rischio della mancata prova, secondo i dettami dell'art. 1218 c.c., operato con spirito da “restaurazione”, a far temere un effettivo abbassamento della tutela del bene salute e del soddisfacimento del relativo interesse, con riemersione, prepotente, del bisogno di nuove strategie di tutela (o anzi di recupero di quelle vecchie)”. Vedi anche MAGLIULO PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in *Danno resp.*, 2019, 265, i quali rilevano che sono molte le decisioni intervenute successivamente a Cass. n. 18392/2017, con essa in accordo, in cui il paziente ne è risultato soccombente, pur dinanzi a condotte accertate come erronee nelle stesse CTU.

¹³¹ L'art. 7, comma 5 della legge 24/2017, a chiusura dell'articolo dedicato alla disciplina della responsabilità di strutture e sanitari, recita: “Le disposizioni del presente articolo costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile.”

¹³² Definisce *bizzarra* la qualificazione come norme imperative ai sensi del codice civile di quelle contenute nell'art. 7, SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, cit., nota 36, 748 (“Qualificazione francamente superflua, quanto meno per la porzione di disciplina della materia che evoca quella della responsabilità aquiliana, insuscettibile di intervento derogatorio da parte dell'autonomia privata”).

¹³³ Secondo QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 28, tale qualificazione va riferita al comma 4; deve, cioè, essere intesa nel senso di estendere alla responsabilità civile in campo sanitario, in maniera inderogabile, i criteri di quantificazione del danno non patrimoniale vigenti nel sistema del risarcimento del danno da circolazione automobilistica.

problemi di diritto intertemporale sollevati dai primi commentatori della novella. All'indomani dell'entrata in vigore della legge, infatti, erano incerte le sorti delle domande risarcitorie dei pazienti i cui eventi dannosi si erano verificati sotto la vigenza della legge Balduzzi. Questi, infatti, confidando sul diritto vivente, avevano impostato le proprie difese sulla premessa che gli oneri di allegazione e di prova da cui erano gravati fossero quelli propri della responsabilità da contatto sociale; affidare alla novella portata retroattiva avrebbe certamente determinato il rigetto gran parte delle richieste risarcitorie già formulate.

Alla tesi che ne sosteneva la retroattività¹³⁴ è però prevalsa quella contraria, così come si legge in una recente pronuncia della Corte di legittimità¹³⁵ intervenuta a sedare il contrasto¹³⁶. Nella sentenza citata è stato stabilito che in tema di responsabilità sanitaria, le norme poste dagli artt. 3, comma 1, del d.l. n. 158 del 2012, e dall'art. 7, comma 3, della legge n. 24 del 2017, non hanno efficacia retroattiva e non sono applicabili ai fatti verificatisi anteriormente alla loro entrata in vigore.

¹³⁴ Le ragioni della tesi favorevole alla retroattività della novella sono ben riassunte in AA.VV., *L'importanza dell'assolvimento degli oneri di allegazione e prova nelle controversie in tema di responsabilità medica*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2019, 1, 364 ss. Tra le altre si osserva come “la normativa sopravvenuta è di carattere sostanziale e non processuale e dunque trova applicazione anche nei processi in corso, sia in quanto previsioni aventi valore interpretativo (qualificazione della natura della responsabilità sanitaria) e dunque comunque applicabile retroattivamente” (Trib. Latina, sez. II, 27 novembre 2018, in *IlCaso.it*, 2019, I, 5766); inoltre una ricostruzione siffatta andrebbe preferita in un'ottica finalistica, “ammettendone infatti l'applicazione retroattiva, risulterebbe possibile, per la riforma – almeno presumibilmente – incrementare le possibilità di effettivo raggiungimento degli obiettivi avuti di mira dal legislatore”. Vengono infine ricordate, tra le ragioni della tesi della retroattività, il rango di non costituzionale dell'art. 11 preleggi e l'art. 252 disp. att. .c.c.

¹³⁵ Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2019, n. 28994, in *Foro it., Gli speciali*, 2020, 1, 394 ss., con nota di MAGLIULO, *La retroattività della legge Balduzzi e della legge Gelli-Bianco: vecchie e nuove questioni in tema di responsabilità professionale medica (Nota a Cass. 11 novembre 2019, n. 28994, e 11 novembre 2019, n. 28990)*.

¹³⁶ Nella giurisprudenza di merito, si vedano, a favore dell'irretroattività delle norme Trib. Avellino n. 1806 del 2017; Trib. Roma, n. 18685/2017. È stata, di contro, sostenuta la tesi della retroattività in Trib. Milano 11 dicembre 2018.

Posto, infatti, che all'interno di entrambi i provvedimenti sono assenti specifiche disposizioni transitorie volte a sancirne l'efficacia retroattiva, secondo la Corte è necessario richiamare l'art. 11 delle disp. prel. cod. civ., il quale afferma che *la legge non dispone che per l'avvenire*. La sentenza 28994 con un'elegante argomentazione, osserva come la legge Gelli-Bianco non abbia innovato la materia con un apparato di regolamentazione normativa *ad hoc*, ma abbia piuttosto operato in via immediata e diretta la qualificazione giuridica dei rapporti inerenti ai titoli di responsabilità civile riguardanti la struttura sanitaria (contrattuale, in conformità alla interpretazione della giurisprudenza) e l'esercente la professione sanitaria (extracontrattuale, in difformità)¹³⁷. Si è trattato, quindi di una mera “qualificazione, da parte del legislatore, di una classe di fatti e la loro sussunzione in una fattispecie legale, già presente nell'ordinamento”; l'intervento normativo, pertanto, non ha integrato alcun fenomeno di successione di leggi nel tempo¹³⁸.

Conclusione, tra le altre ragioni, che si mostra doverosa anche alla luce della necessità di tenere nella giusta considerazione il ragionevole affidamento sul diritto vivente, che si era consolidato in circa diciotto anni di elaborazione giurisprudenziale¹³⁹.

¹³⁷ Per quanto riguarda la legge Balduzzi, poi, secondo la Cassazione non ha comportato il superamento della qualificazione contrattuale della responsabilità del sanitario; in ogni caso, anche a voler accogliere l'opinione contraria, il nuovo inquadramento andrebbe applicato solo ai fatti intervenuti successivamente all'entrata in vigore della legge, sulla base delle stesse argomentazioni su cui si fonda l'irretroattività dell'art. 7 della legge n. 24/2017.

¹³⁸ Diversamente, osservano FRATI, LA RUSSA, BESI, DI FAZIO, FINESCHI, *Dèka lògous di san martino 2019, la Suprema Corte detta i principi in tema di responsabilità sanitaria e valutazione del danno, il medico legale recepisce*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2020, 1, 336: “nel caso in cui risulti ammissibile la retroattività di tali norme, si determinerebbe la circostanza che l'intervento legislativo interferirebbe con il potere del giudice di interpretare i fatti e qualificarli giuridicamente, creando incertezza su chi intraprende un'azione giudiziaria sulla scorta di regole certe, quali in particolare, la natura del rapporto medico-paziente, nonché l'onere probatorio e regimi prescrizionali”.

¹³⁹ SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, cit., 748.

Nell'enunciare tale principio, i giudici di legittimità pongono infine in luce la differenza che ricorre tra le disposizioni che stabiliscono la natura della responsabilità e le norme, contenute nelle due leggi, che prevedono l'applicazione degli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, in quanto queste ultime risultano di immediata applicazione anche ai fatti pregressi¹⁴⁰.

Segue: il regime di responsabilità civile della struttura sanitaria.

Come già anticipato, ogni qualvolta il paziente si rivolga ad una struttura sanitaria nel rispetto dei presupposti di legge, questa è soggetta al regime della responsabilità contrattuale per i danni cagionati al paziente, ai sensi del comma 1° dell'art. 7. Resta, tuttavia, controverso se le obbligazioni assunte dalla struttura sanitaria pubblica nei confronti del paziente e rimaste inadempite, trovino la loro fonte in un contratto ovvero direttamente nella legge.

L'assenza di una indicazione precisa da parte della legge ha consentito alla dottrina di sostenere entrambe le tesi. Di gran lunga maggioritario risulta l'orientamento¹⁴¹

¹⁴⁰ Non sembra convinta della soluzione cui la Cassazione giunge su questo profilo, ZIVIZ, *Irretroattività delle norme relative alla qualificazione della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, commento a Cass. civ., III sez., 11 novembre 2019, n. 28994*, cit., la quale rileva che "Si tratta, infatti, di una conclusione – volta ad uniformarsi alle indicazioni contenute in altra pronuncia depositata nella fatidica data di San Martino 2019 – che non trova alcun aggancio all'interno delle motivazioni della sentenza, le quali sembrerebbero, anzi, smentire un'affermazione del genere: visto che, anche in quest'ultimo caso, non si tratta di affrontare la successione di diverse norme di legge, bensì l'applicazione di una regola normativa che interviene a modificare una prassi giurisprudenziale consolidata, finalizzata all'esercizio uniforme della discrezionalità giudiziale nella liquidazione del danno non patrimoniale derivante da lesione alla salute."

¹⁴¹ Vedi FACCIOLO, *Il contratto tra il paziente e la struttura sanitaria: natura, oggetto e disciplina applicabile*, in *Studium iuris*, 2004, 519 ss; ID., *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici (Prima parte)*, ibidem, 2017, 6, 662.

che, dal momento in cui il malato si rivolge alla struttura e quest'ultima lo accoglie, considera concluso un contratto atipico, cd. di speditività¹⁴²¹⁴³. In forza di tale contratto, si ritiene che l'ente ospedaliero sia titolare di una obbligazione complessa, consistente da un lato nella somministrazione di cure medico-chirurgiche, attraverso la messa a disposizione di personale qualificato, medicinali ed attrezzature tecniche adeguate, e dall'altro in un'ampia ed eterogenea serie di prestazioni accessorie, quali, ad esempio, quelle *lato sensu* alberghiere (vitto, alloggio e simili).

Parte minoritaria della giurisprudenza ha invece sostenuto che le obbligazioni della struttura sanitaria sorgono, in mancanza di uno specifico contratto tra le parti, direttamente dalla legge. Più precisamente, la fonte andrebbe rintracciata nelle disposizioni della l. 23 dicembre 1978, n. 833, in forza delle quali sorgerebbe a carico del SSN, un obbligo legale di erogare le prestazioni sanitarie (direttamente o attraverso le strutture in convenzione) al cittadino che ne faccia richiesta¹⁴⁴.

¹⁴² Il superamento della tesi che qualificava tale rapporto come contratto d'opera professionale facente capo al medico libero professionista, si considera avvenuto con Cass. civ., sez. un., 1° luglio 2002, n. 9556, in *Contr.* 2002, 1150 e Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Nuova giur. civ. comm.* 2008, I, 612.

¹⁴³ Secondo un orientamento minoritario, sarebbe invece riscontrabile in quest'occasione un contratto misto. Sarebbero infatti ravvisabili elementi di tre contratti tipici, ovvero la locazione (della camera, del letto, ecc.), la somministrazione (in relazione alle prestazioni periodiche o continuative di cose) e il contratto di cura (i.e. il contratto d'opera professionale). La disciplina di tale contratto misto andrebbe poi individuata utilizzando il criterio della combinazione (CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano 1958, 302 ss.), o quello dell'assorbimento (in questo senso, v. Trib. Verona 15 ottobre 1990, in *Resp. civ. prev.* 1990, 1039, la quale ha individuato l'elemento principale del contratto di speditività nella prestazione medico-professionale e ha, di conseguenza, ritenuto al medesimo applicabili solamente gli artt. 2229 ss. c.c.). Critica tale orientamento LEPRE, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie*, Milano 2011, 134 ss.

¹⁴⁴ Tale orientamento si è sviluppato in giurisprudenza in occasione di giudizi in materia consumeristica. In particolare si trattava di pazienti curati in un ospedale situato in un luogo diverso da quello della propria residenza, che citavano in giudizio l'ospedale in discorso richiamando l'art. 33, comma 2, lett. u), c.cons., sul foro del consumatore. A riguardo la Cassazione (Cass. (ord.) 2 aprile 2009, n. 8093, in *Resp. civ. prev.* 2009, 1283, con nota di CHINDEMI, *Il paziente di una struttura sanitaria pubblica non è «consumatore» e l'azienda non è «professionista»*, e in *Danno e resp.* 2010, 56, con nota di BENEDETTI BARTOLINI, *Utente vs Servizio Sanitario: il «no» della Cassazione al foro del consumatore*) ha negato l'assimilazione del paziente al consumatore e per questo ha escluso l'applicabilità del foro del luogo di residenza del consumatore.

La *querelle* risulta, tuttavia, nella pratica ridimensionata dal momento che la scelta tra la prima e la seconda tesi non mette in ogni caso in discussione la natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria¹⁴⁵. La responsabilità ex art. 1218 c.c., infatti, andrebbe più correttamente qualificata come responsabilità per inadempimento di un obbligo preesistente¹⁴⁶, con ciò ricomprendendosi tanto le obbligazioni di fonte contrattuale, quanto quelle di fonte legale.

È poi opportuno ricordare che dalla riconduzione della relazione tra ospedale e paziente nell'ambito del rapporto obbligatorio a contenuto complesso discende la possibilità di configurare, in caso di mancata o scorretta esecuzione delle prestazioni accessorie, *una responsabilità diretta dell'ente sanitario per carenze strutturali e organizzative, distinta e autonoma tanto dalla responsabilità personale dei professionisti che operano al suo interno quanto dalla responsabilità c.d. vicaria e indiretta del nosocomio per i danni cagionati dai medesimi*¹⁴⁷. Quest'ultimo aspetto è disciplinato proprio dall'art. 7, il quale ribadisce come

¹⁴⁵ Oggi chiaramente ribadita dall'art. 7, comma 1, della "Legge Gelli-Bianco".

¹⁴⁶ Cass. (ord.) 2 aprile 2009, n. 8093, cit.: "la conclusione che nega la ricorrenza del contratto non è in alcun modo configgente con la comune e ormai acquisita qualificazione come contrattuale della responsabilità della struttura ospedaliera anche pubblica [...]. Tale affermazione, infatti, non sottende [...] che quando ci si rivolge alla struttura del Servizio Sanitario Nazionale o ad una struttura convenzionata si stipuli un contratto, ma vuole significare che la cattiva esecuzione della prestazione dà luogo a responsabilità contrattuale nel senso di responsabilità nascente dall'inadempimento di un obbligo preesistente o dalla sua cattiva esecuzione e non nel senso di responsabilità per inadempimento di un contratto o per la sua cattiva esecuzione. Il concetto di responsabilità contrattuale, cioè, viene usato nel senso non già di responsabilità che suppone un contratto, ma nel senso [...] di responsabilità che nasce dall'inadempimento di un rapporto obbligatorio preesistente".

¹⁴⁷ Così FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici (Prima parte)*, cit., 664. Sul tema anche BREDI, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, in *Danno e resp.* 2001, 209 ss.; EAD., *Ancora sulla responsabilità della struttura per inadeguata organizzazione del servizio*, in *Danno e resp.* 2006, 895 ss.; EAD., *La responsabilità autonoma delle strutture sanitarie*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2007, II, 103 ss.; FACCIOLI, *La responsabilità della struttura sanitaria per carenze strutturali ed organizzative*, in *La resp. civ.* 2006, 515 ss.; ID., *L'incidenza delle carenze strutturali e organizzative dell'ente sanitario sui doveri e sulle responsabilità individuali del medico*, in *Resp. civ. prev.* 2016, p. 1851 ss.; GORGONI, *Disfunzioni tecniche e di organizzazione sanitaria e responsabilità professionale medica*, in *Resp. civ. prev.* 1999, p. 1007 ss..

anticipato il principio generale sancito dall'art. 1228 c.c., affermando che gli esercenti la professione sanitaria dei quali si avvale la struttura sono da considerare ausiliari della stessa.

L'art. 1228 c.c., infatti, prevede la responsabilità diretta del debitore per i fatti dolosi o colposi degli ausiliari (in quanto inquadrati nell'organizzazione delle risorse del debitore). Se, infatti, l'obbligazione in ragione della sua particolare natura o anche di una convenzione in tal senso, non deve essere adempiuta personalmente, il debitore può avvalersi di ausiliari per soddisfare l'interesse creditorio. L'inserimento dell'ausiliario nella organizzazione predisposta dal preponente per l'adempimento dell'obbligazione assunta, *impone ex se l'imputazione alla sfera del debitore della mancata (o inesatta) esecuzione della prestazione*¹⁴⁸ da parte del primo, rispondendo il datore di lavoro personalmente delle relative condotte¹⁴⁹. La responsabilità di chi ha volontariamente incaricato l'ausiliario, e organizzato attraverso questo incarico l'esecuzione della propria obbligazione per i fini negoziali perseguiti, è, quindi, per fatto proprio, e non altrui, divenendo le condotte degli esercenti parte integrante del sistema organizzativo.

Tale responsabilità si aggiunge, pertanto, all'eventuale responsabilità ex art. 1218 c.c. per carenze strutturali ed organizzative, quali l'assenza di sicurezza e salubrità dell'ambiente ospedaliero e delle attrezzature, la mancata disponibilità di tutti gli

¹⁴⁸ Così D'ADDA, *Ausiliari, responsabilità solidale e "rivalse"*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 2, 364.

¹⁴⁹ Parte della dottrina (vedi MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, *Eur. dir. priv.* 2000, 505) ha criticato la scelta di considerare il medico strutturato alla stregua di un mero ausiliario. La condotta del sanitario, infatti, non può totalmente considerarsi assorbita dall'inadempimento del debitore principale, godendo il medico di una sfera più o meno ampia di autonomia esecutiva, che rende disagevole una meccanica sovrapposizione tra programma obbligatorio e sua esecuzione. Proprio il margine di autonomia ed indipendenza riconosciuto al medico giustificano, secondo l'A., l'irriducibilità del professionista sanitario alla figura dell'ausiliario del debitore ex art. 1228 c.c.

strumenti e i macchinari necessari per l'esecuzione della prestazione sanitaria e di personale medico e paramedico adeguato e qualificato.

Sempre dall'art. 7, comma 1 della legge si desume l'applicabilità dell'art. 1228 c.c. anche quando il professionista sanitario venga scelto dal paziente¹⁵⁰. Nessun dubbio sorge allorché il medico venga indicato dal creditore nell'ambito del personale integrato nell'apparato organizzativo del debitore; diversa l'ipotesi in cui il professionista sanitario non sia un dipendente della struttura e non esista tra loro un rapporto di lavoro subordinato¹⁵¹. Si pensi ai non infrequenti casi in cui il paziente, su consiglio del professionista di fiducia, venga curato nei locali di una casa di cura privata, alla quale il medico non sia legato da alcun rapporto di lavoro o di servizio. In questi casi, è chiaro che il sanitario, il quale si avvale delle apparecchiature nonché del personale paramedico e infermieristico messi a disposizione dall'ente, provvede personalmente ad eseguire il trattamento diagnostico o terapeutico sulla base di un contratto d'opera professionale stipulato con il paziente e ne è responsabile. Meno scontata, invece, la posizione della struttura sanitaria ospitante. Parte della giurisprudenza¹⁵² valorizza la circostanza che la struttura, pur

¹⁵⁰ L'art. 7, comma 1 prevede, si ribadisce, che: "La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, *anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa*, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del Codice civile, delle loro condotte dolose o colpose."

¹⁵¹ BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*, 2a ed., Milano 2012, 72; D'ADDA, *Art. 1228, Responsabilità per fatto degli ausiliari*, in CUFFARO (a cura di), *Delle obbligazioni. Artt. 1218-1276*, in *Comm. Gabrielli*, Torino 2013, 336 ss.

¹⁵² In questo senso v. Cass. 8 gennaio 1999, n. 103, in *Resp. civ. prev.* 1999, p. 683, con nota di SANNA, *I mille volti della responsabilità medica: la responsabilità della casa di cura privata*; Cass. 14 luglio 2004, n. 13066, in *Danno e resp.*, 2005, 537; Cass. 28 agosto 2009, n. 18805, in *Corr. giur.* 2010, p. 199, con nota di MEANI, *La clinica privata risponde dei danni derivanti da un intervento chirurgico anche quando l'operazione è stata eseguita dal medico di fiducia del paziente: osservazioni critiche*; nella giurisprudenza di merito, Trib. Napoli 27 aprile 2006, in *La resp. civ.*, 2007, 126, con nota di FACCIOLO, *La responsabilità della casa di cura per l'operato del medico "di fiducia" del paziente*; Cass. 26 giugno 2012, n. 10616, in *Danno e resp.* 2013, 839, con nota di CAPUTI, *Medical malpractice: nodi inestricabili e nuove prospettive*.

in assenza di uno specifico contratto di lavoro col medico “di fiducia”, si avvalga di esso per adempiere la prestazione sanitaria promessa al paziente e per questo la considera in ogni caso responsabile per i danni cagionati dal medico all’interno della struttura.

Un indirizzo minoritario in giurisprudenza¹⁵³, ma sostenuto in dottrina¹⁵⁴ esclude invece la responsabilità della struttura in questi casi. Laddove, infatti, il contratto di cura vincoli soltanto il malato e il medico “di fiducia” estraneo alla struttura, mancherebbero i presupposti di applicazione dell’art. 1228 c.c.: sarebbe infatti il medico, sulla base di un apposito accordo, ad avvalersi della clinica, non già il contrario. Ove, invece, il paziente concluda un contratto di assistenza sanitaria con la clinica e si accordi per farsi prestare le cure da un professionista scelto al di fuori del personale della struttura¹⁵⁵, il medico rivestirebbe il diverso ruolo di “*cooperatore (all’adempimento) del creditore*” (il paziente)¹⁵⁶ e non già di ausiliario, in quanto estraneo alla sfera organizzativa del debitore (l’ospedale).

L’art. 7 non offre soluzioni univoche sul punto; potrebbe tuttavia dedursi da un inciso in esso contenuto (“[...] la struttura sanitaria che si avvale del suo operato «*nell’adempimento della propria obbligazione*») l’adesione alla seconda tesi esposta. La responsabilità della clinica, dunque, dovrebbe sorgere soltanto nei casi in cui quest’ultima abbia stipulato un contratto con il paziente e non, invece, nei

¹⁵³ Cass. 11 marzo 1998, n. 2678, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2473, e Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, in *Giur. it.* 2008, 63.

¹⁵⁴ Per l’esclusione dell’applicabilità dell’art. 1228 c.c. nelle ipotesi in cui il terzo entra in rapporto contrattuale diretto con il creditore, v., tra gli altri, BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*, cit., nota 189; VISINTINI, *La responsabilità del debitore per fatto degli ausiliari*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da VISINTINI, III, Padova 2009, 585 ss.; D’ADDA, *Art. 1228, Responsabilità per fatto degli ausiliari*, cit., 337.

¹⁵⁵

¹⁵⁶ Così lo definisce Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, cit.

casi in cui il rapporto contrattuale intercorre soltanto tra il malato e il professionista, che parallelamente si accorda con la casa di cura per svolgere la prestazione sanitaria al suo interno¹⁵⁷.

Ulteriori disposizioni sulla responsabilità vicaria delle strutture sanitarie si rinvencono nel comma 2 dell'art. 7, il quale precisa che tale responsabilità sussiste anche con riguardo all'attività medica svolta in regime di libera professione intramuraria e di convenzione con il SSN¹⁵⁸.

La scelta di assoggettare le strutture sanitarie al regime dell'art. 1228 c.c. anche per i casi di *malpractice* avvenuti in occasione di prestazione sanitaria resa in regime di *intramoenia* è motivata da diverse ragioni¹⁵⁹.

L'attività del medico svolta in regime di libera professione intramuraria, infatti, molto differisce da quella resa al di fuori dell'ambiente ospedaliero: nel primo caso, infatti, il medico è tenuto a rispettare una serie di limiti e vincoli, posti direttamente dalla legge e dall'amministrazione sanitaria.

Appare, inoltre, indicativo del coinvolgimento della struttura il fatto che il paziente sia tenuto a rivolgersi all'amministrazione per prenotare la prestazione e per pagare il corrispettivo dovuto, che, previa trattenuta di una quota destinata all'ente, viene riconosciuto al medico in busta paga. Nello stesso senso va interpretata la richiesta della struttura di sottoscrizione, da parte dei pazienti, delle condizioni generali di

¹⁵⁷ FACCIOLO, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco")*: profili civilistici (Prima parte), cit., 666.

¹⁵⁸ Reputa quantomeno incerto l'assoggettamento alle regole della responsabilità contrattuale, secondo il modello del codice civile, le fattispecie di cui al comma 2, SALANITRO, *Sistema o sottosistema? La responsabilità sanitaria dopo la novella*, cit., 1676 ss.

¹⁵⁹ LEPRE, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie*, Milano 2011, 150 ss.; ID., *Attività medica in regime intramurario e responsabilità della struttura sanitaria*, in *Resp. civ. prev.* 2001, 698 ss.; PRINCIGALLI, *La libera professione dei medici ospedalieri*, in *Resp. civ. prev.* 2003, 532 ss.; DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, Padova 2007, 212 ss.

contratto che limitano la responsabilità civile per i danni ai soli medici che hanno prestato loro le cure, con esclusione di ogni diritto e/o azione di rivalsa nei confronti del nosocomio.

Infine è stato rilevato che, ove si escludesse la responsabilità delle strutture pubbliche per gli episodi di *malpractice* avvenuti nell'esercizio dell'attività libero-professionale intramuraria, si rischierebbe di incentivare l'amministrazione sanitaria a indirizzare i pazienti verso questa forma di esercizio dell'attività medica, a discapito dell'ordinaria attività istituzionale. Nonostante la chiara presa di posizione del legislatore, non sono mancate le voci critiche. Esse rilevano che nessuno degli argomenti citati abbia efficacia dirimente¹⁶⁰, e che piuttosto appare decisiva la circostanza che, allorché il paziente stipuli il contratto di cura direttamente (e solamente) con il medico, quest'ultimo agisca non nella veste di pubblico dipendente, ma in qualità di libero professionista, senza alcun coinvolgimento della struttura.

La chiarezza del dato normativo elimina ogni dubbio anche in merito alla natura della responsabilità della struttura sanitaria nei casi di attività di sperimentazione e

¹⁶⁰ A tal riguardo, osserva FACCIOLO, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco")*: profili civilistici (Prima parte), cit. 667: "Gli stessi limiti e vincoli posti all'attività in parola, avendo lo scopo di evitare che la medesima finisca per diminuire l'impegno che il medico profonde come dipendente pubblico, non paiono poter essere considerati come indici della riferibilità all'ente dell'operato svolto dal medico (anche) nell'esercizio di attività intramuraria, anzi sembrano offrire una testimonianza dell'irriducibilità di quest'ultima all'ordinaria attività istituzionale. Né potrebbero, in senso contrario, essere seriamente richiamati elementi quali, per esempio, la (mera) prassi delle condizioni generali di contratto di cui si è detto sopra, o il semplice fatto che il paziente non paga il medico direttamente, ma tramite l'ospedale pubblico che trattiene per sé una quota di tale somma: la prima circostanza, infatti, pare risolversi soltanto in una modalità di pagamento; la seconda, poi, sembra addirittura confermare l'idea che, svolgendo attività intramuraria, il medico utilizza la struttura pubblica al di fuori dei fini istituzionali dell'ente per conseguire un guadagno personale, dovendo conseguentemente versare un corrispettivo all'amministrazione per tale utilizzo".

di ricerca clinica, di prestazione sanitaria resa in regime di convenzione con il servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina.

In particolare, per quanto riguarda le prestazioni sanitarie svolte in regime di convenzione con il SSN dal c.d. medico generico o “di base”, la norma sembra ispirata da un recente intervento della giurisprudenza di legittimità¹⁶¹ che ha sancito, in questi casi, la responsabilità ex art. 1228 c.c. dell’A.S.L.. In capo ad esse, infatti, sorgerebbe un’obbligazione *ex lege*, avente per oggetto la prestazione della c.d. assistenza medico-generica¹⁶² alla collettività, da adempiere tramite i medici convenzionati, i quali assumerebbero la qualifica di ausiliari delle A.S.L.¹⁶³

Le regole finora esaminate non sembrano soffrire alcuna deroga laddove il rapporto di cura venga instaurato tra paziente e struttura sanitaria privata. Ad essa, infatti, sono riferibili tutti gli obblighi organizzativi e di gestione, gli standard di funzionalità e qualità delle cure previsti per le pubbliche strutture sanitarie¹⁶⁴.

¹⁶¹ Si tratta di Cass. 27 marzo 2015, n. 6243, in *Danno e resp.* 2015, 794, con nota critica di ZORZIT, *La Cassazione, il fatto del medico di base e la responsabilità “contrattuale” della ASL: nuove geometrie (e qualche perplessità)*, in *Nuova g. civ. comm.* 2015, I, 934; con nota adesiva di PUCELLA, *La responsabilità dell’A.S.L. per l’illecito riferibile al medico di base*; in *Giorn. d. amm.* 2015, 673, con nota di MORLINO, *La responsabilità della ASL per errore del medico*. Un passo della sentenza recita: «l’A.S.L. è responsabile ex art. 1228 c.c. del fatto illecito commesso dal medico generico, con essa convenzionato, nell’esecuzione di prestazioni curative che siano comprese tra quelle assicurate e garantite dal Servizio sanitario nazionale in base ai livelli stabiliti dalla legge». Tale sentenza ha ribaltato il precedente orientamento (Cass. 16 aprile 2003, n. 34460, in *Resp. pen.*, 2005, 8; Cass. 11 aprile 2008, n. 36502, in *Ragiusan* 2008, 295; Cass. 14 marzo 2012, n. 41982). Secondo quest’ultimo, infatti, il medico di base concluderebbe con il paziente un contratto d’opera intellettuale e svolgerebbe la sua attività in piena autonomia, non implicando il convenzionamento l’instaurazione di alcun rapporto di subordinazione con l’A.S.L. Inoltre, l’amministrazione sanitaria non instaurerebbe alcun rapporto diretto con il paziente e non potrebbe esercitare alcuna vigilanza o controllo sull’operato del medico convenzionato, sicché non potrebbe essere chiamata a rispondere dei danni da quest’ultimo cagionati né ai sensi dell’art. 1228 c.c. né sulla scorta dell’art. 2049 c.c.

¹⁶² In forza dell’all’art. 14, comma 3, lett. h), legge n. 833 del 1978.

¹⁶³ Un approfondimento sui meriti e demeriti del citato orientamento, vedi FACCIOLO, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. “Legge Gelli-Bianco”): profili civilistici (Prima parte)*, cit., 668.

¹⁶⁴ Non si tratta, peraltro, di un approdo recente, essendo già da tempo la giurisprudenza orientata in questo senso (vedi, ad esempio, Cass. civ., sez. III, 1 luglio 2002, n. 9556, *CED Cass.*, 2002).

Nessuno spazio, infine, è concesso all'apposizione nei contratti tra ente ospedaliero e paziente di eventuali clausole di esonero di responsabilità delle strutture sanitarie per fatto degli ausiliari. Se è vero, infatti, che l'art. 1228 c.c. contiene una clausola di apertura che fa "*salva una diversa volontà delle parti*", è lo stesso art. 1229, comma 2 c.c. che sancisce la nullità di qualsiasi patto preventivo di esonero o limitazione di responsabilità, ove "*il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norma di ordine pubblico*". Ebbene, è fuor di dubbio che l'obbligo di tutela della salute del paziente occupi il rango di norma primaria e di ordine pubblico. Già il comma primo dell'art. 1229 c.c., peraltro, è stato interpretato come limite invalicabile all'apposizione di suddette clausole per i casi di dolo e colpa grave anche laddove il debitore si avvalga di ausiliari, rimanendo diversamente frustrate in maniera definitiva le ragioni creditorie.¹⁶⁵

Va escluso, infine, che la nullità delle clausole in discorso possa estendersi all'intero contratto e determinarne la caducazione ai sensi dell'art. 1419, comma 1 c.c. Tale conclusione, infatti, permetterebbe ai debitori inadempienti (struttura sanitaria e medico) di andare comunque esenti da responsabilità e risultare vittoriosi in giudizio, in piena violazione del diritto alla salute del paziente danneggiato¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Secondo ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (Riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, cit., 1120, poi, una clausola siffatta non supererebbe il giudizio di abusività ai sensi del codice del consumo.

¹⁶⁶ FACCIONI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici (seconda parte)*, cit., 788, propone, alla luce della posizione del paziente quale contraente debole innanzi al medico ed alla struttura, l'applicazione del regime della nullità di protezione in luogo di quello desumibile dall'art. 1418 c.c.

Segue: il regime di responsabilità del sanitario.

All'indomani dell'entrata in vigore della l. 8 marzo 2017, n. 24, a fronte delle critiche che parte della dottrina non ha risparmiato alle scelte del legislatore, molte lodi sono state tessute alla chiarezza espositiva tanto reclamata dalla classe medica. In particolare, l'art. 7, comma 3, che disciplina la responsabilità dell'esercente sanitario di cui ai primi due commi, è stato salutato con favore dai primi commentatori della novella per la sua capacità di superare le difficoltà interpretative dovute all'ambiguità del precedente art. 3 l. 8 novembre 2012, n. 186. La responsabilità dei medici, infatti, è stata una volta per tutte qualificata come extracontrattuale in forza del richiamo all'art. 2043 c.c., così superando la tesi giurisprudenziale ultradecennale del contatto sociale.

Se le difficoltà interpretative sono state rimosse, i primi casi concreti hanno fatto emergere difficoltà applicative non trascurabili. L'art. 7, comma 3, infatti, così come modificato dal Senato in data 11 gennaio 2017 e approvato definitivamente alla Camera il 28 febbraio, esclude in modo espresso dal regime di responsabilità aquiliana l'ipotesi in cui il medico *“abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente”*. Un'interpretazione sistematica della disposizione, che davvero valorizzi la scelta del doppio binario risarcitorio, sembrerebbe suggerire l'applicazione dell'inciso citato ai soli casi in cui il medico abbia concluso un contratto d'opera professionale con il paziente. Tuttavia, l'espressione *“obbligazione contrattuale”* introdotta dal Senato potrebbe essere oggetto di diverse interpretazioni¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Cfr. BARBARISI, *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, cit., 217.

Esclusi certamente i casi in cui il medico operi all'interno di una struttura come dipendente, i problemi si pongono principalmente nei casi di prestazione sanitaria resa in regime di libera professione intramuraria o di convenzione con il SSN. Tali ipotesi, come anticipato, rappresentano dei casi di confine sia con riferimento alla posizione della struttura sanitaria, sia a quella del medico: da un lato, infatti, emerge indubbiamente il rapporto fiduciario che lega il paziente al sanitario, dall'altro non mancano i punti di collegamento tra l'attività professionale di cura espletata e le strutture di riferimento.

Il primo caso che occorre affrontare è quello del medico che presta la propria attività in regime di libera professione intramuraria, come definita dall'art. 7, comma 2 della legge Gelli. Prima del citato intervento del Senato, con quasi sicura certezza poteva sostenersi la qualificazione *ex lege* della responsabilità del medico in termini extracontrattuali. Oltre alla lettera della disposizione, in questo senso deponeva altresì la *ratio* della legge di riforma, che, come già approfondito, ha individuato nella divaricazione di responsabilità tra strutture e sanitari lo strumento per ricondurre il contenzioso verso le prime, risparmiando così i secondi.

L'unità e l'omogeneità dello scenario interpretativo descritto, tuttavia, sembrano compromesse dall'introduzione del citato inciso "*salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente*".

La libera professione intramuraria, infatti, pur essendosi "*sempre più venuta caratterizzando come tertium genus per la compresenza, accanto agli elementi propri del rapporto d'opera professionale, di altri propri del rapporto di lavoro subordinato*"¹⁶⁸, si basa un sottostante contratto di cura, stipulato tra medico

¹⁶⁸ Corte Cost., 20 luglio 1999, n. 330, in *Giur. cost.*, 1999, 2633.

curante e paziente. Quest'ultimo, infatti, liberamente sceglie il professionista cui affidarsi e si fa carico interamente del costo della prestazione erogata¹⁶⁹. Da tale vincolo sorgono per le parti delle reciproche obbligazioni, dal cui inadempimento non possono che derivare le conseguenze dell'art. 1218 c.c.

Può quindi sostenersi che la legge di riforma, per quanto riguarda le prestazioni rese in regime di *intra moenia*, non ha sovvertito l'orientamento precedente, che pure sosteneva la natura contrattuale di questa responsabilità, sulla scorta del contratto d'opera professionale¹⁷⁰ concluso o, al più, del contatto sociale qualificato che legava i due soggetti.

L'altro caso di confine meritevole di approfondimento è quello del medico di medicina generale che presta la propria attività in regime di convenzione con il SSN. Così come avvenuto per la struttura sanitaria, a far maggiore luce sulla questione è una pronuncia della Corte di Cassazione¹⁷¹. In questa occasione, i giudici di legittimità affermano che il medico di base è chiamato ad adempiere alla prestazione curativa per conto dell'ASP, senza che, però, lui sia legato al paziente da *alcun vincolo negoziale od obbligatorio ex lege preesistente all'espletamento in concreto della prestazione curativa*. Partecipa, quindi, nella sola fase esecutiva del rapporto che lega ASL e paziente, in ragione del convenzionamento con la prima. In assenza di un vincolo negoziale, pertanto, è piuttosto in virtù di un contatto sociale che può giustificarsi l'applicazione, nella fase patologica del rapporto, delle

¹⁶⁹ Non vi è, infatti, alcuna compartecipazione pubblica del SSN, come nel caso del ticket.

¹⁷⁰ La giurisprudenza ha talora ritenuto "atipica" la natura delle prestazioni rese in tale regime, parlando ad esempio di *rapporto trilaterale paziente/ASL/medico* (vedi Trib. Nocera Inferiore, 12 maggio 2011, in *Leggi d'Italia professionale*.)

¹⁷¹ Il riferimento è alla già citata Cass. 27 marzo 2015, n. 6243.

disposizioni di cui agli artt. 1218 e ss., in ragione dell'affidamento che il medico crea nel paziente nell'esercizio di un'attività professionale "protetta".

Entrata in vigore la norma di cui all'art. 7, comma 3, occorre valutare se le conclusioni cui è approdata la Cassazione nel 2015 sono ancora sostenibili. Ebbene la disposizione citata riconduce esplicitamente alla responsabilità extracontrattuale i casi di cui ai precedenti 2 commi; in particolare il comma secondo fa esplicito riferimento alla fattispecie di "regime di convenzione con il SSN". Pare, dunque, che gli approdi della giurisprudenza possano essere confermati anche dopo la novella e che possa applicarsi al medico di famiglia la stessa qualificazione aquiliana *ex lege* prevista per la maggior parte delle prestazioni rese dai sanitari all'interno delle strutture di cura.

Potrebbe opporsi a tale conclusione il rilievo che l'assenza del legame negoziale tra medico di famiglia e paziente contrasti con la nota di fiduciarietà che contrassegna il loro rapporto¹⁷². Sulla base di questa considerazione si dovrebbe dubitare della tenuta del sistema¹⁷³ osservando come per quanto riguarda il sanitario, esiste "(...) *un certo spettro di prestazioni medico-sanitarie che, indipendentemente dal*

¹⁷² Condividono questi rilievi COMANDÈ NOCCO, *La responsabilità dell'esercente la professione sanitaria tra artt. 1218 e 2043 c.c.*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli)*, a cura di GELLI, HAZAN E ZORZIT, Milano, 2017, 281; PERFETTI, *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del consenso informato*, in *Giustizia Civile*, 2018, 2, 359 ss.

¹⁷³ Anche a seguito della sentenza n. 6243/2015 e prima dell'entrata in vigore della novella erano state sollevate alcune criticità. In particolare, si era rilevata l'apoditticità delle motivazioni della pronuncia nella parte in cui, a sostegno della tesi dell'assenza del vincolo contrattuale, la Corte sosteneva l'impossibilità per il medico di rifiutarsi a prestare assistenza medico-generica. Tale circostanza, infatti, non pare assolutamente di ostacolo al sorgere di un rapporto contrattuale tra medico e paziente, così come l'obbligo di prestare il patrocinio, ad esempio, per il difensore d'ufficio ex art. 97, comma 5 c.p.p., non esclude l'esistenza di un vincolo negoziale tra cliente ed avvocato.

contatto sociale, non possono essere sottratte all'orbita della negozialità e della conseguente responsabilità contrattuale”¹⁷⁴.

Terminato l'esame sui problemi applicativi che la riforma ha sollevato, non possono nascondersi le critiche che ha sollevato la scelta del legislatore di qualificare la responsabilità del sanitario come aquiliana. Le ragioni sono ormai ben note: per scoraggiare la medicina difensiva, tutelare la classe dei medici, ridurre i costi pubblici per la sanità e limitare il contenzioso giudiziario, il legislatore ha deciso di canalizzare le istanze risarcitorie dei pazienti danneggiati verso le ben più solide strutture sanitarie, tramite l'introduzione del doppio binario. Come è stato da più punti osservato, tuttavia, non è detto che una ricostruzione in chiave aquiliana della responsabilità del c.d. medico dipendente sortisca gli effetti sperati *sotto il profilo dell'overdeterrence, della sostenibilità del sistema dal punto di vista assicurativo e della riduzione del contenzioso da medical malpractice*¹⁷⁵. Si dubita¹⁷⁶, infatti, che un diverso regime di responsabilità per il medico dipendente comporti un cambiamento significativo, soprattutto alla luce degli ultimi approdi della Corte di legittimità, che tendono ad avvicinare i regimi dei due sistemi di responsabilità¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Così COMANDÈ NOCCO, *La responsabilità dell'esercente la professione sanitaria tra artt. 1218 e 2043 c.c.*, cit., 282.

¹⁷⁵ Così BARBARISI, *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, cit., 219.

¹⁷⁶ Particolarmente critico in merito alla scelta di qualificare la responsabilità del medico come aquiliana sembra PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 265, il quale definisce la scelta come “scriteriata, inutile e pregiudizievole”. *Scriteriata* in quanto non compete al legislatore qualificare le fattispecie concrete, bensì all'interprete; *inutile* in quanto i vantaggi di tale scelta appaiono assai ridotti e si limitano, sostanzialmente, all'allungamento del termine prescrizione; *pregiudizievole in chiave di incremento confusionale di piani e impostazioni, quante volte il medico, visto il doppio binario dischiuso dalla legge, sia convenuto insieme alla struttura sanitaria presso la quale ha dispiegato la sua attività, sì che la sua responsabilità ex art. 2043 c.c. anche perculpa levis [...] incrocia la responsabilità della struttura ex art. 1218 c.c., con conseguente diverso atteggiarsi dell'onere probatorio e termine ordinario di prescrizione del diritto al risarcimento*. Vedi anche BARBARISI, *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, cit., 219;

¹⁷⁷ Sul punto vedi ANZANI, *Il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit..

Vanno, infatti, progressivamente erodendosi le divergenze tra le discipline dell'inadempimento e del fatto illecito, prime fra tutte le disposizioni sul riparto dell'onere della prova, mitigate nella prassi con la regola della vicinanza alla prova, con il criterio dell'autoresponsabilità nell'accesso alle fonti di prova o con l'impiego di presunzioni semplici. L'inapplicabilità dell'art. 1225 c.c. in area extracontrattuale, poi, viene spesso vanificata con l'esclusione dell'elemento soggettivo rispetto all'evento lesivo oppure del nesso di causalità materiale o giuridica¹⁷⁸. L'allungamento dei termini prescrizionali, infine, appare un beneficio di poco conto, essendo assai improbabile che il paziente tardi più di un lustro per attivarsi nei confronti del medico. A ciò si aggiunga l'orientamento granitico della giurisprudenza di legittimità¹⁷⁹ sulla decorrenza del *dies a quo* della prescrizione del credito risarcitorio, che coincide con la *conoscibilità o percepibilità del danno*, non già con il momento in cui la cura viene prestata.

La scelta del legislatore, tra l'altro, rischia di essere pregiudicata – e con essa anche gli obiettivi perseguiti – dalla tendenza sempre più avvertita¹⁸⁰ della giurisprudenza di attrarre nell'area presidiata dall'art. 2050 c.c. quante più possibili manifestazioni dell'attività sanitaria. A tal riguardo, infatti, l'attività del sanitario in numerosi casi si presta a essere considerata come pericolosa agli effetti di legge, se non altro per la natura dei mezzi adoperati; si pensi all'attività prestata dal radiologo o dal

¹⁷⁸ ANZANI, *Il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit.

¹⁷⁹ Sin da Cass. civ., 28 luglio 2000, n. 9927; in maniera chiara il principio è stato ripreso anche da Cass. civ., Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576, in *Giust. civ.* 2009, 11, I, 2533; *Giust. civ. Mass.* 2008, 1, 31; *Il civilista*, 2008, 11, 86, con nota di PULLICE.

¹⁸⁰ Parla di “avanzata inarrestabile” PALMIERI, *Produzione di sigarette e responsabilità per danni al fumatore: l'avanzata irrefrenabile dell'art. 2050 c.c. (anche in assenza di potenziali beneficiari dell'attività pericolosa)*, in *Foro it.*, 2010, I, 880.

chirurgo. Secondo la giurisprudenza¹⁸¹ infatti, accanto alle attività pericolose tipiche¹⁸², possono di volta in volta qualificarsi tali ex art. 2050 c.c. anche altre atipiche, tutte le volte che sia verificata una rilevante probabilità del verificarsi del danno, anche solo per le caratteristiche dei mezzi e degli strumenti utilizzati.

Nonostante l'atteggiamento ancora cauto della dottrina, che tende a limitare l'ambito applicativo della norma ai soli casi di pericolo derivante da attività industriali, commerciali, artigianali, e non anche professionali, non può dubitarsi che in alcuni casi l'invocazione dell'art. 2050 c.c. è tutt'altro che infondata, alla luce del tipo di strumenti utilizzati (si pensi alla radioterapia, alla chirurgia, soprattutto quando robotica, alla trasfusione di sangue¹⁸³, così via) e del grado di sviluppo scientifico raggiunto.

La qualificazione di certe prestazioni sanitarie come attività pericolose, porta con sé notevoli conseguenze, soprattutto sul piano dell'onere della prova. Indipendentemente dalla tesi che si scelga di seguire a riguardo¹⁸⁴, è innegabile infatti che dall'applicazione dell'art. 2050 c.c. conseguono, da un lato, notevoli vantaggi per il paziente danneggiato e, dall'altro, corrispettivi e rafforzati oneri per

¹⁸¹ Tra le altre, Cass. 16 gennaio 2013, n. 919, in *CED* n. 625279. In dottrina vedi FRANZONI, *L'illecito*, in FRANZONI (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, 2004, 360 s.

¹⁸² In quanto elencate nel T.U. di Pubblica Sicurezza e nel relativo Regolamento e nelle varie leggi.

¹⁸³ Attività caratterizzata da intrinseca pericolosità anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 5, comma 7, d.l. n. 443 del 1987, conv. con modif. dalla l. n. 531 del 1987 che ha stabilito l'obbligo per le USL di compiere preventivi controlli del sangue da destinare alle trasfusioni, al fine di accertare l'assenza del virus HIV-I: Cass. 29 marzo 2018, n. 7814, in *CED* n. 648351.

¹⁸⁴ una parte della dottrina (DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1979, II, 88) ha ritenuto che la norma codifichi un'ipotesi di responsabilità per colpa lievissima; un altro orientamento, maggioritario in dottrina (ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, Roma, 2003, 172; COMPORI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive*, Artt. 2049-2053, in *Il codice civile Commentario*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2009, 161 ss.; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999, 734; FRANZONI, *L'illecito*, cit., 391) ravvisa nell'art. 2050 c.c. una fattispecie di responsabilità oggettiva; un altro ancora propone una lettura in chiave di presunzione di colpa *iuris tantum* a favore del danneggiato (TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, in Trabucchi (a cura di), Padova, 2004, 913; in giurisprudenza, v. Cass. 5 luglio 2017, n. 16637, in *CED* n. 644813; Cass. 22 settembre 2014, n. 19872, *ivi* n. 632680; Cass. 17 luglio 2002, n. 10382, *ivi* n. 555856).

il sanitario convenuto in giudizio. In sintesi, *“l’ accertata possibilità di risucchiare l’attività sanitaria, nei casi concreti, nell’area presidiata dall’art. 2050 c.c., vanifica (in quei casi) a svantaggio del medico il regime di favore in ordine all’onere della prova apprestato dall’art. 2043 c.c. che pone a carico di chi agisca di provare tutti gli elementi costitutivi dell’illecito”*¹⁸⁵. Il timore, pertanto, è che se, nonostante la nuova legge, la giurisprudenza intenda insistere nel suo atteggiamento di favore nei confronti del paziente, lo faccia non già continuando a predicare la natura contrattuale della prestazione del medico, valorizzando l’inciso “salvo che abbia agito nell’adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente”, ma piuttosto estendendo l’ambito applicativo dell’art. 2050 c.c. a quante più possibili manifestazioni dell’attività sanitaria.

5. Il ruolo delle linee guida e delle buone pratiche clinico-assistenziali

Tra le novità introdotte dalla legge Gelli-Bianco, la valorizzazione del ruolo delle linee guida e delle buone pratiche clinico-assistenziali ha particolarmente attratto l’attenzione degli interpreti e degli operatori del settore.

I progressi della scienza e le acquisizioni della ricerca in campo medico hanno indubbiamente contribuito ad estendere le conoscenze degli operatori sanitari. La crescita esponenziale delle informazioni e dei dati scientifici, tuttavia, se da un lato offre maggiori possibilità di guarigione, dall’altro complica il ruolo dei medici, i

¹⁸⁵ Così PERFETTI, *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del consenso informato*, cit..

quali devono ora orientarsi tra le molteplici opzioni di cura. Per tali ragioni, a partire dagli anni '80, in molti paesi cominciarono ad essere elaborate le cd. linee guida¹⁸⁶ al fine di venire incontro alle esigenze della classe dei sanitari.

Nonostante il legislatore non definisca compiutamente la nozione di linee guida e buone pratiche, è certo che si tratti di due tipi di regole distinti, con diverso grado di vincolatività¹⁸⁷. Dall'art. 5, co. 1, l. n. 24/2017 emerge infatti che al medico è imposto, in primo luogo, di attenersi alle raccomandazioni contenute nelle linee guida e, solo in mancanza di queste, di far riferimento alle buone pratiche¹⁸⁸.

La prima definizione di linee guida risale agli anni '90: si tratta di *“raccomandazioni di comportamento clinico, ad elaborazione multidisciplinare, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura specifica e delle opzioni scientifiche, con lo scopo di assistere medici e pazienti nelle decisioni sulla modalità assistenziali più appropriate in specifiche condizioni*

¹⁸⁶ A livello internazionale, a diversi istituti è stato conferito il compito di emettere linee guida: il *National Institute for Health care and Clinical Excellence* (NICE) e lo *Scottish Intercollegiale guidelines network* (SIGN) nell' UK, la *National Guidelines Clearinghouse* (NGC) in America, la *Clinical Guidelines* (MJA) in Australia ecc. In Italia l'introduzione delle linee guida risale agli anni novanta. Significativo è stato il *Piano Nazionale linee guida* 1998-2000, introdotto con il d.l. 229/1999, coordinato dall' Istituto Superiore di sanità e dall' AGENAS (Agenzia per i servizi Sanitari). Da ricordare è anche il Decreto del Ministro della Salute del 30 giugno 2004 con cui è stato poi istituito il Sistema Nazionale Linee Guida, per assicurare il raccordo delle Istituzioni che operano a livello centrale.

¹⁸⁷ Osserva GORGONI, *Linee guida e buone pratiche: riflessi sulla colpevolezza e sul danno*, in *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, (a cura di) Iudica, Giuffrè, 2019, 29 ss., che sono ormai lontani i tempi in cui linee guida e buone pratiche potevano essere liquidate alla stregua di *“precetti extragiuridici”* (*ex multis*, Cass. Sez. Un., 17 gennaio 1991, n. 401, in *Foro it.*, 1992, I, 2243; Sez. Un., 23 luglio 1993, 8239, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Professioni intellettuali*, n. 135), non costituenti esplicazione di attività normativa. *“A partire dalla riforma Balduzzi, infatti, le linee guida e le buone pratiche sono state elevate a fonti di rango di regole cautelari codificare, transitando dallo status di soft obligation ad atti normativi di hard law”*.

¹⁸⁸ Sul diverso ruolo di linee guida accreditate e buone pratiche, vedi GORGONI, *Linee guida e buone pratiche: riflessi sulla colpevolezza e sul danno*, cit., 66.

cliniche”¹⁸⁹. In via generale, con la locuzione linee guida¹⁹⁰ si indica il complesso di raccomandazioni che orientano la decisione clinica, raccolgono evidenze scientifiche oggettive e identificano ipotesi di condotte virtuose idonee a garantire qualità e sicurezza dei trattamenti sanitari.

Meno garantite delle linee guida, le cd. buone pratiche clinico-assistenziali comprendono una raccolta eterogenea di fonti di conoscenza, precetti e consigli di pratica clinica consacrati dall’uso e da documenti che, ancorché non *evidence based* (come le linee guida), possono orientare il professionista in assenza di prove più robuste. Consistono, in pratica, in protocolli e schemi predefiniti di comportamento diagnostico-terapeutico dettati per circostanze determinate, equiparabili a delle indicazioni di “*buon senso clinico*”¹⁹¹.

Uno dei meriti che in tale settore si riconosce al legislatore della riforma è l’introduzione di un sistema ufficiale di accreditamento delle regole, articolato in

¹⁸⁹ FIELD e LOHR, *Guidelines for clinical practice. From development to use*, Washington, DC, 1992.

In giurisprudenza, la Cassazione penale ha definito le linee-guida come: “*sapere scientifico e tecnologico codificato, metabolizzato, reso disponibile in forma condensata, in modo che possa costituire un’utile guida per orientare agevolmente, in modo efficiente ed appropriato, le decisioni*” (sent. n. 28187/2017).

Più recentemente, con sentenza n. 8770/2018, la Suprema Corte penale, a Sezioni Unite, ha definito nuovamente le linee guida come “*un condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi, reputate tali dopo un’accurata selezione e distillazione dei diversi contributi, senza alcuna pretesa di immobilismo e senza idoneità ad assurgere al livello di regole vincolanti*”.

¹⁹⁰ Per un approfondimento, si veda CAJAZZO MARZANO, *La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità professionale del medico e le novità della legge Balduzzi*, in *Corr. giur.*, 2013, 479 ss. Per la definizione e per l’ambito di applicazione delle c.d. E.M.B. si veda BARNI, *Evidence Based Medicine e medicina legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, 3 ss.; DOMENICI - GUIDA, *Linee guida e colpa medica: spunti di riflessione*, in *Danno e resp.*, 2014, 353 ss.. Sul tema, ancora, NOCCO, *Le linee guida e le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nella legge Balduzzi: un opportuno strumento di soft law o un incentivo alla medicina difensiva?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 781 ss.; GUERRA, *La rilevanza giuridica delle linee guida nella pratica medica: spunti di diritto americano*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 377 ss.; CIVIELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle linee guida, tra colpa grave e colpa lieve (la nuova disposizione del decreto sanità)*, in *Arch. pen.*, 2013, 5; BARBARISI, *L’onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in *Contratti*, 2017, 2, 217.

¹⁹¹ PALADINI, *Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella c.d. legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2015, 881 ss.

due fasi, una formale ed una sostanziale. La prima fase consiste in un controllo formale sul soggetto creatore delle linee guida, al quale si richiede il possesso di determinati requisiti e l'iscrizione in un apposito elenco¹⁹²; la seconda fase è costituita invece da un controllo sostanziale sul contenuto delle raccomandazioni, in particolare si tratta di una *“verifica della conformità della metodologia adottata a standard definiti, [...] nonché della rilevanza delle evidenze scientifiche dichiarate a supporto delle raccomandazioni”*¹⁹³.

La “istituzionalizzazione” delle raccomandazioni elaborate dalla comunità scientifica, oltre a rispondere ad un’esigenza di riordino - fortemente avvertita nel settore sanitario- , è strettamente funzionale a delineare un modello

¹⁹² I primi due commi dell’art. 5 rispettivamente prevedono: “1. Gli esercenti le professioni sanitarie, nell’esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali.

2. Nel regolamentare l'iscrizione in apposito elenco delle società scientifiche e delle associazioni tecnico-scientifiche di cui al comma 1, il decreto del Ministro della salute stabilisce:

a) i requisiti minimi di rappresentatività sul territorio nazionale;
b) la costituzione mediante atto pubblico e le garanzie da prevedere nello statuto in riferimento al libero accesso dei professionisti aventi titolo e alla loro partecipazione alle decisioni, all'autonomia e all'indipendenza, all'assenza di scopo di lucro, alla pubblicazione nel sito istituzionale dei bilanci preventivi, dei consuntivi e degli incarichi retribuiti, alla dichiarazione e regolazione dei conflitti di interesse e all'individuazione di sistemi di verifica e controllo della qualità della produzione tecnico-scientifica;
c) le procedure di iscrizione all'elenco nonché le verifiche sul mantenimento dei requisiti e le modalità di sospensione o cancellazione dallo stesso.”

¹⁹³ L’art. 5, comma 3, prevede: “Le linee guida e gli aggiornamenti delle stesse elaborati dai soggetti di cui al comma 1 sono integrati nel Sistema nazionale per le linee guida (SNLG), il quale è disciplinato nei compiti e nelle funzioni con decreto del Ministro della salute, da emanare, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, con la procedura di cui all'articolo 1, comma 28, secondo periodo, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, e successive modificazioni, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge. L'Istituto superiore di sanità pubblica nel proprio sito internet le linee guida e gli aggiornamenti delle stesse indicati dal SNLG, previa verifica della conformità della metodologia adottata a standard definiti e resi pubblici dallo stesso Istituto, nonché della rilevanza delle evidenze scientifiche dichiarate a supporto delle raccomandazioni.”

comportamentale che, considerata l'incidenza sulla responsabilità penale e civile del medico, deve risultare consolidato e facilmente accessibile agli operatori del settore¹⁹⁴.

Altro merito del legislatore della novella è stata la precisazione, contenuta nell'art. 6, comma 1, secondo periodo, che la condotta del sanitario deve uniformarsi alle linee guida (o, in assenza, alle buone pratiche), purché le raccomandazioni in esse contenute risultino adeguate alle *specificità del caso concreto*. Tale chiarimento è collocato subito dopo l'introduzione, ad opera del primo periodo del primo comma dell'art. 6, dell'art. 590 *sexies* nel codice penale (rubricato "*la responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*"). In particolare, secondo la disposizione citata si applicano le pene previste per l'omicidio colposo o le lesioni personali colpose se tali fatti sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, salvo quanto disposto dal comma 2 della norma. Quest'ultimo prevede, a sua volta, che "*qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto*". In sostanza, l'operatività dell'esimente è subordinata all'ipotesi in cui le linee guida si rivelino adatte al caso da risolvere e che l'evento si sia verificato a causa di imperizia; nella diversa ipotesi in cui le stesse non siano adeguate, il medico deve

¹⁹⁴ MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, 755 ss.

discostarsi consapevolmente dalle linee guida ed agire alla luce delle peculiarità della singola fattispecie¹⁹⁵.

Le linee guida, pertanto, costituiscono *un percorso consigliato, non una rotaia*¹⁹⁶, l'esito di un processo deliberativo complesso, elaborato alla luce di aspetti tecnici e giudizi di valore. L'obbligo di conformità alle linee guida, quindi, non comporta una definitiva e totale compressione della libertà di scelta e dell'indipendenza di giudizio dei sanitari; al contrario, invece, costoro sono tenuti a discostarsi dalle raccomandazioni della comunità scientifica laddove queste non si mostrino appropriate al caso concreto, ovvero sussista una controindicazione all'adozione delle raccomandazioni disattese¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Occorre chiarire, peraltro, che l'aderenza della condotta del sanitario alle linee guida adeguate al caso concreto non è l'unico parametro di valutazione della colpa. L'art. 6, infatti, esclude la punibilità (in sede penale) dell'evento morte o lesioni quando il medico abbia tenuto una condotta imperita – colposa, dunque – ma risulti che abbia correttamente individuato e rispettato nell'esecuzione le linee guida o le buone pratiche esistenti. A seguito del contrasto giurisprudenziale sorto a seguito dell'entrata in vigore della novella in merito all'ambito applicativo dell'art. 590 sexies c.p. (sentenze n. 28187/17 “Tarabori” e n. 50078/17 “Cavazza”), il rapporto tra rispetto delle linee guida e accertamento della colpa del sanitario è stato chiarito dalle Sezioni Unite (Cass., S.U., 22 febbraio 2018, n. 8770). Secondo i giudici questi due elementi sono «*logicamente distinti, ancorché interrelati*». In particolare, il rispetto da parte del medico delle raccomandazioni contenute nelle linee guida non si traduce automaticamente nell'assenza di colpa, ma comporta una gradazione di questa. In particolare, gli artt. 6 e 7 riguardano l'ipotesi in cui il medico abbia rispettato le linee guida e, ciononostante, la sua imperizia abbia cagionato un danno al paziente. Ciò accade quando il sanitario, dopo aver correttamente individuato le linee guida adeguate al caso concreto e rispettato l'esecuzione, abbia commesso un errore esecutivo di limitata entità il quale ha determinato l'evento. È, quindi, solo in caso di imperizia lieve nella fase esecutiva che il legislatore intendeva prevedere l'operatività della causa di non punibilità.

¹⁹⁶ Cfr. RICCIARDI, IANNONE, TROJANO, CIRESE, MARIOTTI, CAMINITI, *Linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli)*, cit., 153.

¹⁹⁷ A riguardo RICCIARDI, IANNONE, TROJANO, CIRESE, MARIOTTI, CAMINITI, *Linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali*, cit., suggeriscono all'operatore sanitario di verbalizzare le motivazioni a fondamento della sua scelta nella documentazione sanitaria; costui “*dovrà essere in grado di motivare e documentare l'opzione diagnostico-terapeutica adottata, fermo restando l'adempimento dell'obbligo informativo nei confronti del paziente, al quale dovrà illustrare, tra l'altro, l'esistenza di eventuali alternative diagnostiche e/o terapeutiche e i rischi connessi alla metodica prescelta. Appare d'uopo, anche in un'ottica probatoria, che il sanitario metta per iscritto le ragioni che lo hanno indotto a compiere una determinata scelta di diagnosi e/o di cura, così da poter documentare tale opzione diagnostica e/o terapeutica, che dovrà essere condivisa con il paziente*”.

Nonostante la legge Gelli non faccia alcun rinvio negli artt. 5 e 6 all'affine settore della responsabilità civile¹⁹⁸, sembra preferibile ritenere¹⁹⁹ che quanto dalla novella enunciato all'art. 5 debba osservarsi anche al momento della valutazione del requisito della colpa extracontrattuale richiesto dall' art. 2043 c.c.²⁰⁰. Tale conclusione, del resto, pare suffragata anche dalla collocazione delle disposizioni nella novella e, in particolare, dalla circostanza che l'art. 5 sull'obbligo di rispetto delle linee guida sia anteposto tanto all'art. 6 dedicato alla responsabilità penale, quanto all'art. 7, sulla responsabilità civile. Le linee guida, pertanto, diventano un parametro decisivo per l'accertamento della colpa del sanitario, un canone di valutazione dell'appropriatezza della condotta posta in essere (o omessa) dagli esercenti le professioni sanitari, facilmente verificabile anche *ex post* in sede di CTU.

Occorre tuttavia precisare che le linee guida hanno riguardo prevalentemente all'aspetto della perizia del medico, ossia alla sua capacità professionale, e non anche alla diligenza e prudenza.

¹⁹⁸ L'unico riferimento è contenuto nell'art. 7, comma 3 a proposito della determinazione del risarcimento del danno. Più precisamente: "Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria *ai sensi dell'articolo 5* della presente legge e dell'articolo 590-sexies del codice penale, introdotto *dall'articolo 6* della presente legge."

¹⁹⁹ DI MAJO, *Il giudizio di responsabilità civile del medico dopo la legge Gelli e cioè la perizia "guidata"*, in *Giur. It.*, 2018, 4, 841: "Ciò che infatti appare improbabile, anche sul piano sistematico, è che una legge la quale, in linea generale, abbia stabilito l'obbligo del medico di attenersi al rispetto "di linee guida" (art. 5), non abbia poi rilevanza per valutare la colpa (professionale) del medico"; BARBARISI, *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, cit., 229. La possibilità di utilizzare le linee guida come criterio per accertare la responsabilità del medico anche sotto il profilo civilistico è stata recepita da una parte della giurisprudenza di merito dopo l'entrata in vigore della L. n. 189/2012; in tal senso Trib. Cremona 19 settembre 2013, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1322 ss., con nota di GALLETTI, *L'art. 3 comma 1 della legge Balduzzi: su chi grava il rischio delle c.d. con(cause) ignote?*

²⁰⁰ Del resto, il coordinamento con l'art. 1176 del cod. civ. era espressamente predicato nel decreto Balduzzi e ribadito nella legge n. 189/2012 di conversione.

Da tali premesse discende che, ove sia confermata l'applicabilità delle linee guida anche in sede di responsabilità civile, bisognerà distinguere tra responsabilità per imperizia e responsabilità per imprudenza o negligenza ai fini della determinazione dei temi di prova delle parti.

Più precisamente, ove le linee guida si adattino completamente al caso specifico e il paziente lamenti l'imperizia del sanitario, quest'ultimo dovrà dimostrare la conformità del proprio comportamento alle linee guida adeguate al caso specifico. Il rispetto di linee guida adeguate, infatti, indizia verso l'assenza di colpa del danneggiante e comporta sovente il rigetto della domanda risarcitoria formulata dal paziente. Diversamente, nei casi in cui le linee guida non siano applicabili o la contestazione mossa nei confronti del sanitario sia di negligenza e imprudenza e non di imperizia, la dimostrazione dell'osservanza delle linee guida non sarà sufficiente per il sanitario per discolarsi. Costui dovrà infatti dimostrare la correttezza del processo logico che lo ha condotto a discostarsi dalle linee guida e operare difformemente.

In sostanza quindi, la mera applicazione delle linee guida non vale di per sé ad esonerare il sanitario dall'obbligo risarcitorio in ogni circostanza: ove egli decida di rispettarle, dovrà dimostrare la loro adeguatezza; ove se ne discosti, sarà necessario provare che "le specificità del caso concreto" consigliavano l'adozione di scelte differenti da quelle raccomandate²⁰¹.

²⁰¹ Sulla necessità di virare, dall'agente modello che segue le linee guida accreditate, al modello dell'agente reale, che confronta il proprio grado di abilità con la situazione specifica, vedi GORGONI, *Linee guida e buone pratiche: riflessi sulla colpevolezza e sul danno*, 59,

Non è mancato chi²⁰² ha ipotizzato, a proposito del sistema introdotto in materia di linee guida, che le scelte del legislatore stimoleranno nuovamente comportamenti opportunistici di medicina difensiva, che i medici *si appiattiranno* in maniera acritica sulle raccomandazioni, azzerando la propria autonomia decisionale, al fine di sfuggire a possibili future censure in ordine al loro operato.

Tali osservazioni critiche, tuttavia, non sembrano fondate. E le ragioni sono molteplici: innanzitutto, come anticipato, perché è la legge stessa a chiarire inequivocabilmente che alle linee guida l'operatore deve attenersi, purché *le specificità del caso concreto* non richiedano altrimenti. Inoltre non sempre le linee guida forniscono un'indicazione univoca; più spesso suggeriscono una pluralità di soluzioni alternative di intervento e indicazioni tra loro non sempre compatibili. In questi casi il sanitario, specie dinnanzi ad un quadro clinico complesso, sarà chiamato a compiere delle scelte, ricercare un contemperamento tra indicazioni discordanti, adattare le raccomandazioni astratte ai casi concreti. La sua autonomia decisionale ed operativa, pertanto, non viene assolutamente pregiudicata, ma solo orientata da raccomandazioni accreditate.

²⁰² Cfr. RICCIARDI, IANNONE, TROJANO, CIRESE, MARIOTTI, CAMINITI, *Linee guida e buone pratiche clinico-assistenziali*, cit., 148; BREDI, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie e del medico tra conferme e novità*, in *Danno resp.*, 2017, 284; GENOVESE MARTINI (a cura di), *La nuova responsabilità professionale in Sanità*, cit., 39, sottolineano che la legge di riforma « pare “ridimensionare” di molto l'indipendenza, la libertà e l'autonomia dei medici che — al pari degli altri professionisti sanitari — ai sensi di legge sono tenuti ad attenersi alle linee guida »; MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, cit., 14. Nella relazione conclusiva » della Commissione parlamentare di inchiesta sugli errori in campo sanitario e sulle cause dei disavanzi sanitari regionali si segnalava che il “vincolare l'azione del medico alle linee-guida (...) sortirà il paradossale effetto di incrementare il fenomeno della medicina difensiva: al fine di sollevarsi dalla rivendicazione di una possibile responsabilità, l'operatore tenderà a seguire pedissequamente protocolli e linee guida, prescrivendo esami diagnostici o ricoveri quando siano astrattamente previsti per quel dubbio diagnostico o per quella patologia, e non quando siano realmente necessari. Il rilevante costo della medicina difensiva a carico del servizio sanitario nazionale (...) sembra quindi destinato ad aumentare, mentre sicuramente negativo sarà l'impatto della disposizione sull'appropriatezza delle cure”.

L'art. 7, co. 3 in tema di responsabilità civile, prevede che, ove sia accertato il rispetto delle linee guida da parte del sanitario, costui possa beneficiare di una diminuzione del risarcimento rispetto al danno cagionato al paziente dalla medesima condotta. Emerge, pertanto, una funzione premiale della responsabilità civile del medico, in virtù della quale si consente di attribuire rilevanza, ai fini del calcolo del risarcimento del danno, non solo ai valori assegnati al pregiudizio patito dal danneggiato, ma anche alla condotta del danneggiante, rispettosa delle linee guida²⁰³.

Si è posto, quindi, il problema di comprendere come conciliare il fatto che il medico si sia adeguato alle raccomandazioni contenute nelle linee guida – circostanza che, come più sopra evidenziato, esclude in linea generale la colpa del sanitario – con la condanna del medesimo ex art. 2043 c.c., seppur con la riduzione del risarcimento. Ebbene, la risposta a questa apparente contraddizione è stata fornita dalla

²⁰³ Si tratta, a ben vedere, di una deroga al modello della responsabilità aquiliana delineato dal codice civile, ove il risarcimento del danno è previsto che sia integrale e le uniche ipotesi di *deminutio* sono quelle di concorso colposo del danneggiato o di aggravamento del danno. La giurisprudenza ha da tempo chiarito, però, che il principio di integralità del risarcimento non ha rango costituzionale e che la deroga alla funzione riparatoria della responsabilità civile è costituzionalmente legittima, purché risponda a criteri di ragionevolezza, i quali garantiscano che il risarcimento, seppur non integrale, sia adeguato e idoneo a prevenire il pericolo di abusi da parte del danneggiante (C. cost., 6 maggio 1985, n. 132; Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601). Sembra che nel settore della responsabilità sanitaria, la deroga alla finalità riparatoria sia rispettosa del parametro di ragionevolezza richiamato dalle Corti. Si ritiene, infatti, che la riduzione del risarcimento ex art. 7, co. 3, trovi applicazione esclusivamente a scapito del danneggiato che abbia agito direttamente contro il medico, e non, invece, nel giudizio di responsabilità instaurato dallo stesso danneggiato contro la struttura sanitaria (art. 7, co. 1). In altri termini, la funzione premiale della responsabilità civile si inserisce coerentemente all'interno del sistema "a doppio binario" di responsabilità introdotto dalla legge Gelli. Anche questa misura, infatti, persegue l'obiettivo di ridurre le tecniche di medicina difensiva da parte dei sanitari. Allo stesso tempo, però, la tutela del diritto alla salute resta garantita, ed il danno integralmente risarcibile, nel giudizio di responsabilità azionato contro la struttura sanitaria. Sul tema vedi MASIERI - PONZANELLI, *Medical malpractice, la legge Gelli-Bianco. Una premessa*, in *Danno e resp.*, 2017, 269; ZIVIZ, *Il rebus della determinazione del danno (nella responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria)*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1123. In merito al tema della riduzione del *quantum debeatur* per il medico che abbia osservato le linee guida, si rimanda a GORGONI, *Linee guida e buone pratiche: riflessi sulla colpevolezza e sul danno*, cit., 74 ss; l'A. si interroga anche sulla possibilità di aumentare l'importo risarcitorio per il medico che si sia discostato dalle linee guida accreditate alla luce della sent. Sez. Unite 5 luglio 2017, n. 16601, sul tema dei danni punitivi.

giurisprudenza penale²⁰⁴, in occasione della delimitazione dell'ambito applicativo dell'art. 590 *sexies*. Secondo i giudici di legittimità, se è vero che il rispetto delle linee guida è un indice dell'assenza di colpa, è vero anche questi due elementi restano «*logicamente distinti, ancorché interrelati*». I chiarimenti in merito al rapporto tra rispetto delle linee guida e accertamento della colpa del sanitario permettono di giungere, quindi, alla conclusione che può sussistere una colpa del medico ancorché le linee guida, da cui non occorre nel caso specifico discostarsi, siano state rispettate. La colpa²⁰⁵, in questi casi, si annida negli errori meramente esecutivi in cui il sanitario può imbattersi a seguito di una selezione accurata delle raccomandazioni operative. Un addebito soggettivo può, altresì, muoversi al medico nel caso in cui assuma condotte imprudenti o negligenti nella relazione di cura che lo lega al paziente.

In sintesi, non sembra²⁰⁶ che l'introduzione del nuovo modello di linee guida e la loro incidenza sulla responsabilità sanitaria possa stravolgere il sistema precedente. Quand'anche, infatti, dovessero esistere linee guida ufficiali apparentemente adeguate al caso concreto, il professionista sanitario dovrà comunque, prima di seguirle pedissequamente, operare indagini accurate e assicurarsi della loro conformità alla situazione concreta del singolo paziente. Non è escluso, pertanto, nell'ottica della deterrenza alle pratiche di medicina difensiva, che il sistema ideato dal legislatore non riesca a scoraggiare del tutto il sanitario dal ricorso a pratiche cautelari che, un domani, potrebbero consentirgli di difendersi più facilmente in

²⁰⁴ Cass., S.U., 22 febbraio 2018, n. 8770, in *Giur. it.*, 2018, 944.

²⁰⁵ GORGONI, *Linee guida e buone pratiche: riflessi sulla colpevolezza e sul danno*, cit. 59 si interroga se tale fattispecie integri una ipotesi di colpa generica, specifica o, piuttosto, un *tertium genus* della colpa.

²⁰⁶ MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, cit., 20 s.

giudizio. Tanto più le novità introdotte non risultano risolutive fin quando la riforma non sarà effettiva e le linee guida ufficiali saranno definitivamente approvate²⁰⁷. In loro assenza, infatti, nulla cambierà per il professionista che dovrà — non diversamente che in passato — conformare la propria condotta alle c.d. buone pratiche clinico-assistenziali.

6. Solidarietà risarcitoria e regole dell'azione di rivalsa

Come anticipato, l'art. 7 della legge 24/2017 contiene la definitiva ed inequivocabile affermazione del regime binario che consegue ad un errore sanitario: la responsabilità contrattuale per la struttura, extracontrattuale per il medico ausiliario. Al danneggiato sarà pertanto riconosciuto il diritto di agire in via risarcitoria nei riguardi sia della prima che del secondo, entrambi solidalmente responsabili ex art. 2055 c.c.²⁰⁸. Le condotte del medico e della struttura, infatti, partecipano alla causazione del medesimo danno e, ancorché autonome, si ritengono egualmente efficienti a cagionarlo.

La solidarietà risarcitoria²⁰⁹ è lo strumento previsto dall'art. 2055 c.c. per rafforzare la posizione del danneggiato, il quale può indifferentemente rivolgersi a ciascuno

²⁰⁷ Ai sensi dell'art. 5, comma 3, l. n. 24/2017, le linee guida ufficiali avrebbero dovuto essere adottate “entro 120 giorni dalla data di entrata in vigore” della l. n. 24/2017. Tuttavia, osserva RONCALI, *Le linee-guida e le buone pratiche: riflessioni medico-legali a margine della legge Gelli-Bianco*, in *Danno resp.*, 2017, 281: “Per molto tempo non sarà in funzione la parte della norma inerente alle linee guida e (...) ogni riferimento andrà fatto alle buone pratiche”.

²⁰⁸ Ai sensi del quale se il medesimo “fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido”.

²⁰⁹ In merito alle condizioni in presenza delle quali si ritiene operante il meccanismo della solidarietà passiva si veda, per l'orientamento tradizionale BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano 1974 e ID., v. *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979; più di recente, FRANZONI, *Solidarietà e parziarietà nel risarcimento*

dei responsabili del medesimo evento dannoso per ottenere l'intero risarcimento, indipendentemente dalla diversa incidenza causale della condotta di ognuno sul danno. Il vincolo solidale, tuttavia, non deriva semplicemente dal fatto che il pregiudizio arrecato da più soggetti sia ricostruibile in termini unitari secondo la regola di matrice penalistica dell'equivalenza causale degli antecedenti dell'evento dannoso; si richiede, altresì, un vero e proprio nesso tra le condotte²¹⁰. Collegamento certamente esistente nei rapporti di preposizione e, per quanto d'interesse, nei rapporti che legano il medico dipendente alla struttura sanitaria di appartenenza. Come anticipato, infatti, questa è responsabile ex art. 1228 c.c. per i fatti dolosi o colposi degli ausiliari (in quanto inquadrati nell'organizzazione delle risorse del debitore); le condotte degli ausiliari, a loro volta, possono generare un autonomo obbligo risarcitorio verso il creditore insoddisfatto. La condotta del medico, infatti, oltre a causare l'inadempimento o l'inesatto adempimento dell'obbligazione gravante sulla struttura legata contrattualmente al paziente, può contestualmente integrare un fatto illecito generatore di responsabilità aquiliana, ove cagioni una lesione all'integrità personale del creditore. In questi casi, la mancata guarigione del paziente o l'aggravamento delle sue condizioni di salute potrebbero integrare, ad un tempo, inadempimento dell'obbligazione della struttura

del danno, in *Resp. civile*, 2009, 949 ss. Per una lettura tradizionale della *eadem causa obligandi*, v. RUBINO, *Delle obbligazioni*, in *Commentario del diritto civ.*, a cura di Scialoja- Branca, Bologna-Roma, 1971, 133 ss.; MAZZONI, *Le obbligazioni solidali ed indivisibili*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, IX, Torino, 1999, 743. Sostengono, invece, un approccio *funzionale* LA PORTA, *Delle obbligazioni in solido. Artt. 1292-1313*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2014, 11 ss.; D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu-Messineo, Milano, 2019, 9.

²¹⁰ D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., 57 "Anche qui, come nell'area contrattuale, sarebbe l'esistenza di un coinvolgimento comune dei condebitori nei riguardi del comune interesse creditorio a rendere ragion del vincolo solidale".

sanitaria derivante dal contratto atipico di ospitalità, ed un illecito extracontrattuale del medico²¹¹.

Da qui la configurabilità, anche nella fattispecie di cui all'art. 1228 c.c., della responsabilità in solido²¹² in capo a struttura sanitaria e medico, per aver concorso con le proprie condotte al medesimo evento dannoso ai sensi dell'art. 2055 c.c. Di regola l'azione verrà esercitata nei riguardi del datore di lavoro (e della sua compagnia assicuratrice), ed è proprio in quest'ultimo, fisiologico, caso, che si pone la questione della sussistenza di un diritto di regresso del *solvens* nei confronti dell'autore materiale della condotta illecita.

Il profilo dei "rapporti interni" intercorrenti tra la struttura sanitaria ed i propri ausiliari, tuttavia, si discosta in parte dalle ordinarie regole codicistiche che disciplinano il regresso tra codaneggianti. Un'azione di regresso facilitata sotto il profilo processuale, senza limiti soggettivi o quantitativi avrebbe vanificato, in sostanza, la scelta del doppio binario, facendo ricadere l'obbligazione risarcitoria (magari nella sua integralità) sull'operatore sanitario²¹³. Tali ragioni spiegano la particolare prudenza mostrata dal legislatore nella selezione dei presupposti e delle condizioni dell'azione di regresso della struttura sanitaria nei confronti del medico.

²¹¹ D'ADDA, *Ausiliari, responsabilità solidale e "rivalse"*, cit., 370: la condotta del sanitario, infatti, non può totalmente considerarsi assorbita dall'inadempimento del debitore principale, godendo il medico di una sfera più o meno ampia di autonomia esecutiva, che rende "disagevole una meccanica sovrapposizione tra programma obbligatorio e sua esecuzione"

²¹² PARTENZA, *L'azione di rivalsa delle strutture private*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli)*, cit., 523: L'obbligazione della struttura e quella del medico si atteggiavano quale "unica obbligazione soggettivamente articolata, ad attuazione congiunta, sicché la responsabilità per l'inadempimento non può che essere complessiva e solidale".

²¹³ Cfr. D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, in *Corr. giur.*, 2017, 6, 771.

Pur non giungendo alla soluzione più radicale dell'esonero totale del medico dalla responsabilità diretta²¹⁴, già sperimentata in più settori dell'ordinamento (insegnanti di scuola, giudici), il legislatore della riforma ha inteso intervenire sui presupposti soggettivi ed oggettivi dell'azione di regresso, integrando regole sostanziali e processuali.

Procedendo con ordine, ai sensi dell'art. 9, L. n. 24/2017, l'azione amministrativa dovrà essere esercitata dal Pubblico Ministero davanti alla Corte dei Conti qualora si tratti di tutelare le ragioni economiche di una struttura sanitaria pubblica; diversamente, l'azione di rivalsa²¹⁵ potrà essere promossa dalla struttura privata che abbia risarcito il paziente danneggiato, innanzi al giudice ordinario. L'art. 9, poi, confermando la scelta di favore del decreto Balduzzi²¹⁶, conferisce portata generale al c.d. regime preferenziale: il regresso viene infatti limitato ai soli casi di fatti dolosi o gravemente colposi dei sanitari.

²¹⁴ Scelta auspicata da alcuni, vedi PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 264; PALADINI, *Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella c.d. legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2015, 10, 886 ss.

²¹⁵ Il termine "rivalsa" sembra, in questo contesto, utilizzato in senso atecnico; la struttura privata, in quanto coobbligato solidale ex art. 2055 c.c. nei confronti del paziente, verso il medico autore del danno esperisce l'ordinaria azione di regresso fra condebitori

²¹⁶ Già prima del Decreto Balduzzi, invero, l'azione della struttura sanitaria nei confronti del medico dipendente era limitata ai soli casi in cui il danno fosse stato provocato dal medico con dolo o colpa grave; vedi T.U. sugli impiegati civili dello Stato, d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, artt. 22 e 23 per il settore pubblico; CCNL 3 novembre 2005, art. 21, nel settore privato.

Uno dei profili certamente più innovativi della disciplina in commento riguarda, poi, il *quantum* della rivalsa²¹⁷. Salvo che il fatto sia doloso²¹⁸, i commi 5 e 6 dell'art. 9²¹⁹ limitano l'importo massimo che può essere recuperato dalla struttura: le iniziative "recuperatorie" delle strutture pubbliche o private (ovvero delle loro compagnie assicurative che si siano surrogate ex art. 1916, comma 1, c.c.) non possono superare, per il caso di colpa grave del sanitario, il triplo²²⁰ della

²¹⁷ Per i fatti accaduti antecedentemente all'entrata in vigore della legge Gelli, la giurisprudenza era solita determinare il quantum risarcitorio alla luce dei criteri stabiliti dagli artt. 2055 e 1298 c.c. Recentemente Cass. Civ. 11 novembre 2019, n. 28987, in *Foro it., Gli speciali*, 2020, 1, 405 ss., con commento di NOCCO, *I limiti e i presupposti dell'azione di rivalsa prima della l. 24/2017*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, 345 ss., con commento di D'ADDA, *I rapporti interni tra debitore ed ausiliario ex art. 1228: una opportuna messa a punto (con molte luci e qualche ombra)*; in *Danno e resp.*, 2020, 1, 59 ss., ID., *I limiti alla rivalsa della struttura sanitaria sul medico (e del debitore sul proprio ausiliario): la Suprema Corte si confronta con il sistema della responsabilità civile*; ZORZIT, *La rivalsa delle strutture sanitarie: le oscillazioni della giurisprudenza e l'intervento della Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2019, 6; CHESSA, *La Suprema Corte e il (presunto) dilemma - tra rivalsa e regresso nel danno - da malpractice sanitaria*, in *Contr. e impresa*, 2020, 4, 1399 ss. Secondo i giudici: "In tema di danni da *malpractice* medica nel regime anteriore alla legge n. 24 del 2017 nell'ipotesi di colpa esclusiva del medico la responsabilità dev'essere paritariamente ripartita tra struttura e sanitario nei conseguenti rapporti tra gli stessi, eccetto che negli eccezionali casi d'inescusabilmente grave, del tutto imprevedibile e oggettivamente improbabile devianza dal programma condiviso di tutela della salute cui la struttura risulti essersi obbligata". La decisione dei giudici di legittimità, tuttavia, non pare sufficientemente motivata nella parte in cui richiede alla struttura di provare, ai sensi dell'art. 2055, comma 2, non solo la colpa esclusiva dell'ausiliario, ma altresì la derivazione causale dell'evento dannoso da una condotta del tutto dissonante rispetto al piano della obbligazione assunta. Concettualmente, infatti, ai fini dell'operatività della regola primaria sancita dall'art. 2055 c.c., perché sia riconosciuto un diritto al regresso integrale o in misura superiore alla metà, il *solvens* che agisca nei confronti del codanneggiante ha l'onere di provare non già la grave e straordinaria causa alternativa in grado di interrompere il nesso causale tra la condotta del primo e il danno, ma anche "solo" una condotta colposa del secondo, nonché l'entità delle conseguenze che ne sono scaturite maggiore rispetto alla colpa e agli effetti a sé riferibili. Se, pertanto, sembra condivisibile che la condotta del collaboratore connotata da straordinaria *malpractice*, in quanto non più "strettamente esecutiva" dell'obbligazione, consenta alla struttura di agire in rivalsa per l'intero, appare invece incerto l'onere probatorio di cui è gravata la struttura che, dopo aver soddisfatto le pretese del paziente danneggiato, intenda riversare il risarcimento sul medico non nella sua integralità, ma almeno in misura superiore alla metà. Tali incertezze conducono le Sezioni Unite a sancire de plano l'operatività della regola secondaria ex art. 2055, comma 3, in forza della quale, in assenza di prova dalla parte che vi abbia interesse, le colpe si presumono uguali.

²¹⁸ In questo caso, l'esercente la professione sanitaria potrà essere condannato al versamento dell'intero importo corrisposto al danneggiato

²¹⁹ Rispettivamente il primo dedicato all'azione di responsabilità amministrativa azionata dalla struttura pubblica innanzi la Corte dei Conti, il secondo alla ipotesi di azione di rivalsa intentata dalla struttura sanitaria privata nei riguardi del medico che eserciti la professione sanitaria alle proprie dipendenze.

²²⁰ Critica la tecnica redazionale scelta dal legislatore D'ADDA, *Solidarietà e riverse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, cit., 778. Secondo l'A., "la tecnica di formulazione della regola lascia invero a desiderare, poiché entrambe le disposizioni dei commi 5 e

retribuzione annuale lorda (o del corrispettivo convenzionale nel caso di medico convenzionato) spettante al medico nell'anno in cui ha avuto inizio la condotta che ha cagionato l'evento (ovvero nell'anno immediatamente precedente o successivo, se più elevata)²²¹.

Al fine di ridimensionare ulteriormente la pretesa della sola struttura pubblica nei confronti dei sanitari, poi, l'art. 9, comma 5, prendendo consapevolezza delle inadeguate condizioni in cui spesso i medici si trovano a prestare la propria attività nelle strutture pubbliche, prevede che ai fini della quantificazione del danno si tenga conto delle *“situazioni di fatto di particolare difficoltà, anche di natura organizzativa, della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica”*²²², con cui l'esercente abbia dovuto confrontarsi²²³.

Alle regole sostanziali citate, che denotano il giudizio di regresso in senso innovativo rispetto a quello ordinario, il legislatore ha affiancato precise disposizioni di taglio più spiccatamente processuale al fine di mitigare

6 fanno riferimento ad un limite calcolato non sul 'triplo della retribuzione annuale', ma sul valore di detta retribuzione 'moltiplicato per il triplo', il che, alla lettera, potrebbe legittimare rivalse quasi senza limiti (si potrebbe sostenere che la retribuzione dovrebbe essere moltiplicata per il triplo della retribuzione medesima. Ma l'intendimento del legislatore è chiaro nel volere limitare l'indennizzo ad un multiplo della retribuzione annuale, del resto in linea con scelte operate in altre aree di disciplina della rivalsa, specie nel settore pubblico". A seguito delle modifiche introdotte dalla L. n. 3/2018 (riforma Lorenzin) tale lettura interpretativa viene confermata. Infatti, a seguito delle modifiche apportate, il limite della misura della rivalsa e della surrogazione richiesta dall'impresa di assicurazione viene specificato e risulta oggi pari al triplo del valore maggiore del reddito professionale, compresa la retribuzione lorda, conseguito nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo.

²²¹ In senso critico ai parametri individuati dal legislatore, si veda ROSSETTI, *La riforma della responsabilità medica. L'assicurazione*, in *Questione Giustizia*, 2018, 1, 173.

²²² Osserva GRANELLI, *La riforma della disciplina della responsabilità sanitaria: chi vince e chi perde?*, in *Contratti*, 2017, 4, 379: "Il che evidenzia come il legislatore sia consapevole che il danno conseguente alla non corretta erogazione della prestazione sanitaria ben può, in concreto, risultare imputabile non solo e non esclusivamente all'errore umano del professionista, ma anche (od esclusivamente) ad un modello organizzativo, adottato dalla struttura, rivelatosi inidoneo (o non sufficientemente idoneo) a prevenire il relativo rischio"

²²³ Per espressa previsione normativa, tuttavia, le esposte limitazioni quantitative alla misura della rivalsa non operano con riferimento ai soggetti indicati all'art. 10, comma 2, L. n. 24/2017 ovvero al personale medico sanitario che operi all'interno della struttura in regime libero professionale.

ulteriormente la responsabilità del medico nei suoi rapporti interni con la struttura. L' esperimento della rivalsa è discrezionale per le strutture private ed obbligatorio per quelle pubbliche e presuppone, in ogni caso, la *solutio*²²⁴ in favore del paziente vittorioso in virtù di titolo giudiziale o stragiudiziale²²⁵.

L'azione può essere esperita soltanto in un autonomo giudizio²²⁶ rimanendo, invece, preclusa la chiamata in causa del medico nella causa avviata dal danneggiato nei confronti della sola struttura o dell'impresa di assicurazione. Nulla sembra di contro escludere la possibilità di un intervento dell'esercente la professione sanitaria in siffatto giudizio; intervento che consentirebbe di concentrare l'accertamento dell'eventuale responsabilità in un unico contenzioso. Tale eventualità non sembra così remota, se si pensa che, ai sensi dell'art. 9, comma 7, L. n. 24/2017 “nel giudizio di rivalsa e in quello di responsabilità amministrativa il giudice può desumere argomenti di prova dalle prove assunte nel giudizio instaurato dal danneggiato [...]”; tale circostanza fa senz'altro sorgere l'interesse del sanitario ad aderire alla posizione della struttura convenuta²²⁷.

²²⁴ Proprio dalla *solutio*, peraltro, decorre un breve termine decadenziale annuale per l'esercizio della rivalsa.

²²⁵ Cfr. PUCELLA, *Un improvvido legislatore fa più danno dei medici (brevi considerazioni in merito a Trib. Milano, 17.7.2014 e 18.11.2014)*, cit., 38: “un probabile sbilanciamento delle azioni di responsabilità a danno delle sole strutture sanitarie (pubbliche o private) - senza coinvolgimento del professionista cui è addebitato il fatto dannoso - non risulterà gradito a queste ultime, che perdono un coobbligato in solido e il conforto della sua assicurazione, e che si vedranno costrette, se vorranno traslare il costo del risarcimento, ad agire in rivalsa verso il professionista [...]. È dunque verosimile che il costante ricorso alla prassi della medicina difensiva, che il singolo professionista, percependo un minore rischio di essere aggredito, potrebbe abbandonare (o quanto meno ridurre), finisca per essere sollecitato dalle stesse aziende ospedaliere, timorose di dover far fronte da sole alle pretese risarcitorie e di vedere accresciute le fattispecie di danno in conseguenza dell'attenuarsi del contenzioso giudiziale verso i singoli operatori sanitari”.

²²⁶ Prima dell'entrata in vigore della L. n. 24/2017, indipendentemente dalla circostanza che l'iniziativa dell'attore fosse rivolta nei soli confronti della struttura o coinvolgesse sin dall'inizio anche l'operatore sanitario, la prima poteva scegliere liberamente se chiamare in causa il medico o agire in un separato e successivo giudizio, al fine di vederlo condannato al regresso.

²²⁷ PARDOLESI SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)*, in *Foro it.*, 2017, 171.

L'art. 13, L. n. 24/2017 poi, prevede una condizione di ammissibilità dell'azione di rivalsa: le strutture sanitarie e le relative imprese di assicurazione hanno l'onere di comunicare al medico l'instaurazione del giudizio promosso nei loro confronti o l'avvio di trattative stragiudiziali (in questo caso, formulando apposito invito a parteciparvi) con raccomandata a.r. entro 10 giorni dalla notifica della citazione in giudizio dell'ente. La disposizione, pare ispirata dall'intento di rendere edotto il professionista circa l'oggetto ed il quantum della domanda risarcitoria, al fine di consentirgli la difesa nel giudizio sulla adeguatezza della sua condotta nella applicazione di linee guida e buone pratiche²²⁸.

Da ultimo, l'art. 9 dedica i commi 3 e 4 ai profili di opponibilità di sentenze e transazioni nei rapporti interni. La questione sembra tutt'altro che irrilevante, se si riflette sulla frequenza con cui le strutture dovranno avviare autonomi giudizi di rivalsa nei confronti dei sanitari, alla luce di quanto sancito nel comma 2, appena analizzato. Il comma 3, pertanto, prevede che la decisione pronunciata nel giudizio promosso contro la struttura sanitaria o contro l'impresa di assicurazione non fa stato nel giudizio di rivalsa se l'esercente la professione sanitaria non è stato parte del giudizio; similmente, il comma 4 esclude la opponibilità al sanitario della transazione conclusa tra struttura e paziente danneggiato, cui il medico non abbia partecipato. Le disposizioni, che altro non fanno che ribadire le regole ordinarie fissate dagli artt. 1304 e 1306 c.c. rispettivamente per la transazione conclusa e per la sentenza pronunciata tra creditore ed uno dei debitori in solido, acquisiscono nel caso de quo una valenza rafforzativa dei principi ispiratori della riforma. Sarebbe

²²⁸ Estremamente critico della scelta del legislatore è ROSSETTI, *La riforma della responsabilità medica. L'assicurazione*, cit., 172 ss., il quale definisce la norma dell'art. 13, L. n. 24/2017 "irragionevole e folle". L'A., oltre ad interrogarsi in merito alla decorrenza del *dies a quo* in caso di avvio di trattative stragiudiziali, mette in dubbio la concreta utilità della notifica.

stato, difatti, contraddittorio consentire alla struttura sanitaria di far valere nel giudizio di rivalsa contro il medico una sentenza di condanna pronunciata contro la struttura sanitaria in forza di un accertamento condotto secondo i canoni della responsabilità contrattuale. Gli oneri probatori cui è soggetto l'attore che procede ex art. 1218 c.c., abbandonati dalla riforma Gelli-Bianco unitamente alla tesi della responsabilità da contatto sociale qualificato, avrebbero finito per ritornare operativi in sede di rivalsa, vanificando la scelta di campo operata dal legislatore in tema di qualificazione della responsabilità.

Il giudice della rivalsa, pertanto, dovrà verificare in autonomo e separato giudizio la responsabilità del sanitario alla luce dei criteri propri della responsabilità extracontrattuale; potrà, poi, accogliere la domanda promossa dalla struttura nei confronti del medico solo ove vengano riscontrati profili di dolo o colpa grave. Infine, qualora per scelta del paziente-attore, siano convenuti nel giudizio risarcitorio congiuntamente struttura e sanitario, il comma 7 dell'art. 9 prevede che il giudice della rivalsa o dell'azione di responsabilità amministrativa possa desumere argomenti di prova dalle prove assunte nel giudizio risarcitorio²²⁹.

Le medesime riflessioni elaborate per giustificare la inopponibilità al medico della sentenza pronunciata *inter alios* che accerti la negligente esecuzione dell'intervento valgono, a maggior ragione, a motivare l'inopponibilità di una transazione conclusa tra struttura (o compagnia assicurativa) e paziente. In tale ipotesi, al giudice adito in sede di rivalsa si richiederà di accertare non solo la distribuzione delle quote di

²²⁹ La disposizione sembra possa trovare applicazione solo nel settore pubblico (in sede di azione di responsabilità amministrativa), giacché ove il giudizio penda innanzi a giudice civile (tra paziente, da un lato, e struttura privata e operatore sanitario dall'altro) è presumibile che la struttura formulerà le proprie richieste restitutorie direttamente nel giudizio risarcitorio, dopo aver soddisfatto le ragioni del paziente.

responsabilità tra medico e struttura alla stregua dell'art. 2055 c.c., ma prima ancora di procedere all'accertamento dei presupposti del risarcimento e all'ammontare dello stesso. Se, infatti, nell'ipotesi di provvedimento giudiziale tale accertamento, seppur alla luce delle regole che presiedono l'inadempimento ex art. 1218 c.c., è stato svolto, nel caso di accordo transattivo esso è del tutto assente.

La rinnovata veste assunta dall'azione di "rivalsa" e di responsabilità amministrativa si innesta nel programma pensato dal legislatore per alleggerire della posizione del medico nell'ambito del sistema della responsabilità sanitaria. Come è stato osservato, invero, *"è (anche) sul piano dei rapporti interni che si gioca la partita dell'effettiva attenuazione del peso del risarcimento, con benefici corollari quanto alla mitigazione degli eccessi della medicina difensiva"* ²³⁰. La disciplina analizzata, si rivela pertanto una componente fondamentale del progetto di ripristino della c.d. "alleanza terapeutica" tra medico e paziente, che può realizzarsi soltanto mediante un ponderato bilanciamento degli interessi in gioco. Nella sanità, come in ogni altro aspetto dello stato sociale, la solidarietà sociale deve confrontarsi con le esigenze di sopportabilità economica: l'esigenza di garantire tutela alla salute del cittadino, pertanto, deve coniugarsi con la necessità per la struttura pubblica di recuperare, almeno parzialmente, i costi sopportati nei confronti degli autori materiali della lesione²³¹.

²³⁰ Così D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, cit., 771.

²³¹ BOCCHINI, *Il recupero dei costi sopportati dalle strutture sanitarie*, cit., 1532: "La solidarietà non è nemica dell'efficienza, sussistendo tra le stesse una necessaria interdipendenza: non c'è solidarietà senza efficienza e non c'è efficienza senza coesione sociale".

7. Gli obblighi assicurativi e l'azione diretta

L'art. 10 della legge 24/2017 prevede uno degli strumenti – sulla carta – più incisivi per soddisfare, in via diretta o mediata, la gran parte degli obiettivi prefissati dalla riforma: l'obbligo di assicurazione. L'obbligo di dotarsi di una garanzia assicurativa, infatti, consente agli operatori di settore di adottare decisioni ed agire più serenamente e, contestualmente, di garantire i pazienti e le loro pretese risarcitorie. L'introduzione dell'obbligo assicurativo, poi, stimola ed incentiva l'adozione di modelli organizzativi adeguati: quanto più, infatti, l'assicurato sia in grado di dimostrare la propria capacità di garantire cure sicure e un'efficiente gestione e prevenzione del rischio, tanto più facilmente sarà in grado di ottenere idonee coperture assicurative a condizioni di premio vantaggiose.

Già da tempo si discuteva circa l'opportunità di introdurre una soluzione siffatta, al fine di scoraggiare la sempre maggiore fuga dal mercato delle imprese di assicurazioni in un settore particolarmente a rischio e poco redditizio, come quello sanitario. Il primo precedente in questo senso si colloca nel 2011²³², quando fu introdotto l'obbligo di assicurazione per i rischi derivanti dall'esercizio delle attività libero professionali, a tutela dei clienti.

Nello specifico settore sanitario, l'obbligo di assicurare l'attività professionale medica comparve per la prima volta nell'art. 3, comma 4 del decreto Balduzzi,

²³² In particolare il riferimento è all'art. 3, comma 5, lett. e) del d.l. 13 agosto 2011, n. 138: “a tutela del cliente, il professionista è tenuto a stipulare idonea assicurazione per i rischi derivanti dall'esercizio dell'attività professionale. Il professionista deve rendere noti al cliente, al momento dell'assunzione dell'incarico, gli estremi della polizza stipulata per la responsabilità professionale e il relativo massimale. Le condizioni generali delle polizze assicurative di cui al presente comma possono essere negoziate, in convenzione con i propri iscritti, dai Consigli Nazionali e dagli enti previdenziali dei professionisti”.

rubricato - lo si ricorda - *Responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie*. La stesura incompleta ed oscura della disposizione, più volte criticata, si confermò anche sotto il profilo assicurativo inadatta a introdurre compiutamente l'obbligo assicurativo, la cui precisa disciplina rimase condizionata all'emanazione di successivi decreti attuativi.

Il compito era stato, quindi, affidato al Decreto Madia²³³: a tale intervento si deve l'introduzione del comma *1bis* dell'art. 3, volto ad estendere l'obbligo assicurativo ad ogni azienda del SSN o, comunque, ad ogni struttura che "*renda prestazioni sanitarie a favore di terzi*"; e ciò, oltre che per il rischio della responsabilità civile verso terzi, anche per quello della responsabilità civile verso i prestatori d'opera. Venne, poi, per la prima volta introdotto il concetto di "*misure analoghe*" alla polizza assicurativa, in omaggio alla prassi, già in uso presso taluni enti pubblici, di gestire in proprio ogni rischio di responsabilità, attraverso accantonamenti riservati od altre forme di c.d. "autoassicurazione"²³⁴. Nonostante gli intenti chiarificatori, tuttavia, anche il Decreto Madia si rivelò tutt'altro che risolutivo per la previsione di misure poco coordinate col quadro giuridico generale²³⁵.

In tale contesto si colloca la Legge Gelli Bianco, che interviene a distanza di qualche anno per portare a compimento i precedenti tentativi di riforma che, fino ad allora, si erano limitati a porre le basi dei principi assicurativi nel settore sanitario.

²³³ In particolare, l'art. 27 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114.

²³⁴ Vedi GELLI HAZAN, *Assicurazione e responsabilità sanitaria: temi generali*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli)*, cit., 548.

²³⁵ Cfr. HAZAN ZORZIT, *I nuovi obblighi assicurativi in sanità*, in *Ridare.it*.

Il legislatore della riforma si è trovato ancora una volta a dover considerare i vari interessi coinvolti, le esigenze del mercato, dei professionisti e dei pazienti danneggiati, al fine di delineare un sistema equilibrato e funzionale. Accanto, infatti, ai più volte ricordati interessi degli operatori sanitari a *non essere sovraesposti a responsabilità*, e dei pazienti ad essere adeguatamente ristorati in caso di danni, si collocano, in una dimensione più estesa, l'interesse della collettività a godere di servizi sanitari affidabili e l'interesse degli assicuratori, da tutelare garantendo un sufficiente grado di economicità complessiva del sistema²³⁶. L'art. 10 indica le categorie dei soggetti coinvolti nella riforma: le aziende sanitarie e gli ospedali pubblici e privati, i medici pubblici dipendenti e i medici liberi professionisti.

I destinatari dell'obbligo assicurativo sono anzitutto le strutture sociosanitarie pubbliche e private, le quali dovranno dotarsi di una polizza per la r.c. ovvero di *altre analoghe misure* per la responsabilità civile verso terzi e verso i prestatori d'opera²³⁷. Rispetto al precedente decreto Madia, la legge 24/2017 estende espressamente la garanzia a tutti i danni “*cagionati dal personale a qualunque titolo operante presso le strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private*”. L'utilizzo della formula “a qualunque titolo”²³⁸ sembra deporre verso un'interpretazione estensiva della disposizione, in forza della quale è ricompreso

²³⁶ Cfr. QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, cit., 42.

²³⁷ Ai sensi dell'articolo 27, comma 1-bis, del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114

²³⁸ La precedente formulazione contenuta nel decreto Madia, invece, estendendo la copertura assicurativa ai danni cagionati dalle strutture che rendono “prestazioni sanitarie a favore di terzi”, presupponeva almeno un rapporto di minima correlazione con la prestazione di cura.

nella copertura assicurativa ogni episodio di danno che coinvolga qualsiasi terzo, anche diverso dal paziente, cagionato da soggetti operanti all'interno della struttura. Oltre ad assicurarsi in proprio, le strutture sanitarie sono altresì tenute a sopportare gli oneri della copertura assicurativa per i danni eventualmente cagionati dagli esercenti la professione sanitaria di cui si avvalgono, coerentemente con il richiamo all'art. 1228 c.c. contenuto nel citato art. 7, comma 1. A fronte dell'affermazione del doppio binario risarcitorio e della possibilità, per il paziente che si assume danneggiato, di adire in giudizio tanto la struttura sanitaria, tanto il medico dipendente, la novella ha inteso bilanciare l'assenza di uno schermo totale in favore dello strutturato mediante l'imposizione alle strutture di coprire il rischio risarcitorio a proprie spese. Ci si riferisce, più specificamente, al rischio che patisce il medico strutturato di essere chiamato in giudizio dal paziente ai sensi dell'art. 2043 c.c.²³⁹; a costoro l'art. 10 equipara coloro che svolgono attività di formazione, aggiornamento nonché di sperimentazione e di ricerca clinica, ai medici in regime di libera professione intramuraria e di convenzione con il Servizio sanitario nazionale e che esercitano attraverso la telemedicina.

Sui medici dipendenti di ospedali pubblici o privati, pertanto, non grava l'obbligo di assicurare il rischio della propria responsabilità civile; essi, piuttosto, sono tenuti a stipulare una polizza di assicurazione "al fine di garantire efficacia alle azioni di cui agli artt. 9 e 12". La copertura procurata dalla struttura ai dipendenti, infatti, non

²³⁹ Sull'effettiva latitudine della polizza assicurativa stipulata dalla struttura per la responsabilità dei dipendenti si veda HAZAN ARIAGNO, *La "nuova" assicurazione della responsabilità sanitaria: profili soggettivi ed oggettivi*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli)*, cit., 569-670. Gli AA. ritengono la garanzia che la struttura deve procurare ai medici strutturati ai sensi del primo comma dell'art. 10 comprenda anche il rischio di responsabilità per colpa grave azionabile dai terzi ai sensi dell'art. 2043 c.c.

vale a coprire il rischio di rivalsa per colpa grave²⁴⁰, di cui il medico dovrà continuare a rispondere in proprio²⁴¹.

A completare il complesso disegno di riforma, pertanto, il legislatore ha previsto al comma 3 un nuovo ed ulteriore obbligo assicurativo in capo ai medici strutturati ed a favore delle strutture che agiscano in via di rivalsa²⁴². Si tratta, in sostanza, di polizza della quale di fatto beneficeranno gli assicuratori degli ospedali (se vorranno proporre l'azione di surrogazione); i coobbligati solidali come i membri dell'équipe (se vorranno proporre l'azione di regresso ex art. 1299 cc), e la Procura regionale presso la Corte dei conti, se vorrà proporre l'azione contabile²⁴³. Tale previsione si considera uno strumento necessario per mantenere il sistema in equilibrio, garantendo buon esito alle azioni di rivalsa azionate ex artt. 9 e 12 ed evitando che le strutture assumano l'intero onere risarcitorio, con conseguente dispersione di risorse nel settore sanitario.

Rimane, infine, obbligata ad assicurarsi in proprio l'ultima categoria di soggetti menzionata dall'art. 10: i medici liberi professionisti²⁴⁴. Rientrano in tale categoria

²⁴⁰ HAZAN ARIAGNO, *La "nuova" assicurazione della responsabilità sanitaria: profili soggettivi ed oggettivi*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli)*, cit., 577 non condividono il limite della colpa grave ove lo si correli all'azione di rivalsa ex art. 12. Tali ipotesi di rivalsa assicurativa, infatti, a differenza di quelle previste dall'art. 9, non sono condizionate alla esistenza di alcuna colpa dell'esercente assicurato.

²⁴¹ Il penultimo inciso del comma primo dell'art. 10, infatti, lascia *fermo quanto previsto dall'art. 9* (azione di rivalsa).

²⁴² Art. 10, comma 3: "Al fine di garantire efficacia alle azioni di cui all'articolo 9 e all'articolo 12, comma 3, ciascun esercente la professione sanitaria operante a qualunque titolo in strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private provvede alla stipula, con oneri a proprio carico, di un'adeguata polizza di assicurazione per colpa grave."

²⁴³ Lo evidenzia ROSSETTI, *La riforma della responsabilità medica. L'assicurazione*, cit., 169.

²⁴⁴ In particolare, con una tecnica legislativa discutibile, il legislatore richiama per i medici liberi professionisti numerose disposizioni normative: "resta fermo" – così si esprime la legge – l'obbligo 1) di cui all'articolo 3, comma 5, lettera e), del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148; 2) di cui all'articolo 5 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 7 agosto 2012, n. 137; 3) di cui all'articolo 3, comma 2, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 1". Osserva, tuttavia, ROSSETTI, *La riforma della responsabilità medica. L'assicurazione*,

gli esercenti l'attività professionale che svolgono la propria attività al di fuori della struttura sanitaria, coloro che prestano la propria opera all'interno delle stesse ma in regime libero professione e, infine, coloro che, avvalendosi delle strutture, operano nell'adempimento dell'obbligazione assunta con il paziente. Costoro, infatti, che si fanno carico di un'obbligazione di fonte contrattuale direttamente nei confronti del paziente, assumono un rischio proprio, che dovranno loro stessi garantire facendosi carico della copertura assicurativa.

In merito al contenuto delle coperture assicurative, l'art. 10, comma 6 rinvia all'approvazione di decreti attuativi²⁴⁵ (che sarebbero dovuti essere stati emanati entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge) per la determinazione, tra l'altro, *dei requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private e per gli esercenti le professioni sanitarie e per l'individuazione di classi di rischio a cui far corrispondere massimali differenziati.*

cit., 169-170, che “delle tre norme di cui sopra: 1) l'articolo 3 dl. 138/11 non contiene alcun obbligo in senso tecnico, ma solo la delega al Governo per l'emanazione del decreto legislativo di riforma delle professioni liberali; 2) l'articolo 5 dPR 137/12 è l'unica norma, di quelle citate, che prevede l'obbligo del professionista di stipulare un'assicurazione della r.c. professionale, ma tuttora inattuabile, non essendo mai stato emanato il regolamento esecutivo previsto dalle norme sopra ricordate, cui la legge demandava il compito di stabilire i contenuti minimi essenziali del contratto; 3) l'articolo 3 dl. 158/12 non conteneva alcun obbligo in senso tecnico, ma solo una delega al Governo per l'emanazione del regolamento di istituzione d'un fondo per agevolare l'accesso dei medici alle coperture assicurative, e comunque tale norma è stata ora abrogata dall'articolo 11, comma 2, della l. 11 gennaio 2018, n. 3”

²⁴⁵ Decreto del Ministro dello sviluppo economico da emanare “*di concerto con il Ministro della salute e con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sentiti l'IVASS, l'Associazione nazionale fra le imprese assicuratrici (ANIA), le Associazioni nazionali rappresentative delle strutture private che erogano prestazioni sanitarie e sociosanitarie, la Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri, le Federazioni nazionali degli ordini e dei collegi delle professioni sanitarie e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative delle categorie professionali interessate, nonché le associazioni di tutela dei cittadini e dei pazienti*”.

L'individuazione dei requisiti minimi contenutistici dei contratti di assicurazione appare un tema centrale. Ove, infatti, in assenza di previsioni di legge, si lasciasse libera autonomia alle parti, queste potrebbero accordarsi a piacimento per estendere o, più probabilmente, ridurre il trasferimento dei rischi all'ente, senza per questo integrare una causa di nullità del contratto. *La perdurante esistenza di un'alea, infatti, ancorché contenutissima, soddisfa comunque la causa del rapporto assicurativo, senza che neppure possa parlarsi (in linea di massima) di vessatorietà della relativa pattuizione*²⁴⁶. La riduzione del rischio assicurato andrebbe, pertanto, a detrimento degli obiettivi della riforma, compromettendo le esigenze di tutela di medici, strutture e pazienti.

Una totale libertà negoziale non può, quindi, essere tollerata nell'ambito delle coperture assicurative obbligatorie, pena il concreto rischio di vanificare la portata dell'obbligo assicurativo e, soprattutto, di compromettere l'equilibrio del sistema assicurativo. La polizza assicurativa, pertanto, pur rimanendo nella libera disponibilità delle parti, dovrà rispettare i vincoli legislativi che saranno delineati dai decreti attuativi.

Nonostante il rinvio alla normazione di secondo grado, il legislatore tuttavia non ha rinunciato già ad indicare una parte rilevante del contenuto minimo delle polizze in materia sanitaria. All'art. 11²⁴⁷, infatti, è previsto che *“La garanzia assicurativa deve prevedere una operatività temporale anche per gli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati*

²⁴⁶ HAZAN ARIAGNO, *La “nuova” assicurazione della responsabilità sanitaria: profili soggettivi ed oggettivi*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli)*, cit., 580.

²⁴⁷ Non appare convinto dalle scelte del legislatore della novella DI MAJO, *La salute responsabile*, cit. 81, il quale definisce la disciplina *“non certo esemplare per chiarezza e logicità”*.

all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza". La disciplina è particolarmente significativa in quanto contiene una deroga formale all'art. 1917 c.c., che limita il rischio assicurato "*al fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione*". Il legislatore ha inteso, così, recepire la diffusa pratica dell'inserimento nei contratti assicurativi delle clausole c.d. "*claims made*"²⁴⁸, con le quali viene estesa la copertura assicurativa retroattivamente²⁴⁹ ad un determinato intervallo temporale²⁵⁰. Viene delineato, quindi, un nuovo tipo negoziale, i cui

²⁴⁸ Sulle *claims made* si ricorda Cass. sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Giur. it.*, 2016, 2602; con nota di CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, 656; CALVO, *Clausole claims made tra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2016, 927; GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2016, 94. In tale pronuncia la Cassazione, dopo aver escluso il carattere inderogabile dell'art. 1917 c.c., ha affermato che tali clausole, laddove inserite in un regolamento pattizio, non pongono in astratto un problema di meritevolezza degli interessi ex art. 1322, comma 2 c.c., ma possono essere scrutinate solo in concreto sotto tale profilo.

La prassi distingue la *claims made* cd. pura dalla *claims made* cd. impura: la prima non prevede limitazioni temporali alla propria "retroattività" rispetto alla stipulazione del contratto; la seconda prevede la copertura dei sinistri denunciati in costanza di rapporto ma verificatisi in un preciso arco temporale (solitamente non superiore ai due/tre anni) antecedente alla stipula del contratto. L'ipotesi contemplata dalla legge Gelli, proprio in quanto circoscrive in dieci anni la pregressa dovrebbe, a rigore, definirsi una *claims* impura; il periodo di retroattività, tuttavia, appare particolarmente lungo (un decennio).

²⁴⁹ MONTICELLI, *L'assicurazione della responsabilità civile per i rischi sanitari: profili generali*, in *Responsabilità Medica* 2019, 3, 305 ss, commentando una ordinanza di un tribunale di merito (Ord. Trib. Milano, 6 luglio 2018) si interroga circa la opportunità che una simile clausola sia prevista anche nelle polizze stipulate da strutture o medici esordienti o con anzianità inferiore a 10 anni. In questo caso, infatti, la clausola di retroattività sarebbe inutile in quanto servirebbe a coprire un rischio inesistente, con conseguenziale nullità ex art. 1895 c.c., quantomeno della clausola che la dispone. Il premio versato dall'assicurato sarebbe, di conseguenza, parzialmente privo di giustificazione causale e, quindi, andrebbe in quota parte restituito dalla Compagnia. L'autore, tra l'altro, dubita circa l'immediata operatività temporale degli obblighi assicurativi introdotti dalla legge n. 24/2017, in assenza dell'approvazione del decreto attuativo di cui al comma 6° dell'art. 10 della l. n. 24/2017. Auspica, pertanto, una solerte risposta per rimediare alle incongruità evidenziate.

²⁵⁰ A seguito della legge Gelli Bianco, che per la prima volta ha tipizzato con una normativa di primo grado le clausole *claims made*, è stata emanata la legge 4 agosto 2017, n. 124, art. 1, comma 26° che ha sancito l'operatività delle stesse con riferimento generale a tutte le polizze sull'assicurazione professionale. A tal riguardo, le Sezioni Unite (Cass. sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Quot. giur.*, 2018, ed in *Foro.it.*, 2018, I, 3015, con nota di DE LUCA, *Clausole claims made: sono tipiche e lecite, ma di tutto si può abusare*) hanno osservato che, la disciplina legale di cui alla legge Gelli "esprime un carattere imperativo" ed "inderogabile in *pejus*" e "sarà criterio guida nell'interpretazione della stipulazione intercorsa al fine di garantire l'assicurato dalla responsabilità civile anche in settori diversi da quello sanitario o professionale e, segnatamente, in quelli che postulano l'esigenza di una copertura dai rischi per danni da eziologia incerta e/o caratterizzati da una lungo latenza". Appare critico delle conclusioni della sentenza ed auspica una

principali connotati risultano la retroattività della garanzia e la denuncia dell'evento dannoso in costanza di rapporto²⁵¹.

L'art. 11 della legge Gelli prosegue poi, introducendo la c.d. *deeming clause*, ovvero una pattuizione in forza della quale l'operatività della polizza viene estesa ai fatti “*denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza*” da parte del professionista. A differenza della tipica clausola *claims made*, che, come anticipato, estende la copertura alle “*richieste risarcitorie*” pervenute all'assicurato e comunicate alla compagnia di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza, mediante la *deeming clause* si consente anche al professionista di denunciare autonomamente all'assicurazione anche solo le semplici circostanze potenzialmente suscettibili di causare una futura richiesta di risarcimento²⁵². Qualora a tale denuncia del professionista segua, anche a distanza di tempo, la formale richiesta di risarcimento del paziente, il sinistro sarà coperto come se la richiesta fosse stata fatta durante il periodo di assicurazione²⁵³.

maggiore cautela a riguardo MONTICELLI, *L'assicurazione della responsabilità civile per i rischi sanitari: profili generali*, cit., 310.

²⁵¹ Cfr. ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (Riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, cit. 1124.

²⁵² Il ragionamento è completato da MONTICELLI, *L'assicurazione della responsabilità civile per i rischi sanitari: profili generali*, cit., 309, il quale osserva che “In assenza di una clausola di tal genere, peraltro fino ad oggi pressoché inesistente nelle polizze assicurative sulla r.c. professionale del mercato italiano, il professionista che sia a conoscenza di circostanze da cui ritenga che, con ogni probabilità, possano derivare, in futuro, una o più richieste di risarcimento, è di fatto costretto, per beneficiare della copertura assicurativa, a rinnovare la polizza con la stessa compagnia fino al momento della formalizzazione della richiesta di risarcimento. Laddove, infatti, cambiasse assicuratore si esporrebbe al rischio, sempre presente nelle polizze con formula *claims made* che contemplino una copertura pregressa, di vedersi opporre dal nuovo assicuratore l'inoperatività della polizza ai sensi degli artt. 1892 e 1893 c.c. [...] L'assenza della *deeming clause* nella *claims made*, di fatto, obbliga l'assicurato a non cambiare compagnia assicurativa, il che se per le società di assicurazione, determina l'innegabile vantaggio della fidelizzazione definitiva del cliente, sotto altro profilo annichilisce la concorrenza nel mercato assicurativo, il che è foriero di non poche perplessità”.

²⁵³ In merito alle conseguenze civilistiche derivanti dall'inosservanza delle disposizioni contenute nell'art. 11 sia per quanto concerne le polizze sanitarie stipulate prima dell'entrata in vigore della legge in commento sia per quelle ad essa successive, qualora si discostino dal modello tipizzato, vedi MONTICELLI, *L'assicurazione della responsabilità civile per i rischi sanitari: profili generali*, cit., 310 ss.

Alla tipizzazione della *claims made* e alla introduzione della *deeming clause*, il legislatore affianca la previsione di una copertura postuma decennale²⁵⁴ in caso di cessazione definitiva dell'attività professionale per qualsiasi causa, quali connotati tipizzanti ed irrinunciabili del nuovo modello di assicurazione in materia sanitaria²⁵⁵. Il secondo inciso dell'art. 11 si ispira al modello della c.d. *sunset clause*, prevista per l'esercente la professione sanitaria che cessi definitivamente la propria attività professionale. La clausola consente la ultrattività della copertura rispetto alle richieste risarcitorie *presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite* a condotte lesive verificatisi nel periodo di efficacia della polizza, compreso il periodo di retroattività della copertura. La precisazione contenuta nell'incipit della disposizione in commento ("*In caso di cessazione definitiva dell'attività professionale*") consente di ritenere operante tale estensione postuma della copertura assicurativa solo in favore dei sanitari e non anche delle strutture sanitarie. Restano pertanto, per loro, escluse dalla copertura le richieste relative a danni verificatisi durante la vigenza del contratto (spesso in prossimità della scadenza), dei quali viene richiesto il risarcimento dopo la scadenza²⁵⁶.

²⁵⁴ La previsione di una necessaria postuma decennale, peraltro, è stata ribadita con riferimento generale a tutte le polizze sull'assicurazione professionale, relative quindi anche a settori diversi da quello sanitario, con la legge 4 agosto 2017, n. 124

²⁵⁵ In particolare, il secondo periodo dell'art. 11 prevede che *In caso di cessazione definitiva dell'attività professionale per qualsiasi causa deve essere previsto un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività della copertura.*

²⁵⁶ Secondo alcuni, in ragione di tale esclusione, la previsione normativa appare sospetta di illegittimità costituzionale per violazione del principio di solidarietà ex art. 2 Cost. Si attribuisce, infatti, all'assicuratore un vantaggio ingiusto e sproporzionato, ponendo l'assicurato in una posizione di soggezione rispetto alla controparte contrattuale. Vedi, in tal senso, ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (Riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, cit., 1124.

L'art. 12 della riforma prevede, poi, la possibilità un'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'impresa assicuratrice²⁵⁷. Si tratta, come è stato osservato²⁵⁸, di un *“profilo della disciplina da ritenere inscindibilmente connesso allo stesso carattere obbligatorio dell'assicurazione”*. Tale azione diretta²⁵⁹ è prevista a corredo delle sole polizze obbligatorie delle strutture sanitarie pubbliche e private ex art. 10 comma 1 e di quelle stipulate dagli esercenti la professione sanitaria ai sensi del secondo comma dell'art. 10. Non è, invece, contemplata in relazione alle polizze procurate dalle strutture in favore dei propri strutturati (ex art. 10, comma 1 terzo periodo) e di quelle stipulate dai sanitari per garantire l'efficacia dell'azione di rivalsa (ex art. 10, comma 3); in queste ultime ipotesi, pertanto, la richiesta risarcitoria andrà indirizzata nei confronti del responsabile civile il quale, a propria volta, potrà richiedere l'intervento in giudizio della propria compagnia assicurativa.

L'azione diretta verso l'assicuratore si pone in rapporto di complementarità, e non di alternatività, rispetto all'azione ordinaria che il danneggiato può svolgere nei confronti del responsabile civile²⁶⁰. La giurisprudenza, a riguardo, ritiene ormai che *“Il danneggiato può proporre cumulativamente le due azioni, e l'obbligazione risarcitoria del danneggiante e quella indennitaria del suo assicuratore sono legate*

²⁵⁷ L'art. 12 della legge 24/2017, al primo comma, prevede testualmente: *“Fatte salve le disposizioni dell'articolo 8, il soggetto danneggiato ha diritto di agire direttamente, entro i limiti delle somme per le quali è stato stipulato il contratto di assicurazione, nei confronti dell'impresa di assicurazione che presta la copertura assicurativa alle strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private di cui al comma 1 dell'articolo 10 e all'esercente la professione sanitaria di cui al comma 2 del medesimo articolo 10.”*

²⁵⁸ QUADRI, *Il parto travagliato della riforma in materia di responsabilità sanitaria*, in *Giust.civ.com*, 2017

²⁵⁹ Nota criticità anche in questa scelta del legislatore PARTENZA, *La crisi dell'assicurazione per la responsabilità sanitaria, ovvero la necessità di un nuovo modello riparatorio*, in *Resp. medica*, 2018, 2, 135: *“Anche la decisione di voler maggiormente tutelare il terzo attraverso l'introduzione di una azione diretta nei confronti della Compagnia assicuratrice, evidentemente replicata dall'ineffabile mondo RC Auto, si rivela quanto mai improvvida, poiché esacerba la conflittualità fra assicurato ed assicuratore [...]”*.

²⁶⁰ *Ex multis*, Cass. 13 marzo 1996, n. 2056.

da un vincolo di solidarietà, ancorché atipico (c.d. solidarietà imperfetta o ad interesse unisoggettivo)''²⁶¹.

Tale previsione sancisce un ulteriore tratto²⁶² che caratterizza l'assicurazione nel settore sanitario e la distingue dalla normativa codicistica: mentre, infatti, gli artt. 1917 ss. del c.c. sono pensati per tutelare prioritariamente l'interesse dell'assicurato ad essere tenuto indenne da eventuali conseguenze pregiudizievoli derivate dalla propria responsabilità, la legge Gelli Bianco riconosce un particolare favore alla posizione del terzo danneggiato, cui si consente di agire direttamente nei confronti dell'assicurazione per ottenere più facilmente il risarcimento richiesto.

La prevalenza della tutela del terzo – si è obiettato²⁶³ - rischia di essere sacrificata nei casi, pur consentiti dalla legge, in cui le strutture abbiano optato per i ricorso ad altre "analoghe misure", diverse dalla garanzia assicurativa in senso proprio. In questi casi, infatti, l'azione sarebbe *ontologicamente diretta*, in quanto volta proprio al soggetto della cui responsabilità si tratta (la struttura). *La sensazione è che tale opzione conduca, in realtà, ad una possibile ed illogica discriminazione tra danneggiati (da strutture regolarmente assicurate rispetto a quelli che si siano invece rivolte ad enti sanitari "autoassicurati").*

Corollario della previsione dell'azione diretta è la regola, contenuta nel secondo comma dell'art. 12, della non opponibilità al terzo danneggiato per l'intero massimale di polizza, *di eccezioni derivanti dal contratto diverse da quelle stabilite*

²⁶¹ Cass. 4 ottobre 1996, n. 8717, in *Assicurazioni*, 1997, II, mass. 18.

²⁶² A questo si aggiungono l'obbligo dell'impresa di assicurazione di liquidare l'importo senza sollevare eccezioni contrattuali, la previsione di procedure liquidative vincolate e l'istituzione di un apposito Fondo di Garanzia.

²⁶³ HAZAN, *L'azione diretta verso l'assicuratore (e il regime delle eccezioni e della rivalsa)*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli)*, cit., 609.

dal decreto di cui all'articolo 10, comma 6, che definisce i requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private e per gli esercenti le professioni sanitarie di cui all'articolo 10, comma 2. Si tratta di una norma di salvaguardia per il danneggiato che ne rappresenta il principale destinatario ma che al momento, in attesa del decreto attuativo cui l'art. 12 fa rinvio, ha ancora scarsa utilità.

Il complesso sistema assicurativo è, infine, mantenuto in equilibrio mediante la previsione del diritto di rivalsa dell'assicuratore, ex art. 12, comma 3. Tale diritto è teso a bilanciare la regola della non opponibilità al terzo danneggiato delle eccezioni derivanti dal contratto, che ora potrà far valere nei confronti del proprio assicurato. Con l'azione di rivalsa, infatti, l'impresa può recuperare, in via postuma, gli importi erogati a favore del danneggiato, che non sarebbero stati dovuti laddove fosse stato possibile eccepire le limitazioni di polizza o le altre ragioni di inoperatività della copertura.

La tecnica legislativa utilizzata in materia assicurativa dal legislatore è stata da alcuni considerata *consapevole* e (positivamente) *opportunistica*²⁶⁴. Consapevole della complessità che presentano tanto il settore sanitario, tanto quello assicurativo, per la molteplicità dei soggetti coinvolti e degli interessi tutelati; ma soprattutto opportunistica, in quanto ha posto i pilastri per una riforma epocale, ma ha demandato ogni aspetto di dettaglio alla normazione di secondo grado per evitare che la definizione completa degli istituti frenasse l'approvazione della riforma.

²⁶⁴ Le parole sono di HAZAN ARIAGNO, *La "nuova" assicurazione della responsabilità sanitaria: profili soggettivi ed oggettivi*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli)*, cit., 562.

Proprio la mancata emanazione dei decreti attuativi (che persiste fino ad oggi) dopo oltre 4 anni dall'entrata in vigore della legge Gelli Bianco, riduce grandemente la portata innovativa e l'utilità degli artt. 10-12 della novella. Il rinvio ad incerte negoziazioni future finisce infatti irrimediabilmente per compromettere l'efficacia stessa della progettata riforma ed il suo esito positivo. La perdurante assenza della normazione di secondo grado solleva, poi, un significativo dibattito giurisprudenziale in ordine ai temi della cogenza e dell'operatività temporale degli obblighi assicurativi previsti. Al ritardo nell'attuazione della legge ed ai dubbi ad esso conseguenti, vanno aggiunte infatti anche una serie di criticità evidenziate dalla dottrina, che per via regolamentare non sarà facile superare.

Ci si riferisce, in primo luogo, al neointrodotta obbligo assicurativo: un attento esame delle disposizioni contenute nell'art. 10, infatti, permette di dubitare che il legislatore abbia previsto a carico dei destinatari ivi individuati un vero e proprio obbligo di assicurare la responsabilità civile.

Si è già precisato come il medico dipendente di ospedali pubblici o privati non sia tenuto ad assicurare il rischio della propria responsabilità civile, ma solo a stipulare una polizza di assicurazione al fine di garantire efficacia alle azioni di rivalsa di strutture sanitarie e imprese di assicurazione.

In merito, poi, alle strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private, la possibilità di adottare, in alternativa alla polizza assicurativa, "*altre analoghe misure*", trasforma l'obbligo assicurativo in una mera facoltà. Ma anche a volere qualificare la facoltà di scelta come obbligo, rimane il fatto che l'ordinamento giuridico lascia priva di sanzione la sua eventuale violazione. *La legge* – è stato

correttamente osservato²⁶⁵ - *non prevede alcuna sanzione a carico di chi non si assicura; alcuna sanzione a carico di chi non adotta «altre analoghe misure»; ed alcuna sanzione a carico di chi non faccia né l'una, né l'altra cosa. L'art. 10, comma 1, della legge è dunque quella che gli antichi avrebbero chiamato una lex imperfecta, ovvero un precetto senza sanzione.*

Cosa si intenda, poi, per “altre analoghe misure” è questione ancora irrisolta. La legge, infatti, delega “in bianco” l'integrale disciplina alla normazione di secondo grado, senza fissare precisi criteri direttivi²⁶⁶, indicare come debbano essere gestite o quale ne debba essere l'importo. Secondo alcuni, mediante tale formula il legislatore ha inteso legittimare la prassi, che da tempo va diffondendosi, di sostituire lo strumento dell'assicurazione per la responsabilità civile conseguente all'esercizio dell'attività medico-sanitaria - considerata l'elevata onerosità delle polizze, la carenza degli assicuratori ed il sempre crescente ruolo assunto dalla responsabilità della struttura - con pratiche di “autoassicurazione”²⁶⁷, ovvero di

²⁶⁵ Così ROSSETTI, *La riforma della responsabilità medica. L'assicurazione*, cit., 168. A chi ipotizza l'integrazione del reato di omissione di atti d'ufficio di cui all'art. 328 c.p. l'A. risponde che si tratterebbe di una “ipotesi più teorica che reale. Quel reato sarebbe infatti contestabile solo nel caso di dolo, e comunque l'omissione d'atti d'ufficio sussiste solo quando l'atto rifiutato doveva essere emesso «per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità»: e la difesa di qualunque imputato avrebbe buon gioco nel sostenere che la stipula d'una polizza assicurativa non rientra in alcuna delle quattro categorie suddette”.

²⁶⁶ Le uniche indicazioni provenienti dalla legge sono due: a) il regolamento dovrà imporre alle Asl, alle Ao ed alle cliniche private di prevedere nel proprio bilancio due “fondi” (un “fondo rischi” ed un «fondo costituito dalla messa a riserva per competenza dei risarcimenti relativi ai sinistri denunciati); b) i fondi suddetti saranno impignorabili anche presso terzi, «anche in caso di notifica di pignoramento o di pendenza di procedura esecutiva nei confronti dell'ente, senza necessità di previa pronuncia giurisdizionale».

²⁶⁷ Sul tema vedi PELISSERO ROSSI TITA LURASCHI, L'alternativa all'obbligo di assicurarsi per le strutture: le analoghe misure per la copertura della responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli)*, cit., 685 ss; GRANELLI, *La riforma della disciplina della responsabilità sanitaria: chi vince e chi perde?*, cit., 378; La formula è fortemente osteggiata da ROSSETTI, *La riforma della responsabilità medica. L'assicurazione*, cit., 168.

ritenzione dei rischi²⁶⁸. La scelta legislativa non sembra convincente: al di là della imprecisione della formula²⁶⁹, infatti, essa rischia di porre rilevanti problemi di controllo dell'adeguatezza delle riserve appostate, rischiando così di svilire le finalità di tutela del terzo danneggiato avute di mira dal legislatore. A tal fine sono stati previsti dalla novella la costituzione/implementazione di un organismo preposto alla valutazione dei sinistri e la costituzione di un fondo patrimoniale dedicato, le cui caratteristiche saranno specificate dai decreti attuativi. Ancora una volta, tuttavia, il ritardo nell'emanazione di questi ultimi impedisce di valutare definitivamente l'efficacia della misura.

Si aggiunga, poi, che l'obbligatorietà dell'assicurazione è minata nella sua cogenza dalla mancata previsione della bilateralità dell'obbligo. A differenza del sistema assicurativo previsto nel settore della circolazione stradale, la legge Gelli non ha previsto infatti alcun corrispondente obbligo per l'assicuratore di accettare le proposte contrattuali provenienti dalle strutture sanitarie. Potrebbero dunque esservi casi in cui l'ospedale, pur volendo adempiere il suo "obbligo", non possa senza propria colpa, o perché non in grado di autoassicurarsi, o alla luce del diniego dell'impresa²⁷⁰.

²⁶⁸ L'autoritenzione del rischio si realizza tramite la SIR (Self Insurance Retention). La SIR è un importo fisso ed assoluto che, aprioristicamente individuato nel contratto di assicurazione, impedisce il trasferimento del rischio alla compagnia assicurativa e rimane sempre a carico della struttura sanitaria anche in termini di gestione del contenzioso con il terzo.

²⁶⁹ ROSSETTI, *La riforma della responsabilità medica. L'assicurazione*, cit., 168.

²⁷⁰ PARTENZA, *La crisi dell'assicurazione per la responsabilità sanitaria, ovvero la necessità di un nuovo modello riparatorio*, cit., 135: "Parimenti, l'obbligatorietà a senso unico della copertura assicurativa rappresenta una evidente finzione, sia sotto il profilo della sua non cogenza, data l'opportunità di adottare analoghe misure, sia sotto quello del disinteresse effettivo delle Compagnie rispetto agli obblighi dei propri potenziali assicurati."

Altra nota critica riguarda l'istituzione del fondo di garanzia²⁷¹. Al fine di assicurare una reale tutela al danneggiato, l'art. 14 della legge dispone la costituzione di un *"Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria"*. Al comma 7° sono indicati i casi in cui il Fondo risarcisce i danni cagionati da responsabilità sanitaria: le ipotesi contemplate sono individuate nelle lettere a), b), c)²⁷², e l'elenco sembrerebbe da ritenersi tassativo²⁷³. Manca, tuttavia, in tale lista un riferimento al caso in cui la struttura, in luogo della stipula di un contratto di assicurazione, ricorra, come la noma pur consente, all'adozione di una misura c.d. analoga, rivelatasi poi insufficiente. In questo caso, pertanto, il Fondo non gioverebbe al danneggiato.

Tirare le somme della riforma assicurativa nel settore sanitario, come si è avuto modo di vedere, non è semplice: l'esperienza presente, infatti, è talmente rarefatta a causa della mancanza dei decreti attuativi, da non essere effettivamente valutabile in ogni sua dimensione. Se non si dubita della nobiltà degli intenti del legislatore, dalla loro attuazione dipenderà l'intera tenuta del sistema assicurativo.

²⁷¹ Si sofferma sulla sostenibilità del sistema assicurativo e del fondo di garanzia QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, cit. 44 ss.

²⁷² In particolare: a) qualora il danno sia di importo eccedente rispetto ai massimali previsti dai contratti di assicurazione stipulati dalla struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata ovvero dall'esercente la professione sanitaria ai sensi del decreto di cui all'articolo 10, comma 6; b) qualora la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata ovvero l'esercente la professione sanitaria risultino assicurati presso un'impresa che al momento del sinistro si trovi in stato di insolvenza o di liquidazione coatta amministrativa o vi venga posta successivamente; c) qualora la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata ovvero l'esercente la professione sanitaria siano sprovvisti di copertura assicurativa per recesso unilaterale dell'impresa assicuratrice ovvero per la sopravvenuta inesistenza o cancellazione dall'albo dell'impresa assicuratrice stessa.

²⁷³ MONTICELLI, *L'assicurazione della responsabilità civile per i rischi sanitari: profili generali*, cit., 307.

CAPITOLO II

Il nesso di causalità

SOMMARIO: 1. L'accertamento del nesso di causalità: cenni introduttivi. *Segue*: la causalità materiale. *Segue*: la causalità giuridica. 2. La causalità omissiva. 3. Le concause. 3.1. Multifattorialità del processo patologico. Il concorso del paziente danneggiato. *Segue*: le concause naturali. 4. Accertamento del nesso di causa e regolamentazione dell'onere della prova: un meccanismo di predeterminazione della soccombenza. 4.1 L'evoluzione giurisprudenziale. *Segue*: il rischio della causa ignota e l'orientamento inaugurato dalla sentenza Scoditti. *Segue*: considerazioni critiche. 5. Obbligazioni di *facere* professionale e prova del nesso eziologico: una giurisprudenza in via di "assestamento". *Segue*: obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. *Segue*: riflessioni sul presunto superamento della dicotomia. 6. L'equidistanza rispetto alla prova del nesso di causa. 6.1 La vicinanza della prova nella più recente giurisprudenza. 7. La causalità nel danno da omesso consenso informato. *Segue*: lesioni concorrenti. *Segue*: lesioni plurioffensive. *Segue*: lesione pure dall'autodeterminazione. *Segue*: la prova del nesso causale nei casi di nascita indesiderata.

1. L'accertamento del nesso di causalità: cenni introduttivi.

In linea generale, affinché una domanda di risarcimento del danno venga accolta è necessario, tra gli altri, accertare positivamente la condotta, il danno ed il nesso di causalità che collega i due termini. È, infatti, essenziale che si realizzi, oltre la condotta, anche una particolare modificazione del mondo esterno che, per assumere rilevanza giuridica, deve essere conseguenza della condotta: tra i due elementi deve sussistere, cioè, un nesso causale²⁷⁴.

Il nesso di causa altro non è che il rapporto tra l'azione o omissione e l'evento che da esse scaturisce, la relazione che lega storicamente un evento o ad una condotta

²⁷⁴ Cfr. SINISCALCO, *Causalità (Rapporto di)*, in *Enc. del Diritto*, vol. VI, Milano 1960, 645.

o a cose o a fatti di altra natura, che trovano un particolare legame con il soggetto chiamato a rispondere²⁷⁵. Nel tentativo di concettualizzazione del nesso di causalità occorre richiamare insegnamenti diversi dal diritto, in grado di fornire schemi di spiegazione dei rapporti di derivazione tra eventi. Agli studi giuridici, infatti, non compete l'elaborazione di una propria teoria dei rapporti di causa a effetto, sicché l'affermazione dell'esistenza di una derivazione tra eventi è rimessa, in una buona misura²⁷⁶, a criteri extragiuridici, sui quali il diritto poi interviene con proprie autonome scelte di fondo²⁷⁷.

È largamente condiviso²⁷⁸ l'orientamento secondo cui ai fini dell'accertamento della sussistenza e della misura dell'obbligo risarcitorio occorre accertare un duplice nesso eziologico: tra condotta ed evento lesivo (c.d. *danno evento*), da una parte, e tra evento e conseguenze dannose (c.d. *danni conseguenza*), dall'altra. Il primo segmento dell'indagine è designato con l'espressione "causalità materiale" e serve a dimostrare l'esistenza di una responsabilità "strutturale" (*Haftungsbegründende Kausalität*), mentre il secondo è denominato "causalità giuridica"²⁷⁹, e consente

²⁷⁵ Cfr. Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576, in *Giust. civ.* 2009, 11, I, 2533; *Giust. civ. Mass.* 2008, 1, 31; *Il civilista*, 2008, 11, 86, con nota di PULLICE

²⁷⁶ Cfr. BELVEDERE, *Causalità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 7 s., secondo cui esistono anche fattispecie dannose nelle quali l'evento dannoso consiste in un fenomeno rilevante solo per il diritto, nelle quali, dunque, le relazioni causali si collocano sul piano esclusivamente giuridico: sarà compito del diritto, quindi, stabilire se vi sia una relazione tra l'evento dannoso e l'antecedente costituito dal perfezionamento di una fattispecie. Si pensi al danno da perdita della proprietà del primo acquirente secondo trascrivente nel caso di doppia alienazione immobiliare.

²⁷⁷ Così PIRAINO, *Il nesso di causalità*, in *Europa e Diritto Privato*, 2018, 2, 399.

²⁷⁸ Si veda cfr. FRANZONI, *L'illecito*, Milano 2004, 60 ss.; CARBONE, *Il rapporto di causalità*, in *La responsabilità civile* (aggiornamento 1988-1996) diretta da Alpa e Bessone, II, Torino 1997, 55 ss.; SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Zatti e Iudica, Milano 1998, 170; BELFIORE, *Il binomio « causalità giuridica — causalità materiale » e i criteri di determinazione del danno da risarcire (artt. 1223 e 2056 c.c.)*, in *Europa e Diritto Privato*, 2017, 117 ss.; BELVEDERE, *Causalità giuridica?*, cit.; TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa* (Milano 2012), 133 s.; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova 1999, 619; TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano 1967, 198; REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano 1965, 111 ss.

²⁷⁹ La distinzione fra causalità materiale e giuridica è pacifica anche nella giurisprudenza: *ex multis*, v. in particolare Cass. 2 febbraio 2001 n. 1516, in *Diritto e giustizia*, 2001, n. 6, p. 43, con nota di

l'individuazione delle singole conseguenze dannose risarcibili (*Haftungsausfklende Kausalitat*)²⁸⁰.

Allo scopo di esemplificare, nel caso di responsabilità per danno derivante da *malpractice* medica, occorre in primo luogo stabilire se la lesione della salute sia eziologicamente dipendente dalla azione od omissione del medico; quindi - in caso affermativo - accertare quali conseguenze dannose (in termini di sofferenza, compromissione della validità psicofisica, pregiudizi patrimoniali) ne siano conseguite e siano imputabili alla condotta del sanitario.

L'obbligo risarcitorio, in definitiva, sorge allorché siano positivamente accertati tre fatti giuridici, ossia condotta, lesione e danno, legati da due nessi causali, causalità materiale tra la condotta e la lesione e causalità giuridica tra quest'ultima ed il danno.

Segue: la causalità materiale

Nell'ambito del diritto civile, il nesso causale si desume dall'art. 2043 c.c. dal termine "cagiona", che mette in relazione il "fatto doloso o colposo" di chiunque, con la causazione di "un danno ingiusto" ed il relativo risarcimento; non si riscontra, invece, un'analogia disposizione sul nesso eziologico nel libro IV, dedicato alle

ROSSETTI, e soprattutto la storica decisione sul caso Meroni, resa da Cass., sez. un., 26 gennaio 1971 n. 174, in *Resp. civ. prev.*, 1971, 67 e in *Giur. It.*, I, 1, 680.

²⁸⁰ Alla scissione netta dei due profili della responsabilità, si oppone una tesi minoritaria che sostiene la unitarietà del problema causale. Secondo tale orientamento, il problema della causalità giuridica non afferisce solo all'entità, ma altresì all'esistenza dei danni conseguenza risarcibili. Inoltre, la previsione dell'art. 1223 c.c. secondo cui sono risarcibili i soli danni che costituiscono conseguenza immediata e diretta del fatto, concerne sia l'aspetto della causalità di fatto che della causalità giuridica; di conseguenza, sarebbe superfluo il dibattito sulla applicabilità delle coordinate penalistiche per accertare il nesso di causalità materiale.

obbligazioni. In tema di responsabilità da inadempimento, infatti, non occorre individuare il soggetto autore della condotta commissiva o omissiva, in quanto il responsabile è, per lo più, il debitore che non ha effettuato la prestazione dovuta.

In questo contesto, l'accertamento della causalità materiale e giuridica è regolato da diverse norme.

A fronte della predisposizione nel codice penale degli art. 40 e 41, rubricati rispettivamente “*rapporto di causalità*” e “*concorso di cause*” (al cui tema sarà dedicato il paragrafo successivo), il codice civile sembra muto sull'argomento. In assenza di specifiche disposizioni, si sono quindi formati due contrapposti orientamenti in relazione alle regole che presiedono la valutazione della causalità materiale. Per una prima e tradizionale impostazione²⁸¹, in ragione di una fondamentale esigenza di unitarietà dell'ordinamento, vi sarebbe una sostanziale corrispondenza di significato e consistenza tra la causalità penale e quella civile. L'assenza di regole causali nel codice del '42 giustificerebbe, pertanto, la possibilità di applicare anche in sede civile il “regime universale” degli artt. 40 e 41 c.p. e, in particolare, il criterio della *condicio sine qua non*, così come interpretato dalla giurisprudenza maggioritaria.

Di contrario avviso appare, invece, altro orientamento²⁸², che fonda il suo convincimento sulle profonde differenze funzionali e contenutistiche della causalità

²⁸¹ In tal senso, Cass., sez. un., 1 luglio 2002, n. 9566 e Cass. Civ., 26 gennaio 1971, n. 174, cit. In dottrina REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, p. 26; SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 641 ss.

²⁸² In dottrina, ZENO-ZENCOVICH, *Questioni in tema di responsabilità per colpa professionale* (nota a Cass. Pen., 17 gennaio 1992, Silvestri), in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, 362 ss.; DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile* 3, I, Milano, 1979, 214 s.; SALVI, *La responsabilità civile* 2, *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica-P. Zatti, Milano, 2005, 223 ss.; BONA, *Il nesso di causa nella responsabilità civile a confronto con il decalogo delle Sezioni Unite penali in Francese: vecchi e nuovi confini della causalità civile alla luce della sentenza Cass. Civ., Sez. III, 4*

penale rispetto a quella civile. Mentre, infatti, quest'ultima è volta alla riparazione di un danno, la causalità penale è finalizzata alla sanzione di un comportamento colpevole; la responsabilità penale, poi, è necessariamente personale per previsione espressa dell'art. 27 Cost., laddove invece diversi sono i criteri di imputazione della responsabilità civile.

Il contrasto è stato risolto dalle Sezioni Unite²⁸³ che, intervenendo sul tema, hanno accolto una soluzione mediana: secondo i giudici di legittimità, infatti, in assenza di norme civili che specificamente regolino il rapporto causale, occorre fare riferimento ai principi generali contenuti negli artt. 40 e 41 c.p.²⁸⁴. Tuttavia, stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e l'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti, la regola probatoria deve essere distinta: lo standard di "certezza probabilistica" nel processo civile, pertanto, sarà quello del "più probabile che non"; nel processo penale, invece, ragioni di garanzia impongono il più severo accertamento "oltre ogni ragionevole dubbio"²⁸⁵.

marzo 2004, n. 4400 sul danno da perdita di chances, in AA.VV., *Il nesso di causa nel danno alla persona*, Milano, 2005, 83 ss.

²⁸³ Cass. Sez. Unite, 11 gennaio 2008, n. 581, in *Ragiusan* 2008, 289-290, 214; *Il civilista* 2010, 2, 87.

²⁸⁴ I principi generali che regolano la causalità di fatto sono anche in materia civile quelli delineati dagli artt. 40 e 41 c.p. e dalla regolarità causale, in assenza di altre norme nell'ordinamento in tema di nesso eziologico ed integrando essi principi di tipo logico e conformi a massime di esperienza. Si tratta, infatti, di concetti empirici generali, suscettibili di trovare applicazione nei diversi settori del diritto.

²⁸⁵ Cfr. GIOIA, *La prova del nesso causale nella responsabilità medica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civile*, 2019, 4, 1357: "Nel primo (n.d.r. nel giudizio penale) è in gioco l'interesse dello Stato a punire un crimine, solo se il giudizio di responsabilità dell'imputato possa essere adottato oltre ogni ragionevole dubbio. Nel secondo (n.d.r. nel giudizio civile) gli interessi in gioco sono due: quello del danneggiato e quello del danneggiante. Sarà sufficiente che la bilancia probatoria penda, anche di pochissimo, da una parte per accordare la ragione a quella parte."

Nel diritto civile, similmente al diritto penale, la causalità materiale va pertanto valutata alla stregua del criterio della *condicio sine qua non*²⁸⁶, in virtù del quale un evento è da considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo. L'accertamento deve essere condotto mediante un giudizio controfattuale di eliminazione mentale della condotta, secondo cui, cancellando idealmente la condotta dalla serie di fatti realmente accaduti, si valuta se l'evento dannoso si sarebbe o meno verificato ugualmente.

La teoria condizionalistica si basa sulla conoscenza delle leggi causali naturalistiche che presiedono e spiegano i rapporti tra determinati eventi: in tanto il giudice potrà affermare che eliminando mentalmente l'azione, anche l'evento verrà meno, in quanto vi sia una legge dotata di validità scientifica²⁸⁷, in base alla quale quell'azione rientra nel novero degli eventi in grado di realizzare quell'evento. Va precisato, tuttavia, che le leggi di copertura di cui l'organo giudicante può servirsi per accertare l'esistenza del nesso di causalità materiale, sono sia le leggi universali,

²⁸⁶ Cfr. PIRAINO, *Il nesso di causalità*, cit. “La preferenza accordata al modello condizionalista costituisce, pertanto, il frutto di una scelta culturale, fortemente influenzata dall'autorevolezza della tradizione, che incorona lo schema della *condicio sine qua non* come quello più accreditato [...]. Lo schema della *condicio sine qua non* viene considerato il modello logico di base del ragionamento causale nel diritto e si è imposto come forma esplicativa dei rapporti di eziologici perché ha resistito alle critiche che erano state opposte alle altre principali teorie c.d. generaliste: quella della causalità naturale e quella della condizionalità fisica”.

²⁸⁷ In una prima fase, la giurisprudenza di merito (Trib. L'Aquila, 17 dicembre 1969, in *Rass. giur. en. el.*, 1970, 197 ss, nel caso del disastro del Vajont; Trib. Rovereto, 17 gennaio 1969, in *Riv. it. proc. pen.*, 1971, 1035 ss, nel caso delle “macchie blu”) e di legittimità hanno accolto il c.d. metodo individualizzante, in forza del quale, nel ricostruire le vicende, era sufficiente individuare connessioni tra eventi concreti, senza preoccuparsi di rinvenire leggi scientifiche di copertura. Tale orientamento è stato superato da altro meno individualistico, ma pur sempre rimesso alla discrezionalità del giudice. Secondo tale tesi intermedia (cfr. Cass. 24 giugno 1986, in *Riv. pen.*, 1987, 890, in occasione di una esplosione dell'Etna), in assenza di leggi scientifiche, possono essere considerati validi anche i meri risultati della generalizzazione del senso comune, ossia le c.d. massime di esperienza. L'eccessiva discrezionalità lasciata al giudice dal primo e dal secondo orientamento esposto ha condotto alla definitiva affermazione della necessità di leggi scientifiche universali di copertura (ufficialmente affermata dalla Cassazione con la sentenza 6 dicembre 1990, Bonetti, in *Foro it.*, 1992, II, c. 45 e in *Cass. pen.*, 1992, 2726).

sia le leggi statistiche, le quali ultime attestano che solo in una data percentuale di casi, ad un evento si accompagna la produzione di un altro evento²⁸⁸.

Il problema della causalità coinvolge senz'altro anche il problema dei limiti della conoscenza scientifica; tali premesse rendono evidente che l'accertamento del rapporto causale che lega condotta ad evento ha inevitabilmente carattere probabilistico²⁸⁹. Cionondimeno, il nesso eziologico potrà considerarsi giudizialmente accertato a prescindere dal coefficiente di probabilità statistica, allorquando si riscontri una elevata probabilità logica o credibilità razionale che la condotta concreta del soggetto, in un caso specifico, sia stata la causa dell'evento e sia contestualmente possibile escludere con certezza i possibili decorsi alternativi dell'evento lesivo²⁹⁰.

La teoria condizionalistica presenta, tuttavia, un ulteriore limite: accanto all'assenza di criteri idonei a stabilire i rapporti di verifica tra gli eventi, la teoria, intesa in senso puro, rischia di dilatare il concetto di causa mediante un regresso all'infinito. A tal scopo sono state formulate le teorie della causalità adeguata e della causalità umana²⁹¹, secondo cui, con alcune variazioni, si ritiene che ai fini della

²⁸⁸ Cfr. GIOIA, *La prova del nesso causale nella responsabilità medica*, cit., 1353: "Mentre l'attendibilità della legge generale deve essere pari al 100% o prossima a questa percentuale, l'accertamento della causalità specifica – e cioè della rispondenza del caso specifico alla legge scientifica – in ambito civilistico, è raggiunto con il 51%."

²⁸⁹ All'accertamento dei fatti si procede ormai per avvicinamento alla verità. Alla verità materiale e alla certezza cui tendeva l'accertamento giudiziale in passato, si è sostituita la verosimiglianza e la probabilità; sul tema cfr. TARUFFO, *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, 88 ss., ID., *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, pp. 101, 116 ss.

²⁹⁰ La distinzione tra probabilità statistica e logica è stata recepita dalla nota sentenza Franzese della Cass., Sezioni Unite, 11 settembre 2002, n. 30328, in www.lexfor.it, con nota di CAPUTO, *Le Sezioni Unite e la responsabilità del medico: il punto della giurisprudenza in tema di causalità nei reati omissivi impropri*. In sostanza, l'accertamento della causalità non può esaurirsi nella mera spiegazione statistica degli eventi occorrendo verificare l'attendibilità della legge di copertura rispetto al quadro probatorio delineatosi nell'ambito processuale. Occorre passare, dunque, dalla causalità generale (caratterizzata da probabilità quantitativa) alla causalità individuale (caratterizzata dalla probabilità logica).

²⁹¹ Nella variante della causalità umana il nesso causale si interrompe per il concorso di fattori eccezionali che non rientrano nella sfera di signoria dell'uomo. La valutazione di eccezionalità

ric conducibilità dell'evento dannoso a un determinato comportamento, non è sufficiente che tra l'antecedente e il dato consequenziale sussista un rapporto di sequenza, essendo necessario che tale rapporto integri gli estremi di una sequenza possibile, alla stregua di un calcolo di regolarità statistica, per cui l'evento appaia come una conseguenza non imprevedibile dell'antecedente. Occorre dare rilievo, in definitiva, solo a quegli antecedenti causali che non appaiono - ad una valutazione *ex ante* - del tutto inverosimili, imprevedibili ed inevitabili.

Segue: la causalità giuridica.

L'esistenza di un rapporto di condizionalità necessaria fra un fatto ed un evento dannoso consente di qualificare quest'ultimo come conseguenza dannosa; tuttavia, non tutte le conseguenze sono risarcibili²⁹². Alla funzione di criterio determinativo dell'obbligazione risarcitoria presiede la causalità giuridica, la quale, cronologicamente, segue l'accertamento della causalità materiale.

Il sistema normativo di valutazione e determinazione dei danni, siano essi contrattuali o extracontrattuali ²⁹³, è composto dagli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c., e, in tema di responsabilità da inadempimento, anche dalla disposizione dell'art. 1225

dell'antecedente non è dissimile dal giudizio di prevedibilità *ex ante* richiesto dalla teoria dell'adeguatezza causale.

Per completezza si ricorda anche il duplice correttivo nell'accertamento della causalità: la teoria dello scopo della norma violata e quella dell'aumento del rischio tipico, previa analitica descrizione dello stesso.

²⁹² Così TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., 19.

²⁹³ in virtù del rinvio operato dall'art. 2056 c.c.

c.c., i quali regolano il tema della causalità giuridica²⁹⁴. In forza di tali norme, sono risarcibili i soli danni immediati e diretti che costituiscono una normale conseguenza dell'evento lesivo²⁹⁵ secondo l'*id quod plerumque accidit*.

La locuzione “conseguenze immediate e dirette”, tuttavia, appare più una formula metaforica, non interpretabile letteralmente. Non può accogliersi, infatti, la lettura secondo cui tra azione ed evento dannoso non dovrebbero esistere accadimenti causali intermedi, che invece sempre si verificano. Così anche va esclusa l'interpretazione che attribuisce importanza alla distanza temporale tra evento dannoso e azione; la determinazione del limite, infatti, resterebbe assolutamente arbitraria²⁹⁶.

Maggiori indicazioni provengono dalla dottrina, la quale ritiene che la formula dell'art. 1223 c.c. non vada intesa in senso rigoroso: il legislatore, infatti, avrebbe inteso semplicemente selezionare le conseguenze secondo il parametro della causalità adeguata, o regolarità causale²⁹⁷. In altri termini, se è vero che le uniche conseguenze dannose risarcibili sono quelle prossime alla condotta, è vero anche che possono ritenersi tali non solo quelle dirette ed immediate, ma anche quelle indirette e mediate, purché normali, prevedibili e non eccezionali²⁹⁸. Assumono pertanto rilevanza anche i danni indiretti e mediati che si presentino però come

²⁹⁴ Cfr. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze*, in *Riv. dir. comm.*, 1951

²⁹⁵ Anche nei sistemi di *common law*, la responsabilità è limitata alle “*proximate consequences*”, con esclusione delle conseguenze che siano “*too remote*”.

²⁹⁶ Cfr. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., 20.

²⁹⁷ *Ex multis*, Cass. civ., sez. III, 9 maggio 2000, n. 5913

²⁹⁸ AA.VV., *L'importanza dell'assolvimento degli oneri di allegazione e prova nelle controversie in tema di responsabilità medica*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2019, 1, 364 ss.: “Mentre per la causalità materiale risulta irrilevante l'eventuale prevedibilità del danno, occorrendo solo stabilire se, in natura, possa ritenersi esistente un rapporto eziologico tra condotta ed evento, per quella giuridica assume rilievo la prevedibilità, da parte dell'agente, delle conseguenze della relativa condotta, come criterio di limitazione dei danni risarcibili”.

conseguenza normale dell'illecito secondo un giudizio probabilistico rapportato all'apprezzamento dell'uomo di ordinaria diligenza.

2. La causalità omissiva

Il fatto richiamato dall'art. 2043 c.c. fonte di responsabilità può consistere tanto in un comportamento commissivo quanto in un'omissione. In molti settori è frequente che l'evento dannoso non derivi dall'introduzione di un fattore di rischio ad opera dell'agente, ma piuttosto dal mancato contrasto di rischi preesistenti; tipico è l'esempio della responsabilità sanitaria, laddove è frequente che la malattia lamentata dal paziente derivi da una situazione patologica pregressa, che l'operatore non è riuscito a guarire.

La disciplina in materia di causalità omissiva si ricava dall'art. 40, co. 2, c.p. il quale prevede che *“non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo”*. Contrariamente a quanto sostenuto dalla concezione naturalistica²⁹⁹, è arduo riconoscere una piena identità strutturale tra causalità attiva ed omissiva. Ragionando in termini causali, infatti, è chiaro che tra l'omissione e l'evento dannoso non vi è un rapporto eziologico materiale (è chiaro che *ex nihilo, nihil fit*). Le conseguenze dannose, nel mondo reale, si sono verificato a causa di un

²⁹⁹ Secondo tale orientamento, la condotta omissiva è fattore dotato di reale valore condizionante e, pertanto, destinato ad inserirsi nel processo produttivo dell'evento dannoso, al pari di una condotta attiva. Da tali premesse, discende la piena applicabilità delle regole condizionalistiche precedentemente riassunte: il giudizio controfattuale ed il livello di probabilità necessario a sorreggere il nesso causale e l'imputazione dell'evento. Cfr. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1217 ss., ripubblicato in *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 2000.

rischio preesistente e non originato da chi ha tenuto la condotta omissiva (nell'esempio proposto della responsabilità sanitaria, a cagionare l'evento dannoso al paziente è la patologia preesistente, non già la condotta omissiva del medico). Il giudizio controfattuale, corollario della teoria della *condicio sine qua non*, così come esaminato per la causalità commissiva non trova quindi analogia applicazione nella causalità omissiva, in quanto una causa alternativa che ha cagionato l'evento dannoso è sempre rintracciabile nel rischio preesistente.

L'accertamento deve quindi concentrarsi su altri elementi. In primo luogo, presupposto essenziale della causalità omissiva è l'individuazione di un dovere di attivarsi di carattere specifico o generico che si sostanzia in un obbligo giuridico di impedire l'evento³⁰⁰. Per completare l'accertamento, occorre poi verificare se l'azione omessa e doverosa avrebbe nel caso concreto³⁰¹ impedito il verificarsi di quel determinato evento dannoso, operando per il tramite di un giudizio probabilistico che dia per realizzata l'azione omessa e verifichi con quale probabilità tale condotta avrebbe scongiurato l'evento dannoso³⁰².

³⁰⁰ Tale obbligo può essere imposto da una norma di legge, da una clausola contrattuale, da una specifica attività intrapresa a tutela di un diritto di terzi, da un rapporto di fatto o in generale da una situazione che esiga una determinata attività a tutela di un diritto altrui e deve essere stato predeterminato proprio per evitare la realizzazione di quel tipo di evento.

³⁰¹ Si realizza, così, il passaggio dal piano della causalità generale a quello della causalità individuale, "sintagma che esprime la necessità di una conferma, sul terreno della probabilità logica, che l'ipotesi di spiegazione causale offerta dalle regole di causalità generale abbia in effetti operato nella concreta vicenda dannosa o illecita" (Così PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur. it.*, 2019, 710). Sul tema cfr. STELLA, *A proposito di talune sentenze civili in tema di causalità*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2005, 1159 ss.; TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2006, 128-129; PIRAINO, *Il nesso di causalità*, cit., 430 ss.

³⁰² È questo il particolare atteggiarsi del giudizio "controfattuale" nella causalità omissiva: si pone al posto dell'omissione, il comportamento alternativo dovuto, onde verificare se la condotta doverosa avrebbe evitato il danno lamentato dal danneggiato.

La causalità omissiva, pertanto, può essere ricostruita solo in termini ipotetici³⁰³ e prognostici (c.d. causalità in senso normativo³⁰⁴): perché il nesso sia accertato è necessario stabilire che l'attività omessa avrebbe impedito o, quantomeno, contenuto l'evento dannoso; non accertato qualora, invece, nonostante la prestazione dell'attività dovuta l'evento si sarebbe parimenti avverato. Tali valutazioni, tuttavia, sono inevitabilmente esposte a margini di incertezza e non si può pretendere lo stesso livello di rigore richiesto dall'accertamento della causalità commissiva^{305 306}.

3. Le concause

Accade non di rado che l'evento dannoso sia l'esito dell'intreccio di plurimi fattori causali; è frequente, infatti, che alla base della verifica di un dato evento si pongano una serie di articolate relazioni causa-effetto. In tali situazioni è compito dell'interprete distinguere i fatti che possono essere considerati cause giuridiche del

³⁰³ Cfr. MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. e proc. penale*, 2009, p. 523.

³⁰⁴ Il rapporto tra condotta omissiva ed evento, infatti, si atteggia qui ad equivalente normativo del nesso causale della condotta attiva.

³⁰⁵ Cfr. FIANDACA, voce *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 126 ss, secondo cui nell'applicare la formula della condicio sine qua non, ci si accontenta di esigere che l'azione doverosa, supposta come realizzata, sarebbe valsa ad impedire l'evento con una probabilità vicina alla certezza.

³⁰⁶ In merito al coefficiente di probabilità richiesto per l'accertamento della causalità omissiva, la giurisprudenza ha mostrato atteggiamenti mutevoli. L'orientamento tradizionale (sent. Silvestri, Cass., sez. IV, 12 luglio 1991, in *Foro it.*, 1992, II, 363, con nota di GIACONA, *Sull'accertamento del nesso di causalità tra la colposa omissione di terapia da parte del medico e la morte del paziente*) che si accontentava di "serie ed apprezzabili probabilità di successo della condotta omessa", è stato poi superato dalle tre sentenze Battisti (Cass., sez. IV, 28 settembre 2000, n. 1688; 28 novembre 2000, n. 2123; 29 novembre 2000, n. 2139, tutte in *Riv. it. dir. proc. penale*, 2001, 277 ss), le quali, rimarcando l'identità dell'accertamento del rapporto di causalità nei reati omissivi ed in quelli di azione, hanno richiesto "la probabilità vicino alla certezza, vicino a cento". Sul dibattito sono infine intervenute le SS.UU. con la celebre sentenza Franzese (Cass. 11 settembre 2002, n. 30328, cit.): anche nella causalità omissiva è richiesto un alto grado di credibilità razionale, la quale postula una accurata verifica della attendibilità della legge statistica generica, per il singolo caso concreto.

danno, da quelli che costituiscono dei meri antecedenti remoti, non idonei a giustificare un addebito eziologico dell'evento; solo dopo, l'interprete dovrà regolare le conseguenze della loro interazione.

Sotto il primo profilo è utile ancora una volta prendere le mosse dal codice penale che, all'art. 41, nel disporre che il *concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione, non esclude il rapporto di causalità*, sancisce la vigenza nel nostro ordinamento del principio dell'equivalenza causale³⁰⁷. Il comma 2 della disposizione citata, poi, riconosce alle concause sopravvenute idoneità interruttiva del nesso causale qualora le stesse siano *da sole sufficienti a determinare l'evento*. Ebbene, la disposizione in questione è stata interpretata come temperamento alla citata teoria della *condicio sine qua non* la quale, ove applicata *sic et simpliciter*, difetterebbe di una efficace capacità selettiva. Per scongiurare il rischio del c.d. regresso all'infinito, ovvero della proliferazione smisurata delle cause giuridiche rilevanti, si è infatti ritenuto opportuno sottoporre il criterio condizionalistico ad alcuni correttivi normativi. L'orientamento prevalente ha, quindi, elaborato le citate teorie della causalità adeguata o quella simile della regolarità causale³⁰⁸, secondo cui all'interno delle serie causali selezionate, occorre dare rilievo a quelle soltanto che, nel momento in cui si produce l'evento causante, non appaiono del tutto inverosimili o atipiche, ma

³⁰⁷ Cfr. HART - HONORÉ, *Causation in the Law* 2, Oxford, 1985, (I ed. 1959), 21. La cornice filosofica della teoria si ravvisa nella concezione di J. S. Mill (*A System of Logic, Ratiocinative and Inductive. Being a Connected View of the Principles of Evidence and the Methods of Scientific Investigation*, 1843, trad. it. *Sistema di logica razionativa e induttiva*, Roma, 1968, 323) secondo cui la causa di un evento consiste nell'insieme di antecedenti necessari e sufficienti a produrlo.

³⁰⁸ La teoria della regolarità causale, pur essendo la più seguita dalla giurisprudenza, sia civile che penale, non è andata esente da critiche da parte della dottrina italiana che, nella medesima logica di individuare filtri alla (altrimenti eccessiva) catena causale, ha fatto leva su altri principi; si ricordano a tal riguardo la teoria della prevedibilità dell'evento, quella che fa leva sullo scopo della norma violata, sul c.d. rischio specifico e sull'aumento e l'eccentricità del rischio, la teoria della causalità umana e quella della causalità efficiente.

si presentano come effetto non del tutto imprevedibile della condotta³⁰⁹. La valutazione della prevedibilità obiettiva deve compiersi *ex ante*, nel momento in cui la condotta è stata adottata: secondo un giudizio di "prognosi postuma", si deve accertare se, al momento in cui è avvenuta l'azione, era del tutto imprevedibile alla luce delle conoscenze statistiche e/o scientifiche, che ne sarebbe potuta discendere una data conseguenza.

Alla luce di tali premesse, individuate ed escluse le cause "interrotte", le quali degradano a mere occasioni non idonee a giustificare un addebito eziologico dell'evento dannoso, si può quindi passare alla seconda fase dell'accertamento: ove le molteplici cause siano tutte giuridicamente rilevanti, senza che una abbia rilevanza soverchiante rispetto alle altre, si pone la questione del regime delle concause. Mentre la questione della causalità sorpassante, ove risolta nei termini della riconosciuta forza interruttiva della causa sopravvenuta, non pone stringenti problemi sul versante risarcitorio, la questione delle concause appare certamente complessa, in ragione dei profili problematici connessi alla necessità di modellare l'obbligazione risarcitoria³¹⁰.

3.1 Multifattorialità del processo patologico. Il concorso del paziente danneggiato.

La questione appare di particolare interesse nel settore della responsabilità medica, in cui l'errore medico si presta per sua natura ad inserirsi in un contesto di

³⁰⁹ *Ex multis*: Cass. 1° marzo 2007, n. 4791; Cass. 6 luglio 2006, n. 15384; Cass. 27 settembre 2006, n. 21020; Cass. 3 dicembre 2002, n. 17152; Cass. 10 maggio 2000 n. 5962.

³¹⁰ Cfr. PUCELLA, *Il perimetro dell'accertamento causale tra colpa, concause e danno risarcibile*, in *Responsabilità Civ. e Prev.*, 2016, 4, 1111B

multifattorialità, in ragione della interazione, nel medesimo processo patologico, di plurime cause umane o naturali.

Il concetto di concause, infatti, è genericamente idoneo a ricomprendere tre tipi di interazioni causali: concause umane imputabili ad una pluralità di danneggianti, al comportamento dello stesso danneggiato e concause naturali.

Tralasciando il già esaminato concorso di più danneggianti³¹¹, può quindi procedersi all'analisi della questione relativa alla configurabilità della condotta del paziente come concausa giuridicamente rilevante. La normativa di riferimento è l'art. 1227 c.c., disciplinante il concorso del fatto colposo del creditore ed utilizzabile nei rapporti del paziente sia con la struttura sanitaria, sia con il medico (in ragione dell'esplicito richiamo contenuto nell'art. 2056 c.c. per i casi di responsabilità extracontrattuale). Tale disposizione prevede che dal danno evento vada decurtata proporzionalmente la quota addebitabile al danneggiato (comma 1), nonché esclude dalle conseguenze risarcibili quelle evitabili dal creditore con l'ordinaria diligenza (comma 2).

Stante la previsione normativa, è utile comprendere se sia possibile, nel settore della responsabilità sanitaria, che un danno subito dal paziente nel corso delle procedure e degli interventi necessari alla cura del soggetto, nonché nel periodo successivo di riabilitazione dello stesso, possa essere cagionato, oltre che da un errore medico, anche da un comportamento del danneggiato stesso e se, dunque, sia possibile far rientrare tale casistica all'interno del campo di applicazione dell'art. 1227 c.c. Sebbene a primo esame appaia anomalo, non sono insolite le ipotesi in cui tale questione può verificarsi; si pensi ad esempio, al caso in cui, al momento del primo

³¹¹ Su cui ci si è soffermati nel paragrafo dedicato alla responsabilità solidale e della rivalsa.

contatto medico-paziente, quest'ultimo ometta colpevolmente determinate informazioni decisive per le scelte delle procedure di cura, o ancora, a seguito dell'intervento del medico, il paziente colposamente non assuma le dosi dei farmaci prescritti, ovvero non si presenti agli esami prestabiliti nelle date indicate.

In tutte queste ipotesi, la giurisprudenza³¹² è concorde nel valutare la condotta del danneggiato ai fini della quantificazione del danno risarcibile. Sussiste, infatti, in capo al paziente che riceva delle prescrizioni mediche per curare determinate patologie, l'onere di rispettarle. Nel momento in cui colposamente se ne discosti e, come conseguenza, il danno inizialmente presentato riscontri dei peggioramenti, tale condotta può assumere i contorni di un concorso nel danno da parte del danneggiato ex art. 1227 comma 2 c.c.³¹³, e determinare – applicando le previsioni dello stesso articolo – una diminuzione del risarcimento riconosciuto al paziente.

Astrattamente applicabile alle regole che disciplinano la responsabilità sanitaria, non può tacersi che la normativa riguardante il concorso del fatto colposo del creditore trova in questo settore scarsa applicazione a livello giurisprudenziale. La ragione va individuata nel regime dell'onere probatorio che rende particolarmente arduo per il danneggiante fornire la prova della causa concorrente, aggravato dal fatto che, in presenza di incertezze di connessione tra le cause e gli eventi provocati,

³¹² Cfr. Corte di Cassazione, sent. 26 maggio 2014, n. 11637.

³¹³ In tal senso BORTOLOTTI, VERZELETTI, ANTONIETTI, *Il concorso di colpa del paziente in ipotesi di responsabilità professionale medica*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2018, 4, 1343 ss., secondo cui il comma secondo si riferisce ad un momento successivo al danno subito, ossia considera concorso quelle condotte del danneggiato volte a rendere più probabile un peggioramento del danno anziché contrastarla, e ciò per negligenza o imprudenza del soggetto; il comma primo, invece, ha come oggetto i comportamenti antecedenti all'evento dannoso, considerandoli come concause dello stesso (si ritiene pertanto applicabile l'art. 1227, comma 1 c.c. solo al prospettato caso delle informazioni erranee fornite dal malato)

una prassi consolidata all'interno della giurisprudenza finisce per imputare all'errore medico le conseguenze patologiche di incerta derivazione³¹⁴.

Segue: le concause naturali.

Se le ipotesi di concause umane trovano un riconoscimento normativo (negli artt. 1227 e 2055 c.c.), più complessa appare l'indagine in merito alle concause naturali, cui la disciplina positiva non dedica espressa regolamentazione. È stato quindi, come sovente accade, compito della più attenta elaborazione dottrinale e giurisprudenziale delineare un orientamento coerente col sistema, al fine di fornire ai giudici di merito chiare linee direttrici per decidere i casi concreti. Il problema di fondo consiste nella scelta tra la soluzione della c.d. *causalità unitaria*, che considera addebitabile integralmente l'evento ad ognuna delle concause efficienti, e quella della c.d. *causalità parziale* (o *proporzionale*, o *frazionata*), in forza della quale viene addebitato l'evento a ciascuna concausa in proporzione alla rilevanza dell'apporto.

³¹⁴ Si veda BORTOLOTTI, VERZELETTI, ANTONIETTI, *Il concorso di colpa del paziente in ipotesi di responsabilità professionale medica*, cit. : “Il medico dovrebbe dimostrare come il soggetto colposamente non abbia rispettato le prescrizioni impartitegli ovvero abbia temporeggiato nel sottoporsi alle cure necessarie, entrando in questi casi nell'indagine della sfera di condotta privata del paziente, attività che incorre in notevoli ostacoli difficilmente superabili. Inoltre, rammentando che se la prova fornita dal professionista dovesse creare solo un'incertezza, la presunzione di cui si è parlato prima farebbe ricadere comunque la responsabilità sui convenuti. [...] Da un lato, il principio del “più probabile che non” mostra come si tenda a conferire maggiore peso alla condotta del professionista piuttosto che alle altre concause, e dunque anche rispetto al comportamento tenuto dal paziente; dall'altro, secondo la regola della “perdita di chances” si guarda prevalentemente al risultato ottenuto dalle cure, ed un'eventuale non riuscita viene fatta dipendere – nella maggior parte dei casi unicamente – dalla responsabilità del medico.”

Secondo la prima alternativa, o la causa naturale è talmente assorbente da far degradare il contributo umano a mera occasione o, all'opposto, l'agente deve farsi carico dell'intera responsabilità, anche laddove il proprio apporto sia meno significativo di quello naturale, purché non *sorpassato*. Di contro, la tesi della causalità parziale tende ad attribuire sempre rilevanza causale proporzionale a ciascun contributo, onde evitare che l'agente risponda di danni non cagionati dalla propria condotta³¹⁵.

Il dibattito ha visto alternarsi entrambi gli orientamenti³¹⁶, senza una decisa prevalenza dell'uno sull'altro; è solo nel 2009 che esso si è fatto più acceso, mediante la pubblicazione di una decisione della Corte di legittimità³¹⁷ su un caso di responsabilità sanitaria, in cui si affermava che ove la produzione di un evento dannoso (nel caso di specie, si trattava della morte del paziente) fosse addebitabile alla condotta del sanitario e ad una preesistenza naturale di incerta incidenza causale (situazione patologica pregressa), il giudice potesse procedere, identificata la parte

³¹⁵ Rileva le recenti “tentazioni” della dottrina verso il modello di responsabilità proporzionale D’ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive tra riflessione dogmatica e nuovi problemi operativi*, in *Contratti*, 2019, 3, 253 ss.

³¹⁶ A metà degli anni '70 alcune decisioni (vedi Cass., sent. 25 ottobre 1974, n. 3133) affermavano che la presenza di concause naturali alleggerisse l'onere risarcitorio gravante sull'autore dell'illecito; dal 2001, invece, sembra consolidarsi l'orientamento opposto e più rigido tra i giudici di legittimità: a meno che la concausa naturale sia totalmente interruttiva del nesso tra il fatto dell'agente e l'evento dannoso, essa è irrilevante e tutte le conseguenze vengono poste a carico dell'autore della condotta (cfr. Cass., sent. 16 febbraio 2001, n. 2335, in *Foro it.*, Rep. 2001, voce *Danni civili*, n. 217).

³¹⁷ Cass., sent. 16 gennaio 2009, n. 975, in *Foro it.*, 2010, I, 994, con nota di TASSONE, *Concorso di condotta illecita e fattore naturale: frazionamento della responsabilità*; BONA, “Più probabile che non” e “concause naturali”: se, quando e in quale misura possono rilevare gli stati patologici pregressi della vittima, in *Corriere giur.*, 2009, 1657; TASSONE, *Il frazionamento della responsabilità secondo la Cassazione e in prospettiva di comparazione*, in *Danno resp.*, 2010, 372 ss.

di danno correlata alla patologia preesistente, a ridimensionare proporzionalmente anche in via equitativa³¹⁸ l'onere risarcitorio gravante sul danneggiante³¹⁹.

La pronuncia appena citata, tuttavia, è stata dopo poco rivisitata dalla giurisprudenza di legittimità³²⁰, la quale ha affermato che l'indagine del giudice in merito al nesso di causa non può che avere per esito l'accertamento della sua sussistenza o insussistenza sul piano dell'*an*, essendo il nesso di causalità materiale insuscettibile di frazionamento. I giudici hanno quindi rigettato la trasposizione della valutazione dell'efficienza delle concause dal piano della causalità giuridica a quello della causalità materiale³²¹. Resta ferma, tuttavia, secondo il citato orientamento, la possibilità di dare rilevanza al pregresso stato patologico della vittima in sede di liquidazione del *quantum* risarcitorio. In altre parole, laddove sia accertata una relazione causale tra la condotta umana e l'evento lamentato ed una

³¹⁸ Critico dell'utilizzo del criterio equitativo nel modello proporzionale appare PUCELLA, *Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione*, in *Nuova giur. civ.*, 2012, I, 180 "Ora, che si possa ricorrere ad un accertamento equitativo del nesso eziologico laddove non vi siano le condizioni per determinare con precisione l'incidenza delle diverse concause, è conclusione di cui dubitare. [...] Se dunque un limite va trovato nella decisione n. 975 del 2009, esso risiede, lo si vedrà, non nell'enunciato principale – secondo cui se alla produzione dell'evento dannoso concorrono oltre all'azione dell'uomo anche fattori naturali si dovrà tenere in considerazione la rilevanza causale anche di questi ultimi – ma nell'enunciato secondario, che consente il ricorso all'equità ove manchi la possibilità della specifica identificazione della parte di danno rapportabile a ciascuna delle cause".

³¹⁹ Cass., sent. 16 gennaio 2009, n. 975, cit. : "A parte il ricordato principio di equità, infatti, ricorrono ragioni logico giuridiche le quali consentono di procedere a una valutazione della diversa efficienza delle varie concause e di escludere che l'autore della condotta umana debba necessariamente sopportare nella loro integralità le conseguenze dell'evento dannoso".

³²⁰ Cass. sent. 21 luglio 2011, n. 15991, in *Foro it.*, Rep. 2011; in *Corr. Giur.*, 2011, 1676, con nota di BONA, *La Cassazione rigetta il "modello della causalità proporzionale" con un decalogo impeccabile sulla valutazione degli stati pregressi*; in *Danno e resp.*, 2013, 642, in massima, con nota di TASSONE, *Brevi note sulle concause e sulla thin skull rule*; in *Nuova giur. civ.*, 2012, I, 180, con nota di PUCELLA, *Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione*, cit.

³²¹ Così TASSONE, *La Cassazione e le concause naturali 2.0. O forse no*, in *Foro it.*, Gli speciali, 2020, 1, 235. Vedi anche PUCELLA, *Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione*, cit. "Il medico va ritenuto interamente responsabile dell'evento di danno (la specifica lesione della salute, ad esempio un'invalidità permanente del 100%) ma l'obbligazione risarcitoria che su di lui grava va diminuita in ragione delle conseguenze dannose riconducibili alla pregressa situazione patologica del danneggiato".

concausa naturale, la causa umana non rileverà solo qualora sia riconosciuta al fattore naturale rilevanza assorbente; diversamente il danneggiante sarà considerato alla stregua del convenuto che non ha fornito la prova della causa non imputabile, e pertanto sarà ritenuto responsabile della lesione alla salute o alla vita. La Corte perviene, dunque, da un lato, alla negazione della possibilità di comparare il grado di incidenza eziologica tra cause umane imputabili e cause naturali non imputabili, pur ammettendo però, dall'altro, con soluzione innovativa, che l'obbligo risarcitorio gravante sul responsabile possa, a determinate condizioni, non ricomprendere le conseguenze dannose non riconducibili eziologicamente all'evento di danno, bensì determinate dal fortuito³²².

Su questo quadro ricostruttivo è, da ultimo, intervenuta nuovamente la Corte di Cassazione³²³, alla cui III sezione civile è stato affidato il compito di chiarire e specificare la portata applicativa degli approdi raggiunti dalla giurisprudenza precedente. Il ragionamento dei giudici, che sempre trae le mosse dall'adesione al modello di causalità unitaria³²⁴, si sofferma dapprima sulle due categorie di concause del pregiudizio patito dalla vittima: le "concause di lesione" e le

³²² Così PUCELLA, *Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione*, cit.

³²³ Cass., sez. III, sent. 11 novembre 2019, n. 28986 e n. 28990, in *Foro it.*, *Gli speciali*, 2020, 1, 213 ss., con note di TASSONE, *La Cassazione e le cause naturali* 2.0, 233 ss.; di VIOLANTE, *Concause e preesistenze: il contributo della terza sezione*, 254 ss; RONCALI, *Preesistenze e danno differenziale. Riflessioni medico-legali a margine di Cass. 28986/2019*, 266 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, 292 ss, nota di PUCELLA, *Il concorso di cause umane e cause naturali: responsabilità e risarcimento tra concause di "lesione" e concause di "menomazione"*; in *Danno e resp.*, 2020, 2, nota di MONATERI, *Il nuovo quadro della responsabilità medica e del danno alla persona secondo la Corte di cassazione*, 153 ss.

³²⁴ Le ragioni che consentono di argomentare nel senso della integrale responsabilità dell'autore della condotta umana imputabile si fondano sugli artt. 1227 (da cui si evince che in caso di concorso di cause è consentita una riduzione del risarcimento solo in presenza di condotta colposa del danneggiato) e 2055 (secondo cui la graduazione della responsabilità non è praticabile neanche in caso di cause umane, imputabile a soggetti diversi dal danneggiato e diversi tra loro, stante in principio della responsabilità solidale, che non opera esclusivamente in caso di regresso) c.c.. Critica entrambe le argomentazioni PUCELLA, *La causalità "incerta"*, Torino, 2007, 166 ss.

“concause di menomazione”. Questa prima distinzione concettuale discrimina a seconda del momento in cui la causa preesistente si verifica, se in quello della determinazione dell’evento lesivo (lesione) o in quello della causazione del danno conseguenza (menomazione)³²⁵. Le prime (c. di lesioni) sono irrilevanti agli effetti della determinazione e commisurazione della responsabilità in base al principio dell’equivalenza causale³²⁶: l’autore del comportamento imputabile risponderà per intero delle conseguenze derivanti dall’evento lesivo, ancorché a quest’ultimo abbia concorso, sia pure con rilievo preponderante, la causa naturale preesistente (come nel caso di scuola dell'emofiliaco cui venga inflitta una minuscola ferita - principio del *nothing or all o thin skull rule*³²⁷)³²⁸. Quanto alle seconde (c. di menomazioni) occorre ulteriormente distinguere tra menomazioni policrone³²⁹ coesistenti e

³²⁵ Secondo MONATERI, *Il nuovo quadro della responsabilità medica e del danno alla persona secondo la Corte di cassazione*, cit.: “La lesione della integrità psico-fisica non è il danno, ma solo il presupposto del danno. Affinché vi sia un danno alla salute occorre che dalla lesione sia derivata una menomazione suscettibile di accertamento medico-legale, e che da questa sia derivata una rinuncia forzata alle attività prima svolte. In termini giuridicamente compiuti la compromissione dell’integrità fisica rappresenta la lesione dell’interesse protetto - e quindi attiene alla valutazione dell’ingiustizia di cui all’art. 2043 c.c. - mentre le rinunce concrete costituiscono il danno da risarcirsi giusta le regole degli artt. 1223 ss. e 2056 ss. c.c.”

³²⁶ L’indagine della preesistenza come concausa di lesione verrà, quindi, effettuata secondo i criteri dell’art. 41 c.p.

³²⁷ Secondo la c.d. «eggshell rule» (o «thin skull rule») «se un uomo è stato negligenemente investito o in altro modo leso nel suo corpo, non costituisce una valida difesa contro l’azione risarcitoria avanzata dal danneggiato il sostenere che questi avrebbe riportato una lesione di minore entità, o proprio nessuna lesione, se non avesse avuto un cranio inusitabilmente sottile o un cuore inusitabilmente debole» (così già *Dulieu v. White & Sons* [1901] 2 KB, 669, 679 per Kennedy J; cfr. altresì *Owens v. Liverpool Corporation* [1939] 1 KB 394, 400- 401. Cfr. Altresì *Smith v. Leech Brain Co.* [1962] 2 QB 405, 414, per Lord Parker CJ). Cfr. da ultimo in adesione a questa regola MOORE, *Causation and responsibility*, Oxford, 2009, 221- 223.

³²⁸ Tale orientamento è stato confermato anche qualche mese dopo dalla Cassazione, nella sent. 15 gennaio 2020, n. 514.

³²⁹ Sono dette *policrone* le menomazioni plurime che derivano da fatti lesivi, naturali o derivanti da comportamenti umani, cronologicamente distinti, ossia verificatisi in tempi diversi sicché la nuova menomazione si innesti su uno stato patologico pregresso del soggetto e cioè su postumi invalidanti preesistenti; *monocrone* quelle invece derivanti da un medesimo attentato alla integrità psicofisica del soggetto, il quale porti ad emersione tutte le plurime conseguenze dannose, simultaneamente o progressivamente secondo una sequenza di naturale aggravamento. Ai fini in esame vengono ovviamente in rilievo solo le prime. Come ricorda Cass. n. 28990 del 2019 si tratta di differenti ipotesi fenomenologiche indagate dalla medicina-legale, che hanno trovato esplicitazione nelle linee

menomazioni policrone concorrenti. Se meramente “coesistenti” le menomazioni non interferiscono l’una con l’altra, ma interessano differenti distretti anatomici o funzioni organiche, organi non affini o sinergici³³⁰, di tal che il loro effetto invalidante rimane distinto e non interdipendente; in questi casi le forzose rinunce patite dalla vittima in conseguenza del fatto illecito sarebbero state identiche, quand'anche la vittima fosse stata sana prima dell'infortunio. Pertanto, per il principio di causalità giuridica tali concause non incideranno sulla determinazione dei danni-conseguenza che l’autore del comportamento imputabile dovrà risarcire ai sensi dell’art. 1223 c.c.³³¹.

Le menomazioni “concorrenti” sono, invece, quelle che colpiscono tutte il medesimo apparato od organo o concernono più arti od organi sinergici, e per questo sono tali da comportare, di regola, una variazione incrementativa dell'effetto invalidante e del grado di inabilità della menomazione preesistente³³². Per tali ipotesi si pone, effettivamente, un problema di ascrivibilità degli effetti invalidanti complessivi all’autore della condotta lesiva³³³. Ai fini risarcitori, infatti, è al danno

guida di valutazione del danno alla persona elaborate dalle associazioni professionali, tra cui la Società di Medicina Legale e delle Assicurazioni (SMILA).

³³⁰ Ad esempio, la perdita delle dita di una mano in soggetto nefropatico

³³¹ Secondo VIOLANTE, *Concause e preesistenze: il contributo della terza sezione*, cit.: “Se ne dovrà escludere l’influenza (n.d.r. l’A. si riferisce alla preesistenza), ogni volta che sia risultata indifferente rispetto alla nuova disfunzionalità (quella originata dall’illecito) e sia così riscontrabile una situazione di coesistenza tra le menomazioni. In altre parole, quando la situazione patologica pregressa del danneggiato si sia rivelata in tutto e per tutto coincidente con quella che si sarebbe comunque manifestata in una persona integra all’esito del fatto illecito. In tal caso, invero, il soggetto affetto da menomazione pregressa è trattato come se in precedenza fosse stato sano.” Ancora, PUCCELLA, *Il concorso di cause umane e cause naturali: responsabilità e risarcimento tra concause di “lesione” e concause di “menomazione”*, cit.: “Se, infatti, la menomazione precedente non ha esercitato alcun ruolo nella causazione o nell’estensione di quella successiva, non v’è ragione alcuna per limitare il risarcimento, posto che questo compensa l’effetto della specifica lesione per la sua capacità di offendere il bene salute nella sua dimensione statica e dinamica, e non la lesione in rapporto alla complessiva integrità psico-fisica dell’individuo.”

³³² Classico esempio è quello della perdita dell'unico occhio residuo in soggetto «monocolo».

³³³ Secondo la Corte, l’accertamento di tale profilo, secondo le regole della causalità giuridica, deve essere effettuato con un giudizio controfattuale (quel che il danneggiato poteva fare prima, in raffronto a quello che può fare dopo): l’accertamento (positivo o negativo) della interdipendenza

che bisogna guardare, e non alla salute preesistente³³⁴, se non nella misura in cui questa – in base ad un ragionamento in concreto e *a posteriori* – incida o interferisca sulla complessiva portata delle menomazioni conseguenti alle lesioni³³⁵.

Si tratta, dunque, di un delicato e quanto mai difficile contemperamento tra regole di responsabilità e tutela dei soggetti vulnerabili, risolto, negli ordinamenti di common law con l'adozione del principio del *take your plaintiff as you find him*; dalla giurisprudenza nazionale mediante la (controversa) categoria della causalità giuridica³³⁶ e l'applicazione dell'art. 41 c.p..

Tale orientamento, ancorché consolidato, può essere sottoposto a revisione critica. Non sembra del tutto azzardato, infatti, contestare le premesse su cui la tesi si fonda: si potrebbe dubitare che l'aggravamento di una patologia preesistente sia da considerare una vera e propria concausa, e quindi richieda l'applicazione dell'art. 41 c.p.. A fronte di un danno arrecato ad un soggetto già compromesso, si potrebbe invece sostenere che la invalidità permanente risultante in seguito al fatto illecito

funzionale delle plurime menomazioni va condotta, quindi, non *a priori* e in astratto, ma *a posteriori* e in concreto.

³³⁴ Osserva la Corte nella sentenza 28986/2019, cit., che a differenza della capacità di lavoro, la salute è un bene inesauribile. Chiunque viva per ciò solo ne possiede un'aliquota, né sarebbe concepibile l'esistenza in vita d'una persona "senza salute". Persino colui il quale fosse affetto da patologie gravissime conserverebbe pur sempre un suo stato di salute ed una sua validità biologica, per quanto compromesse. Ogni individuo, dunque, ha una sua salute ante-sinistro pari al 100% "non comparabile con quella degli altri individui ed è rispetto a tale concreta validità, e non a calcoli astratti, che andrà determinata l'effettiva incidenza del danno alla salute". Ne discende che, secondo la S.C., "non solo la liquidazione del risarcimento, ma anche, prima ancora, la determinazione del grado percentuale di invalidità permanente sofferto da persona già menomata, quando lo stato anteriore della vittima non abbia inciso in alcun modo sui postumi concretamente prodotti dal secondo infortunio, va determinato come se a patire le conseguenze fosse stata una persona sana, in virtù della inesistenza di causalità giuridica tra stato anteriore e postumi".

³³⁵ La Cassazione, nelle sentenze nn. 28986 e 28990 del 2019, si sofferma con precisione sulla definizione dei criteri di accertamento e quantificazione del danno risarcibile. Sul punto PUCELLA, *Il concorso di cause umane e cause naturali: responsabilità e risarcimento tra concause di "lesione" e concause di "menomazione"*, cit.; TASSONE, *La Cassazione e le cause naturali* 2.0, cit., 244 ss.

³³⁶ Cfr. PUCELLA, *Causalità e responsabilità medica: cinque variazioni del tema*, in *Danno e resp.*, 2016, 8-9, 826.

non debba essere considerato un evento unico cagionato dall'interazione di plurime concause (naturali ed umane), bensì la conseguenza di fenomeni distinti sia cronologicamente che fisicamente, tra loro non concorrenti³³⁷. Il danno finale, infatti, appare come il risultato della somma di due cause autonome e distinte, di cui la seconda (causa umana) prosegue gli effetti della prima (naturale). Addossare all'autore della condotta l'incidenza economica negativa della causa naturale significherebbe trattare come inscindibilmente uniti insieme due eventi che in realtà si manifestano ed incidono nella produzione dell'effetto finale autonomamente³³⁸. Un esempio può chiarire meglio le conclusioni proposte: nel caso del soggetto già monocolo a cui viene inferta una lesione che compromette definitivamente la vista, sembra infatti eccessivo imputare la cecità sul piano della causalità materiale (che, lo ricordiamo, risponde alla domanda "chi è stato?") interamente all'autore della condotta materiale; costui, piuttosto, può essere considerato autore unicamente della lesione arrecata all'occhio con funzionalità preservata³³⁹.

³³⁷ ZORZIT, *Il nesso causale in sanità: continuità o cambiamento?*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli)*, a cura di GELLI, HAZAN E ZORZIT, Milano, 2017, 309 ss., propone di distinguere tra vittima vulnerabile o predisposta, ma non invalida, ed aggravamento di uno stato patologico pregresso (c.d. "danno incrementativo"). Nel primo caso, integrato allorché il paziente soffra di una patologia non invalidante che sprigiona la sua latenza a seguito dell'episodio di *medical malpractice*, il danneggiante dovrebbe essere chiamato a rispondere per intero dell'evento. In tale circostanza condivide la riflessione di Cass. 15991/2011 "il giudice non procederà ad alcuna diminuzione del *quantum debeatur*, atteso che un'opposta soluzione condurrebbe ad affermare l'intollerabile principio per cui persone che per loro disgrazia (e non già per colpa imputabile ex art. 1227 c.c. o per fatto addebitabile a terzi) siano, per natura e per vicissitudini di vita, più vulnerabili di altre, dovrebbero irragionevolmente appagarsi di una tutela risarcitoria minore rispetto a quella riservata agli altri consociati affetti da "normalità". Viceversa, qualora la vittima soffra già le conseguenze di una patologia invalidante e la condotta incida su tale condizione peggiorandola, il risarcimento dovrebbe essere limitato "al solo danno che oggettivamente è stato cagionato dall'agente, in piena applicazione del principio di causalità (e senza scomodare il concorso di cui all'art. 41 c.p.)".

³³⁸ Così PUCELLA, *La causalità "incerta"*, cit., 168. L'A. sostiene con fermezza l'orientamento della causalità proporzionale: "[...] principio per cui il *quantum* della responsabilità va proporzionato al *quantum* dell'incidenza causale della condotta illecita nella produzione del danno. Ne consegue che se la responsabilità è parziale anche l'obbligazione risarcitoria che da essa deriva dovrà rappresentare una quota proporzionale del valore economico del danno".

³³⁹ Al riguardo, le critiche sono parzialmente analoghe a quelle mosse all'orientamento della causalità proporzionale già citato ed accolto dalla Cassazione nel 2009, e poco dopo superato nel

Al fine, tuttavia, di non incorrere in conseguenze estreme e noncuranti delle esigenze di tutela di soggetti già deboli, l'indagine causale non può certamente arrestarsi sul piano della causalità materiale, ma deve proseguire anche sul piano della causalità giuridica. Secondo la proposta ricostruzione alternativa, è in questa seconda fase che il giudice, accertata la sussistenza del nesso eziologico materiale tra condotta e danno evento, dovrà tenere in considerazione gli effetti invalidanti complessivi patiti dal danneggiato a seguito del fatto del danneggiante, ed accertare ai fini risarcitori tutte le conseguenze pregiudizievoli che il primo ha dovuto sopportare. Così facendo verrebbe riconosciuto il ruolo della preesistenza tanto ai fini della responsabilità (evitando che il danneggiante risponda di danni non eziologicamente connessi alla propria condotta), quanto ai fini della liquidazione (garantendo al danneggiato un risarcimento soddisfacente e parametrato alle effettive e definitive conseguenze patite).

Tale soluzione sembrerebbe condurre a risultati più equi anche nei casi di cause naturali preponderanti nella causazione del danno, ma non assorbenti³⁴⁰: seguendo l'orientamento della Cassazione, infatti, in queste occasioni il rischio è di addossare al danneggiante un risarcimento eccessivo. L'accoglimento di un modello di causalità proporzionale puro, al contrario, esporrebbe il danneggiato a conseguenze del tutto inique: la sua domanda risarcitoria rischierebbe di essere rigettata pur

2011 a favore della causalità unitaria. Cfr. BONA, *La cassazione rigetta il "modello della causalità proporzionale" con un decalogo impeccabile sulla valutazione degli stati pregressi*, in *Corr. Giur.*, 2011, 12, 1683: "Era del tutto evidente come per questa via si dischiudesse l'accertamento della c.d. "causalità materiale" (cioè della relazione corrente tra la condotta imputata al convenuto e l'evento dannoso) ad operazioni del tutto arbitrarie di frazionamento dell'obbligazione risarcitoria, attuabili attraverso il criterio equitativo di cui all'art. 1226 c.c., senza peraltro dettarsi un set di regole precise circa la rilevanza degli stati pregressi. In tutta evidenza la c.d. "causalità equitativo-proporzionale" recava (ed ovviamente tuttora reca), con la sua logica dell'"*apportionment of liability*", il rischio che si cadesse negli eccessi opposti alla ferrea logica dell'"*all-or-nothing*"

³⁴⁰ Il problema è affrontato da VIOLANTE, *Concause e preesistenze: il contributo della terza sezione*, cit., 282 ss.

quando non sia stato possibile formulare un giudizio in termini di rigorosa esclusività della causa naturale.

Del resto, pur sposando la tesi della causalità unitaria, anche la Cassazione nelle sentenze nn. 28986 e 28990 del 2019, finisce – forse involontariamente - per valorizzare nel proprio ragionamento il piano della causalità materiale e smentire la rilevanza concausale, nelle parti in cui afferma “*se i postumi permanenti causati dall’illecito non sono stati punto aggravati dalle menomazioni preesistenti, ciò vuol dire che essi nella loro interezza sono conseguenza esclusiva del fatto illecito*”, o ancora che “*le preesistenze non li hanno amplificati, e se non li hanno amplificati quei postumi vanno ritenuti una conseguenza immediata dell’illecito, perché a produrli non ha concorso alcun fattore esterno*”³⁴¹.

4. Accertamento del nesso di causa e regolamentazione dell’onere della prova: un meccanismo di predeterminazione della soccombenza.

L’individuazione del nesso di causa non esaurisce senz’altro gli incombeni gravanti sulle parti del giudizio risarcitorio; centrale appare, infatti, l’accertamento processuale dei fatti di causa e della loro connessione, fino alla causazione del danno.

È stato a tal riguardo osservato che l’accertamento del *nesso di causalità si rivela schermo di operazioni di politica del diritto assai spregiudicate*, in quanto utilizzato dalla giurisprudenza come mezzo per *attuare una selezione degli interessi*

³⁴¹ Cfr. TASSONE, *La Cassazione e le concause naturali 2.0. O forse no*, cit., 242.

*meritevoli di tutela*³⁴². Il profilo certamente più dibattuto in dottrina e giurisprudenza, quello dell'onere della prova, si mostra infatti, soprattutto nel settore della responsabilità medica, un terreno favorevole all'accoglimento delle istanze di giustizia sociale orientate alla tutela dell'interesse fondamentale alla salute³⁴³. Tanto nella ricostruzione, quanto nella individuazione del criterio di ripartizione in giudizio del relativo carico probatorio, il nesso eziologico è stato a lungo modellato dalla giurisprudenza in modo tale da assicurare un risarcimento alla vittima di *malpractice*, anche quando la scienza medica non si rivelasse in grado di affermare con certezza la derivazione causale dell'esito negativo dell'intervento dalla condotta del sanitario³⁴⁴. Ferma restando l'indubbia complessità della ricostruzione del nesso dal punto di vista sostanziale, infatti, è sul terreno processuale della prova che il dibattito si fa più serrato: l'estensione e l'oggetto della prova, la definizione dell'onere gravante su ciascuna delle parti coinvolte in un giudizio di responsabilità medica sono, infatti, le questioni più controverse ed attuali, oltre che decisive nella definizione della lite³⁴⁵.

³⁴² Così ALPA, *La responsabilità civile*, Milano, 1999, 1592. Nel panorama internazionale è nota l'affermazione "causation is a peg on which the judge can hang any decision he likes", usata da HART e HONORÉ, *Causation in the law*, Oxford, Clarendon, 1985, 465.

³⁴³ Sottolineano la centralità della disciplina probatoria nella responsabilità medica MARGIULO PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in *Danno e resp.*, 2019, 2, nota 14, 258.

³⁴⁴ ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*, in *Danno e resp.*, 2017, 6, 701: "E nel ventaglio degli strumenti all'uopo utilizzati, il riparto degli oneri è apparso il più versatile ed efficace: rimedio senza dubbio risolutivo, perché, in applicazione dell'art. 2697 c.c., segna, in un senso o nell'altro, le sorti della vertenza (si pensi alle "presunzioni" fondate sulla natura routinaria dell'intervento o sulla incompletezza della cartella clinica ecc.). Un terreno di confronto, su questi temi, è costituito proprio dalle ipotesi, nient'affatto rare, in cui, accertato in sede di CTU un comportamento erroneo del medico, non si possa (scientificamente) stabilire se l'esito infausto sia effettivamente dipeso dalla condotta del sanitario, piuttosto che da fattori esterni (non prevedibili né evitabili). L'individuazione del soggetto su cui far gravare la prova diviene – qui - scelta difficile e, nel contempo, decisiva e si presta, di fatto, ad essere "condizionata" dal "peso" degli interessi in gioco."

³⁴⁵ Così GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2008, 10, 1008: "Le regole sull'onere della prova sono infatti innanzitutto regole sull'identificazione del soggetto su cui grava il rischio della mancata prova, il

Il percorso ermeneutico di dottrina e giurisprudenza sul tema dell'onere della prova nella responsabilità medica, come accennato, è tutt'altro che recente e piuttosto accidentato. Esso ha risentito notevolmente della qualificazione giuridica attribuita alla prestazione medica erogata dalla struttura sanitaria e dal medico, anche se è bene premettere che le peculiarità del settore hanno spesso giustificato delle deviazioni più o meno marcate dalle regole probatorie tipiche modelli generali di responsabilità contrattuale ed aquiliana.

4.1 L'evoluzione giurisprudenziale.

In un primo momento, la prestazione sanitaria veniva considerata una obbligazione di mezzi³⁴⁶ e la relativa responsabilità di fatto assimilata al modello delineato dall'art. 2043 c.c.: gravava, pertanto, sul paziente l'onere di dimostrare la colpa del medico, l'esito infausto ed il nesso eziologico tra la condotta negligente, imprudente e/o imperita ed il danno patito³⁴⁷. La coesistenza della responsabilità dell'ente e del sanitario, tra loro speculari (in tanto esisteva la prima, in quanto fosse accertata la seconda), giustificava delle conseguenze del tutto peculiari, quale la *commistione e il reciproco adattamento delle regole appartenenti all'area contrattuale ed a quella*

soggetto - cioè - che subirà le conseguenze negative del mancato accertamento di un fatto o di una circostanza che offra fondamento alla sua azione ovvero alla sua eccezione”.

³⁴⁶ Secondo la tradizionale impostazione di L. Mengoni, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 187, si tratta di quelle obbligazioni che non hanno come oggetto immediato la prestazione del risultato, ma semplicemente un comportamento diligentemente orientato ad esso.

³⁴⁷ *Ex multis*, Cass. 28 aprile 1961, n. 961, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, 1248 ss., con nota di LEGA, *La prestazione del medico come oggetto di obbligazioni di mezzi*; Cass. 15 dicembre 1972, n. 3616, in *Foro it.*, 1973, I, 1474 ss.; Cass. 18 giugno 1975, n. 2439, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 953 ss., con nota di LEGA, *In tema di responsabilità del medico chirurgo*; Cass. 29 marzo 1976, n. 1132, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 1980 ss.

*aquiliana*³⁴⁸. Per tali ragioni, per valutare l'operato del medico ospedaliero responsabile ai sensi dell'art. 2043 c.c., l'attore danneggiato poteva servirsi degli artt. 1176 e 2236 c.c., pensati dal legislatore per la responsabilità da inadempimento³⁴⁹.

Le regole elaborate dalla giurisprudenza degli anni '60 e '70 vennero poi rivisitate con la nota sentenza Cass. n. 6141/1978³⁵⁰, che inaugurò una nuova stagione: muovendo dalla nozione di "problemi tecnici di speciale difficoltà" di cui all'art. 2236 c.c., venne introdotta la distinzione tra interventi di facile e di difficile esecuzione. I giudici di legittimità, ritenuto che gli oneri probatori non potevano essere uguali per ogni tipo di obbligazione, più precisamente reputarono che nel primo caso³⁵¹ fosse sufficiente per l'attore danneggiato fornire la prova del peggioramento delle proprie condizioni di salute per poterne dedurre, in base ad un meccanismo presuntivo, anche la prova dell'inadeguata e negligente esecuzione della prestazione professionale; era compito del medico, quindi, dimostrare l'assenza di colpa mediante la prova di un evento imprevedibile o delle già compromesse condizioni fisiche del malato. La presunzione di colpa a carico del

³⁴⁸ Così DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari – Modelli e funzioni*, in *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, diretto da GALGANO, Padova, 134.

³⁴⁹ Cfr. MIGLIACCIO, *Ancora in tema di responsabilità medica e onere della prova*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2019, 3, 1239 ss, secondo cui la consapevolezza che le azioni nei confronti della struttura e del sanitario erano occasionate dalla medesima condotta, condussero la giurisprudenza ad ammettere il c.d. cumulo di responsabilità. Il paziente, pertanto, poteva agire contestualmente contro la struttura e contro il medico "secondo un regime che venne definito speciale o transtipico, fondato sulla mescolanza di differenti 'sistemi' di responsabilità e che condusse alla creazione di un cd. 'sottosistema', che presentava i caratteri dell'uno e dell'altro".

³⁵⁰ Cass. 21 dicembre 1978 n. 6141, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 953 ss.

³⁵¹ Tra gli interventi di facile esecuzione venivano annoverate le operazioni che "non richiedono una particolare abilità tecnica, essendo sufficiente una preparazione professionale ordinaria, ed il rischio di esito negativo, o addirittura peggiorativo, è minimo, potendo derivare, al di fuori della colpa del chirurgo, dal sopravvenire di eventi imprevisi ed imprevedibili secondo l'ordinaria diligenza professionale oppure dall'esistenza di particolari caratteristiche del paziente non accertabili col medesimo criterio di diligenza professionale"; si tratta, in sostanza, degli interventi in cui il rischio di esito negativo è minimo.

sanitario implicava, in sostanza, anche il riconoscimento presuntivo della relazione causale tra atto medico e danno. Di contro, nei casi di interventi di difficile esecuzione era onere del paziente dimostrare l'errore medico, attraverso una ricostruzione precisa delle modalità di esecuzione di ogni fase dell'intervento; si trattava, in sostanza, di obbligazioni di mezzi. Tale criterio di ripartizione dell'onere probatorio veniva applicato indifferentemente sia nei casi di azione esperita dal paziente ex art. 2043 c.c. nei confronti del medico dipendente, sia nelle azioni di responsabilità contrattuale intentate contro la struttura sanitaria o il medico libero professionista.

Si trattava, sostanzialmente, di un meccanismo presuntivo che richiama la regola anglosassone *res ipsa loquitur*, utilizzato al fine di alleggerire l'onere probatorio gravante sul paziente. Riprendendo la distinzione sottesa all'art. 2236 c.c., si riteneva che negli interventi non implicanti la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà la mancata guarigione o il peggioramento delle condizioni di salute del paziente "parlano da sé", in quanto indici inequivoci della condotta imperita del medico.

La giurisprudenza, tuttavia, finì per applicare in modo distorsivo tale regola³⁵², richiedendo al sanitario convenuto non solo la prova della diligenza, prudenza e perizia adottate, ma anche la dimostrazione del fattore concretamente produttivo dell'evento e, di conseguenza, addossando su costui il rischio del fatto impeditivo incerto³⁵³. Si intuisce inoltre una certa illogicità in tale impostazione: se è vero,

³⁵² Così BARBARISI, *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in *Contratti*, 2017, 2, 221.

³⁵³ Il meccanismo presuntivo descritto non incontrò il favore della dottrina maggioritaria, che non mancò di definirlo "*un espediente retorico piuttosto maldestro*", che finiva per attribuire al sanitario una responsabilità oggettiva, o che erroneamente trasformava l'obbligazione di mezzi del medico in un'obbligazione di risultato. Cfr. MONATERI, *La responsabilità civile*, a cura di Sacco, *Trattato di diritto privato I*, diretto da Sacco, Torino, 1998; D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella*

infatti, che l'onere accollato al paziente è alquanto lieve nei casi di interventi di facile esecuzione, esso diventa esponenzialmente più gravoso negli interventi complessi.

Furono queste le ragioni che condussero la giurisprudenza ad inaugurare una terza stagione dell'onere della prova, mediante la nota pronuncia del 2001 delle Sezioni Unite³⁵⁴ che decretò il tramonto del sottosistema probatorio specifico per il settore sanitario, al fine di ridurre la complessità del settore. Con la pronuncia citata i giudici di legittimità, occupandosi di una controversia non attinente alla responsabilità medica, stabilivano infatti una regola probatoria unica per tutti i casi di responsabilità contrattuale³⁵⁵: per soddisfare esigenze di omogeneità ed in ragione dei principi di vicinanza della prova e persistenza del diritto, spettava al creditore fornire la prova della fonte del proprio diritto e l'allegazione dell'inadempimento, ed al debitore provare di aver correttamente adempiuto o che il mancato adempimento fosse imputabile a cause estranee alla sua sfera di controllo³⁵⁶.

responsabilità contrattuale in materia sanitaria, in *Danno e resp.*, 2018, 3, 356 e ID., *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 141, 146.

³⁵⁴ Cfr. Cass. SS. UU. 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 1565 ss, con nota di MARICONDA, *Giust. civ. Mass.*, 2001, 182; *Dir. e Formazione*, 2001, 1013; *Danno e resp.*, 2002, 318; *Studium Juris*, 2002, 389; *Contratti*, 2002, 113, con nota di CARNEVALI; *Nuova giur. civ. commentata*, 2002, I, 349, con nota di MEOLI.

³⁵⁵ Indipendentemente dal *petitum*, sia essa una domanda di risoluzione del contratto, di adempimento, di risarcimento del danno; si agisca a causa di un inadempimento o di un adempimento inesatto.

Si ricorda, inoltre, che con la storica sent. 589/1999, anche la responsabilità del sanitario dipendente viene qualificata come contrattuale da contatto sociale.

³⁵⁶ Nella giurisprudenza successiva (Cass. 24 maggio 2006, n. 12364; Cass. 11 novembre 2005, n. 22894, in *Mass. Giust. civ.*, 2005; Cass. 19 aprile 2006, n. 9085, in *Corr. giur.*, 903 ss.) è evidente la tendenza ad oggettivizzare la responsabilità del sanitario, onerandolo della dimostrazione del singolo fattore esterno non imputabile al fine di andare esente da responsabilità.

La distinzione introdotta nel 1978 tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato e, con essa, anche a quella strettamente correlata tra interventi *routinari* e di difficile esecuzione, veniva superata³⁵⁷ e la situazione probatoria nuovamente radicalizzata. Sul piano pratico, chiedendo al paziente di allegare l'inadempimento e provare il danno, si generalizzava a tutte le obbligazioni il modello proprio delle obbligazioni di risultato, con notevole vantaggio per il danneggiato. La differenza sottesa all'art. 2236 c.c. permaneva al solo fine di valutare il grado di diligenza esigibile dal sanitario; era tuttavia onere di quest'ultimo dimostrare che il caso concreto rientrasse tra gli interventi di difficile esecuzione³⁵⁸.

Non appariva di immediata evidenza dopo la pronuncia del 2001, tuttavia, se l'onere probatorio così modulato e ristretto alla allegazione dell'inadempimento del sanitario, si estendesse sino a ricomprendere anche il momento del nesso di causa, oppure no.

La semplificazione accennata, chiaramente orientata al *favor creditoris*, culminò nella nota pronuncia 11 gennaio 2008, n. 577³⁵⁹, con la quale le Sezioni Unite, nel

³⁵⁷ Il superamento definitivo è chiaramente sancito qualche anno dopo dalla sent. 577/2008: la distinzione tra obbligazioni di mezzi e risultato "se può avere una funzione descrittiva, è dogmaticamente superata".

³⁵⁸ Cfr. Cass., sez. III, 11 novembre 2005, n. 22894, in *Pluris*; Cass., sez. III, 24 maggio 2006, n. 12362, in *Pluris*; Cass., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, secondo cui "All'art. 2236 c.c. non va conseguentemente assegnata rilevanza alcuna si fini della ripartizione dell'onere probatorio giacché incombe in ogni caso al medico dare la prova della particolare difficoltà della prestazione, laddove la norma in questione implica solamente una valutazione della colpa del professionista, in relazione alle circostanze del caso concreto".

³⁵⁹ Cass. 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, 871 ss., con nota di NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico.*; *ibid.*, 1002 ss., di GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 616 ss., con nota di DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*; in *Resp. civ.*, 397 ss., con nota di CALVO, *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*; in *Giur. it.*, 2008, 2197 ss., con nota di CURSI, *Responsabilità della struttura sanitaria e riparto dell'onere probatorio*.

trasporre i succitati principi nell'ambito specifico della responsabilità sanitaria³⁶⁰, si proponevano di chiarire alcune questioni irrisolte³⁶¹. In particolare, prendendo posizione in merito alla ripartizione dell'onere probatorio del nesso eziologico tra prestazione sanitaria ed evento dannoso³⁶², precisavano che a fronte della prova dell'insorgenza o aggravamento della patologia, il paziente dovesse limitarsi ad allegare un inadempimento qualificato del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato; spettava, poi, al convenuto dimostrare l'esattezza dell'adempimento o, in alternativa, che l'inadempimento lamentato "non fosse *eziologicamente rilevante*". In pratica, l'inadempimento – che il paziente poteva limitarsi solo ad allegare - veniva dilatato sino al punto di assorbire al proprio interno anche il rapporto causale di cui, pertanto, bastava predicare l'esistenza.

La scelta di semplificare oltremodo l'onere probatorio del creditore anche sul versante della causalità ha destato sin da subito perplessità e critiche; le ambigue conclusioni elaborate dai giudici di legittimità nella pronuncia citata hanno infatti

³⁶⁰ Le prime applicazioni nel settore della responsabilità medica del noto regime probatorio elaborato dalle Sezioni Unite nel 2001 si ebbero con le sentenze Cass. 4 marzo 2004, n. 4400, in *Danno e resp.*, 2005, 45, con note di FEOLA, *Il danno da perdita di chances di sopravvivenza o guarigione è accolto in Cassazione*, e NOCCO, *La «probabilità logica» del nesso causale approda in sede civile*; Cass. 19 maggio 2004, n. 9471, Cass. 28 maggio 2004, n. 10297 e Cass. 21 giugno 2004, n. 11488, tutte in *Danno e resp.*, 2005, 23 ss., con nota di DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*. Un'approfondita analisi di queste quattro sentenze si può, inoltre, leggere in IZZO, *Il tramonto di un «sottosistema» della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2005, 130 ss.

³⁶¹ Come rilevato da ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*, cit. 703: "il nuovo corso tracciato da Cass. 13533/2001 lasciava irrisolti alcuni problemi e sollevava qualche antinomia: se, nella geometria dei rapporti contrattuali così disegnata, al creditore si chiedeva solo di allegare l'inadempimento, restava da capire come ciò potesse conciliarsi con quell'altra regola che poneva a carico del medesimo la dimostrazione del nesso (il che postula, almeno in teoria, la previa individuazione, nella catena dei singoli atti posti in essere dai sanitari, di una precisa condotta ritenuta "inidonea" e la dimostrazione che essa ha prodotto l'evento. Un problema di fatti e rapporti concreti, dunque, e non di mere deduzioni)."

³⁶² Dopo il 2001, la giurisprudenza maggioritaria (Cass. 18 aprile 2005, n. 7997, in *Mass. Giur. it.*, 2005; Cass. 19 aprile 2006, n. 9085, cit.; Cass. 24 maggio 2006, n. 12364, cit.) onerava il danneggiato della prova del nesso causale. La sent. N. 577/2008 si pone quindi in netta discontinuità con i precedenti su tale profilo.

suscitato un intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale in merito alla portata da attribuire alla perifrasi utilizzata ed alle conseguenze pratiche in tema di riparto dell'onere probatorio.

Secondo una prima ricostruzione, i giudici di legittimità, pur dichiarando di prender le mosse dal precedente del 2001, con l'arresto del 2008 finiscono in realtà per giungere a risultati ulteriori: onerando il paziente soltanto dell'allegazione del peggioramento delle condizioni di salute e della sua derivazione, in astratto, dall'inadempimento del sanitario, estendono di fatto l'onere probatorio del medico – non in grado di fornire la prova di aver esattamente adempiuto – all'assenza, in concreto, di un nesso tra la sua condotta ed il danno subito dal paziente e dunque, alla prova positiva del fattore esterno responsabile del pregiudizio. Se è vero, infatti, che sul creditore incombe l'onere di allegare un inadempimento *efficiente* (ovvero astrattamente idoneo a cagionare il pregiudizio lamentato), è vero altresì che solo di allegazione si tratta: il paziente non è gravato della prova concreta ed individuale, bensì, più semplicemente, è suo compito individuare una condotta che astrattamente possa cagionare il pregiudizio che si lamenta. Grava invece sul medico la prova contraria.

Tale orientamento, mosso da esigenze di tutela della c.d. parte debole del rapporto³⁶³, rileva che ragionando diversamente si arriverebbe alla insostenibile conclusione di gravare il paziente della prova del nesso causale (che lega una sequenza precisa e concreta di eventi, sino al danno), laddove le Sezioni Unite si

³⁶³ È evidente, infatti, che nell'ambito della responsabilità sanitaria, il rapporto di causalità presenta caratteristiche del tutto peculiari in quanto la prestazione del medico interviene su condizioni di salute generalmente già pregiudicate del paziente (salvo che non si tratti, ad es., di interventi di chirurgia estetica), rendendo piuttosto complesso l'accertamento della sua incidenza causale sulla condizione di salute dell'attore al termine delle cure.

accontentano, per ritenere adempiuto l'onere probatorio gravante sull'attore, dell'allegazione di un inadempimento anche solo astrattamente idoneo a provocare il pregiudizio.

Si è, tuttavia, osservato³⁶⁴ come la soluzione ermeneutica prospettata dalla Corte non precisi in alcun modo in cosa consista in concreto “l'allegazione della colpa e del nesso causale” la quale, se troppo generica³⁶⁵, rischierebbe di creare problemi di difesa per il convenuto danneggiante, nonché di *mutatio libelli*. Si rileva, inoltre, come le conclusioni prospettate dai giudici finiscono di fatto per sovrapporre il piano della colpa con quello del nesso eziologico, al punto da doversi presumere che l'errore del sanitario sia sempre causalmente rilevante nella produzione dell'evento dannoso³⁶⁶. Non da ultimo, è stato obiettato che le soluzioni prospettate

³⁶⁴ Cfr. ANZANI, *Il riparto dell'onere probatorio nelle due specie di responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civile*, 2017, 1, 242: “Ai fini del contraddittorio processuale, è indubbio che le allegazioni di una parte — come dispone l'art. 163, n. 4, c.p.c. con riguardo all'atto di citazione — debbano essere adeguatamente circostanziate, perché ciò definisce il *thema probandum* ed assicura il diritto di difesa della controparte, la quale potrà meglio effettuare contestazioni, ulteriori allegazioni ed opportune attività istruttorie”; ancora ROSSETTI, *Unicuique suum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupate considerazioni sull'inarrestabile fuga in avanti della responsabilità medica)*, in *Giust. civ.*, 2010, 2218 ss.; in AGNINO, *La responsabilità medica: lo stato dell'arte della giurisprudenza tra enforcement del paziente ed oggettivazione della responsabilità medica*, in *Corr. giur.*, 2011, 628.

³⁶⁵ Si è accontenta di una allegazione generica Cass. 19 maggio 2004, n. 9471, in *Danno e resp.*, 2005, 26 ss., secondo cui è sufficiente che contestare “l'aspetto colposo dell'attività medica secondo quelle che si ritengono essere in un dato momento storico, le cognizioni di un professionista che, espletando, peraltro, la professione di avvocato, conosca l'attuale stato dei profili di responsabilità del sanitario”.

³⁶⁶ Cfr. PUCELLA, *Causalità e responsabilità medica: cinque variazioni del tema*, cit., 822: “La Corte opera così una sorta di “crasi logica” tra dimostrazione processuale della colpa e della catena causale: l'allegazione di una condotta colposa idonea a generare un danno del tipo di quello realmente verificatosi esaurisce l'onere probatorio del creditore danneggiato; l'attitudine delle circostanze a provocare il danno lamentato esonera il danneggiato dalla necessità di dover dimostrare in altro modo la connessione causale. Ne consegue che la dimostrazione che un (certo) fatto è idoneo a determinare un (certo) effetto tiene luogo della concreta dimostrazione che quel fatto ha prodotto quell'effetto. Il debitore a quel punto si libera provando, alternativamente: che nessun rimprovero può essergli mosso (cfr. ad es., Cass. n. 2185/2014); che la sua condotta è priva di valenza eziologica (cfr. ad es., Cass. n. 27855/2013)”.

Similmente DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*, cit., 620 ss. Contra: SERANI, *Le cure inutili e la responsabilità del medico: quando la speranza è fonte di danno*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1693 ss.

da Cass. 577/2008, pur sostenibili in caso di inadempimento totale³⁶⁷, non sembrano argomenti sufficienti ad estendere la medesima regola anche all'ipotesi dell' "inesatto adempimento", per la quale dovrebbe continuare a valere (in ossequio all'art. 2697 c.c.) il principio secondo cui spetta al creditore provare specificamente (e non soltanto allegare) i fatti posti a fondamento della sua domanda (e dunque i fatti che concretano l'inesatto adempimento della prestazione da parte del debitore)³⁶⁸.

Tali considerazioni si sono aggiunte all'impatto dirompente della regola esposta nella decisione dei casi sottoposti al vaglio dei giudici di merito: il notevole vantaggio probatorio offerto al paziente risultava infatti decisivo nella risoluzione di un gran numero di controversie (ancorché incerte) in favore di quest'ultimo.

Per tutte queste ragioni, è stata suggerita dalla dottrina una interpretazione alternativa delle conclusioni formulate nel 2008, al fine di individuare una soluzione più equilibrata. Secondo questa tesi, le Sezioni Unite non avrebbero dettato una regola di applicazione generale a tutto il settore della responsabilità sanitaria; l'impatto della pronuncia andrebbe, piuttosto, ridimensionato alla luce della peculiarità del caso concreto sottoposto al vaglio dei giudici. Nell'ipotesi esaminata nel 2008 (concernente un danno da emotrasfusione), il nesso di causalità poteva considerarsi "autoevidente", implicito nella consequenzialità dell'evento

³⁶⁷ Apparendo in questo caso difficile, se non impossibile, per il creditore la dimostrazione di non aver ricevuto la prestazione.

³⁶⁸ È bene rilevare, tuttavia, a sostegno della soluzione adottata dalle SS.UU., che spesso l'inesatto adempimento viene invocato sotto il profilo non di un fatto commissivo, bensì di una omissione (ad es. mancata esecuzione di un esame diagnostico). In questi casi si potrebbe ritenere che il paziente lamenti proprio un inadempimento assoluto, e non già un inesatto adempimento. Sicché si capisce come anche in questo caso possa ritenersi ragionevole l'applicazione dei principi elaborati delle SS.UU. e, in particolare, che spetti al medico provare che non vi sia stato inadempimento, oppure che l'omissione non abbia cagionato l'evento dannoso lamentato dall'attore.

dannoso all'atto medico³⁶⁹, sì da giustificare l'addossamento della prova contraria sul sanitario³⁷⁰. Si trattava, in sostanza, di una applicazione della regola *res ipsa loquitur*, in ragione della quale le circostanze specifiche permettevano di considerare sufficiente l'allegazione del semplice inadempimento della prestazione promessa. Nei casi meno evidenti, invece, non qualsiasi inadempimento dovrebbe reputarsi rilevante e, per questo, atto a fondare la presunzione di causalità tra condotta inadempiente e danno, ma solo l'inadempimento astrattamente idoneo a provocare quel danno³⁷¹.

La pronuncia del 2008, pertanto, seppur giustificata nel caso specifico, non dovrebbe considerarsi fonte di un principio generale ed applicabile ad ogni fattispecie, ma lascerebbe spazio a ricostruzioni alternative.

A seguito dell'arresto del 2008, la giurisprudenza di legittimità ha quindi continuato ad oscillare: all'orientamento tradizionale che addossava sul paziente la prova del nesso eziologico (in quanto elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità)

³⁷², si contrapponevano pronunce che si accontentavano dell'allegazione da parte

³⁶⁹ Cfr. Cass. ord. 19 luglio 2018, n. 19204.

³⁷⁰ Cfr. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., 351, nota 7, "In altre parole, occorre che l'attore muova contestazioni puntuali e circostanziate (ad es.: malfunzionamento di un determinato macchinario), e non si limiti genericamente a lamentare un inadempimento del medico o della struttura, come presunta causa del pregiudizio lamentato".

³⁷¹ Anche tale tesi, che onera l'attore danneggiato, nella generalità delle ipotesi, di un più gravoso onere probatorio relativo al nesso eziologico, non è andata esente da critiche. Si lamenta, infatti, l'incoerenza di gravare il paziente da una parte della sola allegazione dell'inadempimento e dell'altra della prova vera e propria del nesso di causalità tra inadempimento e danno. Se l'antecedente della catena causale (l'inadempimento o l'inesatto adempimento) non deve essere provato ma solo allegato, appare contraddittorio pretendere la prova del nesso tra antecedente e conseguenza. Cfr. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., 354.

³⁷² Nella giurisprudenza di legittimità Cass. 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Corr. giur.*, 2010, 1201 ss., con nota di DI MAJO, *La responsabilità da violazione del consenso informato*; in *Danno e resp.*, 2010, 685 ss., con nota di SIMONE, *Consenso informato e onere della prova*; in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1013 ss., di GORGONI, *Ancora dubbi sul danno risarcibile a seguito di violazione dell'obbligo di informazione gravante sul sanitario*; Cass., Sez. III, 24 marzo 2011, n. 6744; Cass. 9 ottobre 2012, n. 17143; Cass., Sez. III, 27 novembre 2012, n. 20996; Cass. 31 luglio 2013, n. 18341, in *Contratti*,

dell'attore danneggiato dell'inadempimento del debitore (astrattamente idoneo a provocare il pregiudizio lamentato) facendo gravare sul danneggiante l'onere della prova della mancanza del nesso³⁷³

Segue: il rischio della causa ignota e l'orientamento inaugurato dalla sentenza

Scoditti

In questo contesto di incertezza si colloca la nota sentenza della sezione III della Corte di Cassazione del 2017^{374 375}, la quale interviene a distanza di quasi dieci anni dal citato precedente, sollecitata dai ripetuti interventi normativi³⁷⁶ volti a

2014, 139 ss., con nota di PUTIGNANO, *Danno da parto in presenza di cause patologiche pregresse e onere della prova*; Cass., Sez. III, 12 marzo 2015, n. 4937. Nella giurisprudenza di merito: Trib. Bari 17 marzo 2010; Trib. Bari 16 dicembre 2011; Trib. Bologna 16 febbraio 2012.

³⁷³ In tal senso Cass., Sez. VI, 30 dicembre 2011, n. 30267; Cass., Sez. III, 9 ottobre 2012, n. 17143; Cass., Sez. III, 8 giugno 2012, n. 9290; Cass., Sez. III, 12 settembre 2013, n. 20904; Cass., Sez. III, 22 maggio 2014, n. 11363; Cass., Sez. III, 6 ottobre 2014, n. 21025; Cass., Sez. III, 30 settembre 2014, n. 20547.

³⁷⁴ Cass., sez. III, 26 luglio 2017, n. 18392, *Foro it.*, 2017, I, 3358 con nota di DI ROSA, (commentata da D'AMICO, *La prova del nesso di causalità "materiale" e il rischio della c.d. "causa ignota" nella responsabilità medica*, in *Foro It.*, 2018, I, 1348; in *Danno e resp.*, 2018, 345, con nota di D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit.; PARDOLESI - SIMONE, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta!*, in *Danno e resp.*, 2018, 1, 5 ss.; TASSONE, *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso*, *ibid.*, 14; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento... extra-contrattuale per colpa*, *ibid.*, 2019, 248 ss.; PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit., 709; SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *Foro it.*, 2018, V, 265; NUCCI, *La distribuzione degli oneri probatori nella responsabilità medica: "qualificato inadempimento" e prova del nesso causale*, in *Resp. medica*, 2017, 527; ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*, cit..

³⁷⁵ Si sono uniformate a questo indirizzo, tra le altre: Cass. civ., sent. 7 dicembre 2017, n. 29315, in *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Sanità pubblica e sanitari*, n. 471; Cass. civ., sent. 29 gennaio 2018, n. 2061; Cass. civ., sent. 15 febbraio 2018, n. 3704; Cass. civ., sent. 2 marzo 2018, n. 4928; Cass. civ., ord. 13 luglio 2018, n. 18540; Cass. civ., ord. 22 agosto 2018, n. 20905; Cass. civ., ord. 13 settembre 2018, n. 2227; Cass. civ., ord. 12 ottobre 2018, n. 2537; Cass. civ., sent. 30 ottobre 2018, n. 27446.

³⁷⁶ Nel frattempo si sono succeduti il DL 13 settembre 2012, n. 158 (noto come Decreto Balduzzi), convertito in Legge 8 novembre 2012, n. 189 e la Legge 8 marzo 2017, n. 24 (Legge Gelli-Bianco).

circoscrivere i confini della responsabilità medica e dall'esigenza di contenere i costi sociali di quella decisione.

La Suprema Corte³⁷⁷ sostiene la conciliabilità delle posizioni sostenute dalla giurisprudenza proponendo una distinzione fra la causalità relativa all'evento (causalità materiale) ed al conseguenziale danno (causalità giuridica), da un lato, e la causalità relativa all'impossibilità della prestazione, dall'altro. Il nesso di causa stabilito tra condotta del sanitario ed evento dannoso, precisano i giudici, forma parte della fattispecie costitutiva della responsabilità al pari del danno, sicché, anche con riferimento ad esso, l'onere della prova è a carico dell'attore³⁷⁸. Una volta dimostrato, quindi, che l'aggravamento della situazione patologica del paziente ovvero l'insorgenza di nuove patologie è causalmente riconducibile alla condotta del medico, sarà il debitore (il medico e la struttura sanitaria convenuta) a dover fornire la prova del diverso nesso causale, relativo – questa volta – non alla fattispecie costitutiva della responsabilità, bensì alla fattispecie estintiva

³⁷⁷ La fattispecie concreta decisa dalla Suprema Corte concerneva il caso di un lavoratore che aveva fatto ricorso alle cure mediche a seguito di un infortunio sul lavoro, consistente in una lesione tendinea al polso della mano sinistra; a seguito della supposta inesattezza delle prestazioni di diagnosi e di cura prestategli presso la struttura, il lavoratore agiva, quindi, nei confronti dell'azienda ospedaliera, del medico del pronto soccorso, del chirurgo ortopedico. In primo grado le richieste risarcitorie avanzate nei confronti dei primi due convenuti venivano accolte, ma in appello la pronuncia veniva riformata: la domanda nei confronti dell'azienda ospedaliera veniva rigettata, mentre quella formulata nei confronti dei medici veniva accolta sul presupposto della sussistenza del concorso di azioni dei due medici nella produzione del pregiudizio. Chiamata a pronunciarsi sulla vicenda, la Suprema corte ha ulteriormente riformato l'esito cui erano giunti i giudici dell'appello, sostenendo che la prova dell'inesattezza della prestazione medica non era sufficiente ad affermare la responsabilità del debitore, rivelandosi necessaria anche la prova specifica del nesso di causalità tra inadempimento e danno. La Cassazione ha quindi ritenuto che la prova del nesso eziologico gravi sul creditore-paziente, con la conseguenza che l'incertezza sulla configurabilità del collegamento causale tra la condotta imperita del debitore-medico e il danno costituisca un rischio a carico del creditore.

³⁷⁸ Cass. civ., sez. III, 26 giugno 2018, n. 16828, in <http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/> secondo cui la nozione di fatto costitutivo della responsabilità medica deve essere ricostruita in termini ampi, come tale non limitata a ricomprendere esclusivamente il danno, bensì estesa anche al relativo profilo eziologico.

dell'obbligazione, concernente la impossibilità di adempiere ex art. 1256 c.c.³⁷⁹. Il rischio della causa ignota, e cioè della mancata prova del rapporto di causalità, viene quindi fatto gravare inesorabilmente sul paziente, diversamente dall'opzione espressa dalle Sezioni unite del 2008, cui pure la Cassazione del 2017 afferma di volersi uniformare.

I giudici, in proposito, rilevano come tali conclusioni siano solo apparentemente in contrasto con il noto precedente, giacché in quest'ultimo non si faceva questione della prova della causalità materiale, ma piuttosto si poneva attenzione sul distinto profilo dell'esclusione della responsabilità³⁸⁰. Inoltre, da una più approfondita analisi emergerebbe che, allorché la Sezioni Unite hanno addossato il rischio della causa ignota sul convenuto danneggiante, esse intendevano più precisamente riferirsi alla causa relativa alla fattispecie estintiva dell'obbligazione, non già a quella costitutiva. E infatti l'evento, il danno ed il nesso di causalità costituiscono tutti elementi della stessa fattispecie costitutiva che spetta all'attore provare; *rappresentano il "tronco comune" sia della responsabilità contrattuale sia di quella extracontrattuale, da cui in poi queste ultime prendono a differenziarsi:*

³⁷⁹ Ad articolare diversamente il riparto degli oneri probatori – osservano i giudici di legittimità – non può valere neppure il principio di vicinanza della prova. In tal senso, infatti, affermano che la “maggiore vicinanza del debitore non sussiste - evidentemente - in relazione al nesso causale fra la condotta dell'obbligato e il danno lamentato dal creditore”; trattandosi di elemento egualmente “distante” da entrambe le parti (o semmai maggiormente “vicino” al danneggiato), non può giustificarsi alcuna inversione dell'onere probatorio e deve trovare applicazione lo schema generale descritto dall'art. 2697 c.c. Sul tema cfr. MARGIULO PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, cit., 263.

³⁸⁰ “In altri termini” – argomenta PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit., 711 – “le Sezioni unite si sarebbero occupate della causalità soltanto nella prospettiva dell'esonero dalla responsabilità, addossando correttamente al debitore la prova di un fattore diverso dall'inadempimento dotato nella vicenda concreta di una portata eziologica assorbente, in grado di escludere la rilevanza causale dell'inadempimento”.

*l'inadempimento nella prima, il dolo o la colpa nella seconda*³⁸¹. L'affermata identità nelle due specie di responsabilità sia del giudizio causale, che della relativa distribuzione dei temi di prova, poggia sulla convinzione che la causalità costituisca una dimensione del danno, che indubbiamente è onere del danneggiato dimostrare³⁸².

Segue: considerazioni critiche

Ebbene, la continuità dichiarata con i precedenti della stessa Corte appare ai più³⁸³ precaria: basti pensare che laddove il caso sottoposto a Cass. n. 577/2008 fosse stato risolto alla luce del principio enunciato da Cass. n. 18392/2017, l'esito sarebbe stato diametralmente opposto. Il paziente, infatti, che non aveva provato il nesso

³⁸¹ PARDOLESI - SIMONE, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta!*, cit., 10.

³⁸² Critica nettamente tale affermazione PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit., 713 "L'immanenza della causalità al danno lascia, però, perplessi non foss'altro perché un problema eziologico si pone anche al di fuori del contesto risarcitorio: basti pensare, nel diritto civile, alle forme di illecito senza pregiudizio presidiate dall'azione inibitoria e, nel diritto penale, ai reati ai quali non consegua un danno (o strutturalmente, per es. gli atti contrari alla pubblica decenza, o perché "le cose sono andate bene") o addirittura ai reati di pericolo concreto. La causalità è la relazione di derivazione tra una condotta e un evento, anche non dannoso, e dunque propriamente non inerisce né alla condotta né al danno".

³⁸³ ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*, cit., 700 e 703; D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., 352 ss.; 9 ss.; PARDOLESI - SIMONE, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta!*, cit., 9ss; TASSONE, *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso*, cit. 14 ss; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La Terza Sezione e la strana teoria dell'inadempimento... extra-contrattuale per colpa*, cit., 253; ID, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*, in *Danno e resp.*, 2020, 1, *Speciale Responsabilità sanitaria*, 76; PALMIERI-PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria e nomofilachia inversa*, in *Foro it.*, 2019, 5, 1603 ss; FACCIOLI, *Nesso causale e onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di C. Granelli, Milano, 2018, 550 ss. Il distacco dai dicta delle Sezioni unite del 2008 è ovviamente negato dal relatore di Cass., 26 luglio 2017, n. 18392, cit., SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, cit., 265 e ss.

eziologico tra la emotrasfusione e la malattia, avrebbe visto certamente rigettata la domanda risarcitoria dalle Sezioni Unite. La supposta conciliabilità degli orientamenti contrapposti emersi a seguito dell'arresto del 2008, sostenuta dai giudici di legittimità, sembra più una promessa non rispettata, una legittimazione apparente per giustificare un orientamento inedito, in grado di attenuare il *favor creditoris* così accentuato in passato.

In primo luogo è apparso singolare alla dottrina che mediante un arresto di una sezione semplice della Cassazione si sia riuscito in maniera surrettizia a superare (*rectius*, rovesciare) un precedente elaborato dalla formazione più autorevole della Corte di legittimità³⁸⁴.

Accanto alla critica di metodo³⁸⁵, numerose obiezioni di merito sono state, poi, mosse alla sentenza del 2017 (nota come sentenza Scoditti, dal nome del suo relatore).

³⁸⁴ D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., 355, nt. 35: "[...] Registrare un contrasto (tra le sezioni della Cassazione) circa il modo in cui "applicare" il principio enunciato dalle SS.UU. del 2001 allo specifico profilo della prova del "nesso di causalità". E tale "contrasto" dovrebbe aprire la porta ad una rimessione della questione (anche perché si tratta certamente di una "questione di massima di particolare importanza") alla valutazione delle Sezioni Unite." Ancora PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*, cit., 84: "Ma il contrasto non finisce qui: secondo le Sezioni Unite la causa incerta grava sul debitore; secondo le decisioni della Terza Sezione la causa incerta grava sul creditore. Orbene, l'art. 374 c.p.c. riformato, oltre alla facoltà del Primo Presidente di "disporre che la Corte pronunci a sezioni unite sui ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici", dispone che, "se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso". Quindi, se proprio la Terza Sezione decidesse di voler perseverare in questo censurabile orientamento, l'evidente contrasto tra il principio di diritto dettato dalle Sezioni Unite nel 2008 e tra quello, specularmente contrapposto, espresso nelle decisioni della Terza Sezione esige che la questione sia rimessa alle Sezioni Unite. *Perseverare diabolicum!*"; dello stesso avviso LABELLA, *Il nesso di causalità nelle "obbligazioni di diligenza professionale"*, in *Europa e dir. priv.*, 2020, 1, 277 ss.

³⁸⁵ Un'altra critica di metodo è stata formulata da LABELLA, *Il nesso di causalità nelle "obbligazioni di diligenza professionale"*, cit., 285-286, il quale ha rilevato che "le sentenze in commento applicano sul piano giurisprudenziale quanto sostenuto specificamente in sede dottrinarie dal loro estensore. Per quanto si possa dibattere ex professo su un tema con rigore scientifico, l'applicazione giurisprudenziale dei risultati a cui perviene la ricerca in campo dottrinario non può essere unidirezionale ma deve tener conto dell'intero dibattito da porre a fondamento del *decisum*. La coincidenza tra l'autore che studia un tema e il giudice estensore di una sentenza che applica il

Tra esse, si è obiettato che tale orientamento, che onera il creditore della prestazione sanitaria della prova del nesso di causalità materiale, in sostanza oblitera la tradizionale distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Secondo questo orientamento³⁸⁶ sarebbe fallace l'affermazione dell'identità del giudizio causale (e della relativa distribuzione dell'onere della prova) nei due tipi di responsabilità, in quanto risulta erronea la convinzione dell'immanenza della causalità al danno, da cui consegue, tra l'altro, l'attribuzione al creditore della prova di entrambi gli elementi. La ricerca del nesso causale, mediante la quale il danno viene ricondotto alla sfera giuridica del presunto autore, invero, è operazione specifica della responsabilità aquiliana, in cui l'assenza di una preesistente struttura di relazione tra danneggiante e danneggiato rende necessaria la ricerca del responsabile del pregiudizio. Nella responsabilità contrattuale, di contro, l'esistenza di un preciso *vinculum iuris* permette, da un lato, la preventiva identificazione del soggetto chiamato a rispondere dei pregiudizi lamentati e, dall'altro, una più facile identificazione dei danni contrattuali³⁸⁷. Il rapporto di causalità c.d. materiale, dunque, sarebbe contenuto in *re ipsa* nell'allegazione o nella prova dell'inadempimento imputabile, restando assorbito in quest'ultimo. Per tali ragioni viene escluso un autonomo rilievo della causalità in sede di accertamento dei

risultato della ricerca rende lecito il sospetto che proprio il provvedimento reso in sede giudiziaria sia stato pronunciato senza tener conto dell'intero dibattito sviluppato attorno agli istituti applicati nel processo. In ultima analisi, così facendo — e astraendosi dalla vicenda in commento — ciò che rischia di essere messa in dubbio è la terzietà intellettuale del giudice, al di là dell'autorevolezza e insospettabilità degli attori coinvolti nel caso in esame.

³⁸⁶ Tra tutti, cfr. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit., 713 ss.; ID., *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, in *Foro it., Gli Speciali*, 2020, 1, 171; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*, cit., 81 ss.

³⁸⁷ Che si parametrano, di solito, al valore economico dell'interesse del creditore e che l'obbligazione è preordinata a soddisfare.

presupposti della responsabilità ex art. 1218 c.c. quale elemento costitutivo distinto³⁸⁸.

Ciò che, invece, è proprio della responsabilità da inadempimento dell'obbligazione è semmai la causalità c.d. giuridica, che permette di selezionare quali conseguenze pregiudizievoli l'inadempimento abbia provocato. E, *in tal caso, la causalità non va accertata in senso materiale, ma ricorrendo ad un criterio di 'regolarità causale', nel senso di ricomprendere tutte quelle 'conseguenze' che, in base a tale criterio di regolarità e/o di normalità, sono da considerare conseguenze 'immediate e dirette' dell'inadempimento*³⁸⁹.

Tale affermazione tuttavia non comporta una totale e definitiva irrilevanza dei problemi eziologici in ambito contrattuale; la causalità, infatti, riacquista un ruolo determinante in sede di esonero³⁹⁰, facendo sorgere in capo al debitore inadempiente l'onere di dimostrare la derivazione causale del pregiudizio da un

³⁸⁸ PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit., 715: "L'inclusione degli aspetti causali nella figura dell'inadempimento dannoso non annulla affatto, nel contesto della responsabilità contrattuale, il rilievo dei problemi eziologici, ma priva la causalità del rango di elemento costitutivo distinto della fattispecie di responsabilità, con la conseguenza che il rischio della causa ignota del danno viene dislocato in maniera diversa rispetto a quanto accade nella responsabilità aquiliana."

³⁸⁹ DI MAJO, *La salute responsabile*, Torino, 2018, 15.

³⁹⁰ Cfr. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit., 734: "Ora, dall'art. 1218 c.c. emerge che la causalità materiale non riveste il ruolo di autonomo elemento costitutivo della responsabilità contrattuale, ma ciò non preclude un suo rilievo in sede di esonero come causa non positivizzata di esclusione della responsabilità, nella forma della prova della derivazione causale del danno da un fattore del tutto estraneo all'oggetto dell'obbligazione. Per di più, va rimarcato che la tesi qui sostenuta non propugna l'irrilevanza nella responsabilità contrattuale del collegamento causale tra danno e inadempimento, o inesatto adempimento, come se si trattasse di un dispositivo di garanzia pura; ma semplicemente il suo incorporamento nella categoria dell'inadempimento dannoso e, dunque, l'inutilità di concepire la causalità materiale come un elemento distinto della fattispecie di responsabilità." Ancora PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La terza sezione e la strana teoria dell'inadempimento ... extracontrattuale per colpa*, cit., 251, "La prova (dell'esattezza) dell'adempimento o dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta a causa non imputabile al debitore attiene alla vicenda estintiva del rapporto (non a quella costitutiva!), essendo entrambi modi di estinzione dell'obbligazione. Pertanto, l'onere della prova della vicenda estintiva del rapporto grava senz'altro sul debitore, non sul creditore".

fattore esterno e non controllabile con la diligenza richiesta, al fine di andare esente da responsabilità³⁹¹.

Si è osservato³⁹² poi, che con tale pronuncia la Corte ha segnato di fatto il ritorno allo schema di riparto degli oneri probatori esistente prima della citata sentenza della Cassazione n. 6141/1978. I giudici del 2017, tuttavia, giungono sostanzialmente ai medesimi risultati muovendo da un presupposto decisamente diverso, ovvero dall'inquadramento della responsabilità del medico nell'ambito contrattuale, finendo quindi per applicare le regole dell'art. 2043 c.c. ben al di là del loro comune ambito applicativo³⁹³.

Né tantomeno una tale soluzione sembra potersi giustificare alla stregua della intervenuta riforma operata con l'art. 7, comma 3 della Legge Gelli-Bianco³⁹⁴, la

³⁹¹ In tale contesto si inserisce la complessa questione del tenore della prova contraria che il convenuto dovrebbe offrire per andare esente da responsabilità. Secondo un primo orientamento sarebbe sufficiente che il sanitario provi di aver tenuto un comportamento diligente e conforme alle *leges artis* (*Ex multis* Cass., sez. III, 26 gennaio 2010, n. 1538, in *Ragiusan*, 2010, 313 ss.; Cass., sez. III, 19 ottobre 2015, n. 21090); tale tesi prende le mosse da una interpretazione in chiave soggettiva dell'art. 1218 c.c., in forza della quale anche la responsabilità contrattuale è una responsabilità per colpa.

Un diverso orientamento, invece, ispirato ad una lettura oggettiva dell'art. 1218 c.c., ritiene che il convenuto sia tenuto a dimostrare non solo la propria diligenza, ma altresì la derivazione eziologica del danno da una causa a sé non imputabile, in quanto imprevedibile e non prevenibile con la diligenza richiesta nel caso specifico (Cfr. Cass. 30 giugno 2015, n. 13328). Sono evidenti le differenti conclusioni cui ognuna di tale tesi conduce in caso mancata individuazione della causa della lesione: per il primo orientamento, il rischio della causa ignota graverebbe sul paziente; per il secondo, l'esito sarebbe diametralmente opposto e la domanda risarcitoria andrebbe senz'altro accolta.

³⁹² ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*, cit., 696 ss.; D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., 357, in nt. 46; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La terza sezione e la strana teoria dell'inadempimento ... extracontrattuale per colpa*, cit., 248.

³⁹³ MARGIULO PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, cit., 264: "Pur qualificando la fattispecie come inadempimento, la corte s'ingegna di applicare alla responsabilità contrattuale le regole di diritto comune previste in sede di responsabilità extracontrattuale, così individuando - secondo il suo dire - un "tronco comune" delle fattispecie di responsabilità, ovvero operando - come obietta una voce critica - "un'indebita confusione tra la struttura e la disciplina delle responsabilità contrattuale e delittuale (art. 2043 c.c.), tra inadempimento e colpa, tra causalità c.d. "materiale" e c.d. "giuridica".

³⁹⁴ *Contra* SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. 24/17: profili di teoria dell'obbligazione*, cit., 265 ss., afferma che il novello orientamento troverebbe fondamento proprio nella riforma legislativa e, in particolare, nell'introduzione, anche in sede di responsabilità contrattuale, "della rilevanza delle buone pratiche clinico-assistenziali e delle raccomandazioni

quale qualifica in termini aquiliani la sola responsabilità del medico, differenziandola dalla responsabilità contrattuale della struttura in cui esso opera. Se è vero, infatti, che la regola desumibile dalla sentenza Scoditti del 2017 e che fissa il *thema probandum* di attore-paziente danneggiato da un lato, e convenuto-sanitario dall'altro, è coerente con i propositi del legislatore di alleggerimento della posizione della classe medica ed applicabile nelle successive controversie che vedono coinvolti i medesimi soggetti, lo stesso non può certamente affermarsi con riguardo alle richieste risarcitorie avanzate dal paziente nei confronti, questa volta, della struttura sanitaria. In questi casi, infatti, come è stato correttamente rilevato³⁹⁵, la sentenza Scoditti finisce per spingersi ben oltre la *ratio* della novella, giacché solleva dal rischio della causa ignota non solo il sanitario, ma anche la struttura³⁹⁶; la sua responsabilità contrattuale, in buona sostanza, verrebbe così grandemente ridimensionata, esonerando di fatto dal risarcimento anche la compagnia

previste dalle linee guida (art. 5)". Critico si mostra PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*, cit., 76: "Ma in tal modo, nell'ascrivere al piano della causalità (materiale) un sistema di regole che ha il precipuo scopo di "oggettivare" la perizia della struttura sanitaria nell'adempimento della sua obbligazione, si finisce con il confondere il piano della causalità con quello dell'imputazione, cioè proprio quei piani che dovrebbero essere sempre tenuti distinti, almeno secondo quanto affermato dalle due sentenze in commento"; nello stesso senso PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., 171-172.

³⁹⁵ Cfr. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., 355; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La terza sezione e la strana teoria dell'inadempimento ... extracontrattuale per colpa*, cit., 255: "In presenza di questa normativa, lo strano orientamento della Terza Sezione civile che colloca in ambito extracontrattuale la disciplina dell'inadempimento anche per le strutture sanitarie, si rivela essere del tutto contrastante con la lettera e lo spirito della legge e rischia di creare una ampia area di 'irresponsabilità' [...]"; PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit., 713.

³⁹⁶ PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*, cit., 76: "Ciò rende palese la volontà del legislatore di sottoporre la struttura sanitaria (e il suo assicuratore) ad una disciplina differenziata rispetto a quella (extracontrattuale per colpa) che riguarda il singolo operatore sanitario ausiliare del debitore, cioè alla disciplina dell'inadempimento ed al riparto degli oneri probatori così come dettati dalle Sezioni Unite nel 2008 (16). E ciò conformemente alla qualificazione della responsabilità della struttura sanitaria come responsabilità d'impresa".

assicuratrice della struttura³⁹⁷, pensata dal legislatore della riforma come principale misura di socializzazione del rischio.

Di tali plurime contraddizioni sembrano essersi in parte avveduti i giudici della Terza Sezione: in alcune pronunce recenti³⁹⁸ essi, pur condividendo gli approdi raggiunti nel 2017, hanno tentato di mitigarne le conseguenze. Al fine di giustificare la mal celata discontinuità con i principi enunciati nel 2008, è stato sostenuto che le Sezioni Unite in quell'occasione avrebbero adottato una decisione ragionevole nel caso specifico, ma non anche sancito un principio di carattere generale. Più precisamente i giudici hanno affermato che l'allegazione dell'inadempimento qualificato sarebbe sufficiente unicamente nelle circostanze in cui l'inadempimento sia tale da comportare di per sé, in assenza di fattori alternativi più probabili, la presunzione della derivazione del danno dalla condotta. In questi casi, il nesso di causalità potrebbe infatti considerarsi "autoevidente"³⁹⁹, implicito nella consequenzialità dell'evento dannoso all'atto medico, sì da giustificare l'addossamento dell'onere probatorio sul sanitario⁴⁰⁰. Come è stato autorevolmente affermato⁴⁰¹, "si delinea una correzione rimarchevole rispetto all'assunta

³⁹⁷ PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La terza sezione e la strana teoria dell'inadempimento ... extracontrattuale per colpa*, cit., 255: "Questo censurabile tentativo di "contro-riforma giurisprudenziale", che indebitamente allinea la responsabilità "contrattuale" della struttura sanitaria alla responsabilità extracontrattuale per colpa dell'ausiliare (art. 1228 c.c.), si risolve in un ingiustificato *favor* per le sole imprese di assicurazione".

³⁹⁸ Cass. civ., sez. III, sent. 7 dicembre 2017, n.29315, cit.; Cass. civ., sez. III, ord. 19 luglio 2018, n. 19204, *Le banche dati, archivio Cassazione civile*; Cass. civ., sez. III, ord. 13 luglio 2018, n. 18549 in *Foro it.*, 2018, I, 3582, con nota di PARDOLESI-SIMONE, *Tra discese ardite e risalite: causalità e consenso in campo medico*.

³⁹⁹ MARGIULO PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, cit., 266: "tale rilettura, oltre a contraddire espressamente quella forzata convergenza tra gli orientamenti propugnata da Cass. n. 18392/2017, torna ad attualizzare - sebbene con qualche timidezza d'accenni - il meccanismo della *res ipsa loquitur*, come proposto dalle sezioni unite del 2008".

⁴⁰⁰ Cass. civ., sez. III, sent. 7 dicembre 2017, n.29315, cit., "La prova della prestazione sanitaria contiene in sé quella del nesso causale".

⁴⁰¹ PARDOLESI-SIMONE, *Tra discese ardite e risalite: causalità e consenso in campo medico*, cit.

convergenza tra i divaricati orientamenti della Cassazione, che con fatica Cass. 18392/17 aveva cercato di affermare in nome di una «nomofilachia dinamica», tesa a rendere i principi di diritto enunciati dalle sezioni unite «resilienti», ossia capaci di adattamento al variato contesto ordinamentale e di stabilità nel tempo”.

A fronte della proposta prospettiva omologante avanzata dalla sentenza Scoditti, è evidente, anche dagli ultimi arresti giurisprudenziali, il tentativo di reintrodurre soluzioni meno rigide, mutevoli in base alle concrete peculiarità che i casi specifici disvelano.

Una revisione dell’orientamento inaugurato nel 2001, poi sviluppato nel 2008 e da ultimo nel 2017 sembra quindi necessario al fine di costruire un nuovo sistema generale di riparto degli oneri probatori nella responsabilità sanitaria e, più in generale, contrattuale ex art. 1218 c.c.⁴⁰²

5. Obbligazioni di *facere* professionale e prova del nesso eziologico: una giurisprudenza in via di “assestamento”⁴⁰³

Il fermento avvertito nella dottrina e nella giurisprudenza a seguito della “sentenza Scoditti” del 2017 non ha tardato a manifestarsi. Si registra, infatti, un gran numero

⁴⁰² D’AMICO, *Il rischio della “causa ignota” nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., 356: “[...] a nostro avviso - la sua revisione non deve passare tanto attraverso operazioni di sistemazione concettuale, come quella propugnata dalla sentenza in commento, bensì abbandonando la prospettiva “omologante” abbracciata nella pronuncia del 2001, in gran parte determinata dall’adozione (quale criterio di soluzione del problema del riparto dell’onere della prova) di principi “astratti”(leggi: principio di c.d. “vicinanza della prova”), che dichiaratamente prescindono dal contenuto delle diverse “prestazioni” che possono risultare inadempite.”

⁴⁰³ L’espressione è mutuata da D’AMICO, *L’onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di “assestamento”*, cit.

di decisioni⁴⁰⁴ a sostegno dell'imposizione dell'onere di provare la causalità materiale al creditore-danneggiato, che non sembra minacciato dalle certamente più esigue pronunce di segno contrario⁴⁰⁵.

La questione si rivela nodale non solo per definire gli equilibri nel settore della responsabilità sanitaria ma, più in generale, per fissare i regimi processuali e sostanziali delle due specie di responsabilità civile. La giurisprudenza, infatti, ha in termini generali affermato l'esistenza di un tronco comune alla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, con l'evento, il danno e nesso di causalità come elementi costitutivi delle fattispecie, travolgendo di fatto le differenze tra le due fattispecie⁴⁰⁶. Il *discrimen* si appunterebbe – secondo la ricostruzione dei giudici – nel meccanismo di imputazione, ovvero sulla colpa e sull'inadempimento, fattori questi in grado di connotare le due fattispecie⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ Cass. civ., sent. 13 dicembre 2019, n. 29331, *Foro it.*, *Le banche dati*, *archivio Cassazione civile*; 26 febbraio 2019, n. 5487, con nota di PALMIERI-PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria e nomofilachia inversa*, cit.; 17 gennaio 2019, n. 1045; 20 novembre 2018, n. 29853; 23 ottobre 2018, n. 26700; 19 luglio 2018, n. 19204; 19 luglio 2018, n. 19199 e 13 luglio 2018, n. 18549, con nota di con nota di PARDOLESI-SIMONE, *Tra discese ardite e risalite: causalità e consenso in campo medico*, cit., “Dato per acquisito il consolidamento della doppia dimensione della causalità sulla base della rilettura di Cass. 577/08, intesa come specificazione del *dictum* di Cass. 13533/01 a proposito del tipo di allegazione di inadempimento da parte del creditore, da connotarsi come qualificato in presenza di un'obbligazione di diligenza ovvero di comportamento, il rilievo dato nell'art. 7, 3° comma, l. 24/17 alle *leges artis* e la conseguente ricaduta sul profilo contrattuale della responsabilità si legano alla riscoperta della regola di giudizio inaugurata da Cass. 6141/78 mediante il recupero della distinzione tra interventi routinari e non (ulteriormente distinti tra ordinaria e speciale difficoltà), saldandosi con la sempre viva categoria delle obbligazioni di mezzi e di risultato”; 29 gennaio 2018, n. 2061.

⁴⁰⁵ Cass. civ., ord. 11 dicembre 2018, n. 31966, in *Foro it.*, 2019, 490, e in *Danno e resp.*, 2019, 3, 374, con nota di BRIZI, *La Cassazione ancora sulla prova del nesso di causalità materiale e sull'estensione degli obblighi del sanitario membro dell'equipe*.

⁴⁰⁶ Cfr. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, in *Foro it.*, *Gli speciali 2020*, 171, il quale sostiene che “Più realista del re, la terza sezione ha ritenuto di dover superare in rigore il legislatore”, vanificando, in sostanza, una delle finalità della Legge Gelli-Bianco, ovvero la diversificazione dei titoli di responsabilità per struttura sanitaria e per esercente la professione, da essa dipendente.

⁴⁰⁷ SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, cit., 3: “La causalità attiene al collegamento naturalistico di elementi accertato sulla base delle cognizioni scientifiche o più semplicemente logiche. L'imputazione corrisponde invece all'effetto giuridico che la norma collega ad un determinato comportamento sulla base di un criterio di valore. L'inadempimento nella responsabilità contrattuale e la colpa o il dolo in

La dimensione relazionale tra danneggiato e danneggiante, preesistente nella responsabilità contrattuale e carente nella responsabilità ex art. 2043 c.c., tuttavia, appare ai più una constatazione tutt'altro che neutra – come sembra opinare la Corte –, bensì ricca di conseguenze⁴⁰⁸.

Probabilmente questo profilo ha determinato il ripensamento della terza sezione, la quale, alla luce delle numerose critiche mosse alla sentenza Scoditti, si è preoccupata di correggere il tiro dell'orientamento sostenuto. Nonostante i giudici intendano inesorabilmente riconfermare la regola probatoria che onera il paziente-creditore della prova del nesso di causalità materiale, i loro sforzi mirano a dotare tale ricostruzione di un corredo motivazionale maggiormente chiaro e preciso. È così quindi che la Suprema Corte ha emanato due importanti sentenze⁴⁰⁹ dal

quell'aquiliana si collocano evidentemente dal lato dell'imputazione. [...] Il nesso eziologico opera su un piano diverso da quello valoriale della colpa o dell'inadempienza, perché inerisce alla connessione puramente naturalistica. Ciò che deve accertarsi è l'oggettiva idoneità di una condotta, intesa nella sua materialità e scevra da qualificazione di valore, a determinare un evento”.

⁴⁰⁸ Cft. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit., nota 52: “[...]Una medesima condotta umana, improntata ai medesimi criteri direttivi (*leges artis* ricavabili dalla letteratura scientifica, linee guida ministeriali, buone pratiche clinico assistenziali etc.), può senza alcuna contraddizione assumere un rilievo diverso in chiave di responsabilità per i danni eventualmente prodotti a seconda della specie di responsabilità civile in cui essa si iscrive, perché, col mutare dalla disciplina, mutano gli elementi di fatto rilevanti ai fini dell'accertamento della responsabilità.” Contra TASSONE, *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso*, cit., 22, per il quale “non si comprende poi [...] perché la sussunzione di una fattispecie concreta nella disciplina della responsabilità contrattuale o extracontrattuale – nel caso della colpa medica, esattamente nella stessa fattispecie concreta, qualificabile in entrambi i modi – debba portare all'applicazione di oneri probatori opposti con riguardo all'accertamento dell'elemento eziologico”.

⁴⁰⁹ Ci si riferisce a Cass. civ., sez. III, sent. 11 novembre 2019, nn. 28991 e 28992, in *Foro it.*, *Gli speciali* 2020, 1, fascicolo speciale monotematico del Foro italiano a cura di PARDOLESI, con nota di PARDOLESI–SIMONE, *Prova del nesso di causa e obbligazioni di fare professionale: paziente in castigo*, 136; con nota di D'AMICO, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di assestamento*, *ibidem*, 150; con nota di MACARIO, *Prova del nesso di causalità (materiale) e responsabilità medica: un pregevole chiarimento sistematico da parte della Cass.*, *ibidem*, 162; con nota di PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, *ibidem*, 170; con nota di IZZO, *In tema di tecnica e politica della responsabilità medica*, *ibidem*, 198; DI MAJO, *La doppia natura della responsabilità del medico*, in *Giur. It.* 2020, 1, 37 ss.; FRANZONI, *Onere della prova e il processo*, in *Resp. Civ. Prev.* 2020, 1, 195 ss.; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*, in *Danno resp.* 2020, 1, 75 ss.; SCOGNAMIGLIO, *L'onere della prova circa il nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*, in *Resp. Civ. Prev.* 2020, 1, 202 ss.; PLAIA, *La responsabilità del medico e l'argomento statistico*, in *I contratti* 2020,

contenuto speculare in materia di onere della prova del nesso causale, precisando gli approdi cui la medesima sezione era giunta due anni prima con la sentenza Scoditti, tentando di fornire un più solido impianto motivazionale.

I giudici di legittimità, recependo le critiche che erano state mosse al noto precedente senza, per questo, rinnegare l'assunto che la causalità costituisca elemento costitutivo di ogni tipo di responsabilità, concordano che nell'ambito della responsabilità contrattuale si assiste ad una sostanziale corrispondenza tra inadempimento e danno evento, rimanendo quest'ultimo assorbito nel primo. In tale contesto, infatti, la mancata o inesatta esecuzione della prestazione determina *ex se* la lesione dell'interesse protetto dal contratto; pertanto allegare l'inadempimento basta al creditore danneggiato per vedere soddisfatto anche il tema di prova relativo al nesso di causalità materiale e danno evento. Di causalità sarebbe corretto discorrere solamente nella sua accezione di causalità giuridica, che disciplina il rapporto tra il fatto e le conseguenze risarcibili, delimitandone l'ammontare (art. 1223 c.c.): l'onere di provare solo quest'ultimo nesso rimane del creditore.

La Corte avverte, però, che queste regole valgono solamente per lo "schema classico" dell'obbligazione di *dare* o *facere*; allorché si tratti, invece, di obbligazioni di *facere* professionale (come, ad esempio, le prestazioni professionali dei medici o degli avvocati), i criteri appena enunciati non possono più trovare applicazione. E la ragione risiede nella circostanza che in queste ultime il danno evento non si identifica nella lesione dell'interesse oggetto dell'obbligazione, ma

3, 341 ss.; RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, in *Nuova giur. civ.*, 2020, 2, 327 ss.; LABELLA, *Il nesso di causalità nelle «obbligazioni di diligenza professionale»*, in *Europa e dir. privato*, 2020, 1, 277 ss. .

Da ultimo l'orientamento inaugurato dalla coppia di pronunce citate è stato seguito anche da Cass. civ., sez. III, sent. 8 gennaio 2020, n. 122, in *Quot. Dir.*, 2020, con nota di Machina Grifeo

nell'interesse presupposto a quello contrattualmente regolato. In questa specie di obbligazioni, infatti, “*l'interesse corrispondente alla prestazione è solo strumentale all'interesse primario del creditore*”, pertanto il danno evento non corrisponde alla violazione delle regole di diligenza professionale, bensì al mancato miglioramento delle condizioni di salute del paziente, obiettivo cui è orientata l'obbligazione di diligenza professionale. Da tali premesse deriva che la lesione dell'interesse strumentale – dedotto in obbligazione – non comporta necessariamente la lesione dell'interesse primario, in quanto la violazione delle *leges artis* non necessariamente implica il peggioramento delle condizioni di salute. La causalità materiale non viene, quindi, assorbita dall'inadempimento, ma spetta al paziente-creditore dimostrare l'esistenza di una connessione naturalistico-materiale tra la prima e il secondo (e dunque la lesione dell'interesse primario), che si ripropone come elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità, oggetto di specifica prova. Vi sono, in sostanza, in ambito professionale un interesse presupposto ed uno strumentale: il medico non assume l'obbligo di far guarire il paziente; tuttavia, per quanto la guarigione non sia dedotta in obbligazione, appare ciononostante tipicamente connessa all'interesse regolato *già sul piano della programmazione negoziale*, in quanto *motivo comune, rilevante a livello della causa del contratto*⁴¹⁰. Ragionare diversamente, ritenendo che, anche nelle obbligazioni di diligenza professionale, la causalità materiale sia inseparabile dall'inadempimento, ad avviso

⁴¹⁰ Cfr. PUCELLA, *Nesso di causalità materiale e inadempimento*, in *Rivista di responsabilità medica*, commento a Cass., Civ., III sez., 11 novembre 2019, n. 28991, Cass., Civ., III sez., 11 novembre 2019, n. 28992.

dei giudici sarebbe insostenibile, in quanto significherebbe identificare l'oggetto di esse con la guarigione⁴¹¹.

Sulla scorta di tali premesse, ecco allora che viene rievocato, con lo scopo di dare continuità al precedente Scoditti, il duplice ciclo causale: il primo relativo all'evento dannoso, il secondo relativo alla impossibilità di adempiere. Solo una volta assolti gli oneri probatori del paziente danneggiato, infatti, spetterà al sanitario-danneggiante provare di avere adempiuto o la ricorrenza di una causa estranea, a lui non imputabile, che ha reso impossibile la prestazione.

Qualora rimanga ignota, nonostante il ricorso a presunzioni, la causa dell'evento di danno, le conseguenze sfavorevoli ricadono sul creditore della prestazione professionale; il rischio della causa ignota relativa alla impossibilità sopravvenuta della prestazione sanitaria, o all'imprevedibilità ed inevitabilità di tale causa, graverà invece sul debitore⁴¹².

Appare evidente il tentativo delle pronunce del 2019 di correggere il tiro dell'orientamento inaugurato dalla sentenza n. 18392/2017, dando atto dell'irrinunciabile differenza del ruolo della causalità nella responsabilità aquiliana e nella responsabilità contrattuale: da elemento costitutivo di ogni tipo di responsabilità, tema specifico di prova per il danneggiato secondo la sentenza Scoditti, esso perde ora la sua consistenza autonoma nelle ipotesi regolate dall' art.

⁴¹¹ Cass.. civ., sez. III, sent. 11 novembre 2019, n. 28992, cit., 1.1.2: "Ma ciò non è, perché il parametro per valutare se c'è stato inadempimento dell'obbligazione professionale è fornito dall'art. 1176, comma 2 c.c., il quale determina il contenuto della prestazione in termini di comportamento idoneo per il conseguimento del risultato utile"

⁴¹² Cass.. civ., sez. III, sent. 11 novembre 2019, n. 28992, cit., "ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare, anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica, o l'insorgenza di nuove patologie, e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l'esatta esecuzione della prestazione".

1218 c.c., in cui l'inadempimento presenta una intrinseca connotazione causale. Il ripensamento dei giudici di legittimità, tuttavia, non è radicale, in quanto l'assorbimento del giudizio sul nesso causale in quello sull'inadempimento è limitato - nelle argomentazioni della Corte - al solo schema classico di obbligazione di *dare e facere*; esso subisce, invece, una eccezione nelle obbligazioni di diligenza professionale, nelle quali l'accertamento causale ritorna ad essere specifico tema di prova del creditore danneggiato. Il terreno degli scontri, pertanto, che negli ultimi anni si era dilatato ben al di là della responsabilità sanitaria, coinvolgendo le regole generali e schematiche di riparto degli oneri di prova, viene ora limitato al solo settore di quelle che, in passato, erano chiamate obbligazioni di mezzi⁴¹³. Il presupposto delle sentenze citate, infatti, è l'individuazione di una categoria specifica di obbligazioni, quelle di diligenza professionale, che per caratteristiche e struttura si distinguerebbe dalle obbligazioni ordinarie.

La distinzione in commento troverebbe fondamento secondo la Cassazione sulla disposizione contenuta nell'art. 2236 c.c.⁴¹⁴ e sulla diversità degli interessi coinvolti nei due tipi di obbligazione. L'articolo citato limita la responsabilità del prestatore d'opera ai soli danni cagionati con dolo o colpa grave qualora la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà. In tale categoria di obbligazioni ("di diligenza professionale"), il parametro dell'adempimento è

⁴¹³ Cfr. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., 177, "le sentenze in commento riesumano la distinzione in obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi», guardandosi bene, però, dall'adottare la nota nomenclatura, così da cercare di celare il contrasto con un'altra fondamentale pronuncia delle sezioni unite, che ha fatto meritoriamente segnare l'abbandono della distinzione proprio nel settore del suo massimo impiego, quello della responsabilità medica". Il riferimento è, chiaramente, alla sent. Cass. sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577.

⁴¹⁴ Critico su questo profilo si mostra D'AMICO, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di assestamento*, cit., 160.

costituito dalla esecuzione della prestazione professionale a regola d'arte e nel pieno rispetto delle *leges artis*. Proprio in questo si sostanzia l'interesse del creditore-paziente, che le sentenze in commento definiscono "interesse strumentale" per distinguerlo dall'interesse primario o presupposto, coincidente col miglioramento nello stato di salute o, quantomeno, con il mancato peggioramento della pregressa situazione patologica. Quest'ultimo interesse esorbita rispetto alla sfera di controllo del debitore in ragione dei molteplici fattori che, oltre alla pratica medica, influiscono sulle condizioni di salute del paziente. Per tali ragioni, il danno da inadempimento nelle obbligazioni di diligenza professionale non coincide con la lesione dell'interesse strumentale, bensì dell'interesse presupposto. *Di conseguenza, l'inadempimento non include anche l'imputazione oggettiva del danno in quanto il primo è provocato dalla lesione dell'interesse dedotto in oggetto dell'obbligazione, mentre il secondo discende dalla lesione dell'interesse presupposto, sicché «allegare l'inadempimento non significa anche allegare il danno evento il quale, per riguardare un interesse ulteriore rispetto a quello perseguito dalla prestazione, non è necessariamente collegabile al mancato rispetto delle leges artis ma potrebbe essere riconducibile ad una causa diversa dall'inadempimento»*⁴¹⁵.

Segue: Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato.

⁴¹⁵ Cfr. PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., 176

Come anticipato, il punto di partenza delle sentenze in commento, ancorché non manifesto, ma maldestramente celato, è il ritorno alla distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato, o meglio, in campo medico, tra operazioni di facile esecuzione (o di *routine*) e di difficile esecuzione⁴¹⁶.

Come insegna la definizione tradizionale⁴¹⁷, nelle obbligazioni di mezzi la prestazione dovuta prescinde da un particolare esito positivo dell'attività del debitore, il quale promette al creditore i mezzi per condurre ad un risultato, la diligenza nello svolgimento della prestazione; nelle obbligazioni di risultato, invece, il debitore promette al creditore un certo risultato predeterminato.

La giurisprudenza ha per molto tempo adottato la distinzione, e l'ha accolta nella ricostruzione operata da Mengoni, non facendone derivare alcuna conseguenza sul piano della disciplina normativa né in relazione all' onere della prova, né in relazione al fondamento della responsabilità del debitore. *La distinzione, infatti, presentava solo carattere descrittivo e classificatorio, e la sua rilevanza si*

⁴¹⁶ Senza conseguenze sostanziali, diverse sono state nel tempo le formule utilizzate dalla dottrina per riferirsi alla distinzione citata: obbligazioni con risultato indeterminato e predeterminato, interventi di difficile esecuzione e ad alta vincolatività, obbligazioni governabili e non (per quest'ultima definizione, cfr. SICCHIERO, *Dalle obbligazioni "di mezzi e di risultato" alle "obbligazioni governabili o non governabili"*, *Contr. e impresa*, 2016, 6, 1391 ss.).

⁴¹⁷ Com'è noto, la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, di origine germanica, era stata sviluppata in Francia dallo studioso Demogue (DEMOGUE, *Traité des obligations en gé'néral*, V, Parigi, 1928, n. 1237; VI, Parigi, 1931, n. 599). In Italia, Luigi Mengoni si è incaricato con estrema lucidità del compito di chiarire significati e funzioni della diligenza nelle obbligazioni nella celebre opera MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*. *Studio critico*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185 ss., 193 ss., 205 ss.; II, p. 280 ss., 299 ss.; III, p. 304 ss.; IV, p. 366 ss.; V, p. 383 ss. Dopo di lui, si segnalano CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Vita not.*, 1997, 3, 1225 ss.; vedi anche ID., *Le due specie di responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa dir. Priv.*, 2004, 69 ss., 74 ss.; ID., *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 1 ss.; ID., *Il significato di Luigi Mengoni nei suoi scritti*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 203 ss.; ID., *La responsabilità civile*, 4a ed., Milano, 2018; DI MAJO, *Le obbligazioni nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 119 ss., 125; NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 797 ss., 805 ss., 812 ss.; DE LORENZI, voce *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Dig. Priv. (sez. civ.)*, XII, Torino, 1995, 6 ss.; D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni «di mezzi» e «di risultato»*. *Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Napoli, 1999.

*manifestava sul piano del contenuto dell'obbligo: in certe obbligazioni di fare c.d. di comportamento, il contenuto dell'obbligo si determina alla stregua della diligenza-perizia, e la sua violazione (negligenza-imperizia) è inesatto adempimento; in altre obbligazioni di fare c.d. di risultato, un risultato concreto è previsto nel contenuto dell'obbligo, e il mancato raggiungimento del risultato promesso è inadempimento*⁴¹⁸. Mengoni riconosce, quindi, la varietà fenomenologica delle obbligazioni, ma esclude in maniera assoluta che essa comprometta, sul piano dogmatico, l'unità del concetto di obbligazione e, sul piano normativo, l'unitarietà della fattispecie di responsabilità contrattuale⁴¹⁹.

Nonostante la confutazione di Mengoni, la giurisprudenza cominciò col tempo ad utilizzare la distinzione al fine di risolvere problemi di ordine pratico, quale la distribuzione dell'onere della prova nella responsabilità contrattuale. Il cambio di rotta si ebbe con una storica sentenza della fine degli anni '70⁴²⁰, con cui i giudici hanno introdotto la distinzione tra prestazioni di difficile esecuzione⁴²¹ e prestazioni di facile esecuzione (o *routinarie*), caratterizzate da minori complessità e dalla

⁴¹⁸ Così DE LORENZI, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Contr. e impresa*, 2016, 2, 496.

⁴¹⁹ Cfr. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*. *Studio critico*, cit.;; "In alcuni rapporti (cc.dd. obbligazioni di risultato) il risultato dovuto consiste in una realizzazione finale in cui si risolve, con piena soddisfazione, il fine economico del creditore, l'interesse che ha determinato il sorgere del vincolo", in altri vi sarebbe soltanto un comportamento qualificato da un certo grado di convenienza o utilità in ordine a quel fine, la cui realizzazione non è di per sé compresa nell'orbita del rapporto obbligatorio. Non esistono, pertanto, secondo l'A., obbligazioni che non abbiano per oggetto la produzione di un risultato. La dicotomia, quindi, significa piuttosto che può esistere, nei rapporti obbligatori, una maggiore o una minore corrispondenza del termine finale dell'obbligazione (risultato dovuto) al termine iniziale, ovvero all'interesse da cui l'obbligazione trae origine.

⁴²⁰ Il riferimento è a Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 953; nello stesso senso, successivamente, Cass., 1° febbraio 1991, n. 977, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 1379; Cass., 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, I, c. 771, nota PALMIERI; Cass., 4 febbraio 1998, n. 1127, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, 1800

⁴²¹ Venivano fatte rientrare in questa categoria le prestazioni professionali implicanti la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà (art. 2236 c.c.), ritenendo presente la speciale difficoltà in presenza di attività discrezionale del professionista, di casi discussi in teoria e nella pratica, per la cui soluzione non vi sono regole tecniche univoche.

maggior possibilità di successo. Mentre per le prime nulla cambiava⁴²², per le seconde si attenuarono molto gli oneri probatori del creditore, al quale bastava fornire la prova del mancato conseguimento del risultato utile atteso, desumendo dall'esito infausto dell'intervento una «presunzione di colpa», quindi di negligenza del sanitario. Per tali ragioni, la distinzione finiva per condizionare il fondamento della responsabilità contrattuale, soggettiva nelle obbligazioni di mezzi, oggettiva in quelle di risultato⁴²³.

Il senso dello schema logico-argomentativo che ruotava attorno al concetto di intervento routinario o ad alta vincolatività era quello di individuare “casi in cui esiste una così stretta correlazione tra osservanza delle regole dell'*ars* e percentuale di successo dell'intervento, da rendere il peggioramento delle condizioni di salute necessariamente imputabile a un errore del medico (e, quindi, ad un inadempimento). Il quale medico, per escludere la propria responsabilità, non tanto deve provare di non essere in colpa (cioè di aver rispettato le regole tecniche che andavano applicate nel caso di specie e, quindi, di avere adempiuto la propria obbligazione), ma è piuttosto tenuto a dimostrare (ed è l'unica prova capace di esonerarlo da responsabilità) che l'insuccesso dell'intervento (ossia la mancata realizzazione dell'interesse del creditore) è stato determinato dal sopravvenire di

⁴²² Al fine di salvaguardare la libertà dei professionisti intellettuali alla luce del contributo al progresso e allo sviluppo offerto dalla loro attività, si prevedeva che il creditore fosse onerato della prova dell'inadempimento e, sul versante dell'esclusione della responsabilità, si consentiva al debitore di esonerarsi fornendo la prova, alternativamente, dell'impossibilità sopravvenuta non imputabile o del rispetto delle regole di condotta sancite dalle *leges artis*. In sostanza, il debitore di una prestazione di mezzi finiva per essere trattato, ai fini della responsabilità, come un danneggiante aquiliano: era, infatti, il creditore a dover dimostrare, oltre al danno e al rapporto di causalità, anche l'inesatto adempimento (e, quindi, la negligenza) del debitore.

⁴²³ Cfr. DE LORENZI, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, cit., 458: “In modo nascosto, attraverso le regole sull'onere della prova, la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato incideva sul fondamento della responsabilità contrattuale, che veniva ad essere soggettiva o per colpa nelle obbligazioni di mezzi, oggettiva, invece, nelle obbligazioni di risultato”.

una causa estranea (imprevedibile e inevitabile) che ha reso ‘impossibile’ il conseguimento del ‘risultato’ che l’intervento avrebbe dovuto procurare”.⁴²⁴

Tale orientamento, seguito uniformemente dalla giurisprudenza successiva, cominciò ad essere messo in discussione con la pronuncia della Cassazione a SS.UU. 30 ottobre 2001, n. 13533⁴²⁵. Con la sentenza citata i giudici, pur non occupandosi specificamente di mezzi/risultato, hanno ridimensionato l’utilità pratica della dicotomia, affermando che in tutte le obbligazioni il creditore deve solo allegare l’inadempimento o l’inesatto adempimento, essendo onere per il debitore provare di avere esattamente adempiuto. Nelle obbligazioni di comportamento, il creditore che agisce in giudizio non è più chiamato a provare la negligenza-imperizia del debitore, in cui si concreta l’inesatto adempimento, bensì solo ad «allegarla».

La differenza con le obbligazioni di risultato è attenuata, ma sopravvive: mentre, infatti, al debitore di mezzi è consentito liberarsi dalla responsabilità provando di aver operato diligentemente⁴²⁶, il debitore di risultato andrà esente da responsabilità

⁴²⁴ D’AMICO, *Il rischio della “causa ignota” nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., 356 ss.

⁴²⁵ Cfr. Sez. Un. civ., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 769, con nota di LAGHEZZA, *Inadempimenti e onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*; in *Corr. giur.*, 2001, 1565, con nota di MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; in *Contratti*, 2002, 113, con nota di CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 349, con nota di MEOLI, *Risoluzione per inadempimento e onere della prova*; in *Contratto impr.*, 2002, 903, con nota di VISINTINI, *La suprema corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell’inadempimento)*; EAD., *L’onere probatorio nelle azioni di adempimento e risoluzione del contratto*, ivi, 2014, 23 ss.

⁴²⁶ E tali regole non subiscono eccezioni in caso di prestazione mediche di difficile esecuzione; in questi casi spetta al medico provare la difficoltà dell’intervento, e di aver prestato la perizia richiesta. Si assiste, quindi, anche per le prestazioni professionali di difficile esecuzione, ad una attenuazione dell’onere della prova per il creditore e ad un corrispondente aggravamento della posizione processuale del debitore professionale

unicamente provando, ex art. 1218 c.c., la ricorrenza di un evento imprevisto e imprevedibile.

La distinzione tra mezzi e risultato, già attenuata, a livello pratico nel 2001, è stata definitivamente superata dalle pronunce rese a Sezioni Unite nel 2005⁴²⁷ e, con specifico riferimento alle responsabilità sanitarie, nel 2008⁴²⁸ dalla Cassazione. I giudici, aderendo agli approdi raggiunti nel 2001 in tema di onere probatorio⁴²⁹, sostengono chiaramente che la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato deve essere abbandonata, in quanto tutte le obbligazioni contengono sia un comportamento del debitore sia un risultato, seppur in proporzione variabile. Unificato il tema di prova per tutti i tipi di obbligazione, pertanto, il creditore può limitarsi ad allegare l'inadempimento (che si desume dal mancato raggiungimento del risultato), mentre il debitore in entrambe le ipotesi si ritiene responsabile per il mancato raggiungimento del risultato, con il limite dell'impossibilità⁴³⁰.

⁴²⁷ Cass., Sez. Un., 28 luglio 2005, n. 15781, in *Europa dir. priv.*, 2006, 781 ss. con nota di NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*; in *Contr.*, 2006, 346 ss., con commento di TOSCHI VESPASIANI, TADDEI, *Il contratto d'appalto e la responsabilità del progettista-direttore dei lavori per i vizi e le difformità dell'opera*; in *La resp. civ.*, 2006, 229 ss., con nota di FACCI, *L'obbligazione di risultato del progettista al vaglio delle Sezioni Unite*; in *Obbl. contr.*, 2006, 712 ss., con nota FOLLIERI, *Obbligazioni di mezzi e di risultato nella prestazione del progettista-direttore dei lavori*; in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2006, I, 828 ss., con nota di commento di VIGLIONE, *Prestazione d'opera intellettuale e disciplina applicabile, tra obbligazioni di mezzi e di risultato*. Nella pronuncia i giudici, occupandosi della questione se l'art. 2226 c.c. sia applicabile anche alla prestazione del professionista che abbia assunto sia il ruolo di progettista sia quello di direttore dei lavori, hanno risolto la questione affermando che in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, seppur in proporzione variabile.

⁴²⁸ Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

⁴²⁹ Le Sezioni Unite, in segno di continuità con la pronuncia del 2001, hanno alleggerito sensibilmente l'onere della prova del creditore, circoscrivendolo alla prova del titolo dell'obbligazione inadempita, della scadenza del termine e del danno ed alla mera allegazione dell'inadempimento qualificato, astrattamente idoneo a provocare il danno. Sul debitore viene, invece, fatto gravare l'onere della prova contraria consistente nella circostanza che non vi sia stato alcun inadempimento oppure che esso non è stato eziologicamente rilevante.

⁴³⁰ DE LORENZI, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, cit., 507: "Quindi le obbligazioni professionali, in particolare mediche, non sono più obbligazioni di mezzi, ma sono obbligazioni di risultato concreto positivo. La prova liberatoria del debitore è in ogni caso l'impossibilità del risultato concreto."

L'aggravamento della responsabilità professionale è evidente e ricco di conseguenze pratiche⁴³¹ non solo per le prestazioni routinarie, ma anche e soprattutto per quelle di difficile esecuzione; tuttavia, un dato è certo: l'abbandono della distinzione è affermato con chiarezza e precisione⁴³².

È proprio la nettezza delle argomentazioni della Corte nel 2008, unitamente alla manifestata intenzione dei giudici del 2019 di non porsi in contrasto con i precedenti citati, a stimolare il fermento della dottrina che per prima si è cimentata nei commenti delle due sentenze della terza sezione emanate nell'ambito del recente "progetto sanità"⁴³³ e dedicate al nesso di causa.

Segue: riflessioni sul presunto superamento della dicotomia.

⁴³¹ Si pensi alle conseguenze notevoli dell'aumento delle pratiche di medicina difensiva che, nel tempo, hanno condotto all'emanazione di due leggi in materia di responsabilità medica.

⁴³² Alcuni autori hanno salutato con favore il nuovo indirizzo giurisprudenziale: NICOLUSSI, *Il commiato*, cit., p. 799 ss.; ID., *Sezioni sempre più unite*, cit., p. 872 ss. (critica, però, la trasformazione dell'obbligazione del medico in obbligazione di garanzia); CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, cit., p. 3; DI MAJO, *Le obbligazioni nel pensiero di Luigi Mengoni*, cit., p. 121; CIATTI, *Il crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*, nota in *Giur. it.*, 2008, I, 1, p. 1653. Altri autori si mostrano invece critici della nettezza con cui è stata abbandonata definitivamente la distinzione: D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, cit., 152 ss.; favorevole a mantenere la distinzione sul piano descrittivo del contenuto dell'obbligo PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e resp.*, 2009, 710; DE LORENZI, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, cit., 511 ss., la quale ha commentato: "Entrambe le sentenze riecheggiano nelle declamazioni l'insegnamento di Mengoni, ma in realtà lo travisano, e se ne allontanano. Il termine «risultato» utilizzato nelle sentenze non ha il significato che la parola «risultato» assumeva nel pensiero di Mengoni, quando egli affermava che un risultato è presente in ogni obbligazione, ed è dovuto dal debitore, così come un comportamento. Mengoni affermava che un risultato «di utilità» è presente in ogni obbligazione per il creditore (art. 1174 c.c.), anche nelle obbligazioni di mezzi, che la prestazione del debitore deve soddisfare. Il risultato di «utilità» è diverso dal «risultato pratico», concreto; il risultato concreto era fuori dal contenuto dell'obbligo nelle obbligazioni di comportamento per Mengoni."

⁴³³ Ci si riferisce alle 10 "sentenze-pilota" pubblicate in data 11 novembre 2019 e numerate in sequenza (dal 28985 al 28994).

Prevedibili, anche se tutt'altro che infondate, appaiono le critiche di una parte degli studiosi che denunciano il mal celato tentativo dei giudici di porsi in continuità con i precedenti pronunciati a Sezioni Unite, giungendo, nei fatti, ad esiti diversi e tutt'altro che consolidati. La Cassazione nel 2001 e nel 2008 era intervenuta in favore del creditore con l'obiettivo di ricomporre in maniera *consapevole e deliberatamente semplificante* le regole di formazione giurisprudenziale che fino ad allora erano andate stratificandosi al fine di riflettere le peculiarità del settore sanitario⁴³⁴; con queste pronunce i giudici di legittimità mettono a punto un orientamento⁴³⁵ sostanzialmente antitetico. Delineano, sì, una sistemazione degli oneri probatori apparentemente unitaria ed omologante, salvo limitarne l'ambito applicativo alle sole obbligazioni di diligenza professionale, nuovamente designate a formare un sottosistema autonomo, disciplinato da regole diverse da quelle che trovano normale applicazione nella responsabilità contrattuale⁴³⁶.

Più che un tronco comune alla responsabilità contrattuale ed aquiliana, è stato osservato⁴³⁷, si tratterebbe di due tronchi (quello della responsabilità delittuale per colpa ex art. 2043 c.c. e quello della responsabilità contrattuale, valido per le sole obbligazioni di dare e fare) ed un “tronchetto” delle obbligazioni di *facere* professionale, di fatto *espunte dal diritto delle obbligazioni ed assorbite nel 2043*

⁴³⁴ Cfr. PARDOLESI– SIMONE, *Prova del nesso di causa e obbligazioni di facere professionale: paziente in castigo*, cit., 144.

⁴³⁵ Sostanzialmente già inaugurato dalla sentenza Cass., sez. III, 26 luglio 2017, n. 18392, cit.

⁴³⁶ Cfr. PARDOLESI– SIMONE, *Prova del nesso di causa e obbligazioni di facere professionale: paziente in castigo*, cit., 145.

⁴³⁷ PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità “materiale”: perseverare diabolicum*, cit., 79 ss., rileva che la “teoria dell’obbligazione” (professata dall’estensore Scoditti nel suo saggio *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. 24/17: profili di teoria dell’obbligazione*, cit., 265 ss.) frantuma l’unitarietà della categoria e duplica la disciplina dell’inadempimento.

c.c.⁴³⁸ L'esigenza avvertita dalla dottrina di tenere distinte la responsabilità contrattuale da quella aquiliana si accompagna, poi, alla costante preoccupazione che la responsabilità sanitaria possa elevarsi a un piano di ontologica diversità rispetto al resto delle obbligazioni⁴³⁹.

I giudici rievocano la distinzione tra obbligazioni di mezzi e risultato seppur senza mai nominarle chiaramente, e da essa fanno derivare, in evidente contrasto con i precedenti cui dichiarano di dare continuità, rilevanti conseguenze in ambito di riparto dell'onere probatorio, questa volta, però, in tutto sfavore del paziente danneggiato. Appare evidente ai più, tuttavia, la notevole distanza che separa le storiche pronunce che abbandonavano la dicotomia, dalle decisioni gemelle del 2019: *la scorciatoia della "cripto-correzione" dell'orientamento inaugurato nel 2001 mortifica, piuttosto, la funzione nomofilattica della Corte di cassazione*⁴⁴⁰, creando un nuovo orientamento in aperto contrasto con quello precedente, pur senza l'intervento della composizione più autorevole della Corte di Cassazione⁴⁴¹.

⁴³⁸ Così si spiega il passaggio nelle mani del paziente-creditore del tema di prova del nesso di causalità, il quale assurge ad autonomo elemento di fattispecie. "Ma – osserva chiaramente LABELLA, *Il nesso di causalità nelle "obbligazioni di diligenza professionale"*, cit., 287 - la condotta nella responsabilità contrattuale non è una condotta di un soggetto, ma l'inadempimento del debitore in una dimensione relazionale e quindi relativa".

⁴³⁹ Mettono in guardia sul rischio che le sentenze in commento possano contribuire alla creazione di un sottosistema di responsabilità sanitaria, governata da esigenze specifiche e per questo bisognosa di un regime autonomo: PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit.; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*, cit., 83; MIGLIACCIO, *Ancora in tema di responsabilità medica e onere della prova*, cit., 1257; LABELLA, *Il nesso di causalità nelle "obbligazioni di diligenza professionale"*, cit., 288.

⁴⁴⁰ PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit., 738.

⁴⁴¹ PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*, cit., 84: "Orbene, l'art. 374 c.p.c. riformato, oltre alla facoltà del Primo Presidente di "disporre che la Corte pronunci a sezioni unite sui ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici", dispone che, "se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso". Quindi, se proprio la Terza Sezione decidesse di voler perseverare in questo censurabile orientamento, l'evidente contrasto tra il principio di diritto dettato

Tale orientamento critico ⁴⁴² delle pronunce denuncia l'erroneità del tentativo della Corte di sistemazione del giudizio di responsabilità contrattuale, motivando sulla scorta della fallacia delle assunzioni di fondo della pronuncia, prima tra tutte la distinzione delle obbligazioni di diligenza professionale dalle obbligazioni "ordinarie". Si sostiene, infatti, l'irrilevanza della dicotomia - che sembrava dimenticata -, che non trova chiari addentellati positivi⁴⁴³ e cui può riconoscersi, secondo tale tesi, una rilevanza solo descrittiva, senza che tuttavia possano derivarne conseguenze dogmatiche capaci di ripercuotersi sul fondamento della responsabilità del debitore, né tantomeno sull'onere della prova. Non vi sono, infatti, dei criteri per fissare *ex ante* ed in maniera inequivocabile le obbligazioni in classi predefinite in funzione del loro oggetto, cui collegare regimi probatori e di esonero della responsabilità differenti. È indubbio che il contenuto delle obbligazioni è variegato ed eterogeneo; tuttavia ciò non è in grado di scalfire l'unitarietà delle regole sull'inadempimento e sulla responsabilità contrattuale⁴⁴⁴.

dalle Sezioni Unite nel 2008 e tra quello, specularmente contrapposto, espresso nelle decisioni della Terza Sezione esige che la questione sia rimessa alle Sezioni Unite. *Perseverare diabolicum!*".

⁴⁴² Il riferimento è a PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., 169 ss.; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*, cit., 76. Denuncia l'incoerenza della Corte: "La "riforma Scoditti", nell'operare una non richiesta "decontrattualizzazione" della responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, si pone di là dalla legge, anzi contro di essa, e si discosta in maniera abissale dalle soluzioni dettate, nel 2001 e nel 2008, dalle Sezioni Unite"; nello stesso senso, MARGIULO PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, cit., 265

⁴⁴³ PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*, cit., 82, il quale rileva che, nonostante il codice civile conosca una disciplina unitaria ed unica dell'inadempimento, che permette al debitore di liberarsi soltanto in presenza della prova dell'impossibilità sopravvenuta non imputabile, la Cassazione "propone due distinte discipline dell'inadempimento, secondo che si tratti dello "schema classico" di obbligazione ovvero di obbligazioni aventi ad oggetto il "facere professionale", prevedendo due cause diverse di esonero della responsabilità.

⁴⁴⁴ PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., 188, afferma che la riconduzione ad unità dell'eterogeneità che caratterizza le obbligazioni è affidata all'elasticità del concetto di inadempimento, il cui ampio ambito consente di includere la violazione sia dei vincoli con risultato predeterminato, sia dei vincoli con risultato non predeterminabile."

La critica si estende⁴⁴⁵, poi, anche al connesso profilo della divaricazione tra interesse presupposto o primario ed interesse strumentale del creditore, affermata dai giudici a sostegno delle proprie conclusioni. La Corte, infatti, sembra non avvedersi della circostanza che qualora l'interesse alla guarigione o, quantomeno, al miglioramento delle condizioni di salute del paziente (interesse presupposto) rimanesse davvero esterno all'oggetto nelle obbligazioni di diligenza professionale, da tali premesse non potrebbe che discendere l'irrisarcibilità di tale interesse ove lesa (e, certamente, provato dal paziente). Il danno da inadempimento, invero, può *commisurarsi all'interesse al miglioramento dello stato di salute in quanto, e solo in quanto, quest'ultimo risulti dovuto e non già soltanto presupposto*⁴⁴⁶.

Ed ancora, la Corte cerca di superare tale critica elevando l'interesse al miglioramento delle condizioni di salute del paziente sul piano della causa del contratto, sotto il profilo alquanto discutibile del motivo comune a entrambe le parti. Tuttavia, tale impianto argomentativo si rileva alquanto fragile, se si riflette che lo stesso interesse - che i giudici definiscono primario o presupposto - assume rilevanza sul piano causale pur rimanendo estraneo al perimetro dell'obbligazione del medico⁴⁴⁷, quindi non dovuto. Si tratta - è stato osservato - di un mero

⁴⁴⁵ Aderisce alla critica anche PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*, cit., 80.

⁴⁴⁶ Così PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., 181, il quale aggiunge che "Se davvero si dovesse appurare che il miglioramento dello stato di salute o il contenimento degli effetti della patologia integrano un interesse che travalica il perimetro del vincolo obbligatorio, collocandosi all'esterno, dovrebbe trarsene la conseguenza inevitabile che le perdite connesse alla lesione di tale interesse non risultano risarcibili, giacché quest'ultimo non è dovuto".

⁴⁴⁷ Secondo PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit. 182, tale ragionamento si rivela un controsenso "che vorrebbe accreditare l'idea, smentita tanto dalla logica quanto dalla dogmatica, di un interesse rilevante ai fini della determinazione del danno da inadempimento e tuttavia soltanto presupposto, con la conseguenza che la sua realizzazione non risulta dovuta e, pertanto, la sua lesione non necessariamente integra un inadempimento". Nello stesso senso è orientata la critica formulata da PARDOLESI-SIMONE, *Prova del nesso di causa e obbligazioni di facere professionale: paziente in castigo*, cit. 140: "L'espedito - utilizzato dalla

espediente creato dalla Corte che estromette l'interesse alla salute dall'oggetto dell'obbligazione, ma contestualmente lo ricomprende nel diverso elemento della causa del contratto. Così facendo, tuttavia, si allontanano le obbligazioni c.d. di diligenza professionale dal tradizionale e consolidato funzionamento della responsabilità contrattuale, e le si approssimano ad un modello tipicamente aquiliano, restringendo l'oggetto della obbligazione e facendone derivare importanti conseguenze sul piano probatorio.

Il tentativo della terza sezione di superare in maniera surrettizia gli approdi delle SS.UU. sui temi di prova della responsabilità contrattuale è sapientemente notato anche da altra parte della dottrina⁴⁴⁸, che tuttavia saluta con favore il ritorno alla dicotomia mezzi risultato. Si rileva, infatti, che mentre a seguito della pronuncia del 2001 (e delle successive, prima citate, datate 2005 e 2008) le Sezioni Unite, ispirate da un evidente *favor creditoris*, avevano decretato l'abbandono della partizione, assoggettando di fatto tutte le obbligazioni al regime probatorio tipico delle obbligazioni di risultato, con l'intervento della terza sezione è stato raggiunto il

sentenza per tenere insieme lembi che non si toccano – di far rientrare nella causa del contratto, per il tramite del motivo comune alle parti cioè che – la salute! – in *thesi* si assume rimanere fuori dal perimetro dell'obbligazione, appare davvero spericolato e, alla fine, indifendibile. Dentro o fuori, *prosit*. Ma dentro e fuori a un tempo, proprio no!”

⁴⁴⁸ Il riferimento è a G. D'Amico, il più autorevole sostenitore, nella dottrina attuale, alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, intesa come dicotomia dogmaticamente rilevante sul piano della ripartizione della causa ignota del danno tra creditore e debitore. A tal riguardo cfr.: D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni «di mezzi» e «di risultato»*. Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale, Napoli, 1999; ID., *Il rischio della “causa ignota” nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit.; ID., *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, cit.; ID., *La prova del nesso di causalità “materiale” e il rischio della c.d. “causa ignota” nella responsabilità medica*, cit.; ID., *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in *Riv. dir. civ.*, 2019,1, 1 ss.; ID., *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di assestamento*, in *Foro it.* 2020, *Gli speciali*, 150 ss. In occasione della sentenza 18392/2017 (c.d. sentenza Scoditti) avevano invece manifestato il proprio dissenso in merito al ritorno alla dicotomia tra mezzi e risultato ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*, cit., 706; PARDOLESI - SIMONE, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta!*, cit., 12.

risultato diametralmente opposto: onerando il paziente creditore della prova della fonte del vincolo, del danno e del nesso di causalità, tutte le obbligazioni sono di fatto ora assoggettate al regime delle obbligazioni di mezzi, progettato per tutelare la libertà dei professionisti intellettuali⁴⁴⁹.

Il ritorno alla dicotomia, tuttavia, come anticipato, viene salutato con favore dall'orientamento in parola, che ne intuiva l'approssimazione già da qualche anno, a seguito della sentenza Scoditti del 2017. L'adesione, tuttavia, non è completa in quanto l'impostazione della Cassazione è ancora giudicata incompiuta. I giudici, infatti, quando distinguono le obbligazioni di diligenza dallo "schema classico dell'obbligazione di dare o di fare contenuto nel Codice civile", ignorano del tutto l'eventualità di obbligazioni di *facere* professionale che abbiano ad oggetto un risultato. Sembra difficile negare, per l'orientamento in parola, che esistano dei casi in cui l'alta vincolatività che caratterizza le procedure di accertamento e cura di alcune patologie, impedisca di considerare dovuta non solo la diligenza del sanitario, ma altresì il risultato della guarigione. In questi casi non dovrebbe discutersi che, così come avviene per le obbligazioni "classiche" di dare e fare, interesse presupposto e strumentale coincidano e, di conseguenza, debba presumersi l'esistenza di un sicuro nesso causale (salva l'esimente del caso fortuito) tra la violazione delle regole di diligenza e la mancata guarigione. *In altre parole, rispetto a questo tipo di prestazioni inadempimento (ossia: profilo della "imputazione soggettiva" della responsabilità) e nesso di causalità sembrano astretti da un inscindibile nesso*⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ D'AMICO, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di assestamento*, cit., 150

⁴⁵⁰ D'AMICO, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di assestamento*, cit., 156: "Ma se anche fosse vero

Un altro profilo della sentenza che non persuade è la costruzione del doppio ciclo causale ideata dalla terza sezione per distinguere i temi di prova di creditore e debitore. La dottrina citata, infatti, accoglie la dicotomia mezzi/risultato con valenza dogmatica, facendone derivare un sistema di presunzioni che colloca diversamente, in base al tipo di obbligazione, il c.d. rischio della causa ignota del danno. La Cassazione, di contro, ancora alla distinzione una vera e propria distribuzione differenziata del tema di prova della causalità materiale: sul creditore la prova del nesso tra condotta (di inadempimento) del debitore ed evento dannoso, sul debitore la causalità che lega l'inadempimento e l'impossibilità non imputabile della prestazione.

Ebbene la tesi in parola sostiene chiaramente *l'unicità e l'unitarietà* del tema di prova in materia di causalità⁴⁵¹ e nega che il nesso eziologico che la terza sezione addossa sul debitore (causalità estintiva) e relativo alle sequenze causali alternative possa considerarsi un autentico ciclo causale⁴⁵². Propone, piuttosto, una ricostruzione alternativa e più razionale di quella proposta dalla Cassazione: quando l'obbligazione è di risultato e questo sia mancato, può ragionevolmente presumersi l'inadempimento (o la sua inesattezza) e con esso il nesso eziologico, salva la prova

che pure in queste prestazioni l'interesse primario del creditore rimane esterno rispetto all'oggetto dell'obbligazione [...] dire che l'allegazione di un inadempimento del debitore non comporti la prova del danno evento significherebbe smentire l'assunto che ci si trovi di fronte a prestazioni "ad alta vincolatività".

⁴⁵¹ Il nesso di causalità, infatti, secondo l'A. consiste sempre nella prova che la condotta del sanitario ha causato l'evento dannoso lamentato dal paziente (Cfr. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., 356 ss.). Critica il duplice ciclo causale di creazione giurisprudenziale anche LABELLA, *Il nesso di causalità nelle "obbligazioni di diligenza professionale"*, cit., 289 ss.

⁴⁵² Cfr. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., 358: "perché l'esistenza di "sequenze causali alternative" non è un dato che si dia *ex ante*, ma è semmai il risultato (come tale conoscibile solo *ex post*) dell'accertamento causale (unico) che deve essere compiuto". Ne conviene anche PLAIA, *La responsabilità del medico e l'argomento statistico*, in *Contr.*, 2020, 3, 350.

contraria di una causa estranea fornita dal debitore. Diversamente, nel caso di obbligazioni di mezzi, non potendosi presumere l'inadempimento (e conseguentemente neanche il nesso di causa), ove il debitore abbia dimostrato di aver correttamente adempiuto, graverà sul creditore il rischio della mancata prova di una causa, diversa dalla condotta del debitore, da lui non prevista né evitata, idonea a produrre il danno lamentato.

Anche l'orientamento⁴⁵³ che nega valore dogmatico alla dicotomia, le riconosce tuttavia un *momento di verità*⁴⁵⁴: la distinzione contenutistica delle obbligazioni, pur non essendo tale da alterare l'unitarietà della categoria e a diversificarne le regole, ha delle ricadute sul concreto svolgimento del giudizio di responsabilità. Il criterio utilizzato da tale tesi per distinguere i tipi di obbligazione è la predeterminazione o meno del risultato di essa al momento dell'assunzione del vincolo (fattore che inevitabilmente si riverbera sul giudizio di inadempimento). Spesso, infatti, non esistono elementi strutturali o materiali che permettano di stabilire *a priori* il risultato che potrà attendersi dall'obbligazione; la valutazione potrà compiersi solo *a posteriori* e sulla scorta di essa potrà formularsi un giudizio di inadempimento⁴⁵⁵⁴⁵⁶. Nelle obbligazioni con risultato determinabile soltanto *a*

⁴⁵³ Cfr. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 512 ss.; ID., *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit., 713 ss.; ID., *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, in *Foro it., Gli Speciali*, 2020, 1, 171; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*, cit., 81 ss.

⁴⁵⁴ L'espressione è ripresa da MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, *Studio critico*, cit., 204.

⁴⁵⁵ Il giudizio di inadempimento *ex post* viene qualificato da Piraino «modello teleologico a posteriori». Questo giudizio consiste nel raffronto tra modificazione e conservazione effettiva della situazione esterna da parte del debitore (risultato concreto raggiunto) e comportamento tenuto dal debitore, da un lato, e il risultato in astratto ottenibile dal debitore, se questi avesse tenuto comportamenti diversi e più adeguati di quelli prestati dall'altro. Critica tale orientamento DE LORENZI, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, cit., nota 101, p. 479.

⁴⁵⁶ Anche PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, cit., 710, ritiene che «La distinzione pertanto, mentre non vale a introdurre una differenziazione sul

posteriori, pertanto, sul creditore graverà l'onere di una allegazione più circostanziata in ordine all'inadempimento e al danno, in grado di giustificare "l'attitudine in astratto della condotta inesatta del debitore a produrre il tipo di pregiudizio lamentato dal debitore"⁴⁵⁷. In questo, e solo in questo può riconoscersi un fondo di verità alla dicotomia: nella maggiore complessità dell'allegazione dell'inadempimento e della prova del danno gravante sul creditore delle obbligazioni a risultato non determinato. Tali premesse destituiscono di ogni fondamento il tentativo della Cassazione *di estendere a tutte le obbligazioni di fare professionale la caratteristica del risultato determinabile ex post, come se si trattasse di un elemento connaturato all'attività professionale*⁴⁵⁸.

Tutte le voci critiche che si sono confrontate sul ritorno delle obbligazioni di mezzi e risultato, in misura e con conseguenze diverse, sembrano concordare che la distinzione non vada del tutto abbandonata e che una soluzione del tutto omologante non rispecchi la reale eterogeneità della categoria delle obbligazioni. Si tratta, peraltro, di una esigenza avvertita in molti ordinamenti come dimostra il formale accoglimento della dicotomia nei principi Unidroit⁴⁵⁹ per i contratti commerciali

piano della disciplina, è invece sommamente opportuna sul piano descrittivo, quando si tratta di individuare l'oggetto della prestazione, perché è rispetto all'oggetto così individuato che si dovrà poi esprimere il giudizio circa l'adempimento o l'inadempimento dell'obbligazione".

⁴⁵⁷ L'A. rimane sempre sul piano della causalità generale, escludendo che il creditore debba provare "che la causalità materiale ricostruita in astratto abbia operato anche in concreto". La verifica della sussistenza del nesso eziologico sul piano della causalità individuale, infatti, "si rivela imprescindibile in un contesto di incertezza iniziale dell'imputazione oggettiva del danno, quale tipicamente è quello della responsabilità aquiliana"; non, invece, in tema di responsabilità contrattuale.

⁴⁵⁸ Così PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., 190.

⁴⁵⁹ I principi UNIDROIT contengono un esplicito riferimento alla distinzione, alla quale dedicano due articoli, l'art. 5.4 e l'art. 5.5 (oggi 5.1.4 e 5.1.5). La prima disposizione così prevede: (*Obbligazioni di risultato. Obbligazioni di mezzi*) "(1) Quando l'obbligazione di una parte comporti il dovere di raggiungere uno specifico risultato, quella parte è tenuta a raggiungere quel risultato. (2) Quando l'obbligazione di una parte comporti il dovere di adoperarsi con diligenza nell'esecuzione della prestazione, quella parte è tenuta a compiere gli sforzi che una persona ragionevole della stessa qualità compirebbe nelle medesime circostanze." Si distingue, dunque,

internazionali e il suo sostanziale accreditamento nei Principles of European Contract Law⁴⁶⁰.

6. L'equidistanza rispetto alla prova del nesso di causa.

L'analisi sul riparto del nesso eziologico nelle controversie di responsabilità sanitaria deve fare i conti anche con il principio di vicinanza della prova. A seguito della sentenza Scoditti e della giurisprudenza successiva che si è ad essa uniformata, infatti, rimane da comprendere se vi sia spazio per attribuire rilevanza nel dibattito al principio di prossimità alla prova e, eventualmente, che ruolo possa svolgere.

Il criterio della vicinanza (o prossimità, riferibilità, facilità) della prova ha origine giurisprudenziale⁴⁶¹: in virtù di esso, l'onere della prova viene ripartito tra le parti

l'obbligazione di risultato da quella di mezzi in base al fatto che solo nella prima (duty to achieve a specific result) la parte si obbliga a raggiungere un determinato risultato, mentre nella seconda (duty of best efforts) la stessa si impegna ad adottare tutte le misure che una persona ragionevole adotterebbe in quelle circostanze per conseguire lo scopo programmato.

La seconda disposizione (*Determinazione del tipo di obbligazione*) fornisce dei criteri all'interprete per stabilire il tipo di obbligazione cui le parti abbiano inteso dar vita: "Nel determinare quando l'obbligazione di una parte sia un'obbligazione di mezzi o un'obbligazione di risultato, bisogna avere riguardo, tra l'altro, a: (a) il modo in cui l'obbligazione è espressa nel contratto; (b) il prezzo fissato nel contratto ed altre clausole del contratto; (c) il grado di rischio che di norma è connesso al raggiungimento del risultato atteso; (d) la capacità dell'altra parte di influire sull'adempimento dell'obbligazione."

⁴⁶⁰ I principi di diritto europeo dei contratti non contengono un espresso accoglimento della distinzione obbligazione di mezzi-obbligazioni di risultato. Tuttavia, nell'art. 6.102 - disposizione relativa alla possibilità di ricavare clausole contrattuali implicite dall'intenzione delle parti, dall'applicazione dei principi di buona fede e correttezza, dallo scopo del contratto - si trova un riferimento alla partizione in parola e ai criteri interpretativi, indicati nei richiamati principi Unidroit. Il richiamo espresso alla distinzione si riscontra solo nel Commento che accompagna la disposizione citata, in cui si constata come alla bipartizione non siano ascrivibili rigidamente interi tipi contrattuali, potendo nello stesso contratto coesistere obbligazioni di entrambi i tipi.

⁴⁶¹ Fuori dall'Italia, è Bentham che elabora il fondamento teorico del tema (vd. BENTHAM, *An Introductory View of the Rationale of Evidence*, in *The Works of Jeremy Bentham*, a cura di Bowring, Edinburgh 1843, vol. 6, cap. XXVIII (*Of the burthen of proof: on whom shall it lie?*). Il filosofo inglese contrappone l'imposizione dell'onere della prova imperniata sull'allegazione del fatto, all'imposizione dell'onere alla parte che sia in grado di dimostrare il fatto con il minore inconveniente. L'impostazione del filosofo inglese ha trovato seguito nella dottrina italiana in PESCATORE, *Logica del diritto. Frammenti di dottrina e di giurisprudenza*, 2a ed., Torino 1883, vol. I, 95 ss.

in causa tenendo conto in concreto della possibilità per l'uno o per l'altro di provare circostanze che ricadono nelle rispettive sfere d'azione. In estrema sintesi, si ritiene ragionevole gravare dell'onere probatorio la parte a cui è più vicino il fatto da provare⁴⁶².

La giurisprudenza rintraccia la giustificazione dell'argomento nell'art. 24 della Costituzione, come riflesso del principio di effettività della tutela⁴⁶³, consacrato nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. La regola della vicinanza alla prova trova fondamento in disposizioni generali tanto sostanziali, quanto processuali. Sotto il primo aspetto, esso è un corollario dei doveri di correttezza, buona fede e diligenza nell'adempimento, secondo il disposto degli artt. 1175, 1176, comma 2 e 1375 c.c. Per altro verso, la sua base normativa viene individuata nel principio costituzionale del giusto processo (art. 111 Cost.), nonché delle regole generali del Codice di procedura civile, in particolare il dovere di lealtà e probità tra le parti in causa (di cui all'art. 88 c.p.c.), inteso quale onere di collaborazione⁴⁶⁴

⁴⁶² Secondo la Cassazione, la *ratio* del principio risiede “nel criterio della maggiore possibilità per il debitore onerato di fornire la prova, in quanto rientrante nella sua sfera di dominio, in misura tanto più marcata quanto più l'esecuzione della prestazione consista nell'applicazione di regole tecniche sconosciute al creditore, essendo estranee alla comune esperienza, e viceversa proprie del bagaglio del debitore come nel caso specializzato nell'esecuzione di una professione protetta”. In tal senso Cass. n. 9 novembre 2006, n. 23918; Cass., 21 giugno 2004, n. 11488; Cass., SS.UU., 23 maggio 2001, n. 7027; Cass., SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533; Cass. 13 settembre 2000, n. 12103.

⁴⁶³ In tal senso ANZANI, *Il riparto dell'onere probatorio nelle due specie di responsabilità civile*, cit., 234 ss.; IMBRUGLIA, *Effettività della tutela e ruolo del giudice*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 987 ss. In giurisprudenza: Sez. Un. civ., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.; Sez. Un. Civ., 10 gennaio 2006, n. 141, *Foro it.*, 2006, I, 704, con note di DALFINO, *La prova del requisito dimensionale ex art. 18 l. 300/70 al vaglio delle Sezioni Unite*, e di PROTO PISANI, *La prova del requisito dimensionale ex art. 18 l. 300/70: un gran arret delle sezioni unite*; *Argomenti dir. lav.*, 2006, 549, con nota di MENEGATTI, *Le sezioni unite risolvono il problema della ripartizione dell'onere della prova circa i limiti dimensionali dell'impresa ai fini dell'applicazione della tutela reale*; Cass. 9 agosto 2013, n. 19146, in *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Appalto*; Sez. Un. Civ., 3 maggio 2019, n. 11748, *id.*, 2019, I, 2726, con nota di MARGIULO, *Garanzia per vizi, inesatto adempimento ed onere della prova: l'intervento delle sezioni unite e la rilettura di vicinanza alla fonte di prova*; *Giur. it.*, 2019, 1527, con nota di CALVO, *Luci e ombre nella cornice del congedo della garanzia edilizia*.

⁴⁶⁴ BESSO, *Vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1383 ss.

rispetto ai mezzi istruttori in un'ottica di economia processuale e ragionevole durata del processo. Non manca, poi, chi individua il suo fondamento normativo nell'art. 115 c.p.c., che regola il sistema di acquisizione delle prove in base al criterio della disponibilità per le parti del mezzo istruttorio⁴⁶⁵.

Alla base del principio di vicinanza della prova vi sono anche delle considerazioni di analisi economica del diritto, poiché «costa» meno al debitore il reperimento della prova relativamente alla propria attività di quanto non costi al creditore, il quale verrebbe chiamato ad entrare nella sfera di azione di un altro soggetto per soddisfare gli oneri probatori⁴⁶⁶.

La frequenza con cui i giudici, anche in situazioni del tutto eterogenee, richiamano il principio di vicinanza della prova per motivare le loro decisioni, ha fatto dubitare delle funzioni che esso svolge e del suo rapporto con l'art. 2697 c.c. Quest'ultimo prevede che l'onere di provare un fatto ricade su colui che invoca proprio quel fatto a sostegno della propria tesi. La dottrina⁴⁶⁷ ha parlato a tal riguardo di “norma in bianco”, che di per sé sola non è in grado di condurre ad un'adequata e soddisfacente ripartizione degli oneri probatori delle parti, in quanto non indica espressamente quali siano i fatti costitutivi, modificativi ed estintivi della situazione giuridica controversa. Per tali ragioni, il precetto necessita di essere integrato con le indicazioni che provengono dalle altre disposizioni normative che compongono

⁴⁶⁵ Il criterio della disponibilità probatoria ha trovato espresso riconoscimento da parte del legislatore italiano con l'art. 64 del codice del processo amministrativo, rubricato “disponibilità, onere e valutazione della prova”, che al primo comma prevede: “Spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni”. A tal riguardo BESSO, *Vicinanza della prova*, cit., 1392 ss.

⁴⁶⁶ Cfr. OCCORSIO, *Cartella clinica e «vicinanza» della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 5, 1260, nota 31.

⁴⁶⁷ L'espressione pare essere stata in origine utilizzata da SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 420, e ANDRIOLI, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 293

il sistema, nonché *dall'esperienza vissuta dal giudice nel momento in cui entra in contatto con una realtà materiale*⁴⁶⁸.

In tale ottica vanno interpretate alcune decisioni⁴⁶⁹, nelle quali la vicinanza/distanza della prova è stata utilizzata dai giudici per qualificare quali tra i fatti allegati potessero considerarsi costitutivi della pretesa e, quindi, rientranti nell'onere della prova dell'attore. Così inteso, il principio di prossimità si pone all'interno dell'art. 2697 c.c., il quale viene interpretato come se dicesse: *chi vuol fare valere un diritto in giudizio deve provare i fatti costitutivi della stessa, ossia quelli la cui prova è nella sua disponibilità, mentre quelli che non è in grado di provare sono estintivi (o modificativi e impeditivi) e devono essere rappresentati dalla controparte*⁴⁷⁰.

In altre pronunce⁴⁷¹, di contro, il principio di vicinanza è stato utilizzato per derogare all'ordinario regime dell'onere della prova, ponendosi all'esterno dell'art. 2697 c.c.. Secondo tale orientamento, infatti, il criterio in parola costituisce un temperamento della regola generale che orienta la ripartizione dei temi di prova tra le parti. Il fatto, in sostanza, mantiene la sua qualificazione (costitutivo, estintivo o

⁴⁶⁸ In tal senso FACCIOLI, "Presunzioni giurisprudenziali" e responsabilità sanitaria, in *Contr. e impresa*, 2014, 1, 87.

⁴⁶⁹ Tra tutte, può menzionarsi la celebre sent. Sez. Un. civ., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit..

⁴⁷⁰ BESSO, *Vicinanza della prova*, cit., 1388 ss. Nello stesso senso PIRAINO, *Travisamenti pretori in tema di esonero della responsabilità contrattuale tra causalità e vicinanza della prova*, in *Foro it.*, 2020, 2000 ss. Secondo l'A. il principio di vicinanza della prova non autorizza deroghe alla regola di ripartizione dei temi di prova, piuttosto è destinato ad operare quando le disposizioni attributive delle situazioni attive non offrano indicazioni univoche per identificare i fatti costitutivi. In tale direzione si sono del resto orientate le SS.UU. con la sentenza 3 maggio 2019, n. 11748 per individuare i fatti costitutivi delle azioni edilizie: "ove venga in questione la esistenza di vizi di una cosa consegnata da una parte ad un'altra in base ad un titolo contrattuale, il principio di vicinanza della prova induce a porre l'onere della prova dei vizi stessi a carico della parte che, avendo accettato la consegna della cosa, ne abbia la materiale disponibilità".

⁴⁷¹ Cass., 28 febbraio 2013, n. 5025, in *Mass. Foro it.*, 2013, p. 151; Cass. 4 aprile 2016, ord. n. 6511, in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*; Cass. civ., 14 gennaio 2016, 486, *id.*, Rep. 2016, voce *Agenzia*, n.5; Cass. civ., 17 aprile 2012, n. 6008; Cass. civ., 25 luglio 2008, n. 20484.

modificativo), ma il criterio esterno alla norma fa sì che la parte normalmente tenuta a dimostrarlo, ne sia esonerata⁴⁷².

La prima compiuta enunciazione della vicinanza della prova come principio centrale del sistema avviene con la nota pronuncia n. 13533/2001 delle sezioni unite della Cassazione⁴⁷³. Chiamate a dirimere il contrasto giurisprudenziale in ordine all'onere della prova nelle cause di risoluzione del contratto, le Sezioni Unite hanno affermato che esso va risolto in base a criteri di ragionevolezza. Per tali ragioni, alla luce del principio di persistenza del diritto e di vicinanza della prova, spetta al creditore, indifferentemente che agisca per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno, fornire la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e allegare l'inadempimento della controparte; sarà, invece, onere del debitore convenuto fornire la prova dell'avvenuto adempimento⁴⁷⁴. Quest'ultimo, infatti, costituisce il fatto estintivo del diritto per la cui tutela il creditore agisce giudizialmente, pertanto sarà onere del debitore convenuto, ai sensi dell'art. 2697 c.c. e del principio di vicinanza della prova, fornire la prova positiva dell'avvenuto adempimento⁴⁷⁵.

⁴⁷² Sui molteplici usi in giurisprudenza del "principio" di vicinanza della prova, cfr. FRANZONI, *La «vicinanza della prova», quindi...*, in *Contr. e impresa*, 2016, 2, 360 ss.

⁴⁷³ Vedi nota 152. In tale sentenza, come anticipato, i giudici si uniformano al primo orientamento tra quelli citati: il principio della vicinanza della prova è qui ritenuto consustanziale all'art. 2697 c.c.

⁴⁷⁴ ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna 1996, p. 393 ss.: "dato che l'inadempimento si produce prevalentemente nella sfera del debitore, è costui, molto più che il creditore, a possedere gli elementi che decidono se l'inadempimento gli è imputabile, o no".

⁴⁷⁵ La soluzione individuata dalle SS.UU. nel 2001 per l'inadempimento è stata nel tempo utilizzata anche nei casi di adempimento inesatto. Si segnalano, *ex multis*, Cass. civ., 20 ottobre 2014, n. 22222, e Cass. civ., 27 agosto 2014, n. 18304. Non sono mancate le critiche a tale estensione, in ragione del fatto che, nei casi di inesatto adempimento, in realtà sarebbe il paziente-creditore più vicino alla prova di avere ricevuto una prestazione inesatta, e non il medico-debitore alla prova di avere correttamente ed esattamente onorato il vincolo obbligatorio. In tal senso MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corr. giur.*, 2001, 1565, secondo cui l'indirizzo assunto dalle Sezioni Unite «si basa su una non adeguatamente meditata estensione del regime probatorio gravante sul creditore e realizza in definitiva una sostanziale violazione del disposto dell'art. 2697 c.c.» (pag. 1571) e «rischia, qualora non venga tempestivamente superato, di portare a conseguenze applicative addirittura aberranti».

A seguito dello storico intervento delle SS.UU. del 2001 e delle sue prime applicazioni in materia di responsabilità sanitaria⁴⁷⁶, il tema del riparto dell'onere della prova nesso causale rimaneva però immutato: spettava, infatti, al paziente, attore in giudizio, provare – oltre al contratto stipulato con la struttura (e/o il contatto sociale instaurato con il medico) ed al danno subito, pure – l'esistenza del nesso di causalità tra l'azione o l'omissione del sanitario e l'evento dannoso⁴⁷⁷. È solo nel 2008, infatti, che le Sezioni Unite sollevano il paziente dall'onere della prova del nesso eziologico, che diviene oggetto di una presunzione che spetta alla controparte vincere fornendo la prova contraria.

Tale orientamento, tuttavia, non è stato unanimemente condiviso dalla giurisprudenza successiva che, conformandosi agli orientamenti tradizionali, ha continuato in talune occasioni a richiedere al paziente insoddisfatto l'onere di provare la sussistenza del nesso eziologico. La regola della presunzione della causalità materiale, invece, è stata di frequente utilizzata almeno in due ipotesi⁴⁷⁸:

(pag. 1572); VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 707 e ss.; CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, cit., 118; D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, cit., 356; PASQUINELLI, *La prova della colpa nella responsabilità medica e l'accertamento del nesso causale per i danni da nascita indesiderata*, in *Nuova giur. comm.*, 2005, I, 562 s.; GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, cit., 1006 ss.; NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite*, cit., 878.

⁴⁷⁶ Si fa riferimento alle quattro pronunce del 2004: Cass. 4 marzo 2004, n. 4400, in *Danno e resp.*, 2005, 45, con note di FEOLA, *Il danno da perdita di chances di sopravvivenza o guarigione è accolto in Cassazione*, e NOCCO, *La «probabilità logica» del nesso causale approda in sede civile*; Cass. 19 maggio 2004, n. 9471, Cass. 28 maggio 2004, n. 10297 e Cass. 21 giugno 2004, n. 11488, tutte in *Danno e resp.*, 2005, 23 ss., con nota di DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*.

⁴⁷⁷ In questo senso v., per esempio, Cass. civ., 11 novembre 2005, n. 22894, in *Rep. Foro it.*, 2005, *Sanità pubblica*, n. 668; Cass. civ., 19 aprile 2006, n. 9085, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Professioni intellettuali*, n. 194; Cass. civ., 24 maggio 2006, n. 12362, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Professioni intellettuali*, n. 196.

⁴⁷⁸ Cfr. su questo profilo FACCIOLO, *"Presunzioni giurisprudenziali" e responsabilità sanitaria*, cit., 99 ss.; SCOGNAMIGLIO, *L'onere della prova circa il nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*, cit., 207 ss.

in caso di trattamenti sanitari di facile esecuzione⁴⁷⁹ ed in tema di omissioni e inesattezze nella tenuta della cartella clinica⁴⁸⁰.

Il principio di vicinanza della prova sembra in definitiva aver svolto un ruolo tutt'altro che marginale nella definizione delle liti giudiziarie di responsabilità sanitaria a partire dal 2001.

6.1 La vicinanza della prova nella più recente giurisprudenza

Alla luce delle premesse brevemente riassunte, lascia sorpresi la mancanza di alcun riferimento al principio citato nella sentenza Scoditti, che, come anticipato, ha radicalmente modificato il tema del riparto dell'onere della prova nella

⁴⁷⁹ In tal senso, vedi Cass. civ., 16 gennaio 2009, n. 975, con nota di BONA, *Più probabile che non e cause naturali: se, quando e in quale misura possono rilevare gli stati patologici pregressi della vittima*, cit., 1653 ss. “L’insuccesso o il parziale successo dell’intervento, nei casi in cui si tratta di intervento con alte possibilità di esito favorevole, implica di per sé la prova del predetto rapporto di causalità” in considerazione del fatto che tale nesso, in ambito civilistico, “consiste anche nella relazione probabilistica concreta tra comportamento ed evento dannoso, secondo il criterio (ispirato alla regola della normalità causale) del “più probabile che non”. Sull’applicazione del principio di prossimità della prova in caso di esecuzione di prestazioni che richiedano l’applicazione di regole tecniche vedi OCCORSIO, *Cartella clinica e «vicinanza» della prova*, cit.

⁴⁸⁰ In giurisprudenza Cass. civ., 26 gennaio 2010, n. 1538, in *Resp. civ.*, 2010, 665; in dottrina vedi OCCORSIO, *Cartella clinica e «vicinanza» della prova*, cit., 1249 ss.: “La valutazione dell’esattezza della prestazione medica concerne di per sé la regolare tenuta della cartella clinica, essendo la sua corretta redazione — cui il medico è tenuto per legge — uno degli elementi per valutare la diligenza nell’adempimento dell’obbligazione; nel caso in cui, dalla sua imperfetta compilazione, derivi l’impossibilità di trarre utili elementi di valutazione in ordine all’accertamento della causa della morte, non può tale circostanza — affermano le recenti pronunce — ridondare in danno di chi vanti un diritto in relazione alla prestazione sanitaria”. Recentemente, tuttavia, l’orientamento appare notevolmente ridimensionato. Si veda, ad esempio, Cass. civ., 14 novembre 2019, n. 29502: “in tema di responsabilità professionale sanitaria, l’eventuale incompletezza della cartella clinica è circostanza di fatto che il giudice può utilizzare per ritenere dimostrata l’esistenza di un valido nesso causale tra l’operato del medico e il danno patito dal paziente soltanto quando proprio tale incompletezza abbia reso impossibile l’accertamento del relativo nesso eziologico e il professionista abbia comunque posto in essere una condotta astrattamente idonea a provocare il danno”. Nello stesso senso Cass. civ., 21 novembre 2017, n. 27561; Cass. civ., 13 novembre 2019, n. 29331; Cass. civ., 14 novembre 2019, n. 29498. Sul punto vedi anche ZORZIT, *Il nesso causale in sanità: continuità o cambiamento?* in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli)*, cit., 299, che si interroga sull’incidenza dell’art. 4, comma 4 della legge 24/2017 sull’orientamento maggioritario accennato.

responsabilità medica. La medesima mancanza si evidenzia nelle sentenze gemelle del 2019, dedicate al riparto dell'onere della prova del nesso causale nell'ambito del "progetto sanità" della Terza Sezione della Suprema Corte.

Per vero, a seguito della nota sentenza del 2017, alcune sentenze⁴⁸¹, che pure si sono uniformate al nuovo orientamento che onera il paziente-attore della prova del nesso di causalità materiale, sono tornate a fare menzione del principio di vicinanza della prova, ma al solo fine di escluderne l'operatività in favore del paziente⁴⁸². Si è ritenuto, infatti, che nelle controversie di responsabilità medica non possa affermarsi una maggiore vicinanza del debitore convenuto al nesso causale materiale, essendo tale tema di prova egualmente distante da entrambe le parti, se non addirittura, più vicino allo stesso paziente danneggiato. È infatti costui che conosce la propria storia clinica, lo stile di vita condotto e manifesta i sintomi; si rivela, per questo, maggiormente in grado di ricostruire il decorso causale della propria patologia⁴⁸³.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla giurisprudenza in passato, pertanto, secondo le più recenti pronunce vi sarebbero due soluzioni interpretative, ma nessuna delle due consentirebbe di onerare il debitore della prova del nesso causale.

⁴⁸¹ Si fa riferimento, tra le altre, a Cass. civ., 7 dicembre 2017, n. 29315, punto 2.3; Cass. civ., 13 luglio 2018, n. 18549; Cass. civ., ord. 19 luglio 2018, n. 19204; Cass. civ., ord. 30998/2018 e 4009/2020.

⁴⁸² In dottrina ZENO-ZENCOVICH, *Una commedia degli errori, La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 297 osserva che "si potrebbe fondatamente sostenere che il più delle volte e il soggetto più vicino alla prova è il paziente, che manifesta i sintomi, conosce il proprio stile di vita; ha posto in essere le eventuali condotte autolesive; sa, o dovrebbe sapere, tutta la propria storia clinica; è al corrente di episodi di familiarità. Si tratta di circostanze tutte di cui il paziente solo è a conoscenza, né può essere possibile provarle in punto di fatto e di diritto (si pensi alla incoercibilità di operazioni di c.d. screening; alla natura sensibile, e dunque non accessibile, dei dati sanitari, l'impossibilità per il medico di ricostruire l'attività che il paziente ha svolto al di fuori del rapporto con il medico).

⁴⁸³ Così, tra gli altri, anche FACCIOI, *Presunzioni giurisprudenziali e responsabilità sanitaria*, cit., 103.; BARBARISI, *Onere di allegazione e prova liberatoria nella responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2012, 8, 882.

Infatti, che si predichi l'equidistanza delle parti dal nesso di causa o che, piuttosto, se ne sostenga la maggiore vicinanza al paziente, il risultato non muta: lo schema generale di cui all'art. 2697 c.c. e il principio citato onerano sempre il paziente della prova dell'eziologia.

Mettendo da parte le incertezze più sopra riassunte in ordine alla funzione della vicinanza della prova, nonché la valenza generale che può esserle riconosciuta nel nostro ordinamento⁴⁸⁴, e dunque ammettendone la vigenza, occorre domandarsi se la soluzione da ultimo elaborata dalla Cassazione è davvero ragionevole o meriti qualche approfondimento ulteriore.

Potrebbe forse obiettarsi, come in dottrina è stato fatto⁴⁸⁵, che non sia utile invocare il principio di vicinanza della prova in questo settore, tenuto conto del ruolo pacificamente assunto dalla Ctu nella risoluzione delle controversie di responsabilità medica. È, infatti, compito della scienza medica accertare l'esistenza

⁴⁸⁴ Tale principio, infatti, costituisce una delle più vivide espressioni di quella che è stata definita "la dottrina delle Corti" (BUSNELLI, *La "dottrina delle Corti" e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 5, 2014, 461) ed il suo ruolo è stato da più parti analizzato. L'A., a tal riguardo afferma che: "Ecco, quindi, che i "gravi problemi" indotti da tale principio si sono fatti sempre più evidenti, e non sfuggono al fresco sguardo indagatore di un dottorando di ricerca che vi scorge una sorta di passe-partout per «effettuare quasi un giudizio di equità (sul piano della ricaduta dei danni), che dovrebbe allora essere valutato come tale, ed alla stregua del diritto positivo», fermo restando che «ai sensi dell'art. 1226 c.c. l'equità non può incidere sull'an del risarcimento, ma solo sul quantum»." Nello stesso senso FRANZONI, *La «vicinanza della prova», quindi...*, cit., 373: "Al termine di questa rassegna sui diversi impieghi del principio di vicinanza (o di riferibilità) della prova resta il dubbio sulla sua natura e sulla sua funzione. In effetti, si può dubitare che questa indichi una regola vera e propria: l'art. 2967 c.c. non si apparenta con alcun criterio di prossimità. È la stessa figura di onere ad allontanarsene, la sua struttura vale ad assistere un interesse di chi agisce o resiste, non vale a privilegiare in ragione di una certa posizione nel processo o nella vicenda in fatto. Del resto, lo scopo del processo civile è di soddisfare il diritto o l'interesse della parte che agisce, poiché in questo modo si rende giustizia, anche in omaggio al testo costituzionale (artt. 24 e 111 Cost.). Proprio quest'ulteriore aspetto rende difficile costruire la vicinanza della prova anche nei termini di un principio". Più in generale sull'affermazione di principi nuovi nell'ordinamento ALPA, voce *Principi generali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, Torino, 2014, p. 493 ss.: «nel corso degli ultimi lustri si è diffuso un fenomeno molto interessante, il ricorso sempre più frequente (ma sempre meno avvertito) al termine «principio»; e così conclude: «la nozione ha perso le sue caratteristiche salienti e non viene utilizzata in modo avvertito. Il linguaggio giuridico si sta quindi uniformando al linguaggio letterario e colloquiale»".

⁴⁸⁵ Cfr. ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*, cit., 706.

o meno del nesso, con la conseguenza che la diatriba se esso rientri nell'esclusivo dominio del debitore o del creditore costituirebbe un falso problema. Se è vero che in questo settore la consulenza tecnica fornisce la soluzione della maggior parte delle controversie, tuttavia, è proprio nei casi in cui essa, facendo applicazione delle regole specialistiche, non riesce a fornire risposte, che il principio di vicinanza della prova può tornare dirimente al fine di distribuire razionalmente gli oneri probatori tra le parti. Quando, infatti, l'origine dell'evento resta oscura perché le leggi della biologia non sono in grado - per limiti intrinseci - di dare risposte, le regole generali del riparto dell'onere della prova tornano essenziali al fine di stabilire su chi grava il rischio della causa ignota⁴⁸⁶. A tal fine, pertanto, pur riconoscendo l'innegabile ruolo risolutivo rivestito oggi dalla consulenza tecnica, il dibattito sulla valenza del principio della vicinanza della prova quale strumento per distribuire gli oneri tra le parti non può intendersi del tutto sopito o abbandonato, mantenendo invece una sua, seppur residuale, funzione.

Esso, infatti, secondo l'orientamento maggioritario, mitiga la rigidità e la laconicità del disposto dell'art. 2697 c.c., ed è diretto a ripristinare la parità tra le parti in causa. È stato osservato ⁴⁸⁷ che tale criterio va applicato in quelle controversie in cui si riscontri uno squilibrio tra le parti sul piano relazionale, unitamente ad *un'impossibilità di acquisizione simmetrica del mezzo di prova come riflesso*

⁴⁸⁶ Sul punto vedi anche AA.VV., *L'importanza dell'assolvimento degli oneri di allegazione e prova nelle controversie in tema di responsabilità medica*, cit., 364 ss.: "se è vero che, nelle controversie in tema di responsabilità medica, il ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio con funzione percipiente, oltre ad essere una costante, si rivela anche indispensabile o quasi, vista la natura delle questioni trattate, come affermato dalla S.C., è altrettanto indubbio, però, che la possibilità, per il danneggiato, di potersi avvalere di tale strumento di indagine (che in questo campo, come si è già provato ad evidenziare, assurge al rango di fonte oggettiva di prova) non lo esonera dall'assolvere comunque ad un determinato onere di allegazione, indispensabile per poter poi invocare la consulenza tecnica d'ufficio, trattandosi - come evidenziato - di fatti che richiedono, per essere accertati, il possesso di specifiche conoscenze scientifiche".

⁴⁸⁷ Cfr. MARGIULO PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, cit., 268 ss.

processuale di tale disparità. Ebbene, le caratteristiche tipiche del rapporto tra le parti di un giudizio di responsabilità sanitaria disvelano sovente la sussistenza di entrambi i presupposti. Dal primo punto di vista, infatti, è innegabile che il paziente, nel momento in cui affida alla struttura e ai sanitari la cura di interessi fondamentali e vitali, assume nel rapporto il ruolo di parte debole: egli si trova, infatti, in una posizione di inferiorità psicologica ed informativa, che giustifica l'applicazione del principio con funzione riequilibratrice. Per evitare, tuttavia, che l'operatività del criterio della vicinanza si traduca in una tutela eccessiva e generalizzata del paziente – che, come dimostrano gli ultimi interventi legislativi e giurisprudenziali, è una prospettiva assolutamente da rifuggire –, occorre altresì la ricorrenza del secondo presupposto di ammissibilità. È su questo profilo che l'orientamento della giurisprudenza recente desta maggiori dubbi: i giudici della Cassazione, infatti, predicano con fermezza l'equidistanza delle parti dal nesso di causalità. Tale affermazione, tuttavia, non è da tutti condivisa; si osserva⁴⁸⁸, infatti, che la difficoltà di applicare il principio di vicinanza con riferimento alla prova del nesso di causa deriva principalmente dalla difficoltà di individuare in modo univoco quale sia la fonte di prova del nesso di causa tra prestazione e danno. A tal riguardo, la giurisprudenza recente⁴⁸⁹ ha chiaramente messo in luce che la prova del nesso di causa non integra la prova di un fatto materiale; essa è piuttosto un giudizio

⁴⁸⁸ Cfr. MARGIULO PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, cit., 269 ss.

⁴⁸⁹ Il riferimento è a Cass. civ., ord. 20 febbraio 2018, n. 4024: “quel che comunemente è chiamato “nesso di causa” non è un fatto materiale, ma un giudizio. La causalità in quanto tale è una relazione stabilita dall'uomo a posteriori tra due fatti, e non una categoria a priori, oggettivamente accertabile. Ne consegue che l'espressione “prova del nesso causale”, largamente diffusa nel lessico giudiziario e forense, costituisce in realtà una metonimia: il nesso di causa in quanto tale non è provabile, perché costituisce l'oggetto d'un ragionamento deduttivo, non un fatto materiale. D'una motivazione che accertasse o negasse il nesso di causa potrebbe discutersi se sia logica, non se sia provata. Quando dunque si discorre di “prova del nesso di causa” si usa una espressione ellittica per designare la prova dei fatti materiali, sui quali fondare il ragionamento (non rileva qui se logico-deduttivo, analitico-induttivo, inferenziale, probabilistico) ricostruttivo del nesso o della sua inesistenza”.

formulato in ordine alla sussistenza di una relazione tra due o più fatti. Tuttavia, è chiaro che l'accertamento in senso tecnico è possibile solo con riferimento ad un fatto, un accadimento empirico concretamente verificatosi, e non ad una correlazione tra fatti, quale è la causalità. Essa è invero una sovrastruttura, una categoria elaborata per organizzare la conoscenza di eventi, in quanto tale non direttamente percepibile né verificabile. La prova del nesso di causalità materiale, che l'orientamento ad oggi maggioritario addossa sul paziente, dunque, è in realtà la prova dei fatti materiali tra cui esiste una relazione naturalistico-materiale. La maggiore vicinanza alla prova, pertanto, non dovrebbe predicarsi con riferimento al nesso in sé, quanto piuttosto ai fatti materiali sui quali è possibile fondare il ragionamento ricostruttivo del nesso.

Se, allora, si accoglie tale ricostruzione, il risultato è – almeno in certi casi- opposto a quello predicato da ultimo dai giudici della Cassazione. Sarebbe infatti più ragionevole affermare - in via generale e astratta - una maggiore vicinanza materiale del sanitario o della struttura alle possibili “fonti di prova” (da intendersi come fonti di prova dei fatti materiali da cui inferire la sussistenza o l'insussistenza) del nesso. Sono solo costoro, infatti, soprattutto quando si tratti di interventi chirurgici, a conoscere ed essere in grado di ricostruire *l'iter* seguito e le condotte tecniche realizzate mentre il paziente era anestetizzato; in definitiva sono costoro maggiormente in condizioni di sapere e documentare quel che è successo.

Tali osservazioni, dunque, sebbene non possano avere valenza assoluta⁴⁹⁰, fanno dubitare⁴⁹¹ della risolutezza con cui la Cassazione afferma la regola dell'equidistanza della prova di medico e paziente o, ancor peggio, la maggiore vicinanza al paziente. La questione va, infatti, analizzata caso per caso⁴⁹² tenendo conto della complessità del tema e della ratio del principio, elaborato in via giurisprudenziale proprio al fine di compensare, in sede processuale, disparità e asimmetrie sussistenti sul piano relazionale.

Su un piano distinto, poi, ad avviso di chi scrive, si pongono le agevolazioni probatorie che la Cassazione prevede in favore del paziente tenuto a provare il nesso causale⁴⁹³. I giudici, infatti, dopo aver onerato il paziente della prova del nesso causale nelle obbligazioni di *facere* professionale, aggiungono, senza particolari precisazioni, che tale prova può essere fornita anche mediante presunzioni⁴⁹⁴. Tuttavia, l'agevolazione probatoria prevista dalla giurisprudenza in questi casi, opera solo dopo che l'onere della prova del nesso causale è stato addossato al paziente. In sostanza, mentre il principio della vicinanza dell'onere della prova interviene nella fase di distribuzione del carico probatorio tra le parti e lo modula al fine di riequilibrare in fase processuale le asimmetrie esistenti sul piano

⁴⁹⁰ È difficile negare, infatti, che vi siano certi casi in cui il soggetto più vicino alla prova è il paziente, che manifesta i sintomi, conosce il proprio stile di vita, ha posto in essere le eventuali condotte autolesive, sa, o dovrebbe sapere, tutta la propria storia clinica, è al corrente di episodi di familiarità.

⁴⁹¹ Cfr. MARGIULO PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, cit., 269 ss.

⁴⁹² Non è d'accordo con tale soluzione, per la incertezza dei risultati, ZENO-ZENCOVICH, *Una commedia degli errori, La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, cit., 316.

⁴⁹³ La possibilità per il paziente di fornire la prova del nesso di causalità materiale per mezzo di presunzioni è contemplata, *ex multis*, nelle sentenze Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28986 e n. 28990, cit.

⁴⁹⁴ D'AMICO, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di assestamento*, cit., ritiene che la Cassazione intenda riferirsi alle presunzioni semplici ex art., non già delle c.d. presunzioni giurisprudenziali, su cui, *ex multis*, vedi FACCIOLO, "Presunzioni giurisprudenziali" e responsabilità sanitaria, cit., 79 ss. e OCCORSIO, *Cartella clinica e «vicinanza» della prova*, cit., 1265.

relazionale, le presunzioni operano quando il riparto è già stato definito, al fine di ridurre l'intensità dello sforzo richiesto alla parte onerata.

Per tali ragioni non è condivisibile l'osservazione secondo cui il paziente, gravato dai giudici della prova del nesso in virtù di una supposta maggiore vicinanza al nesso, viene però al tempo stesso favorito dalla possibilità di servirsi delle presunzioni. I due piani non vanno infatti sovrapposti, in quanto in alcune occasioni il beneficio delle presunzioni non è in grado di bilanciare il peso della prova dell'esistenza del nesso: quando, difatti, neanche per presunzioni l'onere probatorio può dirsi soddisfatto, il rischio della mancata prova incombe inesorabilmente sul paziente, anche quando la prova sia decisamente più prossima al sanitario.

7. La causalità nel danno da omesso consenso informato.

L'incertezza eziologica può scaturire da diversi fattori: dalle caratteristiche intrinseche della condotta, del bene che si assume leso, dalla concorrenza di molteplici fattori causali. Approfondita quest'ultima circostanza nel paragrafo dedicato alle concause e rinviando l'esame dell'incertezza causale legata alla consistenza del bene giuridico leso allo studio del danno da perdita di chance nel prossimo capitolo, resta da esaminare il tema dell'incertezza determinata dalle caratteristiche della condotta.

A tal riguardo, l'esame prende le mosse dall'approfondimento delle condotte plurioffensive. L'incertezza, in questi casi, discende dalla circostanza che la plurioffensività della condotta impone di ricostruire diverse sequenze causali: in

particolare occorre valutare volta per volta se una determinata condotta, in grado in astratto di ledere più beni giuridici, causi in concreto una o più lesioni. L'esempio classico di condotta plurioffensiva è senz'altro la inosservanza del consenso informato: tale violazione, infatti, in astratto può ledere sia il diritto alla autodeterminazione terapeutica, che il diritto alla salute. Tralasciando solo per il momento la questione sul fondamento e l'autonomia del danno cagionato al diritto all'autodeterminazione, che verrà approfondita nel capitolo terzo, occorre adesso indagare le ragioni dell'incertezza eziologica correlate alla violazione del consenso informato. In primo luogo, si osserva che la condotta omissiva dell'obbligo informativo può assumere una diversa rilevanza causale a seconda del bene giuridico di cui si lamenti lesione. In presenza di una lesione, oltre che alla libertà di autodeterminarsi, alla integrità psicofisica è necessario – come vedremo – superare l'incertezza eziologica con un onere di prova rafforzato.

La difficoltà nell'accertamento del nesso eziologico, poi, si deve altresì all'inserimento dell'obbligo informativo nell'ambito del rapporto curativo che, come è certo, rappresenta un rapporto complesso. Esso si caratterizza, infatti, per la molteplicità delle obbligazioni del medico, teleologicamente funzionali alla realizzazione del risultato finale: la cura del paziente. Tali obbligazioni si intersecano tra di loro anche sul piano causale⁴⁹⁵: alla complessità strutturale del rapporto, quindi, corrisponde spesso una complessità eziologica.

Alla luce di tali difficoltà, la giurisprudenza più recente⁴⁹⁶ ha inteso semplificare le esposte ragioni di complessità individuando tre tipologie di lesione: lesioni

⁴⁹⁵ Si pensi alla condotta violativa delle *leges artis* mediche che si accompagni ad una violazione del consenso informato.

⁴⁹⁶ Cass. civ., 8 novembre 2019, n. 28814; Cass. civ., 11 novembre 2019, n.28985; Cass. civ. 14 novembre, n. 29496; Cass. civ. 15 novembre, n. 29709, tutte in *Foro it., Speciali 2020*, con note di

concorrenti, in cui plurimi fatti dannosi causano plurime lesioni; lesione plurioffensiva, ove dalla condotta violativa dell'obbligo informativo derivino plurime lesioni; lesione pura dell'autodeterminazione.

Segue: lesioni concorrenti

Procedendo con ordine, si avranno lesioni concorrenti laddove la violazione del consenso informato si accompagni ad una negligente esecuzione dell'intervento medico. In questo caso, diverse sono le sequenze causali e molteplici i beni giuridici lesi: il diritto all'autodeterminazione terapeutica, da un lato, e il diritto alla salute ed all'integrità psicofisica, dall'altro. Il danno biologico è correlato a responsabilità professionale, il danno non patrimoniale (ulteriore) da perdita della possibilità di scelta viene invece cagionato dall'omissione informativa. Si riscontrano, dunque, due condotte autonome nel pieno della loro offensività ed occorrerà singolarmente accertare, secondo i normali criteri consolidati nella giurisprudenza, i rispettivi nessi eziologici che collegano le condotte lesive, ai danni causati. Relativamente alla fattispecie lesiva del danno all'autodeterminazione, l'orientamento a lungo seguito⁴⁹⁷ a proposito della distribuzione dell'onere della prova della causalità,

LAGHEZZA, *Il rasoio della Cassazione e la violazione del consenso informato*, 70 ss.; PALMIERI, *Il «restatement» della terza sezione in tema di consenso informato tra continuità col passato e innovazioni*, 78 ss.; FLAMIGNI, *Il consenso informato: i principi e la prassi medica*, 98 ss.; Gagliardi, *Un decalogo anche su consenso informato (complicanze) e danni risarcibili* (nota a Cass. civ., 11 novembre 2019, n.28985), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, 274 ss.; Cass. civ., 21 marzo 2021, ord. n. 7385.

⁴⁹⁷ Cfr. Cass. civ., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 788, con commento di ZIVIZ, *I labili confini dell'ingiustizia costituzionalmente qualificata*; ivi, 1014, con commento di GORGONI, *Ancora dubbi sul danno risarcibile a seguito di violazione dell'obbligo di informazione gravante sul sanitario*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 783, con commenti di CACACE, *I danni da (mancato) consenso informato*, e di SCACCHI, *La responsabilità del medico per omessa*

riteneva sussistente una sorta di danno in *re ipsa*, che il paziente poteva limitarsi ad allegare⁴⁹⁸. Più recentemente⁴⁹⁹, tuttavia, la giurisprudenza ha mostrato un atteggiamento più rigoroso e meno indulgente nei confronti del paziente. In questa direzione i giudici, nell'ambito di una puntuale indicazione tassonomica delle

informazione nel caso di corretta esecuzione dell'intervento "non autorizzato"; in Danno e resp., 2010, 685, con commento di SIMONE, *Consenso informato e onere della prova*; in *Obbl. e contr.*, 2010, 653, con commento di PIRRO, *Sulla mancata acquisizione del consenso informato da parte del medico*; in *Corr. giur.*, 2010, 1201, con commento di ADOLFO, *La responsabilità da violazione del consenso informato*. In dottrina, CACACE, *I danni da (mancato) consenso informato*, cit.: "Esiste, però, anche un altro (ed ultimo) danno non patrimoniale, per il quale è d'uopo prescindere, invece, dalla dimostrazione che l'interessato, se informato, avrebbe rinunciato all'intervento. Si tratta di un pregiudizio che ben potremmo definire «da impreparazione», del turbamento ingenerato dalla realizzazione di conseguenze «non prospettate come possibili», di quella «condizione di spirito» dalla quale scaturisce, peraltro, una naturale propensione ad incolpare il medico per lo sgradevole esito dell'intervento, possibile sì (ed effettivamente verificatosi), ma dal paziente del tutto ignorato". ID, *Autodeterminazione in Salute*, Torino, 2017, 78: "È stata così introdotta una «una sorta di duplice presunzione, di danno e di rapporto causale, la quale consente l'apprestamento di un'automatica tutela risarcitoria a séguito dell'avvenuta violazione dell'obbligo informativo". BUZI, *L'autonoma risarcibilità del danno da lesione dell'autodeterminazione per violazione dell'obbligo informativo*, in *Danno e resp.*, 2019, 5, 718: "La Corte di Cassazione taceva «timidamente» in merito alla natura dell'accertamento da operarsi in ambito di nesso causale". Nella giurisprudenza francese, nega, invece, autonoma riparazione al danno patrimoniale da «impreparazione» Cass., 6.12.2007, n. 06-19.301, in *Dalloz*, 2008, 192, con nota di SARGOS, *L'information du patient et de ses proches et l'exclusion contestable du préjudice moral*; in *Petites affiches*, 2008, n. 62, 7, con commento di ROYER, *L'obligation d'information préalable du médecin à l'égard des proches du patient*, e in *Rev. trim. droit civil*, 2008, 303, con commento di JOURDAIN, *Devoir d'information du médecin et préjudice moral*.

⁴⁹⁸ Cass. civ., 5 luglio 2017, n. 16503: "la lesione del diritto ad esprimere il c.d. consenso informato da parte del medico si verifica per il sol fatto che egli tenga una condotta che lo porta al compimento sulla persona del paziente di atti medici senza aver acquisito il suo consenso; il c.d. danno evento cagionato da tale condotta è rappresentato dallo stesso estrinsecarsi dell'intervento sulla persona del paziente senza la previa acquisizione del consenso, cioè, per restare al caso dell'intervento chirurgico, dall'esecuzione senza tale consenso dell'intervento sul corpo del paziente; danno-evento in questione che risulta, dunque, dalla tenuta di una condotta omissiva seguita da una condotta commissiva; [...] corrisponde allo sviluppo di circostanze connotate da normalità, ovverosia da normale frequenza statistica, corrispondendo *all'id quod plerumque accidit* e potendo quindi ritenersi di regola esentata da prova specifica, salvi la contestazione della controparte o l'onere dell'allegante che intenda giovare di fatti ancora più favorevoli a sè. E' infatti da ritenersi immediata, siccome riferita al foro interno della coscienza dell'individuo e sostanzialmente da questa inscindibile perché risolta nella stessa attività di percezione ed elaborazione di quelli, la compromissione della genuinità dei processi decisionali fondati su dati alterati o incompleti per l'incompletezza delle informazioni."

⁴⁹⁹ Già con le sent. Cass. civ., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, i giudici avevano affermato che la sussistenza di nesso eziologico non va indagata solo in relazione al rapporto di consequenzialità tra intervento terapeutico e pregiudizio della salute, ma anche in relazione al rapporto tra attività omissiva del medico per non aver informato il paziente ed esecuzione dell'intervento, essendo il diritto all'autodeterminazione diverso ed autonomo rispetto al diritto alla salute.

ipotesi di responsabilità medica che possono verificarsi ⁵⁰⁰, hanno rimarcato come il danno da lesione dell'autodeterminazione, unitamente alla relazione intercorrente tra evento (*vizio del consenso*) e danno devono essere provati dal paziente⁵⁰¹, il quale, a tal fine, può servirsi di ogni mezzo di prova, anche di carattere presuntivo o mediante il ricorso a massime di comune esperienza. La Cassazione ha motivato l'imposizione sul paziente dell'onere probatorio sulla base di tre ordini di ragioni: anzitutto la prova del nesso causale tra inadempimento e danno comunque compete alla parte che allegghi l'inadempimento altrui e pretenda per questo il risarcimento; la qualificazione in termini di fatto positivo da provare del rifiuto che sarebbe stato opposto dal paziente al medico; infine il discostamento della scelta del paziente dalla valutazione di opportunità del medico costituisce un'eventualità che non corrisponde all'*id quod plerumque accidit*.

Segue: lesioni plurioffensive

Diverso è il caso della lesione plurioffensiva, che si realizza quando la condotta sanitaria, rispettosa delle *leges artis* nella fase esecutiva, non sia stata preceduta da un valido consenso in merito ai rischi dell'intervento e abbia causato un danno cui

⁵⁰⁰ Sono infatti state ridotte a cinque le possibili combinazioni di lesioni che una condotta medica può arrecare alla salute del paziente ed alla sua autodeterminazione. Esse sono chiaramente riassunte, da ultimo, in Cass. civ., 11 novembre 2019, n.28985, cit.

⁵⁰¹ Cfr. PARDOLESI-SIMONE, *Tra discese ardite e risalite: causalità e consenso in campo medico*, cit.; Cass. civ., 11 novembre 2019, n.28985, cit.: "Il paziente che allegghi l'altrui inadempimento sarà dunque onerato della prova del nesso causale tra inadempimento e danno, posto che: a) il fatto positivo da provare è il rifiuto che sarebbe stato opposto dal paziente al medico; b) il presupposto della domanda risarcitoria è costituito dalla scelta soggettiva del paziente, sicché la distribuzione del relativo onere va individuato in base al criterio della cd. "vicinanza della prova"; c) il discostamento della scelta del paziente dalla valutazione di necessità/opportunità dell'intervento operata dal medico costituisce eventualità non corrispondente all'"*id quod plerumque accidit*".

il paziente non aveva consentito. Si tratta, più specificamente, della ipotesi in cui, pur non riscontrandosi errori esecutivi del medico, tuttavia, si siano verificate delle complicanze non preventivamente prospettate al paziente, il quale, se correttamente informato, non avrebbe autorizzato l'intervento⁵⁰². Il giudizio controfattuale conduce in questi casi a ritenere che la condotta del sanitario, seppur correttamente eseguita, si pone in un rapporto eziologico diretto sia rispetto al danno alla autodeterminazione, sia alla salute⁵⁰³: l'omissione informativa, in sostanza, presenta una astratta capacità plurioffensiva. Entrambi i diritti, quindi, meritano di essere risarciti laddove sia fornita la prova che dalla lesione di ciascuno di essi siano derivate specifiche conseguenze dannose.

L'incertezza causale che accompagna tali fattispecie impone, tuttavia, un aggravamento probatorio in capo al paziente non correttamente informato. Non sarà, infatti, in questo caso sufficiente dimostrare la mancata prestazione del consenso; costui dovrà infatti provare che, ove correttamente informato, non si sarebbe sottoposto a quell'intervento ed avrebbe rifiutato le cure, onde non subire

⁵⁰² Si pensi all'ipotesi di asportazione di un osteosarcoma cui il medico debba procedere mediante l'amputazione di un arto del paziente. È rimessa al paziente la scelta se sottoporsi all'intervento di asportazione del tumore, cui può conseguire l'amputazione dell'arto, o, piuttosto, negare il proprio consenso ed attendere inerme, mantenendo l'integrità del proprio corpo, il decorso della patologia. Ove scelga la prima soluzione ma il medico non gli rappresenti la possibilità dell'amputazione, il paziente che abbia subito la diminuzione della propria integrità fisica, potrà richiedere il risarcimento del danno sia per la lesione del diritto ad autodeterminarsi, sia per la lesione fisica subita, anche ove la condotta esecutiva del medico non sia rimproverabile. Al fine di ottenere il risarcimento di quest'ultimo danno, tuttavia, il danneggiato dovrà dimostrare che ove correttamente informato, avrebbe preferito non sottoporsi all'intervento, al fine di mantenere la funzionalità di entrambi gli arti.

⁵⁰³ Cass. civ., 11 novembre 2019, n.28985, cit.; “[...] dovendo, pertanto, riconoscersi alla omissione informativa una astratta capacità plurioffensiva, in quanto potenzialmente idonea a ledere distinti interessi sostanziali, rispettivamente, il diritto alla autodeterminazione ed il diritto alla salute - entrambi, quindi, suscettibili di reintegrazione risarcitoria, laddove sia fornita la prova che dalla lesione di ciascuno di tali diritti siano derivate specifiche conseguenze dannose”

le conseguenze invalidanti⁵⁰⁴. Sussiste, infatti, in capo medico una presunzione *iuris tantum*, secondo cui i pazienti di regola si sottopongono agli interventi ritenuti necessari o opportuni dai medici⁵⁰⁵; spetta quindi al paziente superarla, dimostrando, in sostanza, che l'esatto adempimento della prestazione informativa avrebbe dato accesso a uno scenario alternativo e riscritto la storia individuale del paziente. L'incidenza eziologica del deficit informativo sul risultato pregiudizievole dell'atto terapeutico correttamente eseguito dipende, quindi, dall'opzione che il paziente avrebbe esercitato se fosse stato adeguatamente informato, ed è configurabile soltanto in caso di presunto dissenso. L'allegazione dei fatti dimostrativi di tale eventuale scelta alternativa costituisce, anche alla luce del principio di vicinanza della prova, parte integrante dell'onere della prova del paziente danneggiato⁵⁰⁶. Tale prova, tuttavia, precisa la Suprema Corte, "potrà essere fornita con ogni mezzo, ivi compresi il notorio, le massime di esperienza, le presunzioni, queste ultime fondate, in un rapporto di proporzionalità diretta, sulla gravità delle condizioni di salute del paziente e sul grado di necessità dell'operazione". La lesione plurioffensiva può, quindi, essere accertata solo se il paziente riesca a superare l'incertezza eziologica del caso concreto.

Segue: lesione pura dell'autodeterminazione

⁵⁰⁴ Tale approdo era stato già raggiunto da Cass. civ., 9 febbraio 2010, n. 2847, cit.. Non si mostrava d'accordo SCACCHI, *La responsabilità del medico per omessa informazione nel caso di corretta esecuzione dell'intervento "non autorizzato"*, cit., 799 ss.

⁵⁰⁵ La scelta del paziente di rifiutare l'intervento ritenuto necessario dal medico costituisce, infatti, una eventualità non corrispondente all'*id quod plerumque accidit*.

⁵⁰⁶ Cass. civ., ord. 12 aprile 2018, n. 9053; Cass. civ., ord. 15 maggio 2018, n. 11749.

L'ultima ipotesi di incertezza eziologica è quella della lesione pura dell'autodeterminazione, non accompagnata da alcun danno alla salute: il paziente, in sostanza, reclama esclusivamente un pregiudizio direttamente collegato all'omissione del consenso. Anche in questo caso, infatti, in cui difettano errori esecutivi e danni all'integrità fisica, il paziente lamenta la circostanza di non aver potuto scegliere terapie alternative, di non aver potuto predisporre le scelte di vita rispetto ad un evento traumatico, di non essersi potuto preparare rispetto alle conseguenze invalidanti.

Non essendo dedotta la violazione dell'integrità fisica, ma rilevando l'omissione informativa sul solo piano del diritto all'autodeterminazione, non è richiesta la prova rafforzata prima esaminata. Sarà sufficiente, come premesso, per accertare il danno da impreparazione, la prova con ogni mezzo dell'inadempimento informativo, del danno subito e della correlazione causale tra i due termini.

Segue: la prova del nesso causale nei casi di nascita indesiderata.

Tra le ipotesi di incertezza eziologica di danni causati da omissioni informative, merita certamente menzione separata la questione del “danno da nascita indesiderata”.

Con tale espressione si designa, più che un tipo di danno, un tipo di condotta illecita⁵⁰⁷: quella di chi viola il diritto di uno o di ambedue i genitori a non avere

⁵⁰⁷ Sul tema vedi Quaderni del Massimario “*Responsabilità sanitaria e tutela della salute*” (a cura di Marco Rossetti), 2011.

figli, ovvero a non portare a termine la gestazione. Tale condotta può assumere principalmente due forme: la prima ipotesi ricorre quando la nascita di un figlio avviene contro la volontà del genitore (come nell'ipotesi di insuccesso di un intervento abortivo, ovvero di sterilizzazione); la seconda, più strettamente connessa all'omissione informativa, si verifica quando la nascita avviene oltre la volontà del genitore, impedendogli la possibilità di interrompere la gravidanza. La variegata casistica trova un minimo comune denominatore nell'unicità dell'*'eventus damni* che ne deriva, naturalisticamente costituito dalla venuta al mondo di un bambino non voluto dai genitori, perché non programmato e/o perché malformato⁵⁰⁸.

Il danno da nascita indesiderata può essere causato da un medico sia con una condotta commissiva che con una omissione. Le condotte colpose di tipo commissivo rientrano normalmente nella prima ipotesi descritta. In questi casi, in merito al problema del nesso eziologico tra l'omessa sterilizzazione o l'insuccesso dell'intervento abortivo⁵⁰⁹ dovuti ad imperizia medica e i danni conseguenti alla nascita indesiderata, si ritiene che si tratti di una classica ipotesi di responsabilità sanitaria per errore esecutivo. Saranno pertanto applicabili le ordinarie regole causali in precedenza esaminate e sarà onere del paziente dimostrare

⁵⁰⁸ BILÒ, *Nascita e vita indesiderate: i contrasti giurisprudenziali all'esame delle Sezioni Unite*, in *Corr. Giur.*, 2016, 1, 47.

⁵⁰⁹ Per vero, occorre precisare che le due situazioni non si equivalgono perfettamente. Si veda GIACOBBE, *La filiazione da "inadempimento"*, in *Giust. Civ.*, 2003, 2602 ss., che afferma che "nell'ipotesi di fallito intervento abortivo [...] può scorgersi un rapporto di stretta causalità tra inadempimento della prestazione e nascita, potendosi in tal caso, in via di mera ipotesi, sostenere che l'inadempimento sia la fonte della filiazione. Le cose, sotto il profilo di nesso di causalità, sono in parte diverse nell'ipotesi della sterilizzazione mal riuscita, ove tecnicamente non è sostenibile che la gravidanza sia stata causata da un terzo, poiché certamente non fu il medico 'l'artefice' dello stato gravidico. Il solo inadempimento della prestazione medica non sarebbe in grado, in tal caso, come invece lo è nell'ipotesi di aborto, di produrre la nascita, essendo all'uopo necessario un ulteriore e diverso comportamento generativo che, infatti, fu posto in essere dai danneggiati"

l'inadempimento, i danni patrimoniali e non patrimoniali patiti ed il nesso di causalità che lega i due termini.

La peculiarità dei pregiudizi lamentati dai genitori-attori, tuttavia, impone di approfondire la effettiva riconducibilità di tali pregiudizi alla condotta dei sanitari-convenuti. Potrebbe infatti sostenersi che il comportamento della donna che, a seguito dell'errore medico, abbia deciso di non interrompere la gravidanza secondo le disposizioni della L. n. 194/1978, valga a interrompere il nesso di causalità tra la colpevole omissione dei sanitari e il danno. Tale osservazione, tuttavia, non merita accoglimento in quanto altro è la scelta di non procreare, altro è quella di porre termine ad una gravidanza già in corso⁵¹⁰. Non può infatti richiedersi alla danneggiata di sottoporsi ad un intervento di interruzione volontaria della gravidanza al fine di evitare i danni conseguenti alla mancata esecuzione della sterilizzazione, e ciò in quanto un intervento abortivo comporterebbe un evidente e rilevante sacrificio alla salute e alla libertà di autodeterminazione della madre⁵¹¹, comportamento da lei non giuridicamente pretendibile.

Ben più frequenti, però, sono i casi in cui il danno da nascita indesiderata è causato dal medico con una condotta omissiva, che può consistere: nell'omesso rilevamento di una malformazione o di un difetto genetico oggettivamente rilevabile con l'uso dell'ordinaria diligenza attraverso gli opportuni esami diagnostici; nell'omessa

⁵¹⁰ FERRERO, *Nascita sana ma non voluta: i danni risarcibili in caso di omesso intervento di sterilizzazione*, in *Giur. it.*, 2016, 7, 1602.

⁵¹¹ Tribunale Reggio Emilia, Sez. II, 7 ottobre 2015: "Il secondo comma dell'art. 1227 cod. civ., nel porre come condizione per il risarcimento dei danni l'inevitabilità degli stessi da parte del creditore, impone a quest'ultimo una condotta attiva o positiva diretta ad impedire le conseguenze dell'altrui comportamento dannoso ma nei limiti dell'ordinaria diligenza, laddove si intendono comprese nell'ambito dell'ordinaria diligenza, all'uopo richiesta, soltanto quelle attività che non siano gravose o eccezionali o tali da comportare notevoli rischi o rilevanti sacrifici".

informazione della gestante circa l'esistenza di malformazioni del feto. Le due condotte possono concorrere o verificarsi alternativamente.

In tema di danno da nascita indesiderata, la giurisprudenza ha enucleato nel tempo una serie di obblighi informativi che il medico chiamato ad eseguire una diagnosi prenatale è tenuto a rispettare, aggiuntivi rispetto ai soli risultati obiettivi dell'esame. Più in particolare il sanitario, anche quando non gli siano richieste indagini diagnostiche sul feto, ove riscontri l'esistenza di patologie della donna tali da nuocere alla salute del nascituro, è tenuto ad informarla della possibilità di sottoporsi ad indagini prenatali, quantunque rischiose per la sopravvivenza del feto⁵¹². Egli, inoltre, è tenuto a comunicare alla gestante la possibilità di ricorrere ad un centro di più elevato livello di specializzazione, se l'esame diagnostico compiuto non abbia consentito, senza colpa del medico, una completa ed esaustiva visualizzazione del feto⁵¹³ e, qualora vengano prescritti alla gestante farmaci potenzialmente dannosi per il concepito è tenuto, altresì, a renderla partecipe dei rischi derivanti dal loro uso⁵¹⁴. Infine, il medico, il quale sia chiamato ad interpretare un'immagine diagnostica prenatale incerta o ambigua, è tenuto a condividere con la gestante l'incertezza diagnostica, per renderla completamente edotta delle possibili diagnosi e cure.

Chiarito il contenuto dell'obbligo di informazione del medico in occasione di diagnosi prenatale, occorre esaminare il rapporto fra l'omissione (o

⁵¹² Cass. civ., 2 febbraio 2010, n. 2354. Secondo Cass. civ., 2 ottobre 2012, n. 16754, il medico è tenuto ad avvisare la donna dell'utilità concreta del test prescelto per la diagnosi prenatale, consigliandole gli accertamenti più efficaci per la verifica dell'esistenza di malformazioni congenite.

⁵¹³ Cass. civ., 13 luglio 2011, n. 15386.

⁵¹⁴ Vedi Cass. civ., 11 maggio 2009, n. 10741: in tale occasione la Suprema Corte ha condannato al risarcimento del danno da nascita indesiderata il medico che aveva ommesso tale informazione, perché il concepito era venuto al mondo con malformazioni congenite, delle quali non era stato possibile stabilire se fossero state causate o meno dai farmaci assunti dalla gestante.

l'inadeguatezza) di questo, ove emergano indizi di eventuali malformazioni o patologie del feto, ed i danni lamentati dalla gestante⁵¹⁵. Come giustamente rilevato dalla giurisprudenza più recente⁵¹⁶, la richiesta di una diagnosi prenatale riveste caratteri plurifunzionali: può servire ai genitori per prepararsi alla nascita, per selezionare le cure più adeguate, così come può determinare in loro la scelta abortiva. Per tali ragioni, pertanto, a fronte di una omissione informativa i genitori potrebbero limitarsi a domandare il risarcimento del danno arrecato al diritto ad una gestazione cosciente, o invece estendere le pretese risarcitorie facendo valere in giudizio altresì la violazione del diritto della gestante all'aborto.

Ebbene, nel primo caso il danno lamentato consiste nell'aver negato alla paziente la possibilità di prepararsi adeguatamente e predisporre le proprie scelte di vita rispetto ad un evento particolarmente traumatico, quale è la nascita di un figlio malato. L'omessa informazione è quindi in questo caso dedotta e considerata nel solo profilo offensivo rispetto alla libertà di gestazione cosciente. Parte attrice, pertanto, dovrà provare l'inadempimento del medico, consistente nel non aver individuato le patologie del feto e, comunque, nel non averle comunicate ai futuri genitori, il danno patrimoniale e non patrimoniale subito al momento della nascita di un figlio inaspettatamente menomato, e, con qualunque mezzo, il nesso eziologico. Osservano infatti i giudici di legittimità che, tutte le volte in cui il diritto all'autodeterminazione procreativa risulti il presupposto per il compimento di una pluralità di altre possibili scelte che l'omessa informazione ha impedito venissero

⁵¹⁵ Legittimati attivi sono anche il padre e i figli della coppia, quali beneficiari degli effetti protettivi del contratto intervenuto con il medico e/o la struttura sanitaria. *Ex multis*, PONZÙ, *Responsabilità medica contrattuale per danni neonatali nei confronti del padre e dei prossimi congiunti*, in *Famiglia e dir.*, 2019, 12, 1095 ss. (nota a Cass. civ., 18 aprile 2019, n. 10812).

⁵¹⁶ Cfr. Cass. civ., 21 marzo 2021, ord. n. 7385.

assunte - integrando così l'antecedente causale di scelte o di mancate scelte foriere di conseguenze pregiudizievoli - e qualora la lesione lamentata incida il diritto oltre una soglia minima, le istanze risarcitorie del paziente meritano accoglimento⁵¹⁷.

Diverso e più complesso è l'onere probatorio richiesto ai genitori che lamentino non solo la lesione al diritto ad una gestazione cosciente, ma altresì la violazione del diritto all'aborto. In questo caso, infatti, l'accertamento della causalità richiede una duplice prova: che nel singolo caso l'aborto fosse consentito dalla legge; che, pur sussistendo i presupposti di legge per l'interruzione della gravidanza, la gestante, una volta informata delle malformazioni del feto, avrebbe verosimilmente compiuto tale scelta.

In merito al primo di questi aspetti, va ricordato che la possibilità di abortire non è incondizionata, ma è subordinata dalla legge⁵¹⁸ alla sussistenza di diversi presupposti, a seconda che venga esercitato prima o dopo il novantesimo giorno

⁵¹⁷ Vedi ancora Cass. civ., 21 marzo 2021, ord. n. 7385: "Quel che deve ribadirsi è che tutte le volte in cui - in base ad un giudizio comparativo tra la situazione verificatasi in seguito all'omessa informazione e quella che si sarebbe avuta se la gestante fosse stata posta nelle condizioni di autodeterminarsi - non sia dato scorgere alcun tipo di pregiudizio al di là della mera privazione del diritto di scegliere fine a se stessa e/o la lesione subita non possa di per sé raggiungere un sufficiente livello di offensività non è possibile dar luogo ad una tutela risarcitoria. Ove, *ex adverso*, ed è questo il caso, il diritto all'autodeterminazione procreativa risulti il presupposto per il compimento di una pluralità di altre possibili scelte che l'omessa informazione ha impedito venissero assunte, cioè costituisca l'antecedente causale di scelte o di mancate scelte foriere di conseguenze pregiudizievoli e la lesione lamentata incida il diritto oltre una soglia minima, cagionando un nocumento connotato dal requisito della gravità - sicché sia da escludersi che l'offesa della mera autonomia decisionale sia da ascrivere al novero di quei pregiudizi che, secondo la giurisprudenza di legittimità, l'ordinamento impone a ciascun soggetto di sopportare in nome del contemperamento tra il principio di solidarietà nei riguardi della vittima e quello di tolleranza verso illeciti di trascurabile rilievo - non vi è ragione per non accogliere la istanza di tutela risarcitoria." "Pertanto, una volta dimostrata da parte dei ricorrenti la ricorrenza della lesione del diritto di prepararsi al trauma della nascita di una figlia affetta da gravi patologie, causalmente imputabile all'inadempimento informativo, e, dunque, assunta la lesione di un interesse che aveva la duplice caratteristica di essere esterno alla prestazione diagnostica in senso stretto, ma interno al perimetro degli interessi direttamente soddisfacenti con la messa a profitto della prestazione medesima, rimasta poi inadempita, la Corte d'appello avrebbe dovuto consentire loro l'accesso alla tutela risarcitoria."

⁵¹⁸ Il riferimento è alla legge 22 maggio 1978, n. 194 "Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza". Gli artt. 4 e 6 indicano le condizioni cui è subordinato il diritto all'interruzione della gravidanza rispettivamente prima e dopo i 90 giorni di gestazione.

dall'inizio della gravidanza. Sarà onere della gestante, pertanto, in primo luogo dare prova della sussistenza dei presupposti di legge legittimanti la scelta interruttiva⁵¹⁹. Assolto il primo onere probatorio, spetterà poi, sempre alla gestante, provare che nel caso concreto, ove correttamente informata, avrebbe proceduto all'interruzione della gravidanza: solo in questo caso, infatti, potrà affermarsi la sussistenza di un autentico nesso eziologico tra l'inadempimento informativo del medico e la violazione del diritto ad abortire. Si tratta, come è indubbio di un illecito omissivo: la struttura omissiva dell'illecito si riflette sull'accertamento eziologico, che deve ricorrere al modello ipotetico controfattuale. Pertanto, con riguardo alla ripartizione dell'onere della prova in ordine al fatto che la madre avrebbe abortito, se debitamente informata dell'esistenza di gravi malformazioni del feto, la sequenza causale va ricostruita "come se" il medico avesse eseguito l'accertamento necessario e "come se" avesse informato i genitori dell'alterazione che ne veniva evidenziata⁵²⁰.

Fino al 2013 la giurisprudenza era assestata su un orientamento alquanto indulgente: si riteneva che la gravità delle malformazioni del feto, in base ad un criterio di regolarità causale, fosse di per sé prova sufficiente della scelta abortiva della gestante, ove adeguatamente informata, si sarebbe avvalsa della facoltà di

⁵¹⁹ Qualora i primi tre mesi di gestazione siano stati superati al momento dell'omissione informativa del medico, la prova per la gestante si inasprisce notevolmente. Per ottenerne la condanna, infatti, in teoria non basta provare l'esistenza della malformazione, ma occorre dimostrare che, se la gestante ne fosse stata informata, avrebbe corso il grave pericolo di ammalarsi, anche a livello psichico. Tale rigoroso onere della prova tuttavia, solennemente affermato in teoria, nella pratica viene notevolmente attenuato dalla facilità con la quale la giurisprudenza ricorre alla prova presuntiva, sul presupposto che, secondo *l'id quod plerumque accidit*, pochi genitori sono disposti a dare alla luce un figlio che corra il rischio di essere gravemente ritardato o costretto a vivere una vita menomata.

⁵²⁰ Cfr. CAVALLARI, *Il danno da nascita indesiderata. Riflessioni sulla sentenza della Cassazione, Sez. U., n. 25767 del 22 dicembre 2015*, in *unicost.ue*.

abortire⁵²¹. Questo orientamento è stato fortemente ridimensionato dalla sentenza della Corte di cassazione n. 7269 del 2013⁵²², con la quale i giudici di legittimità hanno ripudiato ogni forma di stereotipo e presunzione. Sulla scorta di tali premesse, è stato affermato che l'onere della prova non può ritenersi assolto mediante la sola dimostrazione che la donna aveva chiesto di sottoporsi ad un esame diagnostico prenatale; tale richiesta, infatti, non costituisce un indice univoco della volontà abortiva della donna, salvo che, al momento della richiesta dell'esame diagnostico prenatale, la paziente non avesse espressamente dichiarato che l'esame era funzionale alla volontà di abortire. Sarà quindi compito del giudice di merito valutare il corretto e completo assolvimento degli oneri probatori da parte della gestante, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto, tra le quali, in primo luogo, la condotta della madre prima, durante e dopo il parto, le sue credenze religiose, le sue convinzioni etiche ed il suo livello culturale.

Il nesso causale tra l'omessa informazione da parte del medico e la lesione del diritto di interrompere la gravidanza si considererà, di contro, escluso qualora il convenuto offra la prova contraria consistente nella sussistenza di fattori ambientali, culturali, di storia personale, religiosi, idonei a dimostrare in modo certo che, pur informata delle malformazioni, la donna avrebbe accettato la continuazione della gravidanza. Il nesso si ritiene ugualmente escluso tutte le volte che le malformazioni

⁵²¹ Cass. civ., 4 gennaio 2010, n. 13: "Risponde ad un criterio di regolarità causale che la donna, ove adeguatamente e tempestivamente informata della presenza di una malformazione atta ad incidere sulla estrinsecazione della personalità del nascituro, preferisca non portare a termine la gravidanza".

⁵²² Cass. civ., 22 marzo 2013, n. 7269, in *Danno e resp.*, 2013, 1072, con nota di TRECCANI, "a dispetto delle affermazioni di principio in ordine ai criteri di riparto dell'onere della prova, esso, a colpi di pretesi indici enucleabili dalla fenomenologia sociologica connessa all'accertamento della malformazione del feto, per la verità ben più variegata e complessa, finisce per far scattare, a fronte della sola allegazione della donna che, se informata, si sarebbe avvalsa del diritto di interrompere la gravidanza, una presunzione *iuris tantum* di sussistenza delle condizioni che quella interruzione avrebbero legittimato".

erroneamente non rilevate o non comunicate alla madre da parte del medico non siano gravi (in caso contrario l'aborto non avrebbe più una funzione terapeutica, ma eugenetica).

Tali approdi sono stati nuovamente precisati dalle sezioni unite della Corte di Cassazione⁵²³. I giudici di legittimità hanno da un lato escluso qualsiasi tipo di automatismo risarcitorio, richiedendo piuttosto una prova concreta dell'esistenza del danno e del nesso causale; dall'altro, tuttavia, hanno ammesso il ricorso alle presunzioni, purché gravi, precise e concordanti secondo il disposto dell'art. 2729 c.c., fondate su circostanze contingenti atipiche emergenti dai dati istruttori raccolti, quali consulenze mediche disposte per accertare le condizioni di salute del nascituro e della gestante.

Un breve riferimento, da ultimo, va fatto al diritto del nascituro a richiedere il risarcimento da nascita indesiderata in caso di violazioni informative del medico. In questo caso, secondo la giurisprudenza ormai stratificata, nessun problema di nesso causale si pone, in quanto la questione è risolta a monte dai giudici che escludono la legittimazione ad agire del nato malformato⁵²⁴.

⁵²³ Cass. civ. SS.UU., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Foro it.*, 2016, I, 494, con nota di BONA, *Sul diritto a non nascere e sulla sua lesione*; in *Corr. Giur.*, 2016, 1, 47, con nota di BILÒ, *Nascita e vita indesiderate: i contrasti giurisprudenziali all'esame delle Sezioni Unite*; in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 152, con nota di GORGONI, *Una sobria decisione «di sistema» sul danno da nascita indesiderata*; in *Giur. it.*, 2016, 543, con nota di CARUSI, *Omessa diagnosi prenatale: un contrordine ... e mezzo delle Sezioni unite*, ove si chiarisce che la prova (necessaria) del fatto che, se tempestivamente informata, la gestante avrebbe interrotto la gravidanza, può essere data anche con presunzioni.

⁵²⁴ L'orientamento è costante in giurisprudenza; si vd., *ex mutlis*: Cass. 29 luglio 2004, n. 14488; Cass. 11 maggio 2009, n. 10741, in *Foro it.*, 2010, I, c. 141; in *Quotidiano Giur.*, 12 giugno 2009; in *Dir. giur.*, 2009, 549; in *D&G*, 2010, 91; in *Rass. dir. civ.*, 2011, 587. Diforme Cass. 2 ottobre 2012, n. 16754, che, accertata la volontà abortiva della gestante, riteneva sussistente il nesso causale fra l'omessa diagnosi e il pregiudizio nei confronti del nato sulla base che, viceversa, si compirebbe "un inammissibile annullamento della volontà della gestante". In questo modo, si rileva, che sono stati equiparati dalla corte gli effetti di due situazioni completamente opposte, ossia l'errore del sanitario che cagiona direttamente la malformazione e l'omessa diagnosi che, privando la madre del diritto ad una procreazione cosciente e responsabile, non ha evitato la nascita malformata.

CAPITOLO III

Il risarcimento del danno

SOMMARIO: 1. La nozione di danno in senso giuridico. 1.1 Il danno evento. 1.2 Il danno conseguenza. 2. Il danno non patrimoniale. Nozione e contenuto. *Segue*: la disciplina, anche alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale. *Segue*: la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. 3. La quantificazione del risarcimento del danno non patrimoniale: il metodo tabellare. *Segue*: le tabelle legali. 3.1 Considerazioni in merito all'assimilazione del settore della responsabilità medica a quello della circolazione veicolare. 4. Il nuovo decalogo della terza Sezione infrange l'unitarietà del danno non patrimoniale. 5. Il danno dinamico-relazionale. *Segue*: il danno morale. 6 La modifica degli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni Private e il nuovo sistema tabellare di origine giurisprudenziale. 7. Danni eccentrici alla disciplina del Codice delle Assicurazioni Private. 7.1 Il danno da perdita del rapporto parentale. *Segue*: le tipologie di danno risarcibili. *Segue*: i legittimati attivi per l'azione di danno. *Segue*: i criteri per la liquidazione del danno. 7.2 Il danno definito da premorienza (i c.d. danni intermittenti). 7.3 Il danno da perdita di *chance*. 7.4 Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. *Segue*: il danno da lesione del diritto all'autodeterminazione per violazione dell'obbligo informativo. 8. La valutazione, ai fini risarcitori, della condotta dell'esercente strutturato.

1. La nozione di danno in senso giuridico.

Nel Codice civile si rintracciano i requisiti per assegnare rilevanza giuridica al danno, si definisce il contenuto dell'obbligazione risarcitoria e vengono specificati i criteri che presiedono alla liquidazione; non viene spiegato, tuttavia cosa debba intendersi per danno giuridico.

Il compito di fornirne una definizione, quindi, è spettato —come sovente avviene— alla dottrina più sensibile che, ancor prima di interrogarsi sui temi inerenti alla determinazione quantitativa e alla successiva liquidazione, ha inteso confrontarsi con la nozione di danno⁵²⁵.

Il danno è un *nocumento o pregiudizio, vale a dire annientamento o alterazione di una situazione favorevole*⁵²⁶. Non tutti i fenomeni pregiudizievoli del mondo fisico, tuttavia, assumono rilevanza giuridica: perché il diritto li prenda in considerazione è necessario che rivestano il carattere dell'antigiuridicità, o contrarietà al diritto. Essa *non è che l'espressione della prevalenza accordata dal diritto ad un interesse opposto, per lo più sulla base di un apprezzamento dominante nella coscienza sociale*⁵²⁷.

⁵²⁵ Tra tutti, cfr. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, 1, 29 ss., il quale nell'incipit del citato lavoro, definisce il danno ingiusto come “Crocevia di ogni dibattito e punto di intersezione di tutte le grandi tematiche intorno alla responsabilità civile [...]”. Ed aggiunge “Non appena però ci si interroghi sul significato di tale formula, ci si accorge subito che anche in questo caso è come procedere da *obscurum per obscurius*, e la polemica anziché sopirsi si riaccende”. Vedi anche ID., *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, 6, 657 ss.

⁵²⁶ Così DE CUPIS, *Il danno*, vol. I, seconda ed., Milano, Giuffrè, 1966, 7.

⁵²⁷ Così DE CUPIS, *Il danno*, cit., 11. Più precisamente, il carattere di antigiuridicità che connota l'atto, si comunica al danno che da esso deriva (“*In quanto l'atto sia antigiuridico, la nota di antigiuridicità si estende al danno che da esso è prodotto*”). Qualora il danno sia qualificato come antigiuridico, l'ordinamento si attiva ad apprestare una peculiare reazione contro l'autore: la reazione assume la fisionomia più determinata di sanzione. La sanzione è precisamente quella conseguenza per mezzo della quale il diritto intende garantire la prevalenza di un determinato interesse contro gli atti lesivi compiuti da soggetti il cui interesse esso ha inteso subordinare. Non

Il danno costituisce il *fondamento giuridico ed il logico prius della responsabilità civile*⁵²⁸, di cui l'obbligazione risarcitoria rappresenta l'effetto tipico sul piano della realtà giuridica⁵²⁹.

Quando si parla di danno occorre distinguere due livelli di indagine: il primo si riferisce alla definizione di danno, presupposto della responsabilità solo se riveste i requisiti della rilevanza per il diritto; il secondo, poi, è volto alla determinazione del suo contenuto secondo i criteri –questa volta– indicati dall'ordinamento giuridico. Nel primo caso, il danno ingiusto (come elemento oggettivo del fatto illecito) o danno-evento assume il significato di pregiudizio dell'interesse tutelato; nel secondo, il danno assume rilevanza in relazione alle perdite, patrimoniali e non, subite dalla vittima, e quindi, in rapporto al risarcimento, rappresenta il pregiudizio da valutare in termini economici in quanto oggetto di riparazione.

In ragione delle peculiarità del settore di riferimento che questo lavoro di ricerca intende approfondire, occorre tenere conto delle problematiche che la nozione di danno solleva in entrambi i settori della responsabilità, quello contrattuale ex art. 1218 c.c. e quello extracontrattuale ex art. 2043 c.c.. Si può tuttavia, in via di prima approssimazione, rassicurare il lettore sotto un duplice profilo: in relazione al danno evento, i maggiori problemi definitivi derivano dalle incertezze interpretative che

mancono ipotesi, aggiunge l'A., tuttavia, in cui anche al danno non antigiuridico viene eccezionalmente assegnata rilevanza giuridica. Nel codice civile se ne rintracciano alcuni esempi: l'art. 1328, comma 1 c.c., sulla revoca della proposta; l'art. 2045 c.c. sullo stato di necessità; l'art. 2047, comma 2 c.c., sul danno cagionato da persona incapace. In questi casi, la reazione apprestata dall'ordinamento giuridico non ha la funzione di sanzionare l'autore, bensì quella di compensare il soggetto dell'interesse pregiudicato.

⁵²⁸ SCOGNAMIGLIO, *Voce Risarcimento del danno*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVI, 5.

⁵²⁹ Osserva sapientemente FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, *passim*, che il danno, oltre che fenomeno fisico, è altresì fenomeno giuridico e, in quanto tale, rientra nell'oggetto di studio del giurista. Più precisamente il danno può essere un effetto giuridico, ovvero la sfavorevole conseguenza, voluta dal diritto, dell'inosservanza di una norma posta a presidio di un interesse meritevole di tutela. Il danno, tuttavia, è anche fatto giuridico, causa di effetto giuridico, consistente nella reazione apprestata dal diritto finalizzata alla repressione del danno.

derivano dalla formula “danno ingiusto” utilizzata nell’art. 2043 c.c.; analoghi problemi non sembrano evidenziarsi in ambito contrattuale, ove il danno evento coincide con l’inadempimento o inesatto adempimento dell’obbligazione. Secondariamente, le difficoltà legate alla determinazione del danno-conseguenza sono in parte coincidenti in entrambi settori, in ragione del parziale richiamo che l’art. 2056 c.c. in tema di responsabilità aquiliana compie in favore degli articoli del capo III, titolo I, libro IV, rubricato “*Dell’inadempimento delle obbligazioni*”.

1.1 Il danno evento.

Seguendo l’ordine prospettato, occorre iniziare l’indagine dalla nozione di danno evento. Uno dei presupposti fondamentali della responsabilità extracontrattuale, espresso nella disposizione cardine dell’art. 2043 c.c., è l’ingiustizia del danno. La disposizione citata pone un problema essenziale all’interprete, ovvero la questione della tipicità o atipicità della fattispecie produttiva di responsabilità civile⁵³⁰. La scelta del legislatore italiano può essere meglio compresa in un’ottica comparatistica con i vicini ordinamenti d’oltralpe.

Se da un lato, infatti, si collocano gli ordinamenti giuridici che considerano solo figure illecite tipiche, previste dal legislatore o determinate dai precedenti

⁵³⁰Su cui cfr. essenzialmente; ALPA, BESSONE E ZENO ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, II ed., Utet, Torino, 1995, 45 ss.; BIANCA, *Diritto Civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 2012, 582; ALPA, *Il codice e la responsabilità civile: origine di un testo*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, 513; GALGANO, *La commedia della responsabilità civile*, in *Riv. critica dir. privato*, 1987, 191; VISINTINI, *I fatti illeciti, Ingiustizia del danno – Imputabilità*, Padova, 1987; ID., *Il danno ingiusto*, in *Riv. critica dir. privato*, 1987, 177.

(rispettivamente in Germania⁵³¹ e negli ordinamenti di *common law*), dall'altro la tradizione giuridica francese ha inaugurato l'opposto orientamento dell'atipicità degli illeciti⁵³², cui il modello italiano si è uniformato.

La differenza tra i sistemi fondati su una regola generale e quelli fondati sulla indicazione di figure tipiche, tuttavia, è ridimensionata nei fatti. Si potrebbe infatti pensare che mentre nei sistemi del primo tipo si consenta il risarcimento del danno in un numero limitato e ben definito di casi, in quelli ove è sancita la regola generale ogni fatto dannoso debba sempre considerarsi illecito. La diversità, invece, è meno spiccata: così come le figure tipiche previste negli ordinamenti del primo tipo possono essere così ampie e numerose *da permettere l'operare della sanzione in tutti i casi in cui ciò sia richiesto dall'utilità pubblica e della coscienza sociale*⁵³³, ugualmente è ragionevole limitare l'estensione del principio generale mediante la costante opera specificatrice della giurisprudenza, che ne restringe i risultati.

La differenza, piuttosto, risiede proprio nel diverso ruolo dell'interpretazione: mentre nei sistemi del primo tipo l'attività ermeneutica è fortemente ridimensionata dall'opera minuziosa compiuta a monte dal legislatore, in quelli del secondo tipo l'attività dell'interprete si fa determinante ai fini della corretta delimitazione del principio che vieta di danneggiare altri ingiustamente. Anche qui, però, la divergenza non è netta: nei paesi ove gli illeciti sono tipizzati, non sempre le fattispecie sono descritte in maniera sufficientemente precisa e determinata; spesso occorre anche qui un'opera specificatrice della giurisprudenza, che consente ai

⁵³¹ Il riferimento codicistico è ai paragrafi 823 e ss. del *BGB*.

⁵³² L'art. 1382 del code civil recita "*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*". La formula usata risale alla prima versione del codice (1804) e non è mai stata modificata.

⁵³³ Così TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, III ed., Milano, 2021, 24.

giudici uno spazio di manovra per adeguare il sistema alle nuove esigenze. Per tali ragioni può, in via di prima approssimazione, affermarsi che al di là della tecnica legislativa utilizzata, la costante opera interpretativa giurisprudenziale ha permesso di pervenire nei diversi ordinamenti a soluzioni pressoché simmetriche con riferimento alla stessa casistica, attenuando molto le divergenze di fondo che caratterizzano i due modelli⁵³⁴.

Tanto premesso, si tratta ora di definire i confini dell'ingiustizia, qualificazione che il legislatore del 1942 ha inteso per la prima volta introdurre in relazione al danno. La ragione di tale innovazione rispetto al codice previgente, che invece ricalcava il *code civil* francese, è contenuta nei lavori preparatori del codice⁵³⁵: “*Perché il fatto doloso o colposo sia fonte di responsabilità occorre che esso produca un danno ingiusto. Si precisa così, conferendo maggiore chiarezza alla norma dell'art. 1151 c.c. del 1865*⁵³⁶, *che la culpa e la iniuria sono concetti distinti; quindi si esige che il fatto o l'omissione, per essere fonte di responsabilità, debba essere doloso o colposo (omissis) e debba inoltre essere compiuto mediante la lesione dell'altrui sfera giuridica*”.

⁵³⁴ Cfr. sul tema VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, III ed., Bologna, 2005, 422. L'A. esprime una preferenza per il modello recepito nell'art. 2043 c.c. rispetto alle scelte operate negli altri ordinamenti: l'utilizzo della clausola generale dell'atipicità dei fatti illeciti, infatti, valorizza il ruolo dei giudici i quali, nelle applicazioni concrete, sono in grado di attualizzare ed adeguare agevolmente il giudizio con ampi spazi di manovra. Un sistema ispirato, invece, ad un modello di illeciti tipizzati sconta il difetto, in caso di mutamento o emersione di nuove esigenze, di dover attendere un intervento legislativo di settore tramite la legislazione speciale.

⁵³⁵ Cfr. Relazione del ministro Guardasigilli al c.c., n. 267.

⁵³⁶ I l vecchio Codice del 1865 riproduceva testualmente la formula dell'art. 1382 codice napoleonico. Infatti secondo l'art 1151 “Qualunque fatto dell'uomo, che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno”.

La dottrina civilistica⁵³⁷ ha chiarito che questa espressione integra una clausola generale: essa è espressione di una *tecnica legislativa incompleta*⁵³⁸ che, anziché prevedere compiutamente una fattispecie astratta, rinvia all'opera dei giudici la valutazione e la selezione in concreto degli interessi meritevoli di tutela⁵³⁹.

Nonostante fosse chiaro l'intento della disposizione codicistica - confermato dalla relazione citata - di richiedere la compresenza di un elemento soggettivo, rappresentato da colpa o dolo come requisiti dell'azione lesiva, e di uno oggettivo, integrato dal danno ingiusto, non sono mancati all'indomani dall'entrata in vigore del codice i tentativi di trasferire il requisito dell'ingiustizia dal danno all'atto lesivo⁵⁴⁰. L'orientamento menzionato assommava l'innovativo requisito dell'ingiustizia all'elemento soggettivo, secondo il seguente ragionamento: essendo la colpa integrata dalla violazione di una norma posta a protezione dei diritti degli individui, solo allorché vi fosse un comportamento colposo poteva verificarsi la lesione di un diritto e, quindi, un danno ingiusto.

Solo quando si comincia ad essere consapevoli del fatto che la colpa non integra l'unico criterio di imputazione della responsabilità e si viene accreditando la teoria della responsabilità oggettiva e nel contempo si scoprono le clausole generali e il

⁵³⁷ Cfr. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5; ALPA, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979; ID., *Trattato di diritto civile. La responsabilità civile*, Milano, 1999; GALGANO, *I fatti illeciti*, Padova, 2008.

⁵³⁸ Così VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, cit., 430 e ID., *Cos'è la responsabilità civile*, Napoli, 2009, 94.

⁵³⁹ Concorde con la natura di norma primaria, CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, 118 ss., ritiene che piuttosto che una clausola generale, l'art. 2043 c.c. rappresenti semmai una norma di portata generale, o "un'espressione generale che ha come referente la lesione di ogni situazione giuridica previamente riconosciuta dall'ordinamento". Per una sintesi generale degli orientamenti tra tipicità ed atipicità, si veda AMADIO – MACARIO, *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, I, Il Mulino, Bologna, 2014, 974 ss.

⁵⁴⁰ Si propone, infatti, una lettura alternativa dell'art. 2043 c.c. secondo cui: "qualunque fatto ingiusto, doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno" (FEDELE, *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Milano, 1954, 117).

*ruolo creativo dei giudici, ci si accorge del significato della nozione legislativa di danno ingiusto e del fatto che la selezione degli interessi meritevoli di tutela aquiliana era stata affidata, consapevolmente, dal legislatore del 1942 ai giudici con la innovazione legislativa qui descritta, e non rinviata ad altre nome nei confronti delle quali l'art. 2043 avrebbe dovuto assumere un ruolo subalterno*⁵⁴¹.

Fiorirone, allora, diversi orientamenti che, ripristinata la corretta collocazione del requisito dell'ingiustizia al danno, tentarono di definire compiutamente il contenuto della clausola generale. Secondo una prima e restrittiva tesi, prevalente in giurisprudenza⁵⁴² e dottrina, il divieto e la sanzione operavano solo in caso di lesione di un diritto soggettivo. Tralasciando le oscillazioni che tale nozione presenta non trovando alcuna definizione legislativa, la formula aveva certamente funzione limitativa: fedele ad una impostazione rigida e tradizionale, riteneva ingiusto solo il danno arrecato ai diritti reali o ad altri beni quali la vita, l'onore, l'integrità fisica che, se certamente integrano forme gravi di lesione, non esauriscono oggi il campo dell'illecito civile⁵⁴³.

⁵⁴¹ Così VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, cit., 428.

⁵⁴² Orientamento rimasto solido anche dopo il celebre caso Superga (Cass. 3 luglio 1953, n. 2085, in *Foro it.*, 1953, I, 1087; in *Giur. it.*, 1953, I, 1, 828) ed in parte attenuato con il caso *Torino Calcio spa c. Romero*, meglio noto come caso *Meroni* (Cass., sez. un., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Foro it.*, 1971, I, c. 1286, con nota di BUSNELLI, *Un clamoroso «revirement» della Cassazione: dalla «questione di Superga» al «caso Meroni»*; in *Giur. it.*, 1973, I, 2, c. 1186, con nota di VISINTINI, *Ancora sul «caso Meroni»*; *ivi*, 1971, I, 1, c. 680, con nota di VISINTINI, *In margine al «caso Meroni»*). Il suo superamento si deve a Cass. civ., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2487; FRANZONI, *La lesione dell'interesse legittimo è, dunque, risarcibile*, in *Contratto e impr.*, 1999, pp. 1025 ss., in cui si afferma che «la norma sulla responsabilità aquiliana non è norma secondaria, volta a sanzionare una condotta vietata da altre norme, bensì norma primaria volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui».

⁵⁴³ In quest'ottica può comprendersi quell'orientamento che, al fine di ammettere la tutela risarcitoria senza rinunciare alla cornice teorica ricevuta dalla tradizione, ha sostenuto la sussistenza – del tutto improbabile e discutibile – di un diritto soggettivo assoluto – nella specie alla integrità del patrimonio – al fine di soddisfare le istanze di tutela emerse in concreto, piuttosto che accogliere una complessiva revisione teorica del danno ingiusto. A tal riguardo, noto è il caso *De Chirico*, Cass. 4. 5. 1982, n. 2756, in *Foro it.*, 1982, I, 2864.

Meno restrittiva la teoria che riconduceva l'atto illecito alla violazione di doveri risultanti da altre regole tipiche. Tale tesi, che mirava a privare l'art. 2043 c.c. del significato di regola generale, trasformava di fatto il nostro sistema in un modello di tipicità degli illeciti, ma si rivelava insufficiente in un numero considerevole di ipotesi: in assenza di una specifica norma di legge, infatti, molte negligenze non potevano essere punite e risarcite.

Per non mortificare, pertanto, la *vis expansiva* della clausola generale contenuta nell'art. 2043 c.c., altra tesi ha inteso ripristinare il ruolo della disposizione come norma primaria, fonte essa stessa di un dovere giuridico amplissimo: il *neminem laedere*. Secondo questo orientamento, l'art. 2043 c.c. imponeva di astenersi da qualunque comportamento che potesse arrecare danno ad altri, salvo che il comportamento stesso fosse giustificato⁵⁴⁴. Se va riconosciuto il merito a tale tesi di aver confermato l'adesione al modello dell'atipicità degli illeciti senza snaturare la lettera dell'art. 2043 c.c., non possono ignorarsi due profili critici. In primo luogo, è difficile sostenere che le clausole di esclusione di responsabilità possano ricavarsi esclusivamente da *sicuri indici normativi*⁵⁴⁵; inoltre, non sembra *sostenibile che l'illiceità venga meno solo nelle ipotesi in cui l'attività dannosa sia incoraggiata e protetta*⁵⁴⁶. Così come i divieti, anche le cause di esclusione della illiceità possono infatti non risultare da specifiche norme di legge ed operare per motivi di opportunità. In secondo luogo, poi, l'assunto secondo cui ogni violazione della regola del *neminem laedere* determinerebbe il diritto al risarcimento del danno, conduce a un paradosso insostenibile. Per il solo fatto di esistere e compiere

⁵⁴⁴ Cfr. SCHLESINGER, *La ingiustizia del danno*, in *Jus*, 1960, 342 ss.

⁵⁴⁵ Come invece afferma SCHLESINGER, *La ingiustizia del danno*, cit.

⁵⁴⁶ Così TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit. 33.

giornalmente delle scelte, infatti, ognuno di noi riduce le opportunità altrui, provoca dei danni; *la vita di ognuno sarebbe impossibile se il principio del neminem laedere fosse una regola operativa*⁵⁴⁷. Occorre, pertanto, che tale principio venga limitato e che, conformemente al normale funzionamento delle clausole generali, tale compito venga affidato ai giudici alla luce dei principi fondamentali vigenti nel nostro ordinamento, primo fra tutti il principio di solidarietà⁵⁴⁸.

Per tali ragioni a partire dagli anni Settanta la giurisprudenza affermò la posizione seguente: la ingiustizia, componente essenziale della fattispecie di responsabilità, va intesa nella duplice accezione di danno *non jure* e *contra jus*. Per danno *non jure* si intende che il fatto produttivo del danno non deve essere altrimenti giustificato dall'ordinamento⁵⁴⁹; il danno, poi, è *contra jus* quando viene lesa una situazione soggettiva riconosciuta e meritevole di tutela per l'ordinamento giuridico. Soprattutto quest'ultimo profilo è stato nel tempo oggetto di continui *overruling* giurisprudenziali⁵⁵⁰: la responsabilità civile, da mezzo di tutela esclusiva per i diritti assoluti, si è convertito in uno strumento duttile a disposizione delle vittime di

⁵⁴⁷ Così MONATERI, GIANI, SILIQUINI CINELLI, *Danno e risarcimento*, in *Trattato sulla responsabilità civile*, (diretto da) Monateri, 2013, 37 ss.

⁵⁴⁸ Sul punto vedi RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, 1964. Avverte circa i rischi di eccessiva genericità del principio così inteso TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., 33 ss.; nello stesso senso BARCELLONA, *Trattato sulla responsabilità civile*, Utet, 2011, 55, 57 ss., ritiene che a tali fini il principio solidaristico non fornisce nessun aiuto a chi deve determinare la rilevanza stessa e si risolve in una mera tautologia.

⁵⁴⁹ Il riferimento è chiaramente alle ipotesi di esimenti tipizzate della legittima difesa, stato di necessità, adempimento del dovere o esercizio del diritto. Tuttavia, l'esame della antigiuridicità della condotta lascia ai giudici, sotto questo profilo, ampi margini di discrezionalità nella ricerca di soluzioni equilibrate. In questo senso, peraltro, depongono i Principi di diritto europeo della responsabilità civile, che, all'art. 2, comma 6 prevedono che: "nel determinare l'ambito della tutela, devono essere presi in considerazione gli interessi del soggetto agente, specialmente in ordine alla libertà di agire all'esercizio dei propri diritti, così come gli interessi pubblici".

⁵⁵⁰ Per un approfondimento si rimanda a FRANZONI, *Il danno ingiusto fra il giudice e la legge*, in *Questione giustizia*, 2018.

qualsiasi relazione umana, purché giudicata meritevole di tutela⁵⁵¹. Si spiega così la progressiva espansione della tutela risarcitoria in presenza di lesione del diritto di credito⁵⁵², dell'interesse legittimo⁵⁵³, nonché l'attenzione sempre più articolata per i danni cd. riflessi⁵⁵⁴ e per le situazioni di fatto⁵⁵⁵.

*La giurisdizione è tutta qui, nello sforzo di concretizzazione della forma dell'ingiustizia del danno mantenendo la coerenza al predicato dell'ingiustizia*⁵⁵⁶.

Il concreto recupero della cd. "atipicità" che connota l'art. 2043 c.c. sta, quindi, non già nella totale attribuzione al giudice di un potere discrezionale, bensì nell'affidamento a costui del compito di verificare la sussistenza di una situazione giuridicamente rilevante per l'ordinamento e di valutare se il conflitto nato da una certa relazione debba risolversi a vantaggio del danneggiato e concludersi con un risarcimento del danno, oppure se questo conflitto debba essere tollerato da chi subisce l'iniziativa altrui^{557 558}.

⁵⁵¹ Cfr. PUGLIATTI, *Sulla risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi* (in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965), ora in ID., *Responsabilità civile*, II, Milano, 1968, 120, laddove afferma che ai fini del riconoscimento del diritto al risarcimento del danno sotto il profilo subiettivo "sarà sufficiente che si possa individuare un qualsiasi interesse degno di tutela. Se proprio codesto interesse si vuole formalizzare per esigenze tecniche, si dica allora che la tutela può essere concessa in ordine a qualunque situazione soggettiva...comunque qualificabile o definibile".

⁵⁵² Cass., sez. un., 26 gennaio 1971, n. 174, cit.

⁵⁵³ Cass. civ., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500, cit.

⁵⁵⁴ Cass. civ. ordinanza 8 aprile 2020, n. 7748 ha da ultimo affermato, in ragione della plurioffensività dell'illecito, che "il danno subito dai familiari è diretto, non riflesso, ossia è la diretta conseguenza della lesione inferta al parente prossimo".

⁵⁵⁵ Oltre alla tutela risarcitoria conseguente alla lesione del possesso (su cui v. Cass.civ. 2 aprile 2014, n. 7741) si consideri quella riservata in caso di morte al convivente *more uxorio*: sul punto si *ex multis* Cass. 7 marzo 2016 n. 4386.

⁵⁵⁶ Così SCODITTI, *Introduzione. Giudicare del danno ingiusto*, in *Questione giustizia*, 2018.

⁵⁵⁷ Sui criteri di identificazione degli atti illeciti che devono ispirare il giudice nella sua opera ermeneutica, si veda TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., 41 ss.

⁵⁵⁸ Quanto premesso, unitamente alla *progressiva penetrazione del principio personalista che ispira la Costituzione*, consente di superare i limiti delle ricostruzioni esaminate e, accogliendo le c.d. *teorie normative*, intendere il danno non come oggetto di recepimento, ma come «creazione» dell'ordinamento. È il sistema ad attribuire rilevanza al danno mediante l'indicazione dei presupposti che lo integrano. Tale teoria identifica, pertanto, il danno con la violazione del diritto

1.2 Il danno conseguenza.

Tanto premesso in ordine al primo significato di “danno” che si rintraccia nell’art. 2043 c.c., come danno evento, occorre adesso spostare l’oggetto dell’indagine al secondo profilo: le conseguenze dannose, o danni-conseguenza. Sovrapporre i due concetti, come anticipato, *equivale a mescolare problemi giuridici diversi*⁵⁵⁹: il problema della ingiustizia della lesione, precedentemente affrontato, infatti, va tenuto distinto dai problemi relativi alla selezione delle conseguenze dannose risarcibili.

A tal proposito, sul concetto di danno nell’epoca moderna⁵⁶⁰ si sono fronteggiati diversi orientamenti. Il primo definiva il danno come la diminuzione di valore che un bene subisce per effetto della violazione di obblighi specifici derivanti da un particolare rapporto giuridico con l’avente diritto, o di un illecito civile. Il pregiudizio consisterebbe pertanto nell’annientamento, l’alterazione, la negazione di una situazione favorevole, di un vantaggio⁵⁶¹.

Alla nozione di danno come elemento materiale⁵⁶², si accostò un’altra ricostruzione che percepiva il danno come lesione o alterazione di un interesse. Secondo tale

o con la lesione dell’interesse specificamente identificato e tutelato da una norma giuridica (così AMADIO – MACARIO, *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, cit., 1026).

⁵⁵⁹ Così VISINTINI, *Cos’è la responsabilità civile*, cit., 100.

⁵⁶⁰ Cenni storici sulla nozione di danno si rintracciano in SCOGNAMIGLIO, *Voce Risarcimento del danno*, cit., 5 ss.

⁵⁶¹ Cfr. DE CUPIS, *Il Danno*, Milano, Giuffrè, 1947, 7 ss.; ID., *Il danno*, cit..

⁵⁶² Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Scritti giuridici*, vol. I, Padova, Cedam, 1996, 513.

dottrina⁵⁶³, il pregiudizio, infatti, non consisterebbe tanto nella soppressione del bene, quanto nella sua ridotta o perduta idoneità a soddisfare i bisogni e gli interessi della vittima, *tant'è vero che il soggetto può essere colpito nel suo interesse, seppure non sia alterata in alcun modo l'essenza della cosa (ad es. quando ne viene spossessato)*⁵⁶⁴. Ai fini di fornire una definizione rigorosa e concreta, tale tesi non ricomprendeva nel concetto di interesse indiscriminatamente i giudizi dell'uomo su quel che è idoneo a soddisfare le sue esigenze, bensì limitava l'estensione dell'interesse alle relazioni oggettivamente rilevanti tra i bisogni dell'uomo e le entità che possono soddisfarle.

In base a tali ricostruzioni, il limite del danno risarcibile era costituito dal valore reale del bene leso per effetto d'inadempimento contrattuale o di illecito civile. Il pregiudizio determinato dalla diminuzione di valore che subisce un bene, infatti, veniva parametrato essenzialmente alle conseguenze economiche patite dal bene stesso (*aestimatio rei*)⁵⁶⁵.

Tale tesi, tuttavia, non considerava⁵⁶⁶ che il bene leso costituisce una componente del patrimonio complessivo del soggetto, che ad esso si lega e si rapporta; veniva trascurata, in sostanza, la “propagazione oggettiva dell'illecito”, ovvero gli effetti

⁵⁶³ In tal senso CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, *passim*; ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, 33; DE CUPIS, *il Danno*, cit., I, 36 ss.

⁵⁶⁴ Così SCOGNAMIGLIO, *Scritti giuridici*, cit., 511 ss. L'A. critica tale ricostruzione sotto distinti profili: in primo luogo evidenzia il rischio di proporre *una visuale troppo generica e comprensiva di ogni possibile oggetto della tutela giuridica*. Aggiunge, poi, che, in quanto l'interesse presuppone la facoltà del titolare di trarre dal bene ogni sua utilità, la sua lesione verrebbe integrata dalla *trasgressione di quel potere o dalla resistenza opposta alla sua attuazione*. Tali situazioni, tuttavia, costituirebbero *qualcosa di diverso dalla causazione del danno e solleverebbe problemi differenti da quelli inerenti la sua riparazione*.

⁵⁶⁵ La concezione reale o materiale del danno è stata accolta e codificata nel BGB ed è diffusa negli ordinamenti giuridici dei paesi socialisti.

⁵⁶⁶ I limiti delle citate teorie sono chiaramente riassunti da SCOGNAMIGLIO, *Voce Risarcimento del danno*, cit., 7 ss.

ulteriori derivanti dalla possibile correlazione tra la lesione di un bene ed il patrimonio complessivo del soggetto titolare⁵⁶⁷.

La stessa sorte era riservata alla “propagazione soggettiva dell’illecito”: gli orientamenti esposti, infatti, stimando il danno risarcibile nelle conseguenze economiche patite dal bene, ignoravano che la lesione dell’interesse di un soggetto potesse propagarsi anche su sfere giuridiche altrui, in ragione dei rapporti economici o personali che legano i soggetti⁵⁶⁸.

La concezione strettamente reale del danno, poi, considerava il solo danno patrimoniale emergente, mentre tralasciava il c.d. “lucro cessante”, cioè le occasioni di guadagno mancate a seguito del pregiudizio subito. Inoltre, in quanto veniva valutata la sola diminuzione di valore del bene, non si consideravano gli eventuali effetti favorevoli che possono accompagnarsi al pregiudizio subito, i quali, pertanto, rischiavano di non venire compensati adeguatamente⁵⁶⁹.

Infine, secondo questa concezione, il danno risarcibile era solo quello patrimoniale, ovvero quello che implica una perdita di utilità patrimoniali, passibile di misurazione economica obiettiva.

La concezione reale o materiale, ispirata al modello della lesione della proprietà e sufficiente in un’economia statica, concepiva, in definitiva, il risarcimento come

⁵⁶⁷ Si pensi, ad esempio, alla distruzione o sottrazione di un francobollo o di un volume di una serie di romanzi fuori pubblicazione oggetto di collezione: il danno, in questo caso, non può limitarsi al valore del singolo francobollo o volume, ma avrà una risonanza maggiore, perché la mancanza degli oggetti sottratti o distrutti inciderà sul valore dell’intera collezione.

⁵⁶⁸ Si pensi, in questo caso, alla morte del componente della famiglia che sosteneva economicamente i parenti più stretti.

⁵⁶⁹ Ci si riferisce, chiaramente, all’istituto della *compensatio lucri cum damno*, su cui si è pronunciata recentemente la Cassazione Civile, SS.UU., 22 maggio 2018, nn. 12564 (in *Foro it.*, 2018, I, 1900, con nota di PARDOLESI) 12565, 12566, 12567.

restaurazione in natura della situazione pregressa, attribuendo alla riparazione per equivalente un ruolo subordinato alla impraticabilità del rimedio specifico.

Con l'evoluzione dell'economia e la formazione del diritto moderno della responsabilità, la teoria differenziale (o patrimoniale) del danno prese il posto della teoria reale. Secondo la concezione differenziale⁵⁷⁰, sulla base di un giudizio ipotetico che considera il patrimonio del soggetto leso prima e dopo l'illecito – ossia l'inadempimento oppure la lesione aquiliana di un interesse giuridicamente tutelato-, il danno consisterebbe nella differenza tra la consistenza del patrimonio prima e dopo l'evento⁵⁷¹. L'approdo più significativo della teoria del danno-differenza è la considerazione degli effetti della perdita sul patrimonio complessivo del danneggiato (*id quod interest*) e non soltanto sul singolo bene (*aestimatio rei*). Il danno, infatti, non può esaurirsi nel valore del singolo interesse leso, bensì deve tenere in considerazione l'impatto che la lesione produce sull'intero patrimonio del danneggiato⁵⁷².

⁵⁷⁰ La teoria differenziale, oltre ad aver trovato applicazione nell'ordinamento giuridico italiano e francese, è stata accolta anche nel diritto privato europeo. Più precisamente, dall'art. 10:101 dei *Principles of European Tort Law* (PETL) e dall'art. VI.- 6:101 del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) emerge che il risarcimento è volto a reintegrare il danneggiato nella stessa posizione in cui si sarebbe trovato ove non avesse subito il danno.

⁵⁷¹ Secondo la più nota definizione, il contenuto dell'obbligazione risarcitoria è allora pari, in questa prospettiva, alla «differenza tra l'ammontare del patrimonio di una persona, come è in un determinato momento, e l'ammontare che questo patrimonio avrebbe avuto nel momento in questione se non fosse intervenuto un certo evento dannoso» (MOMMSEN, *Beitrag zum Obligationenrecht*, II, *Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig 1855, 3). Sulla concezione “differenziale” del danno tornano si veda in giurisprudenza Cass., ord. 30 agosto 2016, n. 17407. In dottrina si vedano: DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di Cicu e Messineo (Milano 1982), 53 s.; SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni* (Napoli 1985), 214; CASTRONOVO, «Danno biologico» senza miti, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 31 s.; GRASSO, *Il problema della valutazione del danno «non patrimoniale» all'integrità psicofisica*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 42; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - FEOLA, *La responsabilità civile — Contratto e torto*, Torino 2014, 181 s.; ROPPO, *Trattato del contratto*, V, *Rimedi* 2, a cura di Roppo, Milano, 2006, 897.

⁵⁷² A tal riguardo è utile riportare le considerazioni di REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano 1967, p. 81 ss., il quale osserva che l'incidenza di un certo evento deve considerarsi nulla nel caso in cui la perdita o il mancato guadagno che vi si correlano sarebbero stati comunque con certezza determinati da un evento diverso. In questi casi il problema della ricostruzione della nozione di danno si interseca con quelli innestato dal fenomeno

Secondo questa concezione il risarcimento avrebbe lo scopo di neutralizzare gli effetti negativi del danneggiamento, includendo le propagazioni oggettive e soggettive, il lucro cessante, le conseguenze economiche di natura anche non patrimoniale, tenendo conto (*rectius* compensando) altresì degli eventuali vantaggi conseguiti dal danneggiato. L'obiettivo del risarcimento, infatti, sarebbe quello di ricostituire una situazione il più possibile equivalente e quella nella quale il danneggiato si sarebbe trovato in assenza del danno.

Se l'evoluzione degli equilibri economici e i conseguenti citati approdi giuridici hanno reso necessario l'abbandono della teoria reale a favore della teoria differenziale, occorre specificare che anche quest'ultima non è esente da critiche⁵⁷³.

Il fatto storico dell'illecito, infatti, seguendo un approccio meramente naturalistico (o condizionalistico), cagiona una serie di conseguenze anche imprevedibili ed anormali, che l'ordinamento giuridico non considera meritevoli di risarcimento. Per questo, la scelta più corretta è apparsa quella di adottare alcuni adattamenti, in ragione della necessità di tenere conto delle conseguenze del danno in base ai criteri di normalità della situazione pregiudizievole che si è verificata, espressi dagli artt.

della causalità alternativa ipotetica, dato che «come per stabilire se un determinato evento sia stato causato, ad esempio, da un comportamento umano è necessario domandarsi se in mancanza di questo l'evento si sarebbe ugualmente verificato, così per accertare l'esistenza del danno occorre chiedersi quale sarebbe stata la situazione patrimoniale dell'attore senza l'evento prodotto dal comportamento del convenuto». Sul medesimo problema si è interrogato RIZZO, *Momento della determinazione del danno e mora del debitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, spec., 251 ss.

⁵⁷³ Tra i limiti della teoria differenziale, il più evidente è rappresentato dal concettualismo e dall'astrattezza: l'evento di danno, infatti, coinvolge beni ed interessi concreti e specifici, non già un'astratta differenza aritmetica tra due entità patrimoniali, quella antecedente e quella successiva al danno. Inoltre è stato osservato che la teoria cade in un errore metodologico nel momento in cui intende *definire un fatto secondo la sola prospettiva delle sue conseguenze*. A ciò si aggiunge la difficoltà pratica che l'utilizzo di tale criterio comporta: oltre, infatti, alla incertezza legata alla valutazione delle componenti positive e negative del patrimonio, la critica si appunta sulla necessità di effettuare un doppio inventario, prima e dopo il danno. Per un approfondimento critico sulla teoria del danno come differenza patrimoniale, si veda SCOGNAMIGLIO, *Scritti giuridici*, cit. 508 ss.; ID., *Voce Risarcimento del danno*, cit., 6 ss.

1223, 1225 e 1227 c.c., senza porre troppa enfasi su elementi non valutabili con precisione.

Tanto premesso, qualche cenno deve dedicarsi ai caratteri e requisiti che il danno deve presentare perché l'ordinamento giuridico possa considerarlo rilevante. In primo luogo, esso deve essere certo, ovvero certamente verificatosi, non potendo rilevare un danno potenziale o i suoi prodomi. Collegato alla certezza è, poi, il carattere della attualità: il danno, infatti, per costituire validamente il *prius* della responsabilità, deve essere presente; questo, tuttavia, non esclude che le sue conseguenze possano verificarsi nel futuro. Occorre un'ulteriore precisazione: i caratteri della certezza e dell'attualità non sottraggono rilevanza alle perdite di possibilità favorevoli ove queste si propongano in termini di certezza (lucro cessante); ma anche ove raggiungano un livello inferiore alla certezza, a certe condizioni, sono rilevanti per l'ordinamento giuridico⁵⁷⁴.

Il danno deve, poi, essere effettivo, non già meramente virtuale o potenziale, e personale, in quanto ciascuno può chiedere il risarcimento solo in quanto abbia patito personalmente il pregiudizio.

Storicamente, infine, si sosteneva che il danno dovesse presentare il carattere della patrimonialità. Tale conclusione, tuttavia, veniva sostenuta alla luce di una visione giuridica reicentrica molto distante dal diritto moderno, fondato sul principio personalistico e sulla tutela dei diritti fondamentali. A ben guardare, peraltro, il carattere patrimoniale del danno, la sua convertibilità in denaro, si colloca in un momento distinto rispetto alla nozione di danno, ad esso conseguenziale ed

⁵⁷⁴ *Infra* verrà approfondito il tema del danno da perdita di *chance* e le condizioni richieste per considerarlo danno giuridico e danno risarcibile.

estrinseco⁵⁷⁵. Per tali ragioni, si deve ormai escludere con certezza che il danno debba avere necessariamente carattere patrimoniale, ben potendo rilevare per l'ordinamento giuridico anche i pregiudizi arrecati ai diritti della persona, purché ricorrano i citati requisiti essenziali.

Anzi è proprio questo uno dei principali approdi delle teorie moderne del danno: la rilevanza delle lesioni arrecate ad interessi inerenti alla persona, privi di rilevanza economica.

2 Il danno non patrimoniale. Nozione e contenuto.

In ragione delle funzioni tipicamente attribuite alla responsabilità civile, si vuole che il danneggiante venga gravato ed il danneggiato corrispondentemente compensato delle utilità distrutte. Di regola questi risultati vengono facilmente conseguiti quando il danno ha natura patrimoniale, ovvero quando consista nella perdita o alterazione di un bene o servizio con un valore di mercato. In questi casi, il danno consiste nella perdita di utilità che il fatto ha cagionato ed il risarcimento sarà commisurato al valore di mercato del bene pregiudicato. Lo stesso, di contro, non può affermarsi tutte le volte che il bene presenti per il danneggiato un valore non di mercato, bensì di affezione, o quantomeno non quantificabile. È di tutta evidenza la maggiore difficoltà che contraddistingue le operazioni di accertamento,

⁵⁷⁵ La conversione in denaro, tra l'altro, seppur conseguenza frequente, non è un effetto necessario del pregiudizio: il risarcimento, infatti, può darsi altresì in forma specifica.

prima, e di liquidazione, poi, allorché il fatto illecito cagioni un danno di natura non patrimoniale.

A tal riguardo, però, alla luce di quanto anticipato in merito al danno ingiusto ed al danno risarcibile, è necessaria una precisazione preliminare in merito alle nozioni di danno patrimoniale e non patrimoniale. In passato la distinzione tra le citate categorie di danno era basata sulla natura patrimoniale o meno dell'interesse leso: per danno patrimoniale si intendeva, pertanto, la lesione di un interesse patrimoniale, come la perdita o il mancato conseguimento di somme di denaro o di beni con valore economico; per danno non patrimoniale, per converso, la lesione cagionata ad interessi di natura non economica. Tale concezione è stata definita *indebitamente restrittiva*⁵⁷⁶, oltre che contrastante con i principi contenuti nel codice del 1942. Si desume dall'art. 1174 c.c., infatti, che il danno patrimoniale può anche consistere nella lesione di un interesse di natura non patrimoniale (ad esempio culturale), ma ugualmente in grado di essere soddisfatto mediante prestazioni valutabili economicamente. Si pensi all'ipotesi in cui il fatto illecito del danneggiante abbia impedito al danneggiato di partecipare ad uno spettacolo; ad essere leso è certamente un interesse non patrimoniale di natura culturale, che tuttavia può essere valutato e liquidato in misura pari alla spesa necessaria per partecipare allo spettacolo successivo, al prezzo del biglietto. L'intima correlazione tra natura dell'interesse e natura del danno si attenua visibilmente.

Alla nozione di danno ingiusto, che postula e non può prescindere dalla lesione di un interesse, si affianca quella di danno risarcibile, collegata al concetto di perdita: esso è più specificamente *la conseguenza pregiudizievole della lesione arrecata a*

⁵⁷⁶ Così TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., 587.

*un interesse giuridicamente rilevante*⁵⁷⁷. È quindi alla natura delle perdite che occorre rivolgere lo sguardo, non già a quella dell'interesse leso, al fine di determinare la categoria in cui inserire il danno: ove le conseguenze pregiudizievoli possano valutarsi economicamente secondo parametri oggettivi, allora il danno potrà considerarsi patrimoniale; qualora, di contro, le perdite non siano suscettibili di misurazione economica certa e di diretta conversione in denaro, il danno avrà natura non patrimoniale.

Con queste coordinate si può ben distinguere il danno non patrimoniale dal danno patrimoniale che può esservi associato, perché originati dalla medesima causa. Si pensi al fatto illecito imputabile ad un medico nei confronti di un paziente: la lesione della salute presenta spesso, oltre che conseguenze di natura non patrimoniale, altre di natura patrimoniale connesse alle spese necessarie per la cura e la ripresa del paziente.

Segue: la disciplina, anche alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale.

La corretta delimitazione delle due categorie di danno è essenziale in ragione della diversa disciplina loro assegnata. Mentre, infatti, il danno patrimoniale è risarcibile secondo le regole ed in presenza dei presupposti previsti dagli artt. 1218 e 2043 c.c. rispettivamente per la responsabilità da inadempimento ed *aquiliana*, il codice civile dedica al danno non patrimoniale un articolo specifico con presupposti

⁵⁷⁷ Così AMADIO – MACARIO, *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, cit. 1026

differenziati. Secondo l'art. 2059 c.c., infatti, il danno non patrimoniale è risarcibile nei soli casi determinati dalla legge.

Tale disposizione, per come interpretata –come si vedrà– dalla Suprema Corte, costituisce l'approdo di progressive approssimazioni ispirate dalla graduale affermazione della concezione *personalistica e concreta di danno civile*⁵⁷⁸, incentrata sull'individuo e diritta tutelare congiuntamente i riflessi dell'illecito sul patrimonio e sulla persona della vittima.

Agli inizi del secolo scorso si registrarono orientamenti ondivaghi a riguardo da parte degli interpreti⁵⁷⁹. L'ordinamento giuridico italiano dal 1865 non si esprimeva chiaramente in merito al danno non patrimoniale, limitandosi a prevedere genericamente all'art. 1151 c.c. che “*qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno*”. La mancanza di un divieto esplicito permise fino alla fine del XIX secolo di risarcire i pregiudizi non patrimoniali cagionati da una condotta illecita; essi venivano definiti come non solo spavento, paura, turbamento dell'animo, ma anche perdita della salute e della capacità di autodeterminazione⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸ Così AMADIO – MACARIO, *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, cit. 1026.

⁵⁷⁹ Per una sapiente ricostruzione dell'argomento si veda SCALISI, *Danno alla persona e ingiustizia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, 2, 53 ss. L'A. emblematicamente descrive così l'iter seguito dalla giurisprudenza: “dalla grande fuga al grande ritorno, dove la fuga è stata dall'art. 2059 e il ritorno a questa stessa disposizione”.

⁵⁸⁰ Si legge ad esempio in una sentenza della Cassazione di Palermo del 1895 (Cass. 23.2.1895, in *Foro it.*, 1896, I, 685) che “anche i patemi d'animo, e tutto ciò che attenta alla sicurezza ed alla tranquillità dell'uomo, anco come conseguenza di mali fisici arrecati, formano la parte dell'uomo, poichè appartengono alle forze morali dell'individuo, le quali quanto più si suscitano, altrettanto deprimono le forze fisiche, senza le quali la vita o va distrutta, o si stenta in fiacchita e penosa. Or, se patrimonio dell'uomo è anche ciò che riguarda la parte morale, e quindi la parte più nobile, non sa comprendersi come possa trascurarsi uno dei fattori nel calcolo delle indennità a valutare, quando il turbare la pace e la tranquillità di una famiglia, quando le incertezze dell'esito di una malattia fisica per colpa d'altri avvenuta, quando lo spavento subito, i dolori fisici, deprimono l'attività umana, e tolgono allo spirito quella libertà, senza la quale non havvi integrità di persona”; il principio era comunque pacifico sino alla fine degli anni '80 dell'Ottocento.

Contro quest'opinione, tra l'altro suffragata dal codice civile francese - cui molte disposizioni del codice italiano del 1865 si ispiravano – il quale prevedeva la generale risarcibilità del *dommage moral*, altro orientamento si mostrava diffidente di fronte alla possibilità di risarcire pregiudizi non economici, in quanto non riteneva accettabile la conversione in denaro della lesione di interessi di natura morale e affettiva⁵⁸¹⁵⁸². Se questa considerazione poteva valere per il c.d. danno morale⁵⁸³, si mostrava però vacillante nei casi di procurate menomazioni di natura fisica o psichica (c.d. danno biologico), o di danno alla c.d. vita di relazione, che può tradursi nella limitazione del fare sì, non reddituale della persona, ma spesso di natura non molto lontana da quella di interessi immediatamente valutabili e convertibili in denaro (ad esempio partecipazione ad attività, pratica di relazioni sociali).

⁵⁸¹ Rende bene l'idea che ispirava il legislatore italiano la considerazione di ESMEIN, *La commercialisation du dommage moral*, in *Racueil Dalloz*, 1954, 114, secondo cui “il dolore, certamente può essere profondo, ma lo si svisciva traducendolo in denaro.” Ancora GABBA, Nota a Cass. 23 febbraio 1895, in *Foro it.* 1896, I, 685 e 701 “il diritto ha (...) per sua natura ad oggetto sempre un oggetto esteriore e sensibile. Non hanno questa natura, e non si possono neppure propriamente dire diritti personali, né tampoco diritti, od elementi del patrimonio giuridico personale, gli oggetti dell'offesa e del danno morale, come p. es. l'onore, la pudicizia. Essi sono bensì elementi integranti dell'umana personalità, e intangibili e inviolabili come questa, ma appunto l'intangibilità e inviolabilità dell'umana persona non è per sé medesima un diritto civile o privato, perché non ha oggetto esteriore sensibile, non è pretensione di nessun atto o fatto esteriore determinato, che un'altra persona determinata debba porre in essere od evitare (...). E' un diritto la cui tutela è prestata propriamente dal diritto pubblico penale. Or se i danni morali non sono veri danni in senso civile, cioè giuridico-privato, egli è chiaro che già per questo motivo essi non possono dar fondamento e materia a risarcimento in senso civile, o giuridico-privato, cioè pecuniario”.

⁵⁸² Il contrasto rese necessario un intervento delle Sezioni Unite della Cassazione che, interrogate sul problema, proclamarono solennemente la irrisarcibilità dei danni morali (Cass. 20 ottobre 1924, in *Giur. it.*, 1924, I, 1, 952). Tale pronuncia, tuttavia, non arrestò le istanze di tutela dei danni morali: la giurisprudenza di merito, posta dinanzi alle iniquità cui talora conduceva il principio sancito dai giudici di legittimità, cominciò ad eroderlo, elaborando la distinzione tra “danni morali diretti”, sempre irrisarcibili, e “danni morali indiretti”, i quali pur colpendo beni insuscettibili di valutazione patrimoniali, finivano per incidere negativamente anche sul patrimonio della vittima (come ad es., nell'ipotesi in cui la tristezza avesse impedito alla vittima di lavorare o concludere affari). Quest'ultima categoria, tuttavia, venne interpretata con poco rigore, finendo per ricomprendere anche danni morali veri e propri, tramite la presunzione (*hominis*) che il danno morale avrebbe avuto effetti dannosi su redditi futuri, figurativi o presunti.

⁵⁸³ Sull'appropriatezza lessicale di tali definizioni si ragionerà in seguito.

Un primo passo verso il riconoscimento positivo della risarcibilità del danno non patrimoniale si ebbe, pertanto, nel 1930, con la promulgazione del codice penale. Il suo articolo 185, dopo aver previsto che *“Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili”*, dispone che *“Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui”*.

Il successivo Codice civile del 1942 ha ripreso e precisato questa idea nel citato articolo 2059, in forza del quale *“il danno non patrimoniale⁵⁸⁴ deve essere risarcito nei soli casi determinati dalla legge”*.

Nelle prime applicazioni dell’istituto, pertanto, prevaleva una lettura particolarmente restrittiva dell’art. 2059 c.c., strumentale al solo risarcimento dei danni cagionati da reato ex art. 185 c.p.; detta conclusione era ben coerente con la rilevanza pubblicistica dei valori sociali tutelati dalla norma penale, la cui violazione non poteva che condurre ad una completa riparazione del danno patrimoniale e non patrimoniale subito dalla vittima.

Questa impostazione però non appariva adeguata, giacché finiva per limitare la risarcibilità del danno non patrimoniale al solo caso di un patimento, di un dolore legato alla sfera intima del soggetto, che invece il Codice- come evidenziato dalla relazione citata- aveva tentato di superare attraverso l’introduzione di un’accezione

⁵⁸⁴ La definizione di danno non patrimoniale in luogo del ben più conosciuto ed utilizzato, in passato, danno morale, è giustificata nella relazione al codice civile, nella quale si legge: “è più esatto il termine usato dal codice (danno non patrimoniale anziché danno morale) perché ci sono danni morali che sono contemporaneamente morali e materiali, così che, qualora la legge usasse la espressione “danno morale” potrebbe sorgere il dubbio, se per la risarcibilità del danno morale sia necessario che esso abbia anche dei riflessi patrimoniali. Nel sistema del codice, invece, il danno morale che si associa a detrimenti patrimoniali è risarcibile come danno patrimoniale, mentre il danno morale, che non riguarda in alcun modo il patrimonio, è risarcibile solo come tale, cioè come danno non patrimoniale. Si aggiunga che danno morale si contrappone piuttosto a danno fisico che a danno non patrimoniale, e il danno fisico può essere, a seconda dei casi, patrimoniale o non patrimoniale” (Relazione ministeriale al Re Imperatore, § 92)”

più ampia del danno non patrimoniale, comprensiva non solo del danno morale, ma di più ipotesi eterogenee, tra le quali si inseriva anche il danno biologico⁵⁸⁵.

L'esclusione, poi, della tutela risarcitoria quando la lesione di diritti fondamentali non si riverberava sul patrimonio e nessun reato veniva integrato, causava un forte rallentamento di quel processo di graduale abbandono della concezione patrimonialista e contestuale riconoscimento dei valori fondamentali della persona, inaugurato dalla Costituzione. Per rimediare a tale difficoltà, le soluzioni elaborate dagli studiosi conversero verso due direzioni.

La prima proposta era percorrere la dura strada della dichiarazione di incostituzionalità⁵⁸⁶ o dell'abrogazione legislativa dell'art. 2059 c.c. al fine di eliminare la rigida tipicità da esso scaturente; la seconda consisteva invece nella fuga interpretativa dall'art. 2059 c.c. Fu quest'ultimo l'espedito prescelto da dottrina e giurisprudenza per sottrarsi alla stringente riserva di legge e

⁵⁸⁵ Anche la dottrina si interrogò in merito alla coincidenza o meno dei concetti di "danno morale" e "danno non patrimoniale"; a fronte di chi riteneva che quella di "danno non patrimoniale" fosse nozione ampia, comprensiva di qualsiasi pregiudizio privo del carattere della patrimonialità (RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, 82), e altri ritenevano invece che l'art. 2059 c.c. si occupasse non già di tutti i danni non patrimoniali, bensì solo di una parte di essi, e cioè i danni "moralì", intesi quali pregiudizi "pertinenti alla sfera intima del danneggiato" [SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 277].

⁵⁸⁶ Una simile pronuncia avrebbe potuto giustificarsi alla luce della irragionevole discriminazione fondata sulla sola rilevanza penale del fatto illecito, tra danni non patrimoniali risarcibili e non risarcibili. Tale soluzione era sostenuta in dottrina da SCALFI, *Reminiscenze dogmatiche per il c.d. danno alla salute: un ripensamento della Corte Costituzionale*, in *Resp. civ. prev.*, 1986, 541; MONATERI, *Danno biologico da uccisione o lesione della serenità familiare? (L'art. 2059 c.c. visto come un brontosauo)*, in *Resp. civ. prev.*, 1989, 1182; MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. e impr.*, 2009, 603. In ogni caso la via della illegittimità costituzionale, pure percorsa, non ha dato i frutti sperati: nonostante le plurime rimessioni alla Corte Costituzionale della questione, i giudici hanno sempre salvato l'art. 2059 c.c. (Corte Cost. 184/1986; 372/1994; 233/2003).

contestualmente aprire le porte alla risarcibilità dei diritti fondamentali lesi, pur in assenza di specifica previsione legislativa⁵⁸⁷.

Una scelta siffatta condusse dunque ad un progressivo svuotamento dell'art. 2059 c.c. e ad un contestuale allargamento dell'ambito applicativo dell'art. 2043 c.c. Tale approccio suggerito dalla dottrina e largamente applicato anche dalla giurisprudenza, ricevette il definitivo riconoscimento dalla Corte Costituzionale nel 1986⁵⁸⁸. A prevalere fu la tesi secondo cui l'art. 2059 c.c. doveva applicarsi unicamente al c.d. danno morale soggettivo, inteso quale patema d'animo, come sofferenza contingente, turbamento dell'animo transeunte⁵⁸⁹, e non anche agli altri pregiudizi non patrimoniali scaturenti dalla lesione di diritti fondamentali⁵⁹⁰.

⁵⁸⁷ Si osserva in tal senso in AMADIO – MACARIO, *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, cit. 1028, che “La seconda soluzione compensa l'incapienza dell'art. 2059 c.c. mediante l'allargamento in via interpretativa delle maglie dell'art. 2043 c.c. facendo leva sul riferimento al danno senza alcun riferimento alla natura, a immagine dell'art. 1382 *Code Napoléon*”.

⁵⁸⁸ Il riferimento, come noto, è a Corte Cost., sent. 14 luglio 1986, n. 184 (sentenza “Dell'Andro”) in *Giur. Cost.*, 1986, I, p. 126, con la quale la Corte costituzionale respinse, per la terza volta, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 cod. civ., e che, tra l'altro, indicava espressamente le singole voci di danno: biologico, danno morale soggettivo, danno patrimoniale da lucro cessante (“*Va ribadito che il danno biologico è nettamente distinto (ed assume un ruolo autonomo) sia in relazione al lucro cessante da invalidità temporanea o permanente, sia nei confronti del danno morale in senso stretto*”).

⁵⁸⁹ Si tratta, come noto, di una massima reiterata e tralatizia. Si è riscontrata una sola eccezione a tali affermazioni di principio: quella di Cass. civ., 27 luglio 1973 n. 2213, nella quale venne sostenuto che il danno morale causato dalla morte di una persona cara potesse consistere non solo nel trauma psichico immediato, ma anche nel “*mutamento di una data situazione soggettiva ed oggettiva, resa deteriore dall'illecito sotto il profilo spirituale e morale*”. Per un approfondimento sulla connotazione “transeunte” del danno morale si rimanda a ROSSETTI, “*Post nubila phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza n. 26972/2008 delle Sezioni Unite in tema di danno non patrimoniale*”, in AA. VV., *Il danno non patrimoniale*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 442 ss.

⁵⁹⁰ Conseguenza logica di questa impostazione era l'affermazione che i fatti illeciti i quali avessero vulnerato diritti inviolabili dell'individuo generavano un danno diverso dal morale, e come tale non soggetto alle restrizioni risarcitorie di cui all'art. 2059 c.c., ma risarcibile sempre e comunque, per il solo fatto della lesione, a prescindere dalle ulteriori conseguenze dannose, ai sensi dell'art. 2043 c.c. (SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, cit., 288). Doveva pertanto superarsi, secondo questa impostazione, la distinzione tra danni patrimoniali e danni non patrimoniali, e sostituirsi ad essa l'altra distinzione tra danno giuridicamente rilevante (sia esso personale o patrimoniale), e dunque risarcibile, e danni morali, che per il nostro ordinamento sono rilevanti solo eccezionalmente. A questi ultimi, e soltanto ad essi, faceva riferimento l'art. 2059 c.c., con la conseguenza che il danno da lesione dei diritti fondamentali dell'individuo, il quale è danno giuridicamente rilevante, sarebbe risarcibile a prescindere dall'esistenza d'un reato.

Contestualmente si affermava che i fatti illeciti che avessero vulnerato diritti inviolabili dell'individuo generavano un danno diverso dal morale: esso, come tale non soggetto alle restrizioni risarcitorie di cui all'art. 2059 c.c., si doveva invece risarcire sempre e comunque, per il solo fatto della lesione ai sensi dell'art. 2043 c.c.

L'identificazione tra "danno non patrimoniale" ex art. 2059 c.c. e danno morale, ereditata dall'esperienza giuridica del XIX sec., divenne pertanto funzionale a giustificare l'autonoma risarcibilità del danno alla salute⁵⁹¹ come danno-evento in forza della lettura sistematica dell'art. 2043 c.c. con l'art. 32 Cost⁵⁹². Tale soluzione si rese ammissibile grazie ad una lettura ampia e rinnovata del concetto di patrimonio ex art. 2043 c.c., in senso non solo economico ma anche personale, comprensivo del bene salute, onde svincolarlo del tutto dai rigori dell'art. 2059 c.c. Il danno biologico, tramite un'interpretazione ortopedica, venne così ricompreso nell'ambito di applicazione del 2043 c.c.: sottrarre il danno biologico dalla più generale e (almeno nelle intenzioni del legislatore del 1942) omnicomprensiva categoria del danno non patrimoniale richiese una operazione complessa, che venne giustificata alla luce della sostenuta differenza ontologica tra danno non patrimoniale (o morale) e danno biologico. Il primo, si affermava, era un "danno-evento", perché coincidente con la lesione della salute in sé e per sé considerata; il

⁵⁹¹ ROSSATO, *Considerazioni in tema di risarcimento del danno non patrimoniale. Una comparazione economico-giuridica*, in *Riv. dir. civ.* 2000, II, 60-61.

⁵⁹² Alcuni autori giustificavano tale scelta in ragione della possibilità di "misurazione economica secondo una valutazione sociale tipica", ovvero mediante parametri omogenei elaborati dalla scienza medico-legale per misurare l'incidenza delle lesioni sull'integrità psico-fisica del soggetto (in tal senso BUSNELLI, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, in BUSNELLI-BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, 517 e 549; ID., *Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 41 ss.). Contra CASTRONOVO, *Danno biologico «senza miti»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988b, 3ss.

secondo invece un “danno-conseguenza”, derivante dalla lesione del diritto, ma non identificantesi con essa e quindi da provare autonomamente.

Si passò così da un sistema bipolare, che contemplava i danni patrimoniali, risarcibili ex 2043 c.c., e non patrimoniali, risarcibili come conseguenze di un illecito ai sensi del 2059 c.c., ad un sistema tripolare che, accanto alla risarcibilità del danno-conseguenza di natura patrimoniale ex art. 2043 c.c., contemplava la categoria del danno biologico, di natura non patrimoniale, *ex se* risarcibile secondo l’art. 2043 ed, infine, la categoria di danno morale soggettivo –conseguenza di un illecito risarcibile ai sensi dell’art. 2059 c.c. nelle ipotesi previste dalla legge.

L’accoglimento di tale orientamento determinò l’accentuazione della sproporzione contenutistica tra le due voci di danno⁵⁹³, ma lasciava ancora prive di tutela tutte le conseguenze di natura non patrimoniale, diverse dal danno morale subiettivo, ma esuberanti dal danno alla salute. Si venne determinando, così, l’emersione del c.d. danno esistenziale, un *tertium genus* di danno, comprensivo delle ripercussioni negative sulla vita di relazione, che ostacolano la realizzazione della persona del danneggiato. L’operazione realizzata per assicurare tutela risarcitoria anche a tali situazioni ricalcava in gran parte quella utilizzata per il danno c.d. biologico; a completare il combinato disposto con l’art. 2043 c.c, però, questa volta era non già l’art. 32 Cost., bensì l’art. 2 Cost.

Con una sorta di “effetto domino”⁵⁹⁴ si completò, pertanto, la fuga dall’art. 2059 c.c., destinato ormai ad accogliere la sola categoria dei danni conseguenza di carattere morale subiettivo.

⁵⁹³ Così AMADIO – MACARIO, *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, cit. 1028.

⁵⁹⁴ ROSSETTI, “*Post nubila phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza n. 26972/2008 delle Sezioni Unite in tema di danno non patrimoniale*”, cit.

Segue: la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.

L'artificioso orientamento appena descritto, costruito attorno alla pretesa differenziazione tra danno morale ed altri danni non patrimoniali, cominciò ad entrare in crisi all'inizio degli anni Novanta⁵⁹⁵; per il suo generale e definitivo superamento, tuttavia, deve attendersi il noto intervento dei giudici di legittimità del 2003⁵⁹⁶. In tali occasioni la Suprema Corte smentì il forzoso ragionamento elaborato negli anni passati e si mostrò salda nel proposito di rintracciare una soluzione al problema della risarcibilità del danno non patrimoniale all'interno del sistema. Per tali ragioni interpretò in senso costituzionalmente orientato l'art. 2059 c.c., chiarendo che i casi previsti dalla legge – i soli in cui è ammesso il risarcimento del danno non patrimoniale – ricomprendono altresì tutte le ipotesi in cui l'illecito leda un diritto della persona costituzionalmente garantito. La riserva di legge, infatti, non va letta in senso restrittivo come legge ordinaria, bensì estensivamente, in modo da farvi rientrare anche tutte le ipotesi previste dalla Costituzione e, in

⁵⁹⁵ I primi segnali di indebolimento della teoria esposta si rintracciano in pronunce riguardanti persone giuridiche. Rispetto a queste ultime non era infatti concepibile alcuna "sofferenza psichica"; pertanto, a tenere ferma la tradizionale impostazione, nessun risarcimento del danno non patrimoniale si sarebbe potuto riconoscere alle persone giuridiche vittime di reato. Per tali ragioni i giudici di legittimità, sia pure in questo settore particolare, cominciarono a superare la tesi dell'identificazione del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c. col solo danno morale soggettivo. In tal senso Cass. 10 luglio 1991 n. 7642, in *Giust. civ.*, 1991, I, 1955, la quale ritenne il danno non patrimoniale comprensivo "*di qualsiasi conseguenza pregiudizievole di un illecito che, non prestandosi ad una valutazione monetaria basata su criteri di mercato, non possa essere oggetto di tecnico risarcimento, sibbene di riparazione*"; successivamente Cass. 5 dicembre 1992 n. 12951, in *Foro it.*, 1994, I, 561; Cass. 3 marzo 2000 n. 2367, in *Danno e resp.*, 2000, 490; Cass. 16 luglio 2004 n. 13163, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1579; Cass. 4 giugno 2007 n. 12929, in *Danno e resp.*, 2007, 1236.

⁵⁹⁶ Si tratta, come noto, delle due pronunce Cass., sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827 e Cass., sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828, entrambe in *Danno e resp.*, 2003, 816 e ss.

particolare, dal suo articolo 2, interpretato ormai come elenco aperto di diritti inviolabili dell'uomo, storicamente condizionato. I "casi previsti dalla legge", nei quali è risarcibile il danno non patrimoniale, ricomprendono pertanto tre gruppi di ipotesi: i casi in cui il fatto illecito è previsto dalla legge come reato; gli altri casi previsti espressamente dalla legge⁵⁹⁷⁵⁹⁸; i casi in cui l'illecito abbia violato diritti della persona costituzionalmente garantiti.

L'estensione dell'ambito applicativo dell'art. 2059 c.c. e la caduta degli stringenti limiti risarcitori, ha permesso la riconduzione delle diverse voci di danno non patrimoniale nella loro originaria collocazione. Sconfessata, poi, la tesi della identificazione del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c. col solo patema d'animo soggettivo, veniva altresì meno l'esigenza di configurare il danno c.d. biologico come danno evento⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷ In questa categoria si ricordano: l'uso di espressioni offensive negli scritti difensivi durante un procedimento civile (art. 89 c.p.c.); l'ingiusta privazione della libertà personale per fatto colposo o doloso del magistrato (art. 2, comma 1, l. 13.4.1988 n. 117); l'adozione di atti discriminatori per motivi razziali, etnici o religiosi (art. 44, comma 7, d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286, norma ribadita dall'art. 4, comma 4, d. lgs. 9.7.2003 n. 215); l'aver preso parte ad un processo protrattosi per un tempo irragionevole (art. 2, comma 1, l. 24.3.2001 n. 89); l'impiego di modalità illecite nella raccolta di dati personali (art. 15, comma 2, d. lgs. 30 giugno 2003 n. 196); la discriminazione sul luogo di lavoro a causa della religione, delle convinzioni personali, degli handicap, dell'età o dell'orientamento sessuale (art. 4, comma 5, d. lgs. 9.7.2003 n. 216); la discriminazione in danno di persone affette da disabilità (art. 3, comma 3, l. 1.3.2006 n. 67); la violazione dell'altrui diritto su un marchio industriale (art. 125 d. lg. 10 febbraio 2005 n. 30, nel testo modificato dall'art. 17, comma 1, d. lg. 16.3.2006 n. 140); la violazione dell'altrui diritto d'autore (art. 158, comma 3, l. 22 aprile 1941 n. 633 (nel testo modificato dall'art. 5, comma 1, d. lgs. 16 marzo 2006, n. 140); la discriminazione tra uomo e donna per l'accesso alla fornitura di beni o servizi (art. 37, comma 3, e 55 *quinquies*, comma 7, d. lgs. 11.4.2006 n. 198).

⁵⁹⁸ La S.C. (Cass. Sez. Unite, 11 novembre 2008, n. 26972) ha precisato che nei casi in cui manchi il reato, ma il danno non patrimoniale sia comunque risarcibile in virtù di norme *ad hoc*, non ogni pregiudizio non patrimoniale sarebbe risarcibile, ma unicamente quello scaturente dalla lesione del diritto specificamente protetto dalla norma attributiva del diritto al risarcimento.

⁵⁹⁹ Tale assunto, sostenuto al fine di giustificare la pretesa differenziazione tra danno non patrimoniale (morale) e danno biologico – il primo danno conseguenza ed il secondo danno evento – non aveva infatti più giustificazione. Osserva, in modo chiaro, ROSSETTI, *"Post nubila phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza n. 26972/2008 delle Sezioni Unite in tema di danno non patrimoniale"*, cit., che "che la tesi del danno in *re ipsa* sta e cade con le premesse appena riassunte: una volta ammesso che il danno biologico è un danno non patrimoniale; che la risarcibilità di tutti i danni non patrimoniali sono disciplinati dall'art. 2059 c.c.; che la mancanza di un fatto reato non impedisce il ristoro del danno biologico, posto che quest'ultima norma va interpretata in modo

L'evoluzione giurisprudenziale sul tema venne, poi, completata dalle storiche sentenze gemelle della Corte di Cassazione del 2008, le c.d. sentenze San Martino⁶⁰⁰, che hanno sancito il definitivo ritorno al tradizionale sistema bipolare⁶⁰¹: esistono solo due danni, quello patrimoniale risarcibile ex art. 2043 c.c. e quello non patrimoniale, risarcibile ex art. 2059 c.c., alla luce della rinnovata lettura costituzionalmente orientata. La Corte osservò, infatti, che le varie sottocategorie create dalla giurisprudenza per prendere le distanze dal danno morale soggettivo puro e dalle angustie dell'art. 2059 c.c., lungi dal semplificare, appesantivano il meccanismo risarcitorio, creando seri rischi di sovrarisarcimenti. Le sottocategorie elaborate dalla giurisprudenza potevano, al più, permanere nel lessico comune al solo scopo descrittivo ed indicativo, ma senza alcuna velleità di autonomia.

Da questa affermazione di principio discende che ogni sofferenza fisica o psichica provata dalla vittima integra il c.d. danno biologico, che del danno non patrimoniale *“per sua natura intrinseca costituisce componente”*, e che *“determina quindi*

conforme a costituzione; in una parola, una volta superata la astrusa pretesa di sottrarre il danno biologico alla disciplina dell'art. 2059 c.c., cade di necessità anche l'altra distinzione tra danno-evento e danno-conseguenza, e la connessa tesi del danno *in re ipsa*”.

⁶⁰⁰ Cass. civ., SS.UU., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 97, con le riflessioni di BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 102, con note di BARGELLI e DI MARZIO; in *Danno e resp.*, 2009, 19, con nota di PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - LANDINI; in *Foro it.*, 2009, 1, 121, con nota di PALMIERI - PARDOLESI.

⁶⁰¹ Nella citata sentenza si legge che la “tradizionale figura del c.d. danno morale soggettivo transeunte va definitivamente superata. La figura, recepita per lungo tempo dalla pratica giurisprudenziale, aveva fondamento normativo assai dubbio, poiché né l'art. 2059 c.c. né l'art. 185 c.p. parlano di danno morale, e tantomeno lo dicono rilevante solo se sia transitorio, ed era carente anche sul piano della adeguatezza della tutela, poiché la sofferenza morale cagionata dal reato non è necessariamente transeunte, ben potendo l'effetto penoso protrarsi anche per lungo tempo (...).Va conseguentemente affermato che, nell'ambito della categoria generale del danno non patrimoniale, la formula “danno morale” non individua una autonoma sottocategoria di danno, ma descrive, tra i vari possibili pregiudizi non patrimoniali, un tipo di pregiudizio, costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata dal reato in sé considerata. Sofferenza la cui intensità e durata nel tempo non assumono rilevanza ai fini della esistenza del danno, ma solo della quantificazione del risarcimento”.

duplicazione di risarcimento la congiunta attribuzione del danno biologico e del danno morale (...), sovente liquidato in percentuale (da un terzo alla metà) del primo. Esclusa la praticabilità di tale operazione, dovrà il giudice, qualora si avvalga delle note tabelle, procedere ad adeguata personalizzazione della liquidazione del danno biologico, valutando nella loro effettiva consistenza le sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso, onde pervenire al ristoro del danno nella sua interezza”.

Da ciò non si inferisce, tuttavia, che la sofferenza morale originata dal fatto illecito non vada più risarcita; essa mantiene la sua natura di danno, e come tale è risarcibile. Quel che deve escludersi è che il medesimo pregiudizio (la sofferenza) possa essere liquidato due volte, dapprima a titolo di danno biologico, e quindi a titolo di danno morale. *Delle particolari sofferenze causate dall’infortunio il giudice dovrà quindi tenere conto non liquidando una posta di danno aggiuntiva rispetto al danno biologico, ma adeguatamente personalizzando la liquidazione di quest’ultimo*⁶⁰².

In ambito aquiliano, dunque, il risarcimento del danno non patrimoniale è subordinato alla ricorrenza di tutti gli elementi dell’illecito civile di cui al 2043 c.c.: andranno, infatti, allegati e provati la condotta, il danno conseguenza ed il nesso causale tra la condotta e l’evento di danno ingiusto. A differenza ed in aggiunta rispetto all’art. 2043 c.c., in cui il risarcimento è governato da un principio di atipicità, nell’art. 2059 c.c. vige in principio opposto di tipicità o, meglio, di tendenziale tipicità⁶⁰³. Alla luce, infatti, del carattere aperto della lista dei diritti

⁶⁰² Così ROSSETTI, “*Post nubila phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza n. 26972/2008 delle Sezioni Unite in tema di danno non patrimoniale*”, cit.

⁶⁰³ Cass. civ., SS.UU., 11 novembre 2008, nn. 26972, cit.: “Il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate”. Di conseguenza,

fondamentali della persona contenuto nella Costituzione (in forza dell'art. 2 Cost.), i casi di risarcibilità del danno non patrimoniale (diversi da quelli in cui la valutazione di meritevolezza del risarcimento è stato compiuto a priori dal legislatore) sono limitati dalla ricorrenza di un'ingiustizia costituzionalmente qualificata, integrata ogni qual volta ad essere leso sia un diritto fondamentale riconosciuto espressamente o riconoscibile secondo l'interpretazione – questa volta *a posteriori* – dell'autorità giudicante.

Ulteriore requisito di risarcibilità del danno non patrimoniale è la gravità dell'offesa: in virtù del necessario contemperamento tra il principio di solidarietà sociale e quello di normale tolleranza, ed al fine di escludere la risarcibilità dei danni meramente bagatellari, la giurisprudenza è concorde nel richiedere i requisiti della gravità della lesione, cioè eccedente la soglia della normale tollerabilità, e della non futilità del pregiudizio patito dalla vittima.

Come anticipato, poi, il danno risarcibile, nella nuova lettura consacrata dalla Cassazione, non si identifica nel mero danno-evento, ma si esplicita, di contro, nelle conseguenze negative che la lesione ha prodotto (danno-conseguenza), le quali, pertanto, dovranno essere allegate e debitamente provate della parte che invoca la tutela risarcitoria.

“non può farsi riferimento ad una generica sottocategoria denominata «danno esistenziale», perché attraverso questa si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nella sfera dell'atipicità, sia pure attraverso l'individuazione della apparente tipica figura categoriale del danno esistenziale, in cui tuttavia confluiscono fattispecie non necessariamente previste dalla norma ai fini della risarcibilità di tale tipo di danno, mentre tale situazione non è voluta dal legislatore ordinario, né è necessitata dall'interpretazione costituzionale dell'art. 2059 c.c., che rimane soddisfatta dalla tutela risarcitoria di specifici valori della persona presidiati da diritti inviolabili secondo Costituzione”.

3 La quantificazione del risarcimento del danno non patrimoniale: il metodo tabellare.

Lo statuto del danno non patrimoniale costruito dalle Sezioni Unite del 2008 negava la scomposizione del danno non patrimoniale per sostenerne una peculiare unitarietà, capace di ricomprendere, secondo i migliori auspici, le più diverse sfumature della sofferenza interna ed esterna del danneggiato, da valutarsi in concreto volta per volta. Dalle sentenze gemelle in poi è chiaro il messaggio che, fermo il principio dell'integralità del risarcimento, l'utilizzo di diverse denominazioni per i pregiudizi subiti risponde a mere *“esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno”*, l'unica categoria di danno esistente era quella del danno non patrimoniale.

Il proposito non celato dei giudici di legittimità era quello di evitare duplicazioni risarcitorie ed arrestare il fenomeno dei sovrarisarcimenti. A tal fine - affermavano le Sezioni Unite - del danno esistenziale come voce risarcitoria autonoma non era più consentito discutere; la sofferenza morale (che prende il posto del danno morale soggettivo, *figura definitivamente accantonata*), poi, continuava ad essere autonomamente risarcibile a condizione che si manifestasse come *“sofferenza soggettiva in sé considerata”*, e non già *“una componente di un più complesso pregiudizio non patrimoniale”*. Il riferimento era, quindi, limitato ai casi in cui non venisse lamentata alcuna degenerazione patologica della sofferenza, ovvero quando *“sia allegato il turbamento dell'animo, il dolore intimo sofferti, ad esempio, dalla persona diffamata o lesa nella identità personale”*. Ove alla sofferenza morale si fosse invece accompagnata una compromissione psicofisica, si rientrava *“nell'area*

del danno biologico, del quale ogni sofferenza, fisica o psichica, per sua natura intrinseca costituisce componente". Vietata, quindi, in questi ultimi casi la separata liquidazione di autonome voci di danno: la via da seguire, per i giudici, era quella di determinare il *quantum* del danno biologico (*rectius* danno non patrimoniale) e su questo calcolare una percentuale da imputare alle componenti più tipicamente sofferenziali della compromissione fisica.

E così il perturbamento dello stato d'animo del danneggiato, "*pur preservato nella sua ontologica esistenza al di fuori del danno alla salute, finiva coll'integrarsi inscindibilmente con quest'ultimo, divenendone parte coessenziale*"⁶⁰⁴.

Il peggioramento della qualità della vita a seguito del fatto illecito, poi, persa la qualificazione di danno esistenziale, veniva preso in considerazione tramite un'ulteriore operazione di personalizzazione del danno da lesione della integrità psicofisica.

Questo era dunque lo stato dell'arte: danno morale risarcito nell'ambito dell'unitaria categoria di danno non patrimoniale come percentuale del vecchio danno biologico; perdita della qualità della vita risarcita caso per caso tramite un'operazione di personalizzazione.

A tale ricostruzione tese ad uniformarsi l'Osservatorio per la Giustizia civile del Tribunale di Milano che, poco dopo la pronuncia del 2008, approvò una nuova versione delle Tabelle di liquidazione del danno. Il sistema tabellare è uno strumento di origine giurisprudenziale pensato per orientare i giudici nella

⁶⁰⁴ Così HAZAN, *Il danno morale da lesione fisica: tra racconto, narrazione e regola*, in *Danno e resp.*, 2020, 1, 114.

determinazione della misura dei risarcimenti dei danni non patrimoniali, nel tentativo di raggiungere una migliore uniformità nei criteri di liquidazione.

Mentre, infatti, almeno in linea di principio la liquidazione dei danni patrimoniali è un'operazione agevole data l'economicità del bene leso, quando è cagionato un danno non patrimoniale non è scontato determinare il *quantum* risarcitorio. A tal proposito, l'art. 2056 cod. civ. statuisce: “*il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227 cod. civ.*”.

In altri termini, se non è possibile determinare il danno nel suo preciso ammontare, la misurazione del pregiudizio non patrimoniale è rimessa al giudizio equitativo del giudice.

In materia di liquidazione del danno non patrimoniale⁶⁰⁵, la Corte Costituzionale con la sentenza n. 184/1986⁶⁰⁶, ha sancito il principio secondo cui il giudice è tenuto adottare un criterio di liquidazione che sia, per un verso, egualitario ed uniforme, al fine di evitare che si risarciscano importi notevolmente differenti a parità di menomazioni psicofisiche; per altro verso, elastico e flessibile, in ragione della necessità di adeguare la liquidazione alle peculiarità del caso di volta in volta oggetto di esame.

Per tali ragioni, al fine di rendere più trasparente e prevedibile il giudizio di equità individuale ex art. 1226 cod. civ. cui è rimessa la liquidazione del danno non

⁶⁰⁵ Cfr. sul tema FACCIOLO, *La quantificazione del danno nella responsabilità sanitaria secondo la legge Gelli-Bianco (art. 7, commi 3 e 4, l. n. 24 del 2017)*, in *Contratto e impresa*, 2020, 3.

⁶⁰⁶ Corte Cost., 14 Luglio 1986, n. 184, cit., con cui la Corte Costituzionale respinse per la terza volta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 cod. civ., sancendo i pilastri del sistema di liquidazione del danno alla persona: l'uniformità dei criteri e la successiva personalizzazione del giudice, al fine di “*contemperare uniformità pecuniaria di base e flessibilità nell'adeguamento alle peculiarità del caso concreto*”.

patrimoniale, sono state elaborate le cc.dd. tabelle legali⁶⁰⁷ (v. artt. 138 e 139 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, il c.d. Codice delle Assicurazioni Private) e le cc.dd. tabelle giudiziali (prime fra tutte le tabelle milanesi, seguite poi dalle tabelle romane e da quelle del Triveneto). *Predisposte e curate soprattutto da giudici, nell'accertare il danno non patrimoniale, esse procedono a una valutazione ex ante (anche se, nella loro preparazione, le Tabelle nascono come sintesi statistica dei casi già trattati), a differenza del metodo di valutazione affidato al giudice sulla base dell'art. 1226, metodo che interviene ex post*⁶⁰⁸.

L'obiettivo iniziale, conformemente alle indicazioni della Corte Costituzionale, era prevalentemente quello di raggiungere maggiore uniformità nei criteri di risarcimento del danno non patrimoniale ⁶⁰⁹, mediante la predisposizione di valori predeterminati; si auspicava, poi, il raggiungimento di un livello di maggiore certezza, al fine anche di incentivare la composizione delle liti.

Diverse sono le tabelle giudiziali comunemente usate nei tribunali; quelle che hanno trovato maggiore diffusione sono state senz'altro quelle elaborate dall'Osservatorio per la Giustizia civile del Tribunale di Milano. In merito a queste ultime, si registrano diverse 'stagioni': la prima versione elaborata dal Tribunale di Milano risaliva al 1995. Essa rifletteva la prassi giurisprudenziale allora vigente: alla voce centrale di danno biologico, che in quelle stagioni veniva ancora considerato danno-evento, veniva aggiunta, quando fosse stato accertato un illecito penale, su basi percentuali ed automatiche, la voce del danno morale nella sua accezione soggettiva

⁶⁰⁷ Il riferimento è agli artt. 138 e 139 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, c.d. Codice delle Assicurazioni Private.

⁶⁰⁸ Così PONZANELLI, *Tabelle*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 2, 246 ss.

⁶⁰⁹ Più precisamente del danno cd. biologico, quale voce di danno che si era prepotentemente imposta alla fine degli anni Settanta dopo il clamore collegato al caso Gennarino.

di turbamento dell'animo (*pretium doloris*). Poteva, poi, essere aggiunta una personalizzazione equitativa che tenesse conto della specificità del caso concreto⁶¹⁰.

Era comunque il danno biologico la parte più considerevole del risarcimento, venendo il danno morale liquidato nella misura di una percentuale del danno biologico, in un modo sostanzialmente automatico.

Mutato lo stato dell'arte e alterati gli equilibri del danno non patrimoniale per come descritto *supra*, il modello tabellare venne aggiornato al *decisum* delle Sezioni Unite del 2008⁶¹¹. Con le citate tabelle di Milano - versione 2009, veniva quindi individuata una categoria unitaria di danno non patrimoniale, *la cui concreta valorizzazione economica è, però, costituita da ciò che prima era liquidato a titolo di danno biologico e danno morale*⁶¹², mentre la qualità della vita veniva risarcita utilizzando il potere equitativo del giudice. In concreto, quindi, nonostante l'unificazione in una voce unitaria e la scomparsa delle autonome voci di danno morale e del c.d. danno esistenziale, il livello del risarcimento non soffriva decisivi mutamenti rispetto a quello esistente prima del 2008.

Le tabelle giudiziali sono basate sul sistema del punto variabile in funzione di età e grado di invalidità, con crescita da punto a punto in misura più che proporzionale.

Nella nuova versione del 2009 veniva definito un nuovo valore del c.d. "punto", prendendo le mosse dal valore del "punto" delle tabelle precedenti (connesso alla

⁶¹⁰ Cfr. PONZANELLI, *Rivisitazione delle tabelle milanesi e prova del pregiudizio morale: il nuovo intervento della Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1, 92.

⁶¹¹ Nella premessa delle tabelle dell'Osservatorio per la giustizia civile del Tribunale di Milano del 2009 si leggeva: "a seguito del nuovo indirizzo giurisprudenziale di cui alle sentenze delle Sezioni unite della Corte di cassazione dell'11 novembre 2008, l'Osservatorio per la giustizia civile di Milano, all'esito di varie riunioni cui hanno partecipato magistrati della Corte e del Tribunale di Milano e numerosi avvocati, ha rilevato l'esigenza di una liquidazione unitaria del danno non patrimoniale biologico e di ogni altro danno non patrimoniale connesso alla lesione della salute e ha constatato l'inadeguatezza dei valori monetari finora utilizzati nella liquidazione del c.d. danno biologico a risarcire gli altri profili di danno non patrimoniale".

⁶¹² Così PONZANELLI, *Tabelle*, cit., 247.

sola componente di danno c.d. danno biologico), aumentato in riferimento all'inserimento nel valore di liquidazione medio anche della componente di danno non patrimoniale relativa alla sofferenza soggettiva di una percentuale ponderata (dall'1 al 9% di invalidità l'aumento è del 25% fisso, dal 10 al 34% di invalidità l'aumento è progressivo per punto dal 26% al 50%, dal 35 al 100% di invalidità l'aumento torna ad essere fisso al 50%); si attribuiva, poi, pur senza specificare criteri certi ed oggettivi, una facoltà di personalizzazione entro percentuali massime.

Il modello milanese, che vantava grande diffusione nella maggior parte dei fori nazionali⁶¹³ in ragione dall'ampia raccolta di casi, dal suo continuo aggiornamento e dalla sensibilità mostrata verso i nuovi giurisprudenziali, ottenne la sua definitiva consacrazione nel 2011: la Suprema Corte, infatti, con la sentenza del 2011, n. 12408⁶¹⁴ affermò che alle Tabelle milanesi deve riconoscersi *una sorta di vocazione nazionale*, anche perché, coi valori da esse tabellati, esprimono *il valore da ritenersi «equo»*, e cioè *quello in grado di garantire la parità di trattamento e da applicare in tutti i casi in cui la fattispecie concreta non presenti circostanze idonee ad aumentarne o ridurne l'entità*.

⁶¹³ Osserva PONZANELLI, *Tabelle milanesi versione 2021*, in *Danno e resp.*, 2021, 4, 433 che: "Oggi in Italia, tuttavia, il risarcimento del danno alla persona viene liquidato per oltre i 2/3 degli Uffici Giudiziari dalle Tabelle di Milano e questa maggiore diffusione è stata sicuramente determinata dall'ampia raccolta di casi, dal suo continuo aggiornamento, dalla sensibilità mostrata verso i nuovi orientamenti maturati all'interno della giurisprudenza della Corte di cassazione". In posizione di subalternità, e con una diffusione assai più limitata, si erano formate e diffuse, e ancora sussistono, le Tabelle Giudiziali di Roma e del Triveneto. Sui rischi che derivano dalla coesistenza di diverse tabelle si veda PONZANELLI, *Perché abbiamo bisogno di una sola Tabella Giudiziale per il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2021, 4, 401 ss..

⁶¹⁴ Cass. Civ. 7 giugno 2011, n. 12408, in *Danno e resp.*, 2011, 939, con note di HAZAN, *L'equa riparazione del danno (tra r.c. auto e diritto comune)*, e PONZANELLI, *Le tabelle milanesi, l'inerzia del legislatore e la supplenza giurisprudenziale*.

Le tabelle milanesi, assunto un rango di fonte *para-normativa*, si proponevano quindi di garantire l'armonizzazione orizzontale⁶¹⁵ tra tutti i tribunali nazionali della liquidazione del danno non patrimoniale secondo le direttive formulate dalla Cassazione nel 2008.

Segue: le tabelle legali.

Il ruolo assunto dalle tabelle milanesi soprattutto nelle controversie professionali mediche, non appare scalfito neppure quando nel 2012, per effetto della Legge Balduzzi, veniva esteso alla materia della responsabilità sanitaria l'ambito operativo delle tabelle legali per il risarcimento del danno non patrimoniale, dettate

⁶¹⁵ La stessa Corte di legittimità ha riassunto di recente come il modello milanese operi quale criterio di conformazione della discrezionalità nella liquidazione equitativa. In tal senso cfr. Cass. Civ. 25 agosto 2020, n. 17682, in *ForoPlus*: “La vasta diffusione negli uffici giudiziari della [tecnica liquidatoria basata sul criterio del valore-punto], che ha portato alla elaborazione di molteplici e discordanti tabelle, ha indotto questa corte ad intervenire per evitare il rischio attuale di ingiustificati risultati discriminatori delle liquidazioni del medesimo tipo e grado di invalidità biologica, effettuate nei diversi uffici del territorio nazionale, così da operare una *reductio ad unum* attraverso l'indicazione - quale comune parametro di riferimento di calcolo - delle tabelle elaborate dal Tribunale di Milano che riscontravano una maggiore diffusione. Al riguardo è stato precisato che la regola equitativa di cui all'art. 1226 c.c. deve garantire non solo una adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l'uniformità di giudizio a fronte di casi analoghi, essendo intollerabile e non rispondente ad equità che danni identici possano essere liquidati in misura diversa sol perché esaminati da differenti uffici giudiziari, sicché, in applicazione dell'art. 3 Cost., alle predette tabelle doveva riconoscersi la valenza, in linea generale, di parametro di conformità della valutazione equitativa del danno biologico alle disposizioni di cui agli art. 1226 e 2056 c.c., fatta salva la sussistenza in concreto di circostanze idonee a giustificare l'abbandono (cfr. Cass. 7 giugno 2011, n. 12408). Tale intervento nomofilattico è venuto a ‘conformare giuridicamente’ - e dunque a definire parzialmente - l'ambito di discrezionalità riconosciuto al giudice di merito dalle norme del codice civile attributive del potere di liquidazione equitativa, così da consentire il sindacato di legittimità per *errores in iudicando*, attraverso la deduzione della violazione degli art. 1226 e 2056 c.c., le volte in cui il giudice si fosse immotivatamente discostato (sostanzialmente e non solo formalmente: Cass., ord., 17 gennaio 2018, n. 913) dall'applicazione di quei valori tabellari (cfr. Cass. 21 novembre 2017, n. 27562), con l'ovvia - ma opportuna - precisazione che, venendo le tabelle milanesi ad integrare il ‘contenuto’ della discrezionalità relativa alla scelta della tecnica liquidatoria, alle stesse andava riconosciuta la natura di mero criterio guida della equità giudiziale e non anche di norme di diritto (cfr. Cass., ord., 22 gennaio 2019, n. 1553)”. Il giudice di merito è quindi tenuto a indicare in motivazione le ragioni che lo hanno condotto ad una quantificazione del risarcimento diversa rispetto a quella cui si sarebbe pervenuti utilizzando le tabelle.

per lo specifico settore dei sinistri derivanti dalla circolazione dei veicoli e dei natanti.

Il riferimento è chiaramente agli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private⁶¹⁶: introdotti nel 2005 con l'intento di fissare su scala nazionale gli importi dei risarcimenti del danno non patrimoniale cagionato da circolazione veicolare, sottraendoli alla discrezionalità dei singoli fori, la prima disposizione è dedicata al “*Danno biologico per lesioni di non lieve entità*” (superiori al 10% di invalidità), la seconda disciplina invece il “*Danno biologico per lesioni di lieve entità*” (comprese tra 1 e 9% di invalidità). Entrambe le norme hanno ad oggetto il risarcimento del cd. danno biologico attraverso la previsione di una Tabella Unica Nazionale, ossia su un criterio di calcolo del danno alla salute basato su uno schema tabellare in grado di garantire uniformità nella quantificazione del danno⁶¹⁷. Il testo delle due norme, poi, pur fissando i livelli di risarcimento liquidabili, consente al giudice di aumentare il valore monetario del singolo punto di invalidità, con equo e motivato apprezzamento, per tenere conto della specificità del caso concreto; la discrezionalità giudiziale, tuttavia, è rigidamente predeterminata entro specifici valori massimi⁶¹⁸.

⁶¹⁶ D.lgs. 7 settembre 2005, n. 209.

⁶¹⁷ ROBUSTELLA, *Brevi riflessioni critiche sulla modifica degli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni Private*, in *Rivista di dir. bancario*, 2019, 190, nota 6: “Il criterio tabellare adottato dal legislatore nel codice delle assicurazioni, che consiste nel moltiplicare il valore monetario del singolo punto di invalidità per la percentuale di invalidità permanente, per poter concretamente operare, esige, da un lato la predeterminazione di un *bareme* medico-legale in base al quale determinare il grado di invalidità permanente e dall’altro l’individuazione del valore monetario del singolo punto di invalidità che cresce secondo uno specifico algoritmo. Gli artt. 138 e 139 hanno dato indicazioni per entrambi i parametri.”

⁶¹⁸ L’articolo 138 cod. ass. permette una personalizzazione pari al 30% del danno biologico macropermanente, l’articolo 139 cod. ass., una personalizzazione del 20% del danno biologico micro permanente

La ragione dell'intervento del legislatore nel settore assicurativo, in un profilo – quale quello della determinazione dell'ammontare del risarcimento del danno – tipicamente di competenza giudiziale, si giustifica alla luce dell'esigenza di prevedibilità e equità in uno dei settori in cui le cause di responsabilità sono più frequenti in assoluto. La responsabilità civile veicolare, infatti, è certamente uno dei settori a più alta frequenza di danni: attraverso l'adozione di criteri certi di determinazione del risarcimento del danno, il legislatore ha inteso garantire non solo un equo ristoro del danno non patrimoniale, ma anche e soprattutto la prevedibilità del risarcimento nel suo complessivo ammontare, favorendo, in tal modo, anche l'apertura a soluzioni conciliative con le compagnie di assicurazione. Nel settore assicurativo da circolazione veicolare vige l'obbligo assicurativo bilaterale (per i proprietari di autoveicoli, e per le compagnie assicuratrici obbligate a contrarre); mediante un simile intervento, il legislatore ha cercato di bilanciare gli interessi in gioco: da un lato la garanzia per la vittima dell'incidente stradale ad un equo risarcimento dei danni subiti, dall'altro stabilità al mercato assicurativo. Mediante la definizione di criteri in grado di contenere e prevedere con approssimazioni statistiche le poste risarcitorie gravanti sulle imprese di assicurazione, infatti, l'intervento normativo ha consentito la sostenibilità del settore assicurativo: per le imprese di assicurazione i risarcimenti da liquidare divengono prevedibili e limitati nel loro massimo, per gli assicurati – conseguentemente - il livello dei premi assicurativi si mantiene tollerabile. Legittimato, quindi, da motivi di interesse pubblico, il legislatore è intervenuto ed ha avvocato a sé il potere, istituzionalmente e tradizionalmente riservato ai giudici,

di determinare il risarcimento dei danni non patrimoniali nel settore dei sinistri stradali.

Le limitazioni legislative sono però spesso tollerate a fatica dalle Corti, perché percepite come una forma di intromissione del Parlamento in materie di competenza pretoria. Non ha costituito un'eccezione la predeterminazione della liquidazione del danno non patrimoniale nel settore della circolazione stradale. Oggetto di contestazione è stata, oltre all' indebita ingerenza del legislatore nella predeterminazione *ex ante* dell'ammontare risarcitorio, la disparità di trattamento riservata al danneggiato nel settore della r.c. auto, destinatario di una somma di danaro a titolo di risarcimento inferiore di circa il 20% rispetto a quella accordata al danneggiato di altri settori della responsabilità civile; tale riduzione, tra l'altro, è stata ritenuta contraria ai principi di integralità del risarcimento.

Nasce, quindi, una sorta di conflitto istituzionale: a fronte dell'intervento del Parlamento, le Corti, anche se non tutte, mostrano ostilità e propongono interpretazioni volte a superare i limiti della norma. In alcuni casi è stata anche sollevata la questione di legittimità costituzionale⁶¹⁹ dell'art. 139 cod. ass., unica norma, delle due, ad essere stata implementata mediante l'approvazione di una tabella normativa⁶²⁰; in attesa dell'approvazione della tabella unica per le lesioni macropermanenti, infatti, continuavano ad applicarsi le tabelle giudiziali di Milano, che quindi mantengono un ruolo di vertice.

⁶¹⁹ Molte sono state le rimessioni sin da Giud. Pace Roma, 14 gennaio 2001, in *Danno e resp.*, 2002, 309, con nota di PONZANELLI, *Micropermanenti, «undercompensation» e censure di incostituzionalità*; poi Giud. Pace Torino, 21 ottobre 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 439, con nota di PONZANELLI, *L'art. 139 di nuovo di fronte alla Corte*. Tutte sono state dichiarate infondate.

⁶²⁰ La relativa tabella è stata mutuata da una precedente disposizione normativa (art. 5 l. n. 57/2001 e dm 10.6.2005), mentre la tabella unica nazionale per le macro permanenti, nonostante i molti anni trascorsi dalla sua previsione nel codice delle assicurazioni, è ancora norma inapplicata.

La questione di legittimità costituzionale sollevata sulla disposizione delle lesioni micropermanenti, tuttavia, è stata risolta con un giudizio di piena compatibilità⁶²¹ con l'art. 3 della Carta fondamentale, in ragione del necessario bilanciamento dei diritti del danneggiato con gli interessi pubblici presenti nel settore dell'assicurazione da circolazione auto. La Corte ha, infatti, osservato che a bilanciare la riduzione di risarcimento che il danneggiato nel settore rc auto deve sopportare vi è il vantaggio, riservato a questa peculiare categoria di danneggiati, di poter godere di una copertura assicurativa *ex lege* obbligatoria del danneggiante – o, in alternativa, direttamente di quella del proprio assicuratore- a garanzia della soddisfazione del credito risarcitorio. Al danneggiato da sinistri stradali è riservata, quindi, una tutela risarcitoria rafforzata, che si sostanzia nella certezza del risarcimento.

La soluzione studiata dal legislatore⁶²², si è detto, in definitiva permette di bilanciare adeguatamente tutti gli interessi coinvolti: quelli degli assicurati a mantenere un livello sostenibile dei premi assicurativi, quelli delle imprese assicuratrici che, raccogliendo i premi, provvedono poi al risarcimento, quelli dei

⁶²¹ Data l'identità delle questioni, la Corte Cost. si è pronunciata con un'unica sentenza sui 4 giudizi di incostituzionalità dell'art. 139 CAP promossi da Giudice di Pace di Torino (G.d.P. Torino, 24 ottobre 2011), Tribunale ordinario di Brindisi – sez. distaccata di Ostuni (Trib. Brindisi, 15 maggio 2012), Tribunale ordinario di Tivoli (Trib. Tivoli, 21 marzo 2012), Giudice di Pace di Recanati (G.d.P. Recanati, 24 maggio 2013). Si tratta, in particolare, di Corte Cost., 16 ottobre 2014, n.235, in *Europa dir. priv.*, 2014, 1389, nt. GUFFANTI PESENTI, *La Corte costituzionale e l'inedita funzione sociale del diritto alla salute*. In materia si è pronunciata anche Corte Giust. UE, 23.1.2014, causa C-371/12, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2014, I, 820, con nota di SABBATELLI. La Corte di Giustizia dichiarò la disposizione conforme altresì ai principi della normativa europea; in quest'occasione, tuttavia, si soffermò più sull'esigenza che venisse soddisfatta l'obbligatorietà della copertura assicurativa, che sull'ammontare del risarcimento, limitandosi a esigere che questo fosse sufficientemente ragionevole.

⁶²² Appare critica sul punto ZIVIZ, *Micropermanenti: franchigia legittima secondo la Corte Costituzionale* (ord. 242/2015, in *perosnaedanno.it*: “non può essere ritenuto affatto ragionevole un bilanciamento che sacrifica un interesse costituzionalmente protetto di carattere personale, quale il diritto all'integrità psico-fisica, a fronte di ragioni di carattere meramente economico”).

danneggiati a godere di un risarcimento certo e ragionevole⁶²³. È legittimo, pertanto, non godendo nel nostro ordinamento il principio di integrale riparazione del danno garanzia costituzionale, un intervento del legislatore che, in presenza di interessi pubblici, riduca il risarcimento.

La medesima sorte è toccata al secondo motivo di doglianza di incostituzionalità dell'art. 139 cod. ass. paventato dai remittenti, riguardante la mancata previsione nella suddetta norma della liquidabilità del danno morale. I giudici della Corte Costituzionale hanno infatti rigettato la questione richiamando le motivazioni delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 2008: anche se la disposizione citata richiama il solo “danno biologico”, omettendo ogni riferimento al “danno morale”, quest’ultimo “*rientra nell’area del danno biologico, del quale ogni sofferenza, fisica o psichica, per sua natura intrinseca costituisce componente*” e, pertanto, ove ne ricorrano i presupposti, il giudice può personalizzare l’importo risarcitorio risultante dall’applicazione delle tabelle, maggiorandolo fino al 20% per tenere conto delle conseguenze soggettive del danneggiato. In sostanza, il danno morale viene risarcito tramite l’aumento del 20% che la norma attribuisce alla discrezionalità del giudice⁶²⁴.

Nonostante, per le menzionate ragioni, la pronuncia della Corte abbia riguardato unicamente l’art. 139 cod. ass., gli approdi in essa raggiunti sono stati ritenuti estensibili anche all’art. 138 cod. ass., condividendo, le due norme, la medesima

⁶²³ Cfr. Corte Cost., 235/2014, cit.: “un sistema, come quello vigente, di responsabilità civile per la circolazione dei veicoli obbligatoriamente assicurata-in cui le compagnie assicuratrici, concorrendo ex legge al fondo di garanzia per le vittime della strada, perseguono anche fini solidaristici, l’interesse risarcitorio particolare del danneggiato deve comunque misurarsi con quello, generale e sociale, degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi”

⁶²⁴ Vedi ROBUSTELLA, *Brevi riflessioni critiche sulla modifica degli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni Private*, cit., 194.

ratio. Ciò che accomuna le due ipotesi, al di là della mancata implementazione della Tabella Unica Nazionale, è la consapevolezza⁶²⁵ che in un sistema bilateralmente obbligatorio è indispensabile prevedere una limitazione del risarcimento. Le medesime ragioni di pubblico interesse, quindi, sono presenti anche nel settore delle macrolesioni, con la sola differenza che per esse la personalizzazione normativamente prevista è pari al 30%⁶²⁶.

3.1 Considerazioni in merito all'assimilazione del settore della responsabilità medica a quello della circolazione veicolare

Nonostante l'intervento della Consulta, le doglianze nei confronti della scelta del legislatore di limitare il risarcimento del danno non patrimoniale in alcuni settori non si sono arrestate; anzi, sono ulteriormente rinvigorite a seguito della scelta

⁶²⁵ Cfr. PONZANELLI, *Macropermanenti e nuovo art. 138 Codice delle Assicurazioni*, in *Danno e resp.*, 2018, 2, 227.

⁶²⁶ Parte della dottrina e della giurisprudenza non condivide tale assimilazione. Secondo tale orientamento i due articoli si differenziano per il potere equitativo concesso al Giudice: nell'art. 139 l'adeguamento può arrivare al venti per cento, riferendosi indistintamente alle condizioni soggettive del danneggiato ("con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato"); nell'art. 138 l'ammontare del danno può invece essere aumentato del trenta per cento, sempre con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato, "qualora la menomazione accertata incide in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali personali". In buona sostanza, mentre per le lesioni di lieve entità esiste solo l'aumento del venti per cento che deve ricomprendere i profili morali e esistenziali; per le lesioni di non lieve entità l'aumento del trenta per cento si prevede per risarcire il danno relazionale-esistenziale, mentre il danno morale è affidato al libero apprezzamento del giudice, addirittura senza limiti (ovviamente sempre che ne sia data la prova). In tal senso, Cass. 9 giugno 2015, n. 11851, in *Foro it.*, 2015, I, 2726, con nota di PONZANELLI, *La certezza sul risarcimento del danno alla persona* e in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1113 con nota di ZIVIZ, *Il mosaico del danno alla persona*; Cass. 20 aprile 2016, n. 7766, in *Foro it.*, 2016, I, 2058 con nota di PONZANELLI, *Dolore e vita che cambia: un nuovo attacco alle tabelle milanesi sul danno non patrimoniale*; Cass. ord. 14 novembre 2017, n. 26805, e Cass. 17 gennaio 2018, n. 901, in *Foro it.*, 2018, I, con nota di PONZANELLI, *Giudici e legislatore liquidano dopo dieci anni le decisioni di San Martino*. Ponzanelli osserva di contro che "Una tale lettura rappresenta la negazione della razionalità dei criteri di limitazione del risarcimento indicati nel Codice delle Assicurazioni" e che "Le ragioni accolte, cioè, il bilanciamento degli interessi con un occhio all'interesse pubblico alla conservazione dei premi, non possono non valere anche per le macro-permanenti" (PONZANELLI, *Macropermanenti e nuovo art. 138 Codice delle Assicurazioni*, cit., 228 ss.)

operata dalla legge Gelli-Bianco⁶²⁷ nel 2017 di confermare il richiamo agli artt. 138 e 139 cod. ass. - già operato dalla legge Balduzzi del 2012 – anche nel settore sanitario. Quest’ultimo, infatti, costituisce la seconda area in cui si registra statisticamente la più alta percentuale di illeciti civili.

Le esigenze di questo settore sono state in buona sostanza ritenute assimilabili a quelle del settore della circolazione veicolare. La necessità di bilanciare gli interessi delle strutture e degli esercenti la professione sanitaria, con quelli degli enti assicurativi e dei pazienti danneggiati, nonché di scoraggiare la medicina difensiva e la situazione di cd. *overdeterrence* generata dal rischio di risarcimenti eccessivi, sono infatti state le motivazioni a sostegno dell’estensione dell’ambito applicativo degli artt. 138 e 139 cod. ass. anche ai danni cagionati nell’esercizio dell’arte medica. Tale soluzione, nell’evidente finalità di perseguire interessi generali, ha contestualmente favorito la categoria degli esercenti la professione sanitaria e delle strutture.

Delle due norme, lo ricordiamo, solo l’art. 139 ha avuto immediata operatività, mentre la tabella unica nazionale per le macropermanenti, nonostante i molti anni trascorsi dalla sua previsione nel codice delle assicurazioni, rimane norma inapplicata e, in sua vece, si è consolidata la supplenza delle prassi virtuose degli uffici giudiziari e, in particolare, dell’Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano.

⁶²⁷ Il riferimento, più specificamente, è all’art. 7, comma 4, L. 8 marzo 2017, n. 24: “Il danno conseguente all’attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell’esercente la professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, integrate, ove necessario, 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 alle attività di cui al presente articolo.”

La scelta di assimilazione del legislatore, avallata da parte della giurisprudenza successiva, tuttavia, è sembrata un po' frettolosa, e le motivazioni alquanto sbrigative. L'equiparazione tra pazienti danneggiati da attività medica e guidatori sfortunati coinvolti in incidenti stradali è infatti fonte di perplessità, attesa la evidente diversità strutturale delle fattispecie.

A ben riflettere, infatti, la Corte Costituzionale ha sostenuto che la deroga al generale principio di uguaglianza può essere giustificata solo dalla sussistenza di specifici interessi pubblici: ma se nel settore della circolazione auto, ove opera un regime di assicurazione obbligatoria bilaterale, l'esigenza pubblica è chiaramente mantenere sostenibile il livello dei premi, nel settore sanitario, ove l'assicurazione non è bilateralmente obbligatoria, gli interessi sono differenti. L'interesse alla protezione della classe medica e delle strutture sanitarie e l'esigenza di scoraggiare la cd. medicina difensiva, non paiono ugualmente prevalenti sul principio di integrale riparazione del danno o, quantomeno, richiedono delle motivazioni specifiche e non mutuabili dal settore della circolazione veicolare.

La giurisprudenza ha provato ad argomentare l'assimilazione tra i due settori richiamando le disposizioni normative inerenti al regime assicurativo obbligatorio nel settore sanitario e alla possibilità di esercizio dell'azione diretta del paziente danneggiato nei confronti dell'impresa assicurativa. Si tratta, però, di un'argomentazione molto debole, visto che non considera l'ampiamente praticata possibilità — per le strutture sanitarie — di giovare di un regime di autoassicurazione, così come previsto normativamente⁶²⁸.

⁶²⁸ L. 8 marzo 2017, n. 24, art. 10, comma 1: “Le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private devono essere provviste di copertura assicurativa o di *altre analoghe misure* per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera [...]”.

Altre sono, poi, le differenze tra i due settori. In primo luogo, mentre l'attività sanitaria è specificamente deputata ad interferire con la integrità psico-fisica del paziente, la circolazione stradale è un fenomeno che niente ha a che vedere con la salute dei soggetti che vi partecipano, se non nella malaugurata ipotesi in cui si cagioni un sinistro con danni alla persona.

È diversa, poi, la tipologia di lesioni che le due attività possono cagionare: basti pensare che all'area sanitaria è totalmente estranea la discussa distorsione del rachide cervicale⁶²⁹, decisamente ricorrente invece nel settore dell'assicurazione auto. E più in generale, nel settore sanitario sono ridotte – se non inesistenti – le ipotesi risarcitorie dei danni cd. micropermanenti, tanto da apparire priva di senso la stessa distinzione tra lesioni di lieve e non lieve entità.

Sono, infine, del tutto divergenti le dinamiche economiche sottostanti ai due campi: chi partecipa alla circolazione stradale può rivestire, in linea teorica, sia il ruolo di danneggiato che di danneggiante, potendosi fare quindi, almeno in astratto, portatore di entrambi gli interessi sottesi alla normativa vigente (il contenimento del premio assicurativo e la certezza del risarcimento); la situazione cambia decisamente nel settore sanitario. In quest'ultimo, infatti, i ruoli sono ben distinti e non intercambiabili: il paziente è – e non può non essere – la parte che subisce le limitazioni risarcitorie, gli esercenti la professione sanitaria e le strutture sanitarie rivestono invece la parte che beneficia della riduzione dei costi⁶³⁰.

⁶²⁹ Il c.d. “colpo di frusta”, che ha spinto il legislatore a inserire nell'art. 139 cod. ass. un controverso inasprimento delle regole in materia di accertamento del danno.

⁶³⁰ Per un approfondimento vedi ZIVIZ, *A ritroso (prevista l'applicazione retroattiva per le tabelle normative)*, in *Resp. civ. e Prev.*, 2020, 1, 213 ss. L'A. critica altresì un'altra motivazione posta a fondamento dell'assimilazione tra i due settori. Più specificamente osserva: “*Alquanto frettolosa appare del resto la stessa attribuzione, da parte della S.C., di una patente di legittimità — per quanto riguarda l'applicazione delle tabelle normative al settore della responsabilità sanitaria — fondata sul generico rinvio al vaglio di costituzionalità a suo tempo effettuato dalla pronuncia della*

Tali osservazioni mettono in discussione la scelta di campo operata dal legislatore prima nel 2012 e poi nel 2017. È bene, tuttavia, precisare, al fine di ridimensionare la portata delle critiche mosse all'estensione delle limitazioni risarcitorie al settore sanitario, che esse sono state concretamente applicate solo per le lesioni di lieve entità (da 1 a 9% di invalidità, ovvero le meno ricorrenti e meno preoccupanti per la classe medica), in quanto – lo si ricorda - l'art. 138 e la Tabella Unica Nazionale ivi prevista, che avrebbe dovuto fissare il risarcimento spettante alle lesioni di non lieve entità, non è mai stata implementata⁶³¹. Per tale ragione, come anticipato nell'incipit del presente paragrafo, il ruolo delle Tabelle Milanesi appare inalterato

Consulta n. 235/2014. Si tratta, in effetti, di rilevare che la verifica di legittimità — operata dai giudici costituzionali — riguarda esclusivamente il settore dei sinistri stradali, con specifico riguardo alle micropermanenti. Non solo: bisogna dubitare, in termini generali, della stessa correttezza del bilanciamento di interessi operato in quella sede dalla Corte costituzionale, posto che lo stesso non sembra riflettere in maniera corretta le indicazioni formulate, nelle pronunce del novembre 2008, dalle Sezioni Unite. Ricordiamo, infatti, che queste ultime ritengono operante — in nome del dovere di solidarietà — una limitazione lungo il profilo dell'an del risarcimento, in quanto si perviene a escludere la rilevanza risarcitoria dei danni bagatellari: anche in presenza della lesione di un diritto inviolabile, la tutela andrebbe esclusa a fronte di lesioni non gravi e pregiudizi non seri. Diversamente, per quel che riguarda le micropermanenti, si tratta di procedere alla liquidazione di pregiudizi già transitati attraverso le maglie di un simile filtro, e per i quali — dunque — appare fuor di dubbio l'accesso alla tutela risarcitoria. In questo caso, la limitazione opera non già in sede di an, bensì sul piano del quantum e viene a colpire pregiudizi che non appaiono per alcun verso qualificabili come bagatellari. Mentre il sistema risarcitorio tratteggiato dalle Sezioni Unite si fonda su una regola selettiva i cui confini risultano volti ad assicurare — una volta superata la soglia dei danni bagatellari — l'integrale risarcimento dei pregiudizi discendenti dalla lesione di valori costituzionalmente protetti, non altrettanto avviene per le micropermanenti, in ordine alle quali viene stabilita una compressione in termini quantitativi del risarcimento. È questo, infatti, il risultato concreto cui si approda tramite l'applicazione di tale disciplina: come, del resto, riconosce la stessa pronuncia in commento, propensa a ritenere del tutto ammissibile una limitazione risarcitoria, in una prospettiva di bilanciamento tra interessi di analoga rilevanza costituzionale”.

⁶³¹ Osserva PONZANELLI, *Dalla legge Balduzzi (2012) alle nuove tabelle (2019): analisi di sette anni di liquidazione del danno da medical malpractice*, in *Resp. medica*, 2019, 292, che “il nostro legislatore, evidentemente, era fortemente preoccupato non solo dalle reazioni delle tante associazioni a difesa dei diritti delle vittime della strada che avrebbero criticato qualunque implementazione riduttiva del livello del risarcimento riconosciuto dalle tabelle giudiziali, ma anche, probabilmente, dal fatto che la compromissione dei diritti della salute nelle ipotesi di lesioni di non lieve entità, a differenza di quanto previsto per le lesioni di lieve entità, per le quali una concreta limitazione del risarcimento avrebbe potuto essere più accettata, non avrebbe dovuto comportare una riduzione del risarcimento”.

nonostante gli interventi normativi realizzati fino al 2017, continuando queste a svolgere il ruolo di supplenza che espletavano al momento della loro realizzazione.

4 Il nuovo decalogo della terza Sezione infrange l'unitarietà del danno non patrimoniale.

Accanto alle esaminate critiche mosse all'estensione del sistema tabellare nel settore sanitario, motivate dalla diversità di *ratio* e principi che regolano il risarcimento del danno cagionato da circolazione veicolare e da errore medico, altre ragioni hanno alimentato un'insofferenza verso le tabelle utilizzate nella maggior parte dei tribunali italiani. Il malcontento era per lo più dovuto alla supposta insufficienza delle stesse: conformandosi al *decisum* delle SS.UU. del 2008, esse prevedevano un'unica voce di danno non patrimoniale, alimentando i dubbi sulla loro idoneità a rappresentare il danno “giusto”. L'obiettivo dell'equilibrio risarcitorio appariva ad alcuni compromesso: la soppressione delle voci di danno morale e danno esistenziale ed il conseguente “imperialismo” del danno biologico⁶³² non sembravano infatti garantire al danneggiato un risarcimento sempre integrale delle effettive sofferenze patite.

Ecco che, dunque, a far data dal 2011, i giudici della Cassazione⁶³³, nonostante i noti limiti del loro giudizio di legittimità, iniziarono ad intervenire in maniera incisiva sul *quantum* del risarcimento, ora cassando sentenze ove non veniva

⁶³² Così PONZANELLI, *Tabelle*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 2047.

⁶³³ HAZAN, *Il danno morale da lesione fisica: tra racconto, narrazione e regola*, cit., 115, li definisce “andamenti sinusoidali della giurisprudenza di legittimità”.

liquidato espressamente il danno esistenziale, ora confermando sentenze che riconoscevano chiaramente la voce di danno morale. La giurisprudenza della terza sezione civile della Suprema Corte⁶³⁴ si è quindi fatta promotrice di una corrente di pensiero volta a sconfessare la tesi della ‘unicità del danno biologico’, inaugurando un percorso⁶³⁵ quasi a ritroso rispetto agli approdi del 2008. Il danno morale, infatti, torna a rivestire un ruolo centrale e soprattutto autonomo anche quando originato da una lesione fisica a matrice biologica. Di nuovo l’esigenza di certezza, obiettivo

⁶³⁴ Le prime testimonianze di una giurisprudenza di legittimità che predicano l’autonoma risarcibilità del danno morale si ritrovano in Cass. 20 novembre 2012, n. 20292 (*Foro it.*, Rep. 2013, voce Danni civili, n. 179 e *Corriere giur.*, 2013, 315, con nota di VILLA, *Ancora sulle «etichette» del danno non patrimoniale; Danno e resp.*, 2013, 129, con nota di PONZANELLI, *Non è tanto il danno esistenziale, ma il «quantum» il vero problema del danno non patrimoniale; Resp. civ.*, 2013, 108, con nota di ZIVIZ, *Danno esistenziale: nuova tappa di un lungo cammino*) e Cass. 3 ottobre 2013, n. 22585 (in *Foro it.*, 2013, I, 3433, con note di PALMIERI PARDOLESI, *Il ritorno di fiamma del danno esistenziale (e del danno morale soggettivo): l’incerta dottrina della Suprema corte sull’art. 2059 c.c.*, e di PONZANELLI, *Nomofilachia tradita e le tre voci di danno non patrimoniale*) e Cass. 9 giugno 2015, n. 11851 (*Foro it.*, 2015, I, 2726, con nota di nota di PONZANELLI, *Incertezze sul risarcimento del danno alla persona: sofferenza e qualità della vita nella r.c. auto*). In particolare in questa occasione i giudici hanno affermato che: “Queste considerazioni confermano la bontà di una lettura delle sentenze delle sezioni unite del 2008 condotta, prima ancora che secondo una logica interpretativa di tipo formale-deduttivo, attraverso una ermeneutica di tipo induttivo che, dopo aver identificato l’indispensabile situazione soggettiva protetta a livello costituzionale (oltre alla salute, il rapporto familiare e parentale, l’onore, la reputazione, la libertà religiosa, il diritto di autodeterminazione al trattamento sanitario, quello all’ambiente, il diritto di libera espressione del proprio pensiero, il diritto di difesa, il diritto di associazione e di libertà religiosa ecc.), consenta poi al giudice del merito una rigorosa analisi ed una conseguentemente rigorosa valutazione tanto dell’aspetto interiore del danno (la sofferenza morale) quanto del suo impatto modificativo *in pejus* con la vita quotidiana (il danno c.d. esistenziale, in tali sensi rettivamente inteso)”. Successivamente, nello stesso senso, Cass. 29 settembre 2015, n. 19211, 20 novembre 2015, n. 23793, e Cass. 20 aprile 2016, n. 7766.

⁶³⁵ A partire dal 2016 la Cassazione manifesta limpidamente la volontà di accordare sempre maggiore rilevanza al caso singolo, anziché al metodo accolto delle Tabelle. Lo dimostrano con le sentenze 2167, 7761, 21058 e 21059, il cui contenuto è ben riassunto da PONZANELLI, *Tabelle*, cit.: “Con una prima sentenza (la n. 2167), la Cassazione conferma il suo controllo sul quantum del danno per assicurare sempre di più il risarcimento giusto. Successivamente, con la decisione a n. 7761, il risarcimento concesso dai giudici di merito (erano state applicate le Tabelle milanesi, aggiungendosi, tuttavia, in considerazione della gravità dell’illecito e delle richieste attoree, una somma a titolo di danno morale e di danno esistenziale), viene ritenuto equo e corretto dalla Terza Sezione della Corte di Cassazione: secondo la quale devono trovare uguale soddisfazione risarcitoria sia il dolore interno sia il cambiamento di vita (il “dentro” e il “fuori”). Poi, nella decisione n. 21058, pur essendo non preciso il riepilogo delle richieste risarcitorie presentate (si trattava dell’accertamento del risarcimento dei danni causati da una coltellata inferta nella regione omero-scapolare destra; c’erano, dunque, anche gli estremi di un reato), il danno morale concesso oltre le Tabelle non viene giudicato eccessivo. Infine, nella pronuncia n. 21059, la decisione del giudice del merito viene cassata perché il risarcimento, concesso per i danni causati dalla caduta di un commilitone conseguente al crollo di un parapetto, non aveva previsto il danno esistenziale.

primario delle Tabelle e risolta nel 2008 mediante la liquidazione unitaria, rischia di essere sacrificata.

La definitiva consacrazione del citato percorso a ritroso verso la separata rilevanza delle singole voci risarcitorie del danno non patrimoniale avviene con la nota ordinanza n. 7513/2018⁶³⁶ (definita come la c.d. “ordinanza decalogo”), con cui la Suprema Corte *ambisce ad una didascalica ricostruzione delle dieci regole che disciplinano (o disciplinerebbero...) il risarcimento di quel danno*⁶³⁷.

Nel merito, la vicenda sottoposta all’esame della Cassazione prendeva le mosse da una sentenza del Tribunale di Frosinone nella quale, ad una vittima che aveva subito un danno biologico accertato del 38%, venivano applicate le tabelle milanesi, procedendo alla personalizzazione con incremento del valore standard nella percentuale del 25%. Tale pronuncia si giustificava in ragione dei riscontri della prova testimoniale, nel corso della quale si accertava che la vittima, in conseguenza dei postumi permanenti, aveva patito “*un grave e permanente danno dinamico-relazionale consistito nella forzata rinuncia ad attività precedentemente praticate, tra le quali il tribunale indicò la cura dell’orto e del vigneto*”.

⁶³⁶ Cass. ord. 27 marzo 2018, n. 7513 in *Foro it.*, 2018, I, 2038, con nota di PALMIERI, *La parvenza dell’unitarietà: il danno non patrimoniale nel decalogo (e sue variazioni) della terza sezione*; in *Nuova giur. civ.*, 2018, 838, con nota di PONZANELLI, *Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale e la pace all’interno della terza sezione*; in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 853, con nota di ZIVIZ, *Di che cosa parliamo quando parliamo di danno non patrimoniale*. La pronuncia era stata anticipata da un altro provvedimento della terza sezione, con il quale si era dato avvio al definitivo allontanamento dai principi fissati nelle decisioni di San Martino; più in particolare, Cass. 17 gennaio 2018, n. 901, in *Foro it.*, 2018, I, 923, con nota di PONZANELLI, *Giudice e legislatore liquidano dopo dieci anni le decisioni di San Martino*. Nello stesso senso anche Cass. 31 maggio 2018, n. 13770, in *Danno e resp.*, 2018, 465 ss; Cass. 31 gennaio 2019, n. 2788, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, con nota di PONZANELLI, *Il nuovo statuto del danno alla persona è stato fissato, ma quali sono le tabelle giuste?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 2, 277 ss; Cass. 17 ottobre 2019, n. 26304; Cass. 8887/2020.

⁶³⁷ Così HAZAN, *Il danno morale da lesione fisica: tra racconto, narrazione e regola*, cit., 116.

La Corte d'appello di Roma accoglieva, di contro, il gravame proposto dalla compagnia assicuratrice sul presupposto dell'avvenuta duplicazione del risarcimento, non essendo emerso dagli atti alcun danno di particolare eccezionalità da giustificare la personalizzazione.

I giudici di legittimità confermavano la pronuncia di secondo grado osservando che occorre *“ritenere in facto, da un lato, che una certa conseguenza della menomazione sia comune a tutte le persone che quella menomazione patiscano, e, dall'altro, soggiungere in iure che quella menomazione non imponga di conseguenza alcuna personalizzazione del risarcimento. Lo stabilire, poi, se tutte le persone che abbiano una invalidità permanente del 38% riducano o non riducano la propria vita di relazione costituisce un tipico apprezzamento di merito”*.

Stanti i limiti del giudizio di legittimità, la terza sezione coglie l'occasione per elaborare un vero e proprio statuto del danno non patrimoniale, redigendo dieci regole. La finalità è la ribadita esigenza di uniforme applicazione del diritto da parte degli uffici giudiziari nazionali in materia di quantificazione e liquidazione del danno non patrimoniale.

Per queste ragioni si ribadisce che: *“1) l'ordinamento prevede e disciplina soltanto due categorie di danni: quello patrimoniale e quello non patrimoniale. 2) Il danno non patrimoniale (come quello patrimoniale) costituisce una categoria giuridicamente (anche se non fenomenologicamente) unitaria. 3) "Categoria unitaria" vuol dire che qualsiasi pregiudizio non patrimoniale sarà soggetto alle medesime regole e ad i medesimi criteri risarcitori (artt. 1223, 1226, 2056, 2059 c.c.). 4) Nella liquidazione del danno non patrimoniale il giudice deve, da un lato,*

prendere in esame tutte le conseguenze dannose dell'illecito; e dall'altro evitare di attribuire nomi diversi a pregiudizi identici. 5) In sede istruttoria, il giudice deve procedere ad un articolato e approfondito accertamento, in concreto e non in astratto, dell'effettiva sussistenza dei pregiudizi affermati (o negati) dalle parti, all'uopo dando ingresso a tutti i necessari mezzi di prova, opportunamente accertando in special modo se, come e quanto sia mutata la condizione della vittima rispetto alla vita condotta prima del fatto illecito; utilizzando anche, ma senza rifugiarsi aprioristicamente, il fatto notorio, le massime di esperienza e le presunzioni, e senza procedere ad alcun automatismo risarcitorio. 6) In presenza d'un danno permanente alla salute, costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione d'una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno biologico, e l'attribuzione d'una ulteriore somma a titolo di risarcimento dei pregiudizi di cui è già espressione il grado percentuale di invalidità permanente (quali i pregiudizi alle attività quotidiane, personali e relazionali, indefettibilmente dipendenti dalla perdita anatomica o funzionale: ovvero il danno dinamico-relazionale). 7) In presenza d'un danno permanente alla salute, la misura standard del risarcimento prevista dalla legge o dal criterio equitativo uniforme adottato dagli organi giudiziari di merito (oggi secondo il sistema c.d. del punto variabile) può essere aumentata solo in presenza di conseguenze dannose de/tutto anomale ed affatto peculiari. Le conseguenze dannose da ritenersi normali e indefettibili secondo l'id quod plerumque accidit (ovvero quelle che qualunque persona con la medesima invalidità non potrebbe non subire) non giustificano alcuna personalizzazione in aumento del risarcimento. 8) In presenza d'un danno alla salute, non costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione d'una

somma di denaro a titolo di risarcimento del danno biologico, e d'una ulteriore somma a titolo di risarcimento dei pregiudizi che non hanno fondamento medico-legale, perché non aventi base organica ed estranei alla determinazione medico-legale del grado percentuale di invalidità permanente, rappresentati dalla sofferenza interiore (quali, ad esempio, il dolore dell'animo, la vergogna, la disistima di sé, la paura, la disperazione). 9) Ove sia correttamente dedotta ed adeguatamente provata l'esistenza d'uno di tali pregiudizi non aventi base medico-legale, essi dovranno formare oggetto di separata valutazione e liquidazione (come è confermato, oggi, dal testo degli artt. 138 e 139 cod. ass., così come modificati dall'art. all'articolo 1, comma 17, della legge 4 agosto 2017, n. 124, nella parte in cui, sotto l'unitaria definizione di "danno non patrimoniale", distinguono il danno dinamico relazionale causato dalle lesioni da quello "morale"). 10) Il danno non patrimoniale non derivante da una lesione della salute, ma conseguente alla lesione di altri interessi costituzionalmente tutelati, va liquidato, non diversamente che nel caso di danno biologico, tenendo conto tanto dei pregiudizi patiti dalla vittima nella relazione con se stessa (la sofferenza interiore e il sentimento di afflizione in tutte le sue possibili forme, id est il danno morale interiore), quanto di quelli relativi alla dimensione dinamico-relazionale della vita del soggetto leso. Nell'uno come nell'altro caso, senza automatismi risarcitori e dopo accurata ed approfondita istruttoria.

Il decalogo, nei primi incisi, ribadisce il già noto principio dell'unitarietà della categoria del danno non patrimoniale. La formula, tuttavia, non va sottovalutata: ad un attento esame, infatti, le si deve attribuire un senso rinnovato, diverso da quello tradizionalmente attribuitole dalle sentenze San Martino del 2008. L'unitarietà del

danno non patrimoniale, infatti, va ora intesa non già nel senso che la voce liquidata deve essere unica, bensì che qualsiasi pregiudizio di natura non patrimoniale deve essere sottoposto alle medesime regole e ad i medesimi criteri risarcitori (art. 1223, 1226, 2056, 2059 c.c.). La Cassazione, pertanto, non censura la possibile coesistenza di diverse voci di danno non patrimoniale. Lo stesso, del resto, avevano affermato i giudici del 2008, riconoscendo l'esistenza di *“determinati tipi di pregiudizio, in vario modo denominati (danno morale, danno biologico, danno da perdita del rapporto parentale)”*; tuttavia in quell'occasione, essendo impellente l'esigenza di evitare duplicazioni risarcitorie, si specificava che detta articolazione in sottovoci risarcitorie *“risponde ad esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno”*.

Lo scollamento dalle Sezioni Unite San Martino, invece, è netto con riferimento al danno morale. Il precedente orientamento, infatti, confermava la qualificazione della sofferenza morale quale pregiudizio non patrimoniale ben autonomamente valorizzabile, a condizione però che si trattasse di una *“sofferenza soggettiva in sé considerata”*, e non invece *“una componente di più complesso pregiudizio non patrimoniale”*. E dunque, di danno non patrimoniale a matrice morale poteva a pieno titolo parlarsi solo ogni qualvolta fosse stato *“allegato il turbamento dell'animo, il dolore intimo sofferti, ad esempio, dalla persona diffamata o lesa nella identità personale, senza lamentare degenerazioni patologiche della sofferenza”*.

Ove, di contro, invece la sofferenza morale si fosse accompagnata o fosse originata da un pregiudizio di ordine psicofisico, a dovere, la fattispecie avrebbe dovuto ricondursi *“nell'area del danno biologico, del quale ogni sofferenza, fisica o*

psichica, per sua natura intrinseca costituisce componente”. Insomma, al cospetto di un danno da lesione fisica le sofferenze psichiche e fisiche del soggetto leso dovevano, sì, esser valorizzate adeguatamente, ma non dando vita alla separata liquidazione di autonome poste di danno diverse dal biologico bensì compiendo un’operazione di personalizzazione di quest’ultimo, al fine di comprendere se e in che termini la matrice endemicamente sofferenziale della compromissione fisica avesse assunto, nel singolo caso di specie, forza e dimensioni eccedenti la misura convenzionale standardizzata applicabile nelle ipotesi ordinarie⁶³⁸.

Stravolgendo l’orientamento pregresso, invece, la Terza sezione afferma adesso che il danno morale necessita di differente e autonoma valutazione rispetto al danno biologico⁶³⁹. L’accertamento dell’esistenza di danni psicofisici non è quindi di ostacolo alla separata e diversa liquidazione di una somma ulteriore a titolo di risarcimento dei pregiudizi che, proprio in quanto concernenti la sofferenza interiore, non hanno fondamento medico-legale, né si prestano ad essere valutati in modo standardizzato attraverso l’applicazione di criteri di quantificazione predefiniti⁶⁴⁰.

Nello stesso anno la terza sezione civile della Cassazione, a soli due mesi dal deposito dell’ordinanza c.d. decalogo, pronuncia una sentenza⁶⁴¹ di contenuto

⁶³⁸ Così HAZAN, *Il danno morale da lesione fisica: tra racconto, narrazione e regola*, cit., 114.

⁶³⁹ Sulla autonomia delle categorie di danno morale e biologico cfr. anche CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale dal codice civile al codice delle assicurazioni*, in *Danno e resp.*, 2019, 1, 15 ss.

⁶⁴⁰ Cfr. sul punto DICIOMMO, *Tanto tuonò che piovve. La Cassazione abbandona le tabelle milanesi ritenendole inadeguate a considerare il danno morale*, in *Foro it.*, 2020.

⁶⁴¹ Si tratta di Cass. 15 maggio 2018 n. 11754, in *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Danni civili*, n. 243: “Spetta al giudice far emergere e valorizzare [. . .] specifiche circostanze di fatto, peculiari al caso sottoposto ad esame, che valgano a superare le conseguenze 'ordinarie' già previste e compensate dalla liquidazione forfetizzata assicurata dalle previsioni tabellari; da quest'ultime distinguendosi siccome legate alla irripetibile singolarità dell'esperienza di vita individuale nella specie considerata, caratterizzata da aspetti legati alle dinamiche emotive della vita interiore o all'uso del corpo e alla valorizzazione dei relativi aspetti funzionali”. Poco prima, nello stesso senso Cass. 15 dicembre 2017 n. 30227, sezione lavoro, in *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Danni civili*, n. 111, a tenore

diametralmente opposto riguardo all'autonomia del danno morale. I giudici in questa occasione, infatti affermano che in caso di lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica, il risarcimento del danno biologico preclude la richiesta di risarcimento del danno morale ed esistenziale derivante dalla stessa lesione dell'integrità psico-fisica, in quanto nelle tabelle milanesi è già compreso nel valore del danno biologico la componente della sofferenza soggettiva. Può dunque prendersi atto dell'emersione di un conflitto nella giurisprudenza di legittimità tra, da un lato, alcune sparute pronunce che sembrano voler restare fedeli all'insegnamento delle SS.UU. del 2008, trasfuso operativamente nelle tabelle milanesi, e che valorizzano l'aspetto onni-comprensivo del danno non patrimoniale, negando sostanziale autonomia al danno morale; dall'altro, un più cospicuo numero di sentenze che invece affermano, seppure a volte con toni diversi, l'esigenza di riconoscere nell'ambito dell'unitaria categoria del danno non patrimoniale la sussistenza di due diverse componenti, o voci, di danno.

In tale contesto si collocano le decisioni dell'11 novembre 2019, le nn. 28988 e 28989⁶⁴², le quali si connotano più che per la loro provenienza (sono, infatti, pronunciate anch'esse a sezioni semplici dalla Corte di Cassazione, in particolare dalla III sezione), per il più generale contesto della loro emanazione. Si inseriscono, infatti, nel quadro delle pronunce di novembre 2019 (c.d. San Martino 2.0.) con cui

della quale *"Il danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c., che si identifica come danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica, costituisce categoria unitaria non suscettiva di suddivisione in sottocategorie. Il risarcimento del danno biologico preclude la richiesta di risarcimento del danno morale ed esistenziale derivante dalla stessa lesione dell'integrità psico-fisica"*.

⁶⁴² Cass. 11 novembre 2019, nn. 28989 e 28988 (*Foro it.*, Rep. 2019, voce *Danni civili*, nn. 215 e 197), tutte per esteso id., *Gli speciali*, n. 1 del 2020, 9, annotate da DI CIOMMO, *Natura funzionalmente unitaria e onnicomprensiva del danno non patrimoniale e distinzione strutturale tra danno morale e danno dinamico-relazionale. La Cassazione promuove le «tabelle» romane e boccia quelle milanesi?*; PONZANELLI, *La Cassazione conferma e completa il nuovo statuto del danno alla persona*.

la terza sezione della Cassazione fa il punto sulle principali questioni dibattute in materia di responsabilità sanitaria, svolgendo essa stessa un autentico ruolo nomofilattico ed uniformatore.

5 Il danno dinamico-relazionale.

Le pronunce dell'11 novembre 2019, le nn. 28988 e 28989 aspirano a dettare una soluzione definitiva all'annoso problema della definizione del contenuto e della prova del danno non patrimoniale. In questa occasione, la Corte di cassazione allarga il suo punto di osservazione, apportando chiarezza sul profilo delle duplicazioni e sui requisiti perché si possa applicare il meccanismo della personalizzazione

A tal fine, concordando con l'ordinanza decalogo dell'anno precedente e, più in generale, con l'orientamento ormai maggioritario, le pronunce citate hanno riconosciuto piena autonomia strutturale al danno morale rispetto al dinamico-relazionale, se pure nell'ambito dell'unitarietà funzionale della categoria del danno non patrimoniale, sottoposto alla medesima ed unitaria disciplina precettiva. Entrambe le voci citate incarnano, infatti, la duplice essenza del danno non patrimoniale, non potendo ignorarsi, al momento della liquidazione, né certamente il danno dinamico-relazionale, da intendersi quale modificazione peggiorativa della vita della vittima né, per altro verso, il profilo interiore del danno, corrispondente alla sofferenza morale in tutti i suoi aspetti, quali dolore, vergogna, rimorso, disistima di sé, malinconia e tristezza. Fornita la relativa prova, pertanto, tanto il

patimento interiore, quanto la modificazione negativa delle dinamiche relazionali meritano autonomo riconoscimento giuridico in quanto rappresentano diverse fenomenologie di danno alla persona.

Da tali affermazioni sorge l'esigenza di indagare il confine tra le due voci di danno mediante un attento esame delle rispettive nature.

Già nell'ordinanza 7513/2018 si rileva un tentativo di definire il “danno dinamico-relazionale”. Ebbene, a tal proposito, la Corte segnala come tale perifrasi venga utilizzata per la prima volta nell'art. 13 del d.lgs. n. 38/2000, con lo scopo di precisare che la tabella delle menomazioni (sulla base delle quali stimare il danno biologico indennizzabile dall'INAIL) deve essere comprensiva degli aspetti dinamico-relazionali, da intendersi quali ripercussioni sulla vita quotidiana della vittima. La medesima espressione viene ripresa, poi, dall'art. 5 della l. n. 57/2001, che prevede l'emanazione di una tabella delle menomazioni in seno alla quale — secondo i giudici di legittimità — il riferimento alla lesione degli aspetti dinamico-relazionali viene utilizzato come perifrasi della nozione di danno biologico⁶⁴³.

Sulla scorta delle riferite indicazioni positive, i giudici ritengono che il pregiudizio dinamico-relazionale venga integrato ogniqualvolta siano compromesse le attività quotidiane dell'individuo. Tale conclusione, peraltro, sembra confermata dalle indicazioni della medicina legale, propensa a riconoscere che il danno biologico vada inteso quale “*menomazione all'integrità psicofisica della persona la quale esplica una incidenza negativa sulle attività ordinarie intese come aspetti dinamico-relazionali comuni a tutti*”⁶⁴⁴. Affermano, dunque, che lo stesso non è

⁶⁴³ Cfr. ZIVIZ, *Di che cosa parliamo quando parliamo di danno non patrimoniale*, cit.

⁶⁴⁴ Cass. civ., 8 febbraio 2018, n. 3035, in *www.ridare.it*, con nota di AGNINO, *Lesione all'integrità psico-fisica e personalizzazione del risarcimento*

altro che un modo di manifestarsi del danno alla salute, il quale *“in null’altro consiste che nella compromissione delle abilità della vittima nello svolgimento delle attività quotidiane tutte, nessuna esclusa: dal fare, all’essere, all’apparire”*. Pertanto: *“Non che il danno alla salute ‘comprenda’ pregiudizi dinamico-relazionali dovrà dirsi; ma piuttosto che il danno alla salute è un danno ‘dinamico-relazionale’. Se non avesse conseguenze ‘dinamico-relazionali’, la lesione della salute non sarebbe nemmeno un danno medico-legalmente apprezzabile e giuridicamente risarcibile. Ration per la quale in presenza d’un danno permanente alla salute costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione d’una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno biologico, e l’attribuzione d’una ulteriore somma a titolo di risarcimento dei pregiudizi di cui è già espressione il grado percentuale di invalidità permanente (quali i pregiudizi alle attività quotidiane, personali e relazionali, indefettibilmente dipendenti dalla perdita anatomica o funzionale: ovvero il danno dinamico-relazionale)”*.

Il danno biologico, pertanto, è ricompreso nel concetto di danno dinamico-relazionale⁶⁴⁵, sì che il giudice non potrà risarcire le due voci di danno distintamente, altrimenti incorrendo nella duplicazione del risarcimento⁶⁴⁶. La

⁶⁴⁵ La sentenza decalogo così statuisce sul punto: *"la lesione della salute risarcibile in null'altro consiste, su quel medesimo piano, che nella compromissione delle abilità della vittima nello svolgimento delle attività quotidiane tutte, nessuna esclusa: dal fare, all'essere, all'apparire. Non, dunque, che il danno alla salute 'comprenda' pregiudizi dinamico-relazionali dovrà dirsi; ma piuttosto che il danno alla salute è un danno 'dinamico-relazionale'. Se non avesse conseguenze 'dinamico-relazionali', la lesione della salute non sarebbe nemmeno un danno medico-legalmente apprezzabile e giuridicamente risarcibile"*.

⁶⁴⁶ Non concorda sul punto DI CIOMMO, *Natura funzionalmente unitaria e onnicomprensiva del danno non patrimoniale e distinzione strutturale tra danno morale e danno dinamico-relazionale. La Cassazione promuove le «tabelle» romane e boccia quelle milanesi?*, cit.: *“Dove, invece, l’orientamento giurisprudenziale in parola non convince è nel modo in cui definisce le varie voci di danno. [...] Ebbene, tale principio (l’identificazione del danno dinamico-relazionale con il danno biologico, ndr) sembra non cogliere pienamente il valore della salute umana in quanto tale, come dimensione dell’essere, ma anche dell’avere. La cui compromissione comporta inevitabili conseguenze di carattere dinamico-relazionali, la cui ontologia non può appiattirsi sulle conseguenze. In estrema sintesi: una cosa è il danno evento e quindi il pregiudizio che colpisce il*

citata categoria comprende in generale la componente del danno non patrimoniale che coinvolge la sfera esterna della vittima. Oltre al danno c.d. biologico, pertanto, in essa va ricompresa altresì la voce del c.d. danno esistenziale, che per cautela i giudici non hanno inteso richiamare esplicitamente. È, tuttavia, abbastanza chiaro che, parlando di danno dinamico-relazionale, i giudici di legittimità intendano in realtà riferirsi anche al vecchio danno esistenziale. Tale circostanza si evince, peraltro, dalla sentenza n. 901/2018 la quale riconosce la sovrapposizione tra i due concetti, precisando che il danno esistenziale consiste in un *“pregiudizio di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile, provocato sul fare reddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli erano propri, inducendolo a scelte di vita diversa quanto alla espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno”*.

A questo punto, aggiungono i giudici, le conseguenze di natura dinamico-relazionale vanno distinte in: (a) compromissioni da ritenersi normali e di carattere ordinario, in quanto indefettibili per qualunque soggetto che abbia patito una menomazione identica, le quali non giustificano alcun aumento del risarcimento di

diritto alla salute (c.d. danno biologico), altro le conseguenze dinamico relazionali, anche standard, dello stesso. Sottovalutare, se pure solo in chiave descrittiva, l'autonomo rilievo sul piano giuridico del c.d. danno biologico (fino a negarne la risarcibilità in quanto tale) rischia di tradursi, alla lunga, nella cultura degli operatori prima che nell'operatività dei tribunali, in una complessiva sottovalutazione del danno alla persona. Prospettiva, questa, senz'altro da evitare. [...] In altre parole, ferma la quantificazione del danno biologico e del danno morale operata secondo i criteri indicati dal legislatore nel 2° comma dell'art. 138, rispettivamente lettere a)- d) e lettera e), il comma 3 stabilisce che il giudice può operare una personalizzazione aumentando l'ammontare del risarcimento del danno, ma solo se accerta nel giudizio che la menomazione incida in maniera su specifici aspetti dinamico-relazionali personali documentati e obiettivamente acclarati.” Anche ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale alla luce dei recenti orientamenti della Cassazione*, in *Responsabilità medica*, 2019, 3, 301 ss.: “Ora, se del tutto condivisibile può risultare la sovrapposizione tra danno esistenziale e danno dinamico-relazionale, più problematica appare la coincidenza tra quest'ultimo e il danno biologico. Se non vi è dubbio che il danno biologico comprenda le compromissioni di carattere dinamico-relazionale, altro è affermare che con queste ultime esso venga pienamente a corrispondere. Un'indicazione del genere finisce, infatti, per obliterare quella che in passato veniva identificata nei termini di componente statica del danno biologico.”

base e sono comprese all'interno del calcolo tabellare; (b) compromissioni peculiari del caso concreto, che andranno risarcite in sede di personalizzazione ove venga offerta prova dell'effettivo pregiudizio. La misura standard del risarcimento, determinata attraverso l'applicazione delle tabelle normative ovvero di quelle giurisprudenziali, dunque, potrà essere aumentata *“solo in presenza di conseguenze dannose del tutto anomale e affatto peculiari”*⁶⁴⁷⁶⁴⁸.

L'operazione di personalizzazione può invocarsi solo per *“le conseguenze della menomazione che non sono generali ed inevitabili per tutti coloro che abbiano patito quel tipo di lesione, ma sono state patite solo dal singolo danneggiato nel caso specifico, a causa della peculiarità del caso concreto”*⁶⁴⁹.

Tali circostanze di fatto che giustificano la personalizzazione del risarcimento del danno non patrimoniale, integrando un fatto costitutivo della pretesa, devono però

⁶⁴⁷ Così Cass., III sez., 11 novembre 2019, n. 28988, cit.; Cass. 11 novembre 2019, n. 28982, nello stesso senso, precisa che la ricorrenza di circostanze pregiudizievoli straordinarie può giustificare un aumento del risarcimento *“perché solo in tale caso la conseguenza non sarà ricompresa nel pregiudizio espresso dal grado percentuale di invalidità permanente, consentendo al Giudice di procedere alla relativa personalizzazione”*

⁶⁴⁸ PONZANELLI, *Il nuovo statuto del danno alla persona è stato fissato, ma quali sono le tabelle giuste?*, cit.: Il danno dinamico-relazionale non è più fuori dalla lesione dell'integrità psicofisica, indica diversamente l'influenza che tale lesione presenta sulla vita e sull'attività quotidiana del danneggiato e può essere risarcito solo quando le conseguenze sulla vita quotidiana siano apprezzabili. La nuova definizione legislativa del danno biologico offerta dalla l. n. 124/2012 rende, quindi, insostenibile continuare a parlare di danno esistenziale quando ad essere lesa sia stata l'integrità psicofisica del danneggiato. L'attività non reddituale, il non facere reddituale proprio del danno esistenziale tanto caro a Cendon e Ziviz, verrà risarcita solo in presenza di conseguenze dannose eccezionali e peculiari, e per raggiungere questo obiettivo non c'è bisogno di creare una nuova voce di danno, esistenziale per l'appunto. Fuori dai casi dell'integrità psicofisica, ci sarà spazio per il risarcimento di un danno non patrimoniale di tipo esistenziale quando leso sarà un diritto inviolabile e quando questa lesione abbia superato *“quella soglia di sufficiente gravità e compromissione dei diritti lesi, individuata in via interpretativa, dalle Sezioni Unite del 2008, quale limite imprescindibile al risarcimento del danno non patrimoniale”*

⁶⁴⁹ Nel caso sottoposto all'esame della Corte, la vittima aveva riportato postumi permanenti nella misura del 13%. Essendo tale valore prossimo al tetto delle micropermanenti, non risulta – secondo i giudici – giustificata la personalizzazione applicata nella percentuale del 40%, mancando nella pronuncia di merito qualsiasi indicazione delle ragioni per cui quel pregiudizio non risultava assorbito nella liquidazione standard del punto, nonché dei criteri sottesi a un incremento così significativo, pur in presenza di una menomazione lieve.

essere allegate in modo circostanziato e provate, anche attraverso l'allegazione del notorio, delle massime di esperienza e delle presunzioni semplici.

Segue: il danno morale.

Ma se la liquidazione del danno dinamico-relazionale preclude l'autonomo risarcimento del danno biologico, in quanto nel primo ricompreso, lo stesso non può affermarsi con riferimento al danno morale. Non costituisce infatti duplicazione risarcitoria – osserva la Corte - l'attribuzione, oltre al danno biologico, di una *“ulteriore somma a titolo di risarcimento dei pregiudizi che non hanno fondamento medico-legale, perché non aventi base organica ed estranei alla determinazione medico-legale del grado percentuale di invalidità permanente, rappresentati dalla sofferenza interiore”*. Se pure nell'ambito dell'unitarietà funzionale della categoria del danno non patrimoniale, è ormai pacifica la piena autonomia strutturale del danno morale rispetto al danno dinamico-relazionale.

E così – almeno nelle intenzioni – la Corte a sezione semplice risolve il contrasto pretorio e dichiara *"definitivamente"* archiviata ogni incertezza in tema di rapporti tra le due voci di danno in questione.

Appare superata la questione in passato controversa circa la definizione della linea di demarcazione tra danno morale e danno psichico, quale specie di danno biologico. Con le citate pronunce i giudici di legittimità respingono definitivamente l'idea secondo cui il pregiudizio psichico, patologicamente accertabile e, quindi, di carattere biologico, assorbirebbe il pregiudizio morale il danno. *Basta, infatti,*

*osservare che il turbamento emotivo – prima di costituire la possibile fonte di una lesione alla salute psichica – rappresenta (in quanto generato da un illecito) l'effetto della violazione di una situazione giuridica autonomamente rilevante; ad esso va quindi attribuita la veste di danno-conseguenza, risarcibile quale pregiudizio di carattere morale*⁶⁵⁰. Laddove, poi, il patimento sia tale da pregiudicare anche l'integrità psichica del soggetto, il fatto dannoso sarà altresì ritenuto causa di una lesione alla salute, ovvero di un danno dinamico- relazionale distinto e ulteriore.

In definitiva, la sofferenza emotiva, quale che siano l'entità e la durata, va sempre ricondotta sul piano giuridico all'area morale del danno e non può trasformarsi in un danno biologico o da esso essere assorbita.

Sul piano fenomenologico si assiste, pertanto, ad una contrapposizione tra dimensione interna ed esterna del pregiudizio: rispettivamente il danno morale, da un lato, e il danno biologico e quello esistenziale - nella più generale categoria di danno dinamico-relazionale - dall'altro lato. Per differenziare queste ultime due voci occorrerà individuare il tipo di interesse leso: la salute nel danno biologico, la violazione di altri interessi costituzionalmente protetti nel danno esistenziale.

Ma se la predicata ed ormai affermata autonomia del danno morale, seppur non pacifica, si percepiva ormai come certa, il vero tema (tuttora) controverso è rappresentato dalla prova del pregiudizio morale. Nelle pronunce citate, così come in altre successive⁶⁵¹, la Corte affronta il tema della prova che deve essere data a

⁶⁵⁰ Così ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale alla luce dei recenti orientamenti della Cassazione*, in *Responsabilità medica*, 2019, 3,298 ss.

⁶⁵¹ Ad esempio si veda Cass. Civ. 10 novembre 2020, n. 25164, in *Foro it.*, 2021, I, 149, con nota di PONZANELLI, *Nell'attesa delle tabelle legali, confermate le voci di danno e fissati i criteri per la prova del pregiudizio morale*

fronte di una *“compiuta descrizione di tutte le sofferenze di cui si pretende la riparazione”*.

Se è vero che l'accertamento in concreto, capace di personalizzare anche la liquidazione del danno morale, apparirebbe certamente preferibile in quanto attinente e specifico, esigenze di efficienza gestionale e di economia processuale militano a favore di meccanismi semplificati di calcolo. La via processuale indicata dai giudici, pertanto, al fine di evitare di articolare *“estenuanti capitoli di prova relativi al significativo mutamento di stati d'animo interiori da cui possa inferirsi la dimostrazione del pregiudizio patito”*, suggerisce il ricorso alle massime di esperienza, che, in quanto basate su leggi naturali, statistiche, di scienza o di esperienza, permettono di supportare il processo motivazionale del giudice.

Per evitare, tuttavia, di abbandonare la liquidazione del danno morale alla pura equità, in assenza di parametri di liquidazione oggettivi e come tali prevedibili, la Corte propone *“un attendibile criterio logico-presuntivo funzionale all'accertamento del danno morale quale autonoma componente del danno alla salute”*, ispirato alla *“corrispondenza, su di una base di proporzionalità diretta, della gravità della lesione rispetto all'insorgere di una sofferenza soggettiva: tanto più grave, difatti, sarà la lesione della salute, tanto più il ragionamento inferenziale consentirà di presumere l'esistenza di un correlato danno morale inteso quale sofferenza interiore, morfologicamente diversa dall'aspetto dinamico relazionale conseguente alla lesione stessa”*⁶⁵². L'obiettivo dei giudici sembra rispondere alla necessità di trovare una guida sicura nell'uso delle presunzioni probatorie con riferimento al danno morale, considerato che il ricorso alla prova presuntiva *“può*

⁶⁵² Così Cass. Civ. 10 novembre 2020, n. 25164, cit.

costituire anche l'unica fonte di convincimento del giudice” ed essa può fondarsi su massime di esperienza.

Se al tentativo dei giudici si riconosce il merito di voler delineare un modello certo che consenta la rigorosa dimostrazione della gravità e serietà del pregiudizio e della sofferenza patita, in dottrina⁶⁵³ la soluzione elaborata non è apparsa convincente. In particolare, lascia perplessi la scelta di fare ricorso alla regola della corrispondenza, in termini di proporzionalità diretta, tra gravità della lesione della salute e insorgenza della sofferenza soggettiva. L'affermazione, infatti, già a prima vista, collide con la tesi secondo cui il danno morale è solo sofferenza interiore. Suggestire al giudice di merito (o al consulente incaricato), dopo aver accertato l'esistenza di un pregiudizio morale, autonomo e diverso dal danno dinamico-relazionale, di parametrare la quantificazione del danno morale sulla scorta di un supposto rapporto di proporzionalità diretta tra gravità della lesione medicalmente accertabile e correlata sofferenza morale, pecca di coerenza. *Il rigurgito controintuitivo è di tutta evidenza*⁶⁵⁴.

Occorre inoltre soffermarsi su un'altra questione pratica controversa: i giudici affermano che sul danneggiato incombe l'onere di allegazione *“di tutti gli elementi che, nella concreta fattispecie, siano idonei a fornire una serie concatenata dei fatti noti, onde consentire di risalire al fatto ignoto”*. Quest'ultimo, tuttavia, consiste nel

⁶⁵³ Cfr PARDOLESI, *Il danno morale e la torre di Babele*, nota a Cass. 10 novembre 2020, n. 25164, e ord. 4 novembre 2020, n. 24473, *Foro it.*, 2021, 2, 533 ss. GAGLIARDI, *Diritti, danni e tabelle di liquidazione: la Sezione III e le prove di assestamento*, in *www.quotidianogiuridico.it*, 18 dicembre 2020: “non si spiega e non si motiva perché si riconosca un determinato importo maggiore o minore a seconda dei casi; in altri termini non si favorisce l'individuazione di parametri di liquidazione oggettivi e come tali prevedibili, circostanza che consentirebbe una maggiore comunicazione ed osmosi tra settori risarcitori diversi”.

⁶⁵⁴ Così PARDOLESI, *Il danno morale e la torre di Babele*, cit. Concorde sul punto anche COMANDÈ, *Cass. n. 25164/2020 e lo spillover del danno morale oltre le tabelle milanesi*, in *Danno e resp.*, 2021, 1, 23 ss.

pregiudizio morale nella sua *inafferrabile ed ineffabile percezione da parte del giudice, giusta la narrativa fatta dal danneggiato*⁶⁵⁵. Tralasciando per un attimo la difficoltà di un accertamento siffatto, l'incertezza ricade inevitabilmente sulla parte avversa: ogni contestazione del danneggiante sembra nella pratica preclusa, legittimando l'idea di potere basarsi sulla sola allegazione narrativa di parte attorea⁶⁵⁶. Il risultato pratico della proposta regola – in virtù della quale è richiesto un mero onere di allegazione descrittiva in capo al danneggiato, senza un corrispondente reale onere probatorio - può rappresentare (e, nei fatti, rappresenta) sul piano processuale un vero e proprio *vulnus* ai principi del diritto alla difesa ed alla parità delle parti. Al convenuto presunto danneggiante, infatti, si nega o, quantomeno, si rende molto difficile ogni possibilità tecnica di controprova. Peraltro, la proposta soluzione potrebbe nuocere anche allo stesso danneggiato: qualora le sue allegazioni, infatti, non convincano il giudice di merito e non rendano operativa la “massima di esperienza”, provocando un rigetto della domanda di risarcimento, costui incontrerebbe notevoli difficoltà anche al momento della proposizione di un gravame.

6 La modifica degli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni Private e il nuovo sistema tabellare di origine giurisprudenziale

⁶⁵⁵ Così COMANDÈ, *Cass. n. 25164/2020 e lo spillover del danno morale oltre le tabelle milanesi*, cit.

⁶⁵⁶ Sono proprio i giudici, in occasione di *Cass. Civ. 10 novembre 2020, n. 25164*, cit., a riconoscere che “*la rilevanza pratica di tale principio [il contenuto speculare dell'onere di contestazione, e di conseguenza... dell'onere di provare] è ... marginale atteso che, considerata la dimensione eminentemente soggettiva del danno morale, alla sua esistenza non corrisponde sempre una fenomenologia suscettibile di percezione immediata e, quindi, di conoscenza ad opera delle parti contrapposte al danneggiato*”.

A sostegno della posizione rinnovata della Cassazione in favore della predicata autonomia del pregiudizio morale, è stato altresì richiamato l'intervento legislativo che ha novellato gli artt. 138 e 139 c.a.p. Con la legge n. 124/2017⁶⁵⁷, il legislatore ha realizzato una risistemazione organica e rinnovata degli assetti del danno non patrimoniale da lesione fisica, recependo le motivazioni sottese alla più recente giurisprudenza della Cassazione e recuperando, anche sul piano del diritto positivo, la distinzione tra le voci di danno biologico, morale e dinamico relazionale, componenti del danno non patrimoniale.

Il dato normativo, pertanto, è stato contemporaneamente ispirato dalla recente giurisprudenza che cominciava, ormai da qualche anno, a mostrare insofferenza verso l'assetto del danno non patrimoniale disegnato nel 2008, e di ispirazione per il consolidamento della giurisprudenza successiva favorevole all'autonomia del danno morale.

Occorre precisare, anzitutto, che il nuovo primo comma dell'articolo 138 dispone che dovrà essere emanata una tabella unica nazionale con un atto di normazione secondaria *“al fine di garantire il diritto delle vittime ad un pieno risarcimento del danno non patrimoniale effettivamente subito e di razionalizzare i costi gravanti sul sistema assicurativo e sui consumatori”*. Il legislatore si mostra infatti pienamente consapevole del rapporto di consequenzialità esistente tra il livello dei premi assicurativi e l'ammontare dei risarcimenti erogati, e quindi *del fatto che per garantire ai consumatori l'accesso alla copertura assicurativa con premi*

⁶⁵⁷ Si tratta della *Legge annuale per il mercato e la concorrenza*. Dopo un lungo iter parlamentare, la legge 4 agosto 2017, n. 124 è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale numero 189 del 14 agosto 2017 ed è entrata in vigore il 29 agosto 2017.

*sostenibili su tutto il territorio nazionale, è necessario calmierare l'ammontare del risarcimento: una crescita incontrollata del risarcimento dovuto, infatti, è destinata ad incidere inevitabilmente sul livello dei premi assicurativi richiesti*⁶⁵⁸.

I principi enunciati dalla Corte Costituzionale nella citata sentenza de 2014 con riferimento all'art. 139 c.a.p., vengono quindi ritenuti operanti anche con riguardo alle lesioni di non lieve entità, condividendone la *ratio*.

Sono proprio queste le ragioni per cui non risulta ancora adottato alcun atto di normazione secondaria che dia attuazione alla disposizione citata: nonostante, infatti, l'attesa dell'emanazione della tabella unica perduri da anni, non stupisce che neppure a seguito della novella del 2017 sia difficile trovare una soluzione che contemperi adeguatamente tutte le esigenze sottese e i rilevanti interessi, pubblici e privati, coinvolti.

Vengono, poi, dettati i *criteri di valutazione del danno non patrimoniale ritenuti congrui dalla consolidata giurisprudenza di legittimità*, cui la nuova tabella unica deve ispirarsi:

a) agli effetti della tabella, per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale, che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito;

b) la tabella dei valori economici si fonda sul sistema a punto variabile in funzione dell'età e del grado di invalidità;

⁶⁵⁸ ROBUSTELLA, *Brevi riflessioni critiche sulla modifica degli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni Private*, cit., 197.

c) il valore economico del punto è funzione crescente della percentuale di invalidità e l'incidenza della menomazione sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato cresce in modo più che proporzionale rispetto all'aumento percentuale assegnato ai postumi;

d) il valore economico del punto è funzione decrescente dell'età del soggetto, sulla base delle tavole di mortalità elaborate dall'ISTAT, al tasso di rivalutazione pari all'interesse legale;

e) al fine di considerare la componente del danno morale da lesione all'integrità fisica, la quota corrispondente al danno biologico stabilita in applicazione dei criteri di cui alle lettere da a) a d) è incrementata in via percentuale e progressiva per punto, individuando la percentuale di aumento di tali valori per la personalizzazione complessiva della liquidazione;

f) il danno biologico temporaneo inferiore al 100 per cento è determinato in misura corrispondente alla percentuale di inabilità riconosciuta per ciascun giorno. “al fine di considerare la componente del danno morale da lesione dell'integrità fisica, la quota corrispondente al danno biologico” sia “incrementata in via percentuale e progressiva per punto, individuando la percentuale di aumento di tali valori per la personalizzazione progressiva della liquidazione”.

La disposizione è innovativa, in particolare, nella introduzione della nuova lettera “e” e, più precisamente, nella parte in cui considera espressamente tra le voci da considerare, la componente di danno morale da lesione all'integrità fisica. Fa ritorno, come preannunciato dalla giurisprudenza sempre più dominante negli anni di emanazione della novella, la valutazione autonoma del danno morale, da liquidare su base percentuale del danno biologico. Si è osservato, tuttavia, che così

facendo il legislatore tradisce parzialmente le premesse annunciate in apertura: con la liquidazione separata del danno morale, infatti, sembra che ci si allontani dal modello di limitazione del risarcimento, per approssimarsi a quello del risarcimento pieno ed integrale del danno patito⁶⁵⁹.

Tra le modifiche apportate all'impianto normativo dell'art. 138 cod. ass., si ricorda altresì quanto affermato nel comma 4: "*L'ammontare complessivo del risarcimento riconosciuto ai sensi del presente articolo è esaustivo del risarcimento del danno conseguente alle lesioni fisiche.*"⁶⁶⁰ L'asserita onnicomprensività delle tabelle normative di cui agli art. 138 e 139 cod. ass. si conforma, questa volta, ai principi enunciati dalle Sezioni Unite nel 2008 in merito all'integrale riparazione del danno non patrimoniale. Procedendo in questa direzione, il legislatore ha, prima, modificato la rubrica delle due disposizioni - non più danno biologico, ma più genericamente al "danno non patrimoniale per lesioni di non lieve" e lieve entità – e, successivamente, esplicitato a chiare lettere che l'ammontare del risarcimento derivante dall'applicazione del metodo tabellare deve reputarsi esaustivo⁶⁶¹.

⁶⁵⁹ Cfr. PONZANELLI, *Statuto del danno alla persona: la Terza Sezione si allontana dall'orientamento delle Sezioni Unite*, in *Danno e Resp.*, 2019, 1, 22.

⁶⁶⁰ La medesima disposizione è ripetuta nel comma 3, ult. capoverso del successivo art. 139 c.a.p. in materia di lesioni di lieve entità.

⁶⁶¹ Osserva, tuttavia, ROBUSTELLA, *Brevi riflessioni critiche sulla modifica degli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni Private*, cit., 199 ss, che: "Deve segnalarsi, tuttavia, che tale principio di onnicomprensività è destinato ad operare inspiegabilmente in maniera differenziata - attraverso metodi liquidatori diversi - a seconda dell'entità della lesione. Per quanto attiene alle lesioni di non lieve entità, l'art. 138 cod. ass. prevede che la sofferenza morale rilevi come pregiudizio ontologicamente diverso dal danno biologico. Il valore tabellare è, dunque, destinato a coprire la sola componente biologica del danno, mentre la componente sofferenziale del pregiudizio deve essere accertata e liquidata a parte in misura percentuale e progressiva del danno biologico. La norma precisa, inoltre, che la percentuale di personalizzazione del 30% consentita è destinata a risarcire solo ed unicamente la componente dinamico-relazionale del danno. Per le lesioni di lieve entità, invece la sofferenza morale non giustifica una liquidazione aggiuntiva rispetto ai valori tabellari standard, ma va liquidata unitamente al danno biologico, con la conseguenza che il valore tabellare e l'eventuale maggiorazione ammessa del 20% sono destinati a coprire tutti i pregiudizi non patrimoniali subiti dal danneggiato, in ossequio all'interpretazione avallata dalla Corte costituzionale nel 2014, la quale, come si è già visto, ha ritenuto che i tetti stabiliti a livello normativo per la personalizzazione del risarcimento riguardino non già la sola componente biologica del

Quanto premesso permette certamente di concludere che l'espresso riconoscimento normativo dell'autonomia del danno morale quale componente del più ampio danno non patrimoniale da lesione dell'integrità fisica ha giocato un ruolo fondamentale nel definitivo cambio di rotta della Cassazione, offrendo un forte sostegno a supporto delle motivazioni della terza sezione, prima esaminate.

L'esistenza di una chiara volontà normativa in tal senso⁶⁶², peraltro, è stata utilizzata come valido espediente per la terza sezione, in continuità col diffuso fenomeno di *nomofilachia inversa*⁶⁶³, per evitare di sollevare la questione innanzi alle Sezioni Unite e pronunciarsi a sezione semplice⁶⁶⁴, nonostante il chiaro e mal celato obiettivo di superare gli approdi della precedente pronuncia del 2008, emanata nella composizione più autorevole della Cassazione.

Come anticipato, la mancata implementazione della Tabella unica nazionale prevista dalla legge di stabilità 2017 è stato uno dei fattori che ha contribuito a riportare incertezza e disordine⁶⁶⁵ sul tema del risarcimento del danno non

pregiudizio, bensì le conseguenze non patrimoniali della lesione alla salute complessivamente intese (quindi morale e dinamico relazionale). Così statuendo si introduce, ad avviso di chi scrive, una irragionevole disparità risarcitoria a seconda che il pregiudizio non patrimoniale sia di lieve o non lieve entità: disparità di trattamento che risulta difficilmente giustificabile sul piano della legittimità costituzionale."

⁶⁶² Cass. civ., 31 gennaio 2019, n. 2788, si afferma che "*Ogni incertezza sul tema del danno alla persona risulta, comunque, si ripete, definitivamente fugata ad opera dello stesso legislatore, con la riforma degli artt. 138 e 139 cod. ass.*".

⁶⁶³ Di *nomofilachia inversa* parlano PALMIERI PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria e nomofilachia inversa*, nota a Cass., ord. 26 febbraio 2019, n. 5487 e 20 novembre 2018, n. 29853, in *Foro it.*, 2019, 1603. Sul tema, vedi anche SCOGNAMIGLIO, *Un "restatement" dialogante con la dottrina, così come con i giudici di merito, della giurisprudenza di legittimità in materia di responsabilità sanitaria, Introduzione*, in *Foro it., Gli speciali*, 2020, 2 ss.

⁶⁶⁴ La Cassazione, con sent. 17 ottobre 2019, n. 26304, ritiene infatti di poter considerare "*definitivamente fugata*" ogni incertezza – e, dunque, non opportuna una rimessione della questione alle sezioni unite – in quanto il legislatore, con la riforma dei precitati art. 138 e 139 espresso "*una chiara volontà normativa affermativa della distinzione strutturale tra danno morale e danno dinamico relazionale*".

⁶⁶⁵ Non a caso è intitolato *Il danno morale e la torre di Babele*, la nota a Cass. 10 novembre 2020, n. 25164, e ord. 4 novembre 2020, n. 24473 pubblicata in materia di danno morale sul *Foro it.*, 2021, 2, 533 ss, da PARDOLESI. Ancora DI CIOMMO, *Natura funzionalmente unitaria e onnicomprensiva del danno non patrimoniale e distinzione strutturale tra danno morale e danno dinamico-*

patrimoniale. L'autonoma risarcibilità del danno morale e le indicazioni fornite sul danno dinamico-relazionale rendevano infatti le vigenti Tabelle di Milano obsolete ed inadeguate. Queste, infatti, liquidavano sotto un'unica voce ed in modo unitario il danno biologico e quello morale e, soprattutto, permettevano di considerare quest'ultimo solo nell'ambito di criteri di quantificazione prefissati e percentualmente vincolati al punto di invalidità biologica accertata in giudizio. Fu la giurisprudenza stessa a mostrare insoddisfazione verso dei modelli tabellari ormai inadatti, lamentando l'esigenza di aggiornamento delle stesse al fine di garantire sull'intero territorio nazionale i principi di uguaglianza ed uniformità di trattamento⁶⁶⁶.

Ecco quindi che, in assenza della implementazione della Tabelle unica, è stata recentemente emanata una nuova versione delle Tabelle Milanesi, 2021⁶⁶⁷.

relazionale. La Cassazione promuove le "tabelle" romane e bocchia quelle milanesi?, cit., rileva come "al fine di garantire condizioni di reale eguaglianza tra i cittadini di fronte alla legge, oltre che di prevedibilità della decisione (anche nella prospettiva di favorire soluzioni transattive con il coinvolgimento delle compagnie assicurative), sarebbe necessario che in questo ambito, ancora più che in ogni altro, l'ordinamento si facesse carico di garantire un'omogenea applicazione delle regole di diritto, limitando i margini di incertezza a quanto ontologicamente inevitabile". PONZANELLI, *Giudici e legislatore liquidano le decisioni delle sezioni unite sul danno non patrimoniale*, in *Foro it.*, 2018, I, 923, annotando la sent. Cass. 901/08, e l'ordinanza n. 26805 del 14 novembre 2017, osserva: "La nomofilachia è un miraggio; la cultura del precedente solo formalmente rispettata. Anche quando intervengono, le sezioni unite non sono in grado di orientare con continuità e uniformità le decisioni successive non solo dei giudici di merito, ma soprattutto di quelli di legittimità. E la certezza del diritto rimane una chimera, nonostante l'intensificarsi di tanti sforzi per raggiungere prevedibilità e misurabilità delle decisioni. Il danno alla persona è, forse, oggi il miglior esempio di questa generale situazione".

⁶⁶⁶ A tal proposito, in occasione della sent. Cass. Civ. n. 2461/2020, i giudici criticavano le tabelle milanesi perché non prevedevano un apprezzamento risarcitorio autonomo del danno morale, la cui voce veniva fatta refluire all'interno dell'unitaria categoria del danno non patrimoniale. In tale decisione la Corte di cassazione rilevava la difficoltà di predeterminare tabellarmente il pregiudizio morale, che certamente non è accertabile a livello medico-legale. In una successiva decisione (Cass. Civ. n. 20564/ 2020) i giudici individuavano il principale difetto delle Tabelle Milanesi nel rigido automatismo del suo funzionamento, in forza del quale, senza alcuna precisa prova, consentiva il risarcimento dell'unica voce di danno non patrimoniale, ricomprendente, in ossequio alle decisioni delle Sezioni Unite di San Martino dell'11 novembre, il danno biologico e il pregiudizio morale. Sul punto, PONZANELLI, *Nell'attesa delle tabelle legali, confermate le voci di danno e fissati i criteri per la prova del pregiudizio morale*, in *Foro it.*, 2021.

⁶⁶⁷ Più specificamente si tratta delle "Tabelle milanesi per la liquidazione del danno non patrimoniale derivante da lesione dell'integrità psico-fisica e dalla perdita-grave lesione del rapporto parentale e relativi criteri applicativi", divulgate il 10 marzo del 2021 dall'Osservatorio sulla

L'aggiornamento⁶⁶⁸ interviene e tiene, chiaramente, conto della riscrittura del danno non patrimoniale inaugurata dalla III Sezione civile della Cassazione nel corso del 2018, e consolidata negli anni seguenti. Recepisce, poi, i criteri offerti dal novellato art. 138 c.a.p. per la sua quantificazione (quota del danno biologico incrementata in via progressiva e per punto)⁶⁶⁹. Il risarcimento del danno non patrimoniale è quindi ora regolato secondo un *assetto binario*⁶⁷⁰: al suo interno, il pregiudizio non patrimoniale, da unitario e onnicomprensivo, si articola nelle due componenti del danno dinamico-relazionale e del danno morale. Ovviamente la componente morale, al pari di quella biologica, deve essere sempre provata, sia pure con strumenti diversi e specifici⁶⁷¹; sono infatti ammesse presunzioni o massime di

giustizia civile di Milano, in www.milanoosservatorio.it. Per un approfondimento vedi PONZANELLI, *La Corte di Cassazione e il controllo sulle Tabelle Giudiziali (a margine di Cassazione, 21 aprile 2021, n. 10579)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 4, 916 ss; ID., *Tabelle milanesi versione 2021*, in *Danno e resp.*, 2021, 4, 433 ss.; GRONDONA, *La nuova edizione delle "Tabelle milanesi": effettività della tutela, equità della liquidazione e centralità dell'argomentazione*, in *Danno e resp.*, 2021, 4, 416 ss; PARDOLESI SIMONE, *Le nuove tabelle milanesi e il fascino discreto della para-normatività*, in *Danno e resp.*, 2021, 4, 423 ss; FACCI, *Le tabelle del Tribunale di Milano, il consenso informato ed il risarcimento dei danni*, in *Corriere giuridico*, 202, 7, 877 ss.

⁶⁶⁸ Le Tabelle di Milano, nella più recente versione, rimangono il modello più diffuso ed utilizzato sul territorio nazionale, sebbene di recente insidiato dalle rinnovate tabelle del Tribunale di Roma ("Le Tabelle del Tribunale di Roma per la valutazione del danno biologico, anno 2018"), diffuse con comunicazione del presidente Francesco Monastero in data 28 dicembre 2018. Sul tema, cfr., ROSSETTI, *Le nuove "tabelle" del Tribunale di Roma, un almagesto sul danno non patrimoniale*, in www.quotidianogiuridico.it; DI CIOMMO, *Natura funzionalmente unitaria e onnicomprensiva del danno non patrimoniale e distinzione strutturale tra danno morale e danno dinamico-relazionale. La Cassazione promuove le "tabelle" romane e bocchia quelle milanesi?*, cit., 9.

⁶⁶⁹ Più precisamente, il 25% sino all'invalidità del 9%, con una progressione poi di un punto percentuale dal 26% al 49% per le invalidità dal 10 al 34 per cento e infine del 50% per le invalidità dal 34% al 100%.

⁶⁷⁰ Così PONZANELLI, *Tabelle milanesi versione 2021*, in *Danno e resp.*, 2021, 434.

⁶⁷¹ Formula considerazioni critiche a riguardo DI CIOMMO, *Natura funzionalmente unitaria e onnicomprensiva del danno non patrimoniale e distinzione strutturale tra danno morale e danno dinamico-relazionale. La Cassazione promuove le «tabelle» romane e bocchia quelle milanesi?*, cit.: "mentre il grado di invalidità può essere (e deve essere) misurato puntualmente in giudizio e le conseguenze (dinamico-relazionali) standard di tale invalidità sono prevedibili sul piano medico-sociale e condizionate in senso oggettivo dall'età del danneggiato, sicché per tali voci di danni l'applicazione della logica tabellare (quando le tabelle siano ben strutturate) appare corretta; viceversa, quando si tratta di stimare il valore della sofferenza intima della persona, che non si sia tradotta in patologia medicalmente accertabile, ogni criterio finalizzato a rendere oggettiva, o quanto meno tendenzialmente automatica nell'ambito di valori predeterminati, la quantificazione del relativo danno appare inevitabilmente costituire una via (per certi versi) comoda, ma non giusta e

esperienza al fine di fornire la prova dei pregiudizi subiti e non valutabili mediante specifici accertamenti medico-legali.

Ulteriore novità è rappresentata indubbiamente dalla introduzione della sezione dedicata ai “*criteri orientativi per la liquidazione del danno da mancato/carente consenso informato in ambito sanitario*”. Tali criteri per il ristoro della lesione del diritto all’autodeterminazione del paziente rappresentano, infatti, una significativa novità nell’ambito dell’ambizioso progetto avviato nel 1995 dal Tribunale di Milano; tradizionalmente, infatti, le suddette tabelle hanno riguardato la sola liquidazione del danno biologico e del danno non patrimoniale da perdita di un prossimo congiunto.

7 I danni eccentrici alla disciplina del Codice delle Assicurazioni Private

Nel settore della responsabilità da attività sanitaria, al pari di quella da circolazione veicolare, non è infrequente che si verifichi il decesso della vittima primaria. Tali episodi implicano la necessità di prendere in considerazione le fattispecie di danno

accettabile, se davvero la categoria del danno non patrimoniale deve risultare onnicomprensiva e il risarcimento garantito alla vittima deve essere integrale. [...] Ferma la quantificazione del danno biologico e del danno morale operata secondo i criteri indicati dal legislatore nel 2° comma dell'art. 138, rispettivamente lettere a)- d) e lettera e), il comma 3 stabilisce che il giudice può operare una personalizzazione aumentando l'ammontare del risarcimento del danno, ma solo se accerta nel giudizio che la menomazione incida in maniera su specifici aspetti dinamico-relazionali personali documentati e obiettivamente acclarati. E qui la disposizione di legge sembra presentare un problema di non poco momento perché, in distonia rispetto alle tabelle del Tribunale di Roma e in sintonia, invece, con le tabelle del Tribunale di Milano, e soprattutto in modo diverso da ciò che sembra intendere la Cassazione nelle sentenze in esame, prevede che la personalizzazione in parola debba essere operata sullo «*ammontare del risarcimento del danno, calcolato secondo quanto previsto dalla tabella unica nazionale di cui al 2° comma*». Solo che il 2° comma parla della quantificazione tanto del danno biologico quanto del danno morale, e dunque sembra doversi intendere che la personalizzazione connessa all'accertamento di particolari danni dinamico-relazionali debba comportare un aumento percentuale sia del valore del danno biologico che del valore del danno morale”.

connesse, diverse da quelle fino ad ora esaminate e non regolate dalla disciplina specialistica del Codice delle Assicurazioni Private, cui l'art. 7, comma 4, L. 8 marzo 2017, n. 24 fa rinvio. Il riferimento, più specificamente, è al danno da perdita del rapporto parentale, al danno terminale, ai danni intermittenti, al danno da perdita *chance*, al danno da mancato/carente consenso informato in ambito sanitario, che verranno di seguito affrontanti singolarmente.

7.1 Danno da perdita del rapporto parentale

I congiunti di una vittima che ha subito gravi lesioni o è deceduta a seguito di un fatto illecito possono chiedere al danneggiante il risarcimento del danno subito in ragione della lesione o della perdita del rapporto parentale. Il danno subito dai parenti del danneggiato può essere sia di natura non patrimoniale, sia di natura patrimoniale (danno emergente e lucro cessante).

Tradizionalmente i pregiudizi patiti dai familiari di una vittima vengono definiti danni riflessi⁶⁷² o di rimbalzo, perché il danno, pur traendo origine da un illecito che ha colpito la vittima principale, produce contestualmente dei nocuenti anche a terzi, le cosiddette vittime secondarie, le quali acquisiscono un diritto al risarcimento *iure proprio*.

⁶⁷² Tale formula è stata proposta per la prima volta in Francia da DUPICHOT, *Des préjudices réfléchis nés l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, Parigi, *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, 1969; per il nostro ordinamento v. ARRIGO, *Il risarcimento del danno da uccisione e da lesioni personali. Formule interpretative e tecniche di tutela dei congiunti*, in *Le monografie di Contratto e impresa*, Padova, 20.

Il c.d. danno da rimbalzo così ricostruito, tuttavia, si è trovato a dover fare i conti con i criteri risarcitori sanciti nel Codice civile e, in particolare, con l'art. 1223 c.c. (applicabile, come noto, sia alla responsabilità contrattuale che a quella aquiliana, in ragione del rinvio contenuto nell'art. 2056 c.c.). Tale disposizione, nell'operare una selezione delle conseguenze dannose risarcibili, limita il risarcimento alle sole conseguenze immediate e dirette del fatto del debitore o del danneggiante.

Sulla scorta di tali criteri, la giurisprudenza tradizionale ha consolidato una impostazione di chiusura alle richieste risarcitorie dei congiunti; la Suprema Corte, infatti, giustificava il suo orientamento restrittivo sulla scorta proprio di una lettura rigorosa dell'art. 1223 c.c., che conduceva a qualificare il danno da rimbalzo dei congiunti come conseguenza indiretta e mediata⁶⁷³ e, pertanto, non risarcibile.

Progressivamente la posizione più rigorosa, intesa a limitare la moltiplicazione delle azioni di danno, si attenuò ad opera, prima, dei giudici di merito - che hanno cominciato a riconoscere in casi di lesioni gravissime, oltre il 50% di invalidità, il diritto al risarcimento del danno morale *iure proprio* ai congiunti - e poi della Corte di legittimità⁶⁷⁴. Il rilievo empirico che in certi casi di lesioni personali permanenti

⁶⁷³ I giudici ritenevano infatti che la sopravvivenza della vittima primaria del fatto illecito, pur con una invalidità anche grave, comportasse che il danno sofferto dal congiunto si aggiungesse a quello della vittima, pur tuttavia restandone assorbito. Veniva a mancare, pertanto, un rapporto di consequenzialità diretta ed immediata con il fatto illecito.

⁶⁷⁴ Si cominciò dunque inizialmente a riconoscere la fondatezza delle pretese risarcitorie per il danno morale patito dai congiunti nelle ipotesi di gravissime lesioni subite dalla vittima primaria, se tali da ridurla ad uno stadio vegetativo (Cass. Civ. 2 novembre 1983, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Danni civili*, n. 69; Cass. Civ. 9 giugno 1983, MALAVASI, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Danni penali*, n. 1), negandolo, invece, nelle restanti ipotesi perché considerato conseguenza mediata e indiretta del fatto illecito (Cass. Civ. 16 dicembre 1988, n. 6854, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 962, annotata da LIVI). Osservano PARDOLESI SIMONE, *Doppia dimensione del danno da perdita del rapporto parentale: una proposta pratica*, in *Danno e Resp.*, 2022, 1, 15: "Il problema ha poi assunto una piega completamente diversa quando si è preso atto della distinzione tra persona offesa dal reato (art. 90 c.p.p.) e soggetto danneggiato (art. 74 c.p.p.), inducendo Cass. Civ. n. 4186/1998 (in *Danno e resp.*, 1998, con nota di DE MARZO) (e, in rapida successione, Cass. Civ. n. 4852/1999, in *Foro it.*, 1999, I, 2874, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 226, con nota di PARODI, Cass. Civ. n. 5913/2000, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Responsabilità civile*, n. 179, Cass. Civ. n. 10291/2001, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Danni civili*, n. 188, fino alla piena consacrazione da parte di Cass. Civ.,

la sofferenza dei familiari può persino superare quella derivante dalla morte, nonché una lettura rinnovata dell'art. 1223 c.c. furono gli argomenti utilizzati per superare l'orientamento tradizionale. Più precisamente, la giurisprudenza⁶⁷⁵ prese a interpretare la norma che evoca le condizioni della direzione e dell'immediatezza delle conseguenze del fatto del danneggiante in maniera aletterale, ritenendo che siano risarcibili anche quelle conseguenze che sebbene indirette o mediate, siano comunque oggettivamente prevedibili, in base all'*id quod plerumque accidit*. La *ratio* della disposizione è infatti quella di evitare la risarcibilità delle conseguenze oggettivamente anomale e abnormi, imprevedibili, cioè quelle che un soggetto dotato di una media diligenza non può oggettivamente prevedere.

La necessità di sostituire il criterio della immediatezza con un criterio più flessibile di oggettiva prevedibilità⁶⁷⁶ si è resa opportuna proprio per affrontare il tema dei cosiddetti danni da rimbalzo, danni riflessi che vengono patiti da un soggetto

SS.UU., n. 9556/2002, *Foro it.*, 2002, I, 3060, con nota di PALMIERI, nonché *Guida dir.*, 2002, fasc. 29, 46, con nota di MARTINI; in *D&G*, 2002, fasc. 34, 21, con nota di ROSSETTI) a ritenere che i prossimi congiunti fossero pienamente legittimati a far valere un pregiudizio di carattere non patrimoniale subito in proprio anche al cospetto di mere lesioni personali patite dalla c.d. vittima primaria". Ancora, a riguardo, Cass., 8 giugno 2004, n. 10816, in *DeJure*, afferma: "ai prossimi congiunti di persona che abbia subito, a causa di un fatto illecito costituente reato, lesioni personali, spetta anche il risarcimento del danno morale, a condizione che si tratti di lesioni seriamente invalidanti, perché lesioni minime o prive di postumi non rendono configurabile una sofferenza psicologica inquadabile nella nozione di danno morale".

⁶⁷⁵ Si vedano le pronunce Cass., sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827 e Cass., sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828, entrambe in *Danno e resp.*, 2003, 816 e ss, con note di BUSNELLI, PONZANELLI, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO.

⁶⁷⁶ La nozione di "prevedibilità" evocata dalla giurisprudenza in occasione dell'esame dell'art. 1223 c.c. fa sorgere la necessità di differenziare tale nozione da quella contenuta nell'art. 1225 c.c. quest'ultima disposizione fa, infatti, riferimento a una prevedibilità che è molto diversa sia per natura sia per tempo da quella del 1223 c.c., secondo la lettura correttiva offerta dalla giurisprudenza. Quella del 1223 c.c. è una prevedibilità oggettiva che deve essere accertata al momento dell'illecito, dell'inadempimento. Il 1225 c.c. invece fa riferimento ai danni soggettivamente imprevedibili, per quel soggetto, per quel debitore, non nel momento in cui compie l'inadempimento, ma nel momento in cui assume l'obbligazione quindi in un momento anteriore.

E quindi il 1225 fa riferimento a una prevedibilità soggettiva e cronologicamente riferita al tempo in cui l'obbligazione è sorta. Il 1223 c.c., ancorché letto secondo il criterio della prevedibilità oggettiva, fa riferimento a una prevedibilità riferita al momento dell'inadempimento e quindi dell'illecito e comunque ad una prevedibilità oggettiva. Tra le due disposizioni, quindi, non c'è sovrapposizione.

diverso dalla vittima materiale dell'illecito. Essi, sebbene si manifestino in una sfera diversa da quella della vittima materiale, sono sì conseguenze indirette e mediate, ma sono normalmente prevedibili, in quanto è normale che un individuo nella società non viva come una monade isolata ma abbia una serie di relazioni, di carattere affettivo e familiare, ma anche giuridico-economico.

A ben guardare quei danni (come pure la giurisprudenza ha evidenziato⁶⁷⁷) possono definirsi riflessi in senso improprio; in senso giuridico, infatti, non sono danni riflessi, ma diretti perché colpiscono un soggetto diverso dalla vittima materiale, ma che incarna una delle vittime in senso giuridico. Il danno ingiusto altro non è che la lesione dell'interesse meritevole di tutela e allora non c'è dubbio che l'illecito civile, non diversamente da quello penale, è caratterizzato da una plurioffensività, cioè può incidere su diritti diversi, che vengono però colpiti direttamente, non già indirettamente e di rimbalzo. La Suprema Corte, nelle citate sentenze gemelle del 2003, afferma che il medesimo fatto (uccisione di una persona) può essere contestualmente causa di lesione di situazioni giuridiche di soggetti diversi legati da un vincolo parentale; infatti, l'evento naturale morte causa, da un lato, l'estinzione della vita della vittima primaria, e, dall'altro, l'estinzione del rapporto parentale con i congiunti della vittima, che a loro volta subiscono la lesione dell'interesse alla intangibilità della sfera degli affetti reciproci e della scambievole solidarietà che connota la vita familiare⁶⁷⁸.

⁶⁷⁷ La Corte, in particolare, afferma che “(...) in questi casi si suole parlare di danno riflesso o di rimbalzo. Ma la definizione non coglie nel segno dovendosi avere riguardo alla lesione della posizione giuridica protetta, nel caso di evento plurioffensivo la lesione è infatti contestuale ed immediata per tutti i soggetti che sono titolari dei vari interessi incisi”.

⁶⁷⁸ La Corte spiega il fenomeno descritto in termini di “propagazione intersoggettiva delle conseguenze di un medesimo fatto illecito” nel quale ricomprendere il danno da uccisione, il danno morale da lesione non mortale, il danno consistente nella impossibilità di intrattenere rapporti sessuali a causa delle lesioni da fatto illecito dell'altro coniuge ed altresì i danni patrimoniali subiti

Superato il problema della ammissibilità⁶⁷⁹ del risarcimento ai congiunti per perdita o grave lesione del rapporto parentale causato, per quanto di rilievo in questa sede, da un errato intervento medico, si possono quindi indagare le questioni principali della tematica dei danni riflessi: i legittimati attivi per l'azione di danno; le tipologie di danni da risarcire; i criteri per la loro liquidazione.

Segue: le tipologie di danno risarcibili.

In merito alle tipologie di danno risarcibili, vanno distinte le voci di danno patrimoniale da quelle non patrimoniale, nelle due prospettive *iure proprio* e *iure hereditatis*.

In merito alle prime, i congiunti dovranno fornire la prova delle perdite delle corresponsioni economiche percepite dal defunto, le spese di cura e di degenza ospedaliera, le spese di assistenza infermieristica e per l'acquisto di attrezzature sanitarie, e, in caso di uccisione, le spese funerarie. Nell'ipotesi in cui la vittima primaria deceda, il risarcimento per il danno patrimoniale futuro compete a tutti i congiunti che forniscano la prova di aver subito un pregiudizio economico, inteso

dai creditori per la lesione del diritto di credito (caso Meroni) e i danni patrimoniali dei congiunti e del convivente more uxorio per la perdita delle contribuzioni derivanti dal familiare defunto per fatto illecito di un terzo. (Così ARRIGO, *Danni riflessi da morte e da lesioni personali di un congiunto: problemi superati e questioni irrisolte*, in *Contratto e impresa*, 2021, 3, 768).

⁶⁷⁹ Così osserva ARRIGO, *Danni riflessi da morte e da lesioni personali di un congiunto: problemi superati e questioni irrisolte*, cit.: “In definitiva, sulla tematica dei danni riflessi si può affermare che risulta ormai risolta la questione della legittimazione ad agire dei congiunti, sia in caso di morte che in caso di lesioni personali gravi, nell'ambito applicativo non del criterio della causalità giuridica come “conseguenze immediate e dirette” ma della clausola generale del danno ingiusto come “lesione del rapporto parentale”, mentre resta ancora da definire la questione sulla quantificazione del danno non patrimoniale risarcibile, soprattutto con riguardo alla recente riaffermazione, da monitorare se solo apparente, del danno morale come pregiudizio da considerare autonomamente”.

tanto come perdita di un duraturo vantaggio economico quanto come perdita di una legittima e concreta aspettativa futura⁶⁸⁰.

Maggiori problemi sorgono, invece, con riferimento alle voci di danno non patrimoniale meritevoli di risarcimento. Il danno da perdita del rapporto parentale viene infatti oggi descritto, nel suo risvolto non patrimoniale, come il pregiudizio subito da un soggetto in seguito al danno inferto da un terzo ad una vittima primaria, legata al primo da un rapporto di natura familiare e/o affettiva. Il danno derivante dalla morte o dalla grave lesione di un congiunto si concreta nel non poter più godere della presenza di quest'ultimo e nella definitiva preclusione o radicale alterazione delle reciproche relazioni interpersonali. Esso può essere domandato dai congiunti *iure proprio*, è posto a presidio della famiglia in senso dinamico, ha rilievo costituzionale e sovranazionale, non ha natura patrimoniale e comprende la lesione di diritti fondamentali della persona costituzionalmente tutelati, tra cui "il diritto all'esplicazione della propria personalità mediante lo sviluppo dei propri legami affettivi e familiari, quale bene fondamentale della vita, protetto dal combinato disposto degli artt. 2, 29 e 30 della Costituzione"⁶⁸¹.

Ebbene, gli approdi appena descritti costituiscono l'esito di una lunga evoluzione sul tema. Se infatti inizialmente la voce di danno non patrimoniale coincideva interamente con il danno morale soggettivo, il *pretium doloris*, la sofferenza soggettiva interiore patita dal congiunto per la perdita o la compromissione del

⁶⁸⁰ Cass., 22 gennaio 1999, n. 592. In dottrina vedi GIANNINI, *Il risarcimento del danno alla persona*, Giuffrè, 2000, 205.

Cass., sez. III, 14 febbraio 2000, n. 1637, in *Danno e resp.*, 2000, 7, 750: "L'aspettativa degli stessi congiunti ad un contributo economico da parte del familiare prematuramente scomparso, in tanto integra un danno futuro risarcibile, in quanto sia possibile presumere, in base ad un criterio di normalità fondato su tutte le circostanze del caso concreto, che un contributo economico la persona defunta avrebbe effettivamente apportato".

⁶⁸¹ Cass. Civ., Sez. III, n. 907/2018

rapporto parentale, non solo nell'immediatezza del fatto, ma protratta in maniera duratura, col passare del tempo ha preso corpo nel mondo giuridico il filamento della violazione dei diritti fondamentali afferenti al campo familiare. In parallelo al mondo della sofferenza morale, che inizialmente esauriva il contenitore del danno non patrimoniale, la coscienza giuridica ha infatti maturato progressivamente la consapevolezza della rilevanza dell'interesse alla intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nel contesto familiare⁶⁸². Si tratta di un interesse avente un indubbio fondamento costituzionale negli artt. 2, 29 e 30, che trova altresì risponidenza nella tutela apprestata a livello europeo alla vita familiare nell'art. 8 CEDU⁶⁸³ e nell'art. 7 della Carta di Nizza⁶⁸⁴. L'illecito che colpisce il congiunto come vittima primaria, difatti, ostacola la libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana all'interno della formazione sociale più nucleare, ovvero la famiglia, cagionando, in uno alla sofferenza interiore⁶⁸⁵, un danno

⁶⁸² Già la Corte Costituzionale, con la sent. 132 del 1985, chiamata a decidere sulla costituzionalità di una legge di ratifica della Convenzione internazionale di Varsavia sul trasporto aereo, aveva dichiarato l'incostituzionalità della legge nella parte in cui impediva il risarcimento integrale del danno patito dai congiunti delle vittime decedute a causa di un incidente aereo.

⁶⁸³ CEDU, Art. 8: *Diritto al rispetto della vita privata e familiare*. 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

⁶⁸⁴ Carta di Nizza, Art. 7: *Rispetto della vita privata e della vita familiare*. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni.

⁶⁸⁵ In merito alle possibili duplicazioni risarcitorie, si vedano Cass. Civ. n. 8828/2003, secondo cui *"Il danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale, in quanto ontologicamente diverso dal danno morale soggettivo contingente, può essere riconosciuto a favore dei congiunti unitamente a quest'ultimo, senza che ciò implichi di per sé, una duplicazione di risarcimento; tuttavia, essendo funzione e limite del risarcimento del danno alla persona, unitariamente considerata, la riparazione del pregiudizio effettivamente subito, il giudice di merito, nel caso di attribuzione congiunta del danno morale soggettivo e del danno da perdita del rapporto parentale, deve considerare, nel liquidare il primo, la più limitata funzione di ristoro della sofferenza contingente che gli va riconosciuta, poiché, diversamente, sarebbe concreto il rischio di duplicazioni del risarcimento, e deve assicurare che sia raggiunto un giusto equilibrio tra le varie voci che concorrono a determinare il complessivo risarcimento"*. Per Cass. Civ., SS.UU., n. 26973/2008, invece, *"determina duplicazione la congiunta attribuzione del danno morale e del danno da perdita del*

dinamico-relazionale consistente nel peggioramento delle abitudini di vita quotidiana familiare⁶⁸⁶.

Occorre poi tenere distinti il descritto danno da perdita, o lesione, del rapporto parentale e l'eventuale danno biologico che detta perdita o lesione abbiano ulteriormente cagionato al congiunto: è infatti indubbio che la morte di un familiare può causare nei superstiti, oltre al danno parentale, anche un danno biologico vero e proprio, in presenza di una effettiva compromissione dello stato di salute fisica o psichica di chi lo invoca. Le due voci di danno meritano separata considerazione come elementi del danno non patrimoniale, ma sono tuttavia suscettibili – in virtù

rapporto parentale, poiché la sofferenza patita nel momento in cui la perdita è percepita e quella che accompagna l'esistenza del soggetto che l'ha subita altro non sono che componenti del complesso pregiudizio, che va integralmente ristorato" (par. 4.9; ma non si tralasci quanto si legge al par. 2.10: il danno morale "[...] non è necessariamente transeunte, ben potendo l'effetto penoso protrarsi anche per lungo tempo"). Osservano a riguardo PARDOLESI SIMONE, *Doppia dimensione del danno da perdita del rapporto parentale: una proposta pratica*, cit.: "L'apparente contraddizione svapora all'interno di un più ampio processo di razionalizzazione e contenimento della riparazione del danno non patrimoniale, connotato da unitarietà, onnicomprensività e integrale risarcimento. La sedimentazione di voci di danno diverse all'interno dell'unico contenitore del lemma "danno da perdita del rapporto parentale" avrebbe dovuto chiudere all'interno di un valore flessibile l'insieme di conseguenze legate alla perdita di una relazione familiare: la sofferenza per il lutto e l'alterazione del piano di vita che si sarebbe sviluppato nel corso degli anni a venire.

⁶⁸⁶ Cass. Civ. 9 maggio 2011, n. 10107, in *Danno e resp.*, 2011, 959, con nota di ARNONE, nonché in *Resp. civ. prev.*, 2011, 2232, con nota di CHINDEMI "Il danno da perdita del rapporto parentale va al di là del crudo dolore che la morte in sé di una persona cara, tanto più se preceduta da agonia, provoca nei prossimi congiunti che le sopravvivono, concretandosi esso nel vuoto costituito dal non potere più godere della presenza e del rapporto con chi è venuto meno e perciò nell'irrimediabile distruzione di un sistema di vita basato sull'affettività, sulla condivisione, sulla rassicurante quotidianità dei rapporti tra moglie e marito, tra madre e figlio, tra fratello e fratello, nel non poter più fare ciò che per anni si è fatto, nonché nell'alterazione che una scomparsa del genere inevitabilmente produce anche nelle relazioni tra i superstiti". Più di recente Cass. Civ., 25 giugno 2021, n. 18285, *One Legale*, "[...] la perdita del congiunto determina per i prossimi parenti superstiti la perdita di un sistema di vita basato sull'affettività, sulla condivisione, sulla quotidianità dei rapporti tra moglie e marito, tra madre e figlio, tra fratello e fratello, nel non poter più fare ciò che per anni si è fatto, nonché nell'alterazione che una scomparsa del genere inevitabilmente produce anche nelle relazioni tra i congiunti superstiti ..., con conseguente violazione di interessi essenziali della persona quali il diritto all'intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia e alla libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell'ambito della peculiare formazione sociale costituita dalla famiglia, di diritto o di fatto, che trovano rispettivo riconoscimento nelle norme di cui agli artt. 2, 29, 30, Cost.[...]. Da tale perdita può al congiunto superstite derivare un danno morale (sofferenza interiore o emotiva) e/o un danno biologico relazionale, laddove venga a risultare intaccata l'integrità psicofisica del medesimo con riflessi sulla sua capacità di relazionarsi con il modo esterno, financo di carattere eccezionale laddove venga a cagionargli fondamentali e radicali cambiamenti dello stile di vita".

del principio della onnicomprensività” della liquidazione – di liquidazione unitaria⁶⁸⁷.

Occorre, infine, dare conto della tematica del risarcimento *iure hereditatis* del danno da morte. La giurisprudenza più recente ha elaborato tre diverse tipologie di situazioni idonee a riconoscere il danno alla vittima primaria e, di conseguenza, *iure successionis* ai suoi eredi: il c.d. “danno tanatologico”; il c.d. “danno catastrofe”; il c.d. “danno biologico terminale”.

Procedendo con ordine, a seguito di svariate oscillazioni, un orientamento ormai stabilizzatosi della Corte di Cassazione⁶⁸⁸ nega la risarcibilità del c.d. “danno tanatologico”, o danno da morte immediata. La soluzione negativa⁶⁸⁹ è motivata sulla scorta del motivo che la morte non rileva come massima lesione del bene salute, incidendo piuttosto sul diverso bene giuridico della vita. La perdita del diritto alla vita, che si accompagna inevitabilmente al venir meno del suo titolare, impedisce l’acquisto di un corrispondente diritto al risarcimento, trasmissibile agli eredi. Il risarcimento del danno tanatologico, pertanto, non può domandarsi *iure*

⁶⁸⁷ Cass. civ., sez. III, n. 21084/2015.

⁶⁸⁸ Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Danno e resp.*, 2015, p. 889 ss., con nota di CARBONE, *Valori personali ed economici della vita umana*; FRANZONI, *Danno tanatologico, meglio di no...*; PARDOLESI SIMONE, *Danno da morte e stare decisis: la versione di Bartley*; PONZANELLI, *Le sezioni unite sul danno tanatologico*; HAZAN, *Game over! Il danno da perdita della vita non è risarcibile*, in *Ri.da.re*; SPERA, *La sent. Cass. SS.U. 15350/2015: pietra tombale sul danno tanatologico e crisi della funzione nomofilattica della Cassazione*, in *Ri.da.re*; BONA, *S.U. 2015: prosegue la saga sul danno non patrimoniale*, in *Ri.da.re*; ZIVIZ, *Il danno da perdita della vita: ritorno al passato*, in *Ri.da.re*. Il principio di diritto della sentenza: “Nel caso di morte immediata o che segua entro brevissimo lasso di tempo alle lesioni non può essere invocato un diritto al risarcimento *iure hereditatis*. Se infatti è alla lesione che si rapportano i danni, questi entrano e possono logicamente entrare nel patrimonio del lesionato solo in quanto e fin quando il medesimo sia in vita. Questo spentosi cessa anche la capacità di acquistare, che presuppone necessariamente l’esistenza di un soggetto di diritto”.

⁶⁸⁹ Che, tra l’altro, era stata già sposata dalla Cassazione molti anni prima in occasione della sentenza 22 dicembre 1925, n. 3475, in *Foro it.*, 1926, I, p. 328.

successionis dagli eredi del *de cuius*, pena il rischio di trasformarsi in un risarcimento punitivo⁶⁹⁰.

Diversa è invece la sorte toccata al c.d. “danno catastrofe”, inteso come danno da morte sopravvenuta dopo un apprezzabile lasso di tempo dalla lesione, purché la vittima abbia mantenuto la percezione della propria agonia. Esso è infatti stato ritenuto risarcibile e, conseguentemente trasmissibile *iure hereditatis*, in quanto idoneo a compensare la sofferenza patita dalla vittima dal momento della lesione al momento della morte. La sua risarcibilità, come anticipato, è tuttavia condizionata dalla circostanza che la vittima abbia avuto modo di percepire il proprio stato, l’angosciosa consapevolezza della fine imminente; ove, invece, il danneggiato abbia perso lucidità nella fase antecedente il decesso e non abbia vissuto la correlata sensazione di sofferenza, nessun risarcimento spetterà a lui ed ai suoi eredi⁶⁹¹. Affinché il danneggiato possa maturare la consapevolezza della fine imminente, si è ritenuto siano sufficienti anche poche ore di lucidità⁶⁹², mentre un intervallo superiore ai cinque giorni⁶⁹³ è stato considerato idoneo a configurare la presenza dell’ultima tipologia di danno, ovvero il c.d. “danno biologico terminale”. Questa voce di danno consiste nel danno da morte sopraggiunta dopo un intervallo di tempo

⁶⁹⁰ Cass., 25 maggio 2007, n. 12253, in *DeJure*; Cass., 24 marzo 2011, n. 6754, in *Giur. it.*, 2011, I, p. 550 e ss.; Cass., 9 maggio 2011, n. 10107, in *Giur. it.*, 2011, I, p. 796 ss. “[...]l’impossibilità tecnica di configurare l’acquisizione di un diritto risarcitorio derivante dalla lesione di un bene intrinsecamente connesso alla persona del titolare, e da questo fruibile solo in natura: e invero, posto che finché il soggetto è in vita, non vi è lesione del suo diritto alla vita, mentre, sopravvenuto il decesso, il morto, in quanto privo di capacità giuridica, non è in condizione di acquistare alcun diritto, il risarcimento finirebbe per assumere, in casi siffatti, un’anomala funzione punitiva, particolarmente percepibile laddove il risarcimento dovesse essere erogato ad eredi diversi dai congiunti o, in mancanza di successibili, addirittura allo Stato”.

⁶⁹¹ Cass., 9 maggio 2011, n. 10107; Cass., 28 novembre 2008, n. 28423, in *DeJure*.

⁶⁹² Ad esempio, nel caso deciso da Cass., 24 marzo 2011, n. 6754, di un incidente stradale si è accordato il risarcimento alla vittima deceduta dopo sette ore; nel caso deciso dalle sez. un., 11 novembre 2008, n. 26973, la vittima decedeva dopo undici ore.

⁶⁹³ Cass., sez. lav., 18 gennaio 2011, n. 1072, in *Giust. civ.*, 2012, p. 804 ss.

tale da far degenerare la sofferenza in una patologia psichica della vittima, medicalmente accertabile; al pari del danno catastrofale, può essere risarcito agli eredi *iure successionis*, e viene quantificato, tenuto conto del periodo di sopravvivenza e della menomazione subita dalla vittima, spesso con ricorso ai valori previsti per l'inabilità temporanea, ma con attenzione ad evitare che la somma sia irrisoria o inadeguata⁶⁹⁴. L'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano, alla luce della *assoluta anarchia liquidativa che -registrata nelle corti di merito- ha condotto a risarcimenti inaccettabilmente disomogenei*, in occasione della riscrittura delle Tabelle milanesi nel 2021 si è arrogata il compito di dettare altresì i criteri per orientare il risarcimento di tali voci di danno⁶⁹⁵.

Segue: i legittimati attivi per l'azione di danno.

La platea dei soggetti legittimati a richiedere il risarcimento delle voci di danno risarcibili appena esaminate è andata col tempo progressivamente ampliandosi. L'individuazione dei soggetti la cui vicinanza alla vittima primaria giustifica una tutela risarcitoria non può, infatti, essere estesa ad ogni legame parentale, ma richiede una selezione degli interessi meritevoli di tutela giuridica. Ebbene nessun dubbio sussiste con riferimento alla famiglia c.d. nucleare (coniugi e figli) e agli ascendenti, cui da tempi risalenti viene pacificamente riconosciuta la piena

⁶⁹⁴ Cass. 14 luglio 2003, n. 1103, *in Resp. civ. e prev.*, 2003, p. 1053 ss.

⁶⁹⁵ Cfr. il documento “*Tabelle milanesi per la liquidazione del danno non patrimoniale – edizione 2021*”, Milano, 8 marzo 2021.

legittimazione ad agire, in ragione dell'esigenza di assicurare solidarietà verso il gruppo familiare di appartenenza.

Più complesso appare il discorso con riferimento ai soggetti non ricompresi in tale cerchia familiare. Un orientamento risalente⁶⁹⁶ riconosceva alla vittima secondaria il diritto al risarcimento solo in caso di convivenza con la vittima primaria; a lungo, infatti, la convivenza dei soggetti è stata considerata elemento costitutivo ed essenziale della pretesa risarcitoria al di fuori della famiglia nucleare⁶⁹⁷. Più recentemente, tuttavia, si è invece ritenuto di poter superare tale rigida condizione preclusiva, escludendo che la convivenza costituisca *condicio sine qua non* del risarcimento. Tale elemento, infatti, non è l'unico che possa esteriorizzare l'intimità dei rapporti parentali; *escludere a priori il diritto del nipote non convivente al risarcimento del danno da lesione del rapporto parentale sulla base di un elemento estrinseco, transitorio e del tutto casuale quale quello della convivenza, di per sé poco significativo, non pare appagante, ben potendo realizzarsi convivenze non fondate su vincoli affettivi ma determinate da necessità economiche, egoismi o altro e, viceversa, non convivenze determinate da esigenze di studio o di lavoro o non*

⁶⁹⁶ Cass. sez. III, 23 giugno 1993, n. 6938.

⁶⁹⁷ Cass. se. III, 16 marzo 2012 n. 4253, con nota di DE STROBEL – OGLIARI, *La convivenza, discutibile condizione essenziale, fissata dalla Cassazione, per il riconoscimento del danno anche non patrimoniale da uccisione a determinati congiunti*, in *Dir. ed economia delle assicurazioni*, 2013, 228: “Dai precetti costituzionali dedicati alla famiglia (artt. 29 30 31Cost) emerge una famiglia, anche di fatto nucleare, incentrata su coniuge, genitore e figli, rispetto alla quale solo è delineata la trama dei diritti e dei doveri reciproci. In tale quadro normativo deve ritenersi che il fatto illecito costituito dalla uccisione del congiunto dia luogo a danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale quando colpisce soggetti legati da un vincolo parentale stretto, la cui estinzione lede il diritto alla intangibilità degli affetti, che connota la famiglia nucleare. Mentre affinché possa ritenersi leso il rapporto parentale di soggetti al di fuori di tale nucleo (nonni, nipoti genero, nuora) è necessaria la convivenza quale connotato minimo attraverso cui si esteriorizza l'intimità dei rapporti parentali, anche allargati, caratterizzati da reciproci vincoli affettivi. Il dato esterno e certo della convivenza si sostituisce in tal modo al dato legalmente rilevante della parentela stretta all'interno della famiglia nucleare e consente di usufruire dello stesso regime probatorio, per presunzione della particolare intensità degli affetti”

*necessitate da bisogni assistenziali*⁶⁹⁸, ma non per questo prive di intimità e sentimento di solidarietà.

Ammessa pertanto la rilevanza della lesione alla sfera affettiva-familiare a prescindere dalla convivenza⁶⁹⁹, in favore anche di soggetti in posizione eccentrica rispetto alla famiglia nucleare, è tuttavia opportuno precisare che pur non costituendo più condizione essenziale e presupposto del diritto risarcitorio⁷⁰⁰, la convivenza non si decolora del tutto e continua a costituire elemento probatorio utile, unitamente ad altri elementi, a dimostrare l'ampiezza e la profondità del vincolo affettivo che lega tra loro vittima primaria e secondarie, nonché a determinare il *quantum debeatur*.

Nessun dubbio sussiste in relazione ai casi di convivenza *more uxorio*: come risulta dalla lettura dell'art. 1, comma 49, L. n. 76/2016, è stata parificata la disciplina in tema di individuazione del danno risarcibile patito dal convivente di fatto a quella prevista in favore del coniuge superstite^{701 702}.

⁶⁹⁸ Così HAZAN, CICUTO, RIDOLFI, *Il risarcimento del danno nella responsabilità sanitaria*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli)*, a cura di GELLI, HAZAN E ZORZIT, Milano, 2017, 348.

⁶⁹⁹ Cass. civ., sez. III, n. 21230/2016, secondo cui i congiunti sono tenuti a “provare la effettività e la consistenza della relazione parentale, rispetto alla quale il rapporto di convivenza non assurge a connotato minimo di esistenza, ma può costituire elemento probatorio utile a dimostrarne l'ampiezza e la profondità (...) non essendo condivisibile limitare la “società naturale”, cui fa riferimento l'art. 29 Cost., all'ambito ristretto della sola cd. “famiglia nucleare”.

⁷⁰⁰ Di recente, però, si veda in senso contrario Cass. Civ., Sez. VI, 28 febbraio 2020, n. 5452, che ha affermato che sussiste il diritto al risarcimento anche a favore di soggetti estranei al ristretto nucleo familiare (quali i nonni, i nipoti, il genero o la nuora) purché sussista una situazione di convivenza, in quanto connotato minimo attraverso cui si esteriorizza l'intimità delle relazioni di parentela contraddistinte da legami affettivi, solidarietà reciproca e sostegno economico.

⁷⁰¹ In particolare, l'art. 1, commi 36 ss. contiene la definizione normativa della convivenza *more uxorio* (“due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile”); il successivo comma 49 contiene la precisazione danno risarcibile (“in caso di decesso del convivente di fatto, derivante da fatto illecito di un terzo, nell'individuazione del danno risarcibile alla parte superstite si applicano i medesimi criteri individuati per il risarcimento del danno al coniuge superstite”).

⁷⁰² Altri casi problematici sono osservati da SCARZELLA, *Liquidazione del danno da perdita parentale: i recenti interventi della Suprema Corte*, in *Danno e resp.*, 2022, 1, 27 ss. in particolare,

Segue: i criteri per la liquidazione del danno

Passando poi, all'ultima questione relativa ai criteri per la liquidazione, occorre certamente premettere che, come più volte affermato dalla Corte di legittimità, il danno da perdita del rapporto parentale, al pari degli altri pregiudizi risarcibili, non può considerarsi *in re ipsa*, ma va precisamente allegato e provato secondo la regola dell'art. 2697 c.c., ferma tuttavia l'operatività dei meccanismi presuntivi.

Una volta provati i pregiudizi subiti, è compito degli organi giudiziari stimare l'ammontare risarcitorio da riconoscere a titolo di danno da lesione o perdita del rapporto parentale. La mancanza di un criterio legislativo per monetizzare il danno alla persona ha condotto i giudici ad avvalersi della valutazione equitativa di cui agli artt. 1226 e 2056 c.c. sia con riguardo al danno patrimoniale da lucro cessante sia con riguardo al danno non patrimoniale. In loro soccorso, tuttavia, le tabelle

con riferimento al coniuge separato osserva che “la giurisprudenza si è pronunciata affermando che l'ammissibilità del risarcimento del danno oggetto di trattazione prescinde da criteri formali, quali la sentenza di separazione o anche di divorzio, essendo richiesto l'accertamento in concreto del perdurare dell'*affectio*; lo *status* di coniuge separato potrà tuttavia determinare una diminuzione del quantum risarcitorio avendo, i soggetti in questione, scelto di abbandonare un progetto di vita in comune. Il diritto alla riparazione del danno, quindi, potrà concernere essenzialmente la sofferenza morale e, solo in via subordinata e residuale, il danno parentale.”

Con riferimento, poi, ai soggetti per i quali non vi è ancora oppure non vi è più un rapporto familiare: “In particolare, nel primo gruppo vi rientrano i fidanzati, nel secondo i divorziati. Di recente è stato riconosciuto il diritto a richiedere il risarcimento del danno da perdita parentale anche in capo a persona estranea alla famiglia, con cui, però, si era instaurata una relazione affettiva analoga a quella di uno stretto congiunto (Cass. Civ. 13 luglio 2018, n. 18568: il titolare del diritto risulta essere una persona “da anni stabilmente inserita nel nucleo di quella famiglia, nell'ambito della quale era trattata e considerata alla stregua di uno stretto congiunto” tanto che i figli della coppia “trattavano la donna come una nonna o come una zia, rivolgendosi alla stessa con uno di tali appellativi”; significativi del fatto che essa “era socialmente percepita come un effettivo componente della famiglia sono i telegrammi di cordoglio ricevuti in relazione al suo decesso dagli odierni ricorrenti”). La Corte ha poi riconosciuto il danno da lesione del rapporto parentale anche in favore del concepito nato successivamente alla morte del genitore (Cass. civ., sez. III, n. 9700/2011)

giudiziali hanno giocato (e continuano a farlo) un ruolo fondamentale. Le soluzioni prospettate nelle diverse tabelle hanno mirato a includere, all'interno della voce "danno da perdita del rapporto parentale", tanto la componente morale/sofferenziale quanto quella relazionale da sconvolgimento del piano di vita all'interno del nucleo familiare e non, *evitando di cadere nella duplicazione che inevitabilmente si sarebbe determinata qualora si fosse ritenuto che il sistema tabellare si occupasse solo del morale, sì che a questo si sarebbe dovuta aggiungere una posta separata per "compensare" il profilo relazionale perduto*⁷⁰³

⁷⁰⁴.

Le principali tabelle prese come riferimento sono state la tabella meneghina e quella romana, le quali hanno elaborato soluzioni diverse, entrambe però attente a garantire flessibilità nel giudizio in presenza di determinati indicatori. La prima, nel modulare la graduazione tra valore minimo e massimo costruita per tipologia di vittime e sopravvissuti, fa leva sui seguenti indicatori: la sopravvivenza o meno di altri congiunti del nucleo familiare primario, la convivenza o meno di questi ultimi, la qualità ed intensità della relazione affettiva familiare residua, la qualità ed

⁷⁰³ Così PARDOLESI SIMONE, *Doppia dimensione del danno da perdita del rapporto parentale: una proposta pratica*, cit., 19.

⁷⁰⁴ A riguardo si veda recentemente, nel corpo nelle pronunce della Cassazione "San Martino 2.0", Cass. civ., sez. III, n. 28989/2019, in *Foro it.*, *Gli speciali*, 2020, con commento di DI ROSA, *Criteri di liquidazione del danno parentale: una questione ancora aperta*, 354 ss. Secondo i giudici: "Ai fini della liquidazione del danno non patrimoniale da perdita di persona cara, la congiunta attribuzione del danno morale (non altrimenti specificato) e del danno da perdita del rapporto parentale costituisce indebita duplicazione di risarcimento, poiché la sofferenza patita nel momento in cui la perdita è percepita (sul piano morale soggettivo), e quella che accompagna l'esistenza dello soggetto che l'ha subita (sul piano dinamico-relazionale), rappresentano elementi essenziali dello stesso complesso e articolato pregiudizio, destinato ad essere risarcito, sì integralmente, ma anche unitariamente. Allo stesso modo, in virtù del principio di unitarietà e onnicomprensività del risarcimento del danno non patrimoniale, deve escludersi che al prossimo congiunto di persona deceduta in conseguenza del fatto illecito di un terzo possano essere liquidati sia il danno da perdita del rapporto parentale che il danno esistenziale, poiché il primo già comprende lo sconvolgimento dell'esistenza, che ne costituisce una componente intrinseca (Sez. 3, Ordinanza n. 30997 del 30/11/2018)".

intensità della relazione affettiva che caratterizzava il rapporto parentale con la persona perduta, l'età della vittima primaria e secondaria. L'alternativa offerta dal modello romano⁷⁰⁵, invece, è costituita da un valore pecuniario di base, su cui si applica un sistema a punti basato sulla relazione (tra vittima e danneggiato), sull'età (del deceduto e del danneggiato), sulla convivenza e sulla composizione del nucleo familiare.

Recentemente la tabella milanese, che come esaminato trova diffusione capillare nei tribunali italiani, è stata sotto questo profilo fortemente criticata dai giudici di legittimità⁷⁰⁶, i quali questa volta hanno velatamente mostrato una preferenza per il sistema di calcolo predisposto dal Tribunale di Roma, affermando il seguente principio di diritto: *“al fine di garantire non solo un’adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l’uniformità di giudizio a fronte di casi analoghi, il danno da perdita del rapporto parentale deve essere liquidato seguendo una tabella basata sul sistema a punti, che preveda, oltre l’adozione del criterio a punto, l’estrazione del valore medio del punto dai precedenti, la modularità e l’elencazione delle circostanze di fatto rilevanti, tra le quali, da indicare come indefettibili, l’età della vittima, l’età del superstite, il grado di parentela e la convivenza, nonché l’indicazione dei relativi punteggi, con la*

⁷⁰⁵ Le tabelle del Tribunale di Roma per la valutazione del danno biologico, anno 2018 (su cui v., ROSSETTI, *Le nuove “tabelle” del Tribunale di Roma, un almagesto sul danno non patrimoniale*, in *www.quotidianogiuridico*) sono state diffuse, con comunicazione del presidente Francesco Monastero in data 28 dicembre 2018.

⁷⁰⁶ Cass. Civ. 21 aprile 2021, n. 10579, in *Foro it.*, 2021, I, 2017, annotata da PALMIERI, *Quantificazione del danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale: dalle tabelle predisposte dagli uffici giudiziari alla tabella da scrivere sotto dettatura della Cassazione*; ID., *Tabelle e danno da perdita del rapporto parentale: Roma batte Milano 1 a 0*; PARDOLESI SIMONE, *Il danno da perdita del rapporto parentale: giudice (legislatore?) in fuga da Milano*; nonché in *Resp. civ. prev.*, 2021, 815, con nota di ZIVIZ, *Misura per misura (del danno da perdita del rapporto parentale)*; RUGGIERO, *Si scrive equità ma si legge prevedibilità: la III sezione ritorna sulle Tabelle milanesi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 793.

possibilità di applicare sull'importo finale dei correttivi in ragione della particolarità della situazione, salvo che l'eccezionalità del caso non imponga, fornendone adeguata motivazione, una liquidazione del danno senza fare ricorso a tale tabella". La critica si attesta principalmente sulla circostanza che mediante i criteri predisposti dalle tabelle meneghine si predetermina esclusivamente una forcella di valori minimi e massimi, finendo per lasciare all'interprete un margine di apprezzamento discrezionale eccessivamente ampio; la sconfessione della Cassazione non pare lasciare spazio a ripensamenti: *"La tabella, così concepita, non realizza in conclusione l'effetto di fattispecie che ad essa dovrebbe invece essere connaturato"*⁷⁰⁷.

Recentemente la Cassazione⁷⁰⁸ è tornata sull'argomento, confermando quanto sostenuto nel recente precedente citato ed affermando: *"al fine di garantire non solo*

⁷⁰⁷ A conferma del precedente, si veda ord. Cass. Civ., Sez. III, 29 settembre 2021, n. 26300, con cui i giudici hanno ribadito la motivazione già esposta nella sentenza Cass. Civ. n. 10579 del 2021: *"in tema di liquidazione equitativa del danno non patrimoniale, al fine di garantire non solo un'adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l'uniformità di giudizio in casi analoghi, il danno da perdita del rapporto parentale deve essere liquidato seguendo una tabella basata sul 'sistema a punti', che preveda, oltre all'adozione del criterio a punto, l'estrazione del valore medio del punto dai precedenti, la modularità e l'elencazione delle circostanze di fatto rilevanti, tra le quali, indefettibilmente, l'età della vittima, l'età del superstite, il grado di parentela e la convivenza, nonché l'indicazione dei relativi punteggi, con la possibilità di applicare sull'importo finale dei correttivi in ragione della particolarità della situazione, salvo che l'eccezionalità del caso non imponga, fornendone adeguata motivazione, una liquidazione del danno senza fare ricorso a tale tabella. Tabella che, allo stato, risulta essere quella di Roma."* Sembra, invece, tornare sui propri passi la stessa corte in occasione di Cass. Civ. 5 maggio 2021, n. 11719, nella quale ha confermato una pronuncia che aveva fatto uso dei criteri milanesi (*"Il giudice a quo ha fornito una adeguata motivazione a supporto della scelta adottata e della determinazione specifica del danno; di conseguenza nulla può essergli rimproverato, tantomeno di non avere adottato le tabelle di Roma pure astrattamente applicabili, essendo dette tabelle assimilabili ai precedenti giurisprudenziali che le parti possono invocare a sostegno delle proprie argomentazioni, come tali non vincolanti il giudice chiamato ad esplicitare il suo potere di valutazione equitativa (Cass. 11/12/2018, n. 31958)."*)

⁷⁰⁸ Cass. Civ., ord., 10 novembre 2021, n. 33055. Poco prima, nello stesso senso, Cass. Civ. 21 aprile 2021, n. 10579, in *Foro it.*, 2021, I, 2017, annotata da PALMIERI, *Quantificazione del danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale: dalle tabelle predisposte dagli uffici giudiziari alla tabella da scrivere sotto dettatura della Cassazione*; PARDOLESI - SIMONE, *Il danno da perdita del rapporto parentale: giudice (-legislatore?) in fuga da Milano*; nonché in *Resp. civ. prev.*, 2021, 815, con nota di ZIVIZ, *Misura per misura (del danno da perdita del rapporto parentale)*; RUGGIERO, *Si scrive equità ma si legge prevedibilità: la III sezione ritorna sulle Tabelle milanesi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 793.

un'adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l'uniformità di giudizio a fronte di casi analoghi, il danno da perdita del rapporto parentale deve essere liquidato seguendo una tabella basata sul sistema a punti, che preveda, oltre l'adozione del criterio a punto, l'estrazione del valore medio del punto dai precedenti, la modularità e l'elencazione delle circostanze di fatto rilevanti, tra le quali, da indicare come indefettibili, l'età della vittima, l'età del superstite, il grado di parentela e la convivenza, nonché l'indicazione dei relativi punteggi, con la possibilità di applicare sull'importo finale dei correttivi in ragione della particolarità della situazione, salvo che l'eccezionalità del caso non imponga, fornendone adeguata motivazione, una liquidazione del danno senza fare ricorso a tale tabella”⁷⁰⁹.

7.2 Il danno definito da premorienza (i c.d. danni intermittenti)

Recentemente in occasione dei lavori dell'Assemblea nazionale degli Osservatori è stata palesata l'opportunità di predisporre dei criteri orientativi oltre che per le voci di danno non patrimoniale tradizionali e già prima esaminate, altresì per la liquidazione *del danno non patrimoniale derivante da lesione del bene salute definito da premorienza (ossia il danno non patrimoniale in caso di decesso per causa diversa dalla lesione)*. Con il termine danno biologico intermittente si intende il danno alla salute ricompreso nell'intervallo di tempo che va dalla lesione (causata

⁷⁰⁹ La pronuncia è commentata da PARDOLESI-SIMONE, *Doppia dimensione del danno da perdita del rapporto parentale: una proposta pratica*, in *Danno e resp.*, 2022, 1, 15.

dal danneggiato) alla morte del danneggiato (sopravvenuta per causa indipendente)⁷¹⁰. Il danno intermittente fa dunque capo a una lesione del diritto alla salute che non è causa dell'esito fatale, il quale invece sopraggiunge per cause indipendenti sopravvenute. Il danno biologico preso in considerazione, pertanto, è limitato temporalmente dalla lesione al decesso e può essere domandato nell'ipotesi in cui il soggetto, che subisca una certa menomazione invalidante a seguito di un evento lesivo, deceda prima della liquidazione del pregiudizio sofferto per una causa esterna ed indipendente dalla lesione subita. Per tale motivo deve escludersi che la liquidazione possa essere effettuata attraverso la semplice applicazione dei criteri contenuti in tabelle che, per quanto dettagliate, nella generalità dei casi sono predisposte per la liquidazione del danno biologico o delle invalidità, temporanee o permanenti, di soggetti che sopravvivono all'evento dannoso.

La giurisprudenza di merito ha cercato, negli anni, di individuare dei criteri validi per la liquidazione del “danno biologico intermittente” (tra i più noti, ricordiamo: il criterio dell’“equità pura”, il criterio “matematico puro”, il “metodo romano”) sino a giungere, stanti le difficoltà di liquidare tale voce di danno, nel 2016, all'elaborazione di una tabella *ad hoc* stilata dall'Osservatorio sulla giustizia civile del Tribunale di Milano.

L'Osservatorio ha passato in rassegna i principali orientamenti formati in giurisprudenza e dottrina sul tema: ha bocciato l'orientamento favorevole all'equità pura per difetto di prevedibilità delle decisioni, nonché quelli che, ai fini della determinazione del *quantum*, non valorizzano i primi anni di vita successivi alla

⁷¹⁰ Questo spiega la perifrasi utilizzata «danno biologico intermittente» poiché è un danno liquidato in un “intervallo”.

lesione (criterio cd. matematico puro), o che escludono un adeguamento del risarcimento alla durata effettiva della vita (criterio contrario alla riduzione del *quantum*), in quanto difformi dalle direttive interpretative collaudate della Suprema Corte (da ultimo, v. Cass. civ. n. 679/2016 e n. 10897/2016). Neppure l'adozione di un criterio liquidativo diversificato per fasce di età è stato ritenuto idoneo ad esprimere la peculiarità della fattispecie: attesa l'esistenza di un arco temporale ben determinato e scandito dalla morte del soggetto, all'interno del quale il pregiudizio è maturato, il fattore anagrafico - che tradizionalmente viene utilizzato quale parametro in base al quale calcolare l'aspettativa di vita, ossia il probabile tempo durante cui la lesione subita dispiegherà i suoi effetti dannosi - è infatti apparso inadeguato ed insufficiente.

La proposta dell'Osservatorio è stata pertanto quella di adottare un criterio liquidativo che utilizzi quale parametro *il risarcimento annuo mediamente corrisposto ad ogni percentuale invalidante secondo i valori monetari individuati dalle Tabelle di Milano; esso corrisponde al rapporto tra il risarcimento medio e l'aspettativa di vita media*⁷¹¹.

⁷¹¹ La spiegazione del criterio è dettagliatamente contenuta nel documento “*Tabelle milanesi per la liquidazione del danno non patrimoniale – edizione 2021*”, Milano, 8 marzo 2021: “1) Il risarcimento medio si può definire come il *quantum* liquidato mediamente dalle Tabelle di Milano per una data percentuale invalidante. In altre parole, è il risultato della media matematica, per ogni percentuale di invalidità, tra il *quantum* liquidabile ad un soggetto di anni 1 e quello liquidabile ad un soggetto di anni 100, e cioè della media tra la somma risarcitoria massima e quella minima. 2) L'aspettativa di vita media è la vita potenziale di un soggetto di età compresa tra anni 1 e 100 (che corrispondono agli estremi anagrafici presi in considerazione dalla Tabella di Milano), a prescindere dal sesso di appartenenza, e rileva (come sopra osservato) quale elemento oggettivo attraverso cui poter calcolare il risarcimento medio annuo. In particolare, l'aspettativa di vita annua si ricava dalla media matematica tra le aspettative di vita di ogni soggetto compreso tra 1 e 100 anni (in sostanza si sommano le aspettative di vita di tutte le fasce di età e si divide per 100), mentre l'eliminazione delle divergenze dovute al sesso maschile o femminile dell'interessato si ottiene attraverso una preventiva media tra aspettativa di vita maschile e femminile per ogni fascia di età. 3) Il risarcimento medio annuo corrisponde al rapporto tra il risarcimento medio e l'aspettativa di vita media; in sostanza è la distribuzione annua, in funzione dell'aspettativa di vita media, della massa risarcitoria media per ogni percentuale invalidante. Esso è espresso nella tabella alla colonna n. 4 denominata “danno non patrimoniale per ogni ulteriore anno successivo”.

I redattori dei criteri citati, poi, hanno altresì avuto cura di osservare che *il danno non è una funzione costante nel tempo, ma è ragionevolmente maggiore in prossimità dell'evento per poi decrescere progressivamente fino a stabilizzarsi*⁷¹².

Nello specifico, si ritiene che il pregiudizio sofferto nei primi due anni abbiano una intensità maggiore rispetto a quello sofferto dal terzo anno in avanti, motivo che giustifica la maggiorazione dei valori risarcitori relativi a quell'arco temporale: si è ritenuto dunque equo un incremento del risarcimento medio annuo nella misura del 100% per il primo anno e del 50% per il secondo. Per ogni ulteriore anno di vita vissuta, è invece prevista una somma addizionale, tabellarmente calcolata.

In conclusione, i criteri tengono conto anche di una possibile “personalizzazione del danno”, in virtù della quale è possibile modificare il dato tabellare fino al 50% in considerazione delle peculiarità del caso concreto, opportunamente allegati e provati, alla luce dei criteri orientativi già elaborati dalla Tabella di Milano per la liquidazione del danno non patrimoniale e tenendo conto dell'età del danneggiato⁷¹³.

7.3 Il danno da perdita di *chance*

⁷¹² “Siffatta considerazione è la base teorica delle colonne n. 2 e n. 3 denominate rispettivamente “danno non patrimoniale per il primo anno” e “danno non patrimoniale per il primo e secondo anno” e relative alla somma risarcibile nell'ipotesi in cui un soggetto deceda a distanza di un anno o due anni dal fatto lesivo. In coerenza con la nuova veste grafica della “Tabella del danno non patrimoniale da lesione all'integrità psico-fisica” (si rinvia ai relativi “Criteri orientativi”), tra parentesi, nelle colonne 2-3-4, sono specificati i valori monetari di quanto liquidato a titolo di danno biologico/dinamico-relazionale e quanto liquidabile a titolo di danno da sofferenza soggettiva interiore media presumibile in %, sul danno biologico/dinamico-relazionale”.

⁷¹³ Sul tema, vedi LOVATO, *La Cassazione boccia la tabella milanese del danno non patrimoniale da premorienza perché ritenuta non conforme al parametro dell'equità*, in *Ridare.it*, 2022, 8, a commento di Cass. civile, sez. III, ord. 29 dicembre 2021, n. 41933, con cui i giudici affermano che la tabella milanese sul danno non patrimoniale definito da premorienza si dimostra non equa e, come tale, non possa costituire un utile strumento per la liquidazione del relativo danno.

La *chance* consiste nella possibilità di conseguire un risultato vantaggioso (ovvero di evitarne uno sfavorevole); il termine implica incertezza e l'incertezza è proprio la cifra che connota, come dato essenziale, il concetto anche nelle sue declinazioni giuridiche. Si tratta di un istituto di creazione pretoria, nato con il fine specifico di dare risposta a tutte quelle situazioni in cui, per insufficienza delle conoscenze scientifiche o del dato esperienziale, è impossibile verificare concretamente se l'aspettativa frustrata dall'illecito altrui si sarebbe effettivamente avverata in mancanza di quello⁷¹⁴; ove si accerti, invece, un grado di probabilità più elevato il riferimento alla perdita di chance è inappropriato ed appare, piuttosto, più opportuno parlare di perdita del risultato finale sperato⁷¹⁵.

Il danno da perdita di chance costituisce una categoria giuridica di matrice francese, il cui riconoscimento nel nostro ordinamento si è affermato da oltre un trentennio, seppure con notevoli e persistenti resistenze. La trasposizione di tale figura nel sistema della responsabilità civile ha posto e non smette di sollevare diversi interrogativi, legati alla individuazione dei suoi caratteri identificativi, ai rapporti con gli altri elementi strutturali della fattispecie di responsabilità civile (soprattutto con il nesso di causalità), alla prova richiesta per dimostrarne l'esistenza, nonché, da ultimo, ai criteri di liquidazione da utilizzare per risarcirla.

Al riguardo, secondo una tradizionale chiave di lettura, due concezioni si sono divise il campo e hanno condizionato le risposte ai detti interrogativi. Secondo la

⁷¹⁴ PUCELLA, *L'insanabile certezza e le chances perdute*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2018, 11, 1684 ss.

⁷¹⁵ Sul danno da perdita di chance, nel campo medico, in generale: FRENDA, *Il danno da perdita di chances tra le ragioni della vittima e le regole del sistema*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2019, 1325 ss; GORGONI, *Il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione nella responsabilità medica*, in *Obbl. Contr.*, 2011, 3, 200 ss; SCOGNAMIGLIO, *Riflessioni in tema di risarcimento del danno per c.d. perdita della chance*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 6, 1742 ss;

concezione eziologica⁷¹⁶, la chance è un interesse, pur sempre omogeneo e della stessa natura rispetto al bene giuridico finale, ad esso strumentale, la cui lesione viene integrata, tuttavia, a fronte di un grado di possibilità/probabilità inferiore a quello necessario per la configurazione del nesso causale “ordinario”; per la concezione ontologica⁷¹⁷, invece, la chance è un bene giuridico autonomamente individuabile, presente nel patrimonio del danneggiato e distinto dal “vantaggio finale” di cui esprime la possibilità.

Il danno da perdita di chance ha trovato il primo giuridico riconoscimento in campo giuslavoristico, nel settore delle procedure concorsuali/selettive svolte dal datore di lavoro per l’assunzione o la promozione dei lavoratori. La Sezione lavoro della S.C.⁷¹⁸ vi diede ingresso nel 1985, con riferimento al danno subito dal lavoratore

⁷¹⁶ PRINCIGALLI *Perdita di chance e danno risarcibile*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.* 1985 315; ROSSETTI *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. Circolaz. e Trasp.* 2000 662; BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile 3, Obbligazioni e contratti*, Utet, ristampa 2001 729; VISINTINI *Trattato breve della responsabilità civile*, Cedam, 2005, 635.

⁷¹⁷ ZIVIZ, *Quale modello per il risarcimento da perdita di chance di sopravvivenza?*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2016, 5, 1490. In merito alla concezione ontologica, che identifica il danno da perdita di chance come figura di danno emergente, emergono perplessità in dottrina. Le critiche si appuntano soprattutto sulla contraddizione in cui cadono i giudici di legittimità nella parte in cui, pur considerando la chance come “elemento patrimoniale autonomo rispetto al risultato non conseguito”, propongono come parametro di liquidazione di esso proprio il valore dell’interesse finale sperato.

⁷¹⁸ Cass. civ., sent. 19 dicembre 1985, n. 6506, in *Giust. Civ.*, 1986, I, 1386 ss. In tema di procedure di concorso, secondo la Corte di legittimità, costituisce fonte di risarcimento del danno il comportamento del datore di lavoro che escluda illegittimamente il lavoratore aspirante al posto, dalla partecipazione alle prove del concorso ove determini la perdita della possibilità di conseguire il superamento della selezione, possibilità che deve essere provata dal lavoratore e va valutata secondo criteri di verosimiglianza alla stregua dell'*id quod plerumque accidit* in relazione alla percentuale di probabilità superiore a quella relativa all'evento sfavorevole, costituito dal mancato superamento della selezione stessa. L'ammontare del danno - che costituisce danno emergente - va commisurato non alla perdita del risultato (ossia alle retribuzioni che avrebbe percepito il lavoratore in caso di assunzione), bensì alla mera possibilità di conseguirlo, da determinare in base alle dette retribuzioni ma con un coefficiente di riduzione delle stesse, ovvero facendo ricorso alla liquidazione equitativa ex art. 1226 cod. civ.. (nella specie il giudice del merito aveva respinto la domanda di risarcimento del danno di un lavoratore che, dopo aver superato la prova scritta di un concorso bandito dall'ENEL, era stato illegittimamente escluso dalla prova orale affermando in particolare che - pur essendo stata tale prova orale superata dalla grande maggioranza dei candidati - il danno lamentato dal lavoratore era meramente eventuale. La S.C. ha cassato tale pronuncia affermando il principio di cui alla massima) Conf. Cass., Sez. L., n. 5494 del 12/10/1988).

per la illegittima esclusione dalle prove selettive: sulla scorta dell'affermazione che anche la mera chance di progredire in carriera costituisce una ricchezza del lavoratore, aderendo alla concezione ontologica (sia pure con qualche contaminazione con quella eziologica), i giudici accordarono il risarcimento del danno patrimoniale, la cui ingiustizia discendeva dalla lesione del diritto all'integrità del proprio patrimonio, *sub specie* di danno emergente⁷¹⁹. Il danneggiato aveva l'onere di dimostrare che la chance perduta avesse una probabilità di successo commisurabile almeno nel 50%.

Da allora numerosissime sono state le pronunce della sezione lavoro che applicano tale principio.

Altro campo di applicazione della perdita di chance patrimoniale è quello della responsabilità del professionista (generalmente avvocato) in relazione agli errori che precludono al cliente di giocarsi le chances di vittoria della causa⁷²⁰. Anche la giurisprudenza amministrativa ha spesso applicato detta figura di danno nel settore degli appalti pubblici, in favore di partecipanti a gare di appalto ingiustamente esclusi da esse (o che, avendovi partecipato, ingiustamente non ne siano risultati aggiudicatari)⁷²¹. In entrambi i settori, le motivazioni delle pronunce lasciano trasparire oscillazioni tra la concezione ontologica e quella eziologica e non si mostrano risolutive in merito alla questione se si tratti di danno emergente o da lucro cessante e ai criteri per la liquidazione.

⁷¹⁹ Integrato, infatti, dal venir meno di una posta patrimoniale attiva da perdita di una possibilità attuale (quella di conseguire un risultato) e non di un futuro risultato.

⁷²⁰ Cass., 13 dicembre 2001, n. 15759; Cass., 10 dicembre 2012, n. 22376.

⁷²¹ Cons. Stato, 17 giugno 2014, n. 3082; 23 giugno 2015, n. 3147; 30 giugno 2015, n. 3249; 22 settembre 2015, n. 4431; 21 luglio 2016, n. 3304

La responsabilità medica ha costituito, più di recente, terreno elettivo per il riconoscimento del danno da perdita di chance anche di carattere non patrimoniale. In questo ambito il danno da perdita di chance viene generalmente evocato nei casi in cui il comportamento (per lo più omissivo) del medico determina una contrazione delle possibilità di guarigione o di sopravvivenza del paziente. Il primo arresto della Cassazione che ha trasposto gli approdi raggiunti nell'ambito della responsabilità sanitaria si colloca nel 2004⁷²²: in tema di responsabilità del professionista esercente la professione sanitaria, la diagnosi errata o inadeguata integra di per sé un inadempimento della prestazione sanitaria e, in presenza di fattori di rischio legati alla gravità della patologia o alle precarie condizioni di salute del paziente, aggrava la possibilità che l'evento negativo si produca, producendo in capo al paziente la perdita delle chances di conseguire un risultato utile; tale perdita di chances configura una autonoma voce di danno emergente, che va commisurato alla perdita della possibilità di conseguire un risultato positivo, e non alla mera perdita del risultato stesso; la relativa domanda è pertanto diversa rispetto a quella di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato⁷²³. Per la prima volta, pertanto, emerse chiaramente il concetto di chance inteso come lesione

⁷²²Cass. civ., sez. III, sent. 4 marzo 2004, n. 4400, in *Foro it.*, 2004, I, 1403. Nella specie, il caso era quello di una paziente affetta da aneurisma all'aorta addominale che non era stato tempestivamente diagnosticato e la cui rottura aveva cagionato la morte. Accertatosi in giudizio che, pur a fronte di una tempestiva diagnosi dell'aneurisma, l'intervento chirurgico avrebbe comunque avuto scarse possibilità di successo, la Corte considerò che l'esecuzione tempestiva di quest'ultimo avrebbe garantito alla paziente una possibilità di sopravvivere. In tale occasione la Corte ha affermato il principio per cui, anche quando non sia possibile stabilire quale beneficio avrebbero potuto arrecare al paziente le cure omesse, il paziente ha comunque diritto ad essere risarcito per il solo fatto di aver perduto la possibilità di guarire o sopravvivere.

⁷²³ “[...]la domanda per perdita di chance è ontologicamente diversa dalla domanda di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato”, sicchè, allorquando sia stato richiesto solo quest'ultimo danno, non potrà il giudice esaminare ed eventualmente liquidare il danno da perdita di chance.

della non trascurabile “possibilità” terapeutica, autonomo e distinto rispetto al differente bene finale “salute” in sè e per sé considerato⁷²⁴.

Nelle pronunce successive il danno da perdita di chance di sopravvivenza è stato invocato per lo più nei casi di tardiva diagnosi di patologia tumorale suscettibile di cagionare la morte del paziente, con conseguente ritardo nella somministrazione di una terapia che, per quanto non idonea a scongiurare *l'exitus*, avrebbe potuto quantomeno lenire le sofferenze del paziente, ovvero rallentare il decorso infausto della malattia, assicurandogli qualche mese (o anno) di vita in più⁷²⁵. Come logica conseguenza, i giudici si spinsero a riconoscere la rilevanza dell'omissione della diagnosi di un processo morboso terminale non solo in relazione alla chance di vivere per più tempo, ma anche in relazione alla chance di conservare, durante il decorso della malattia, una migliore qualità della vita, intesa dai giudici di legittimità anche quale possibilità di programmare la propria vita e l'esplicazione delle proprie attitudini psico-fisiche in vista e fino a quell'esito⁷²⁶.

Proprio in occasione di un caso di danno da decesso anticipato per omessa tempestiva diagnosi di tumore al polmone, la Cassazione si è dedicata ad un primo tentativo di riordino concettuale con sentenza n. 5641/2018⁷²⁷, dettando una sorta

⁷²⁴ Così ARCERI, *La perdita di chance di guarigione quale danno risarcibile*, in *Giur. italiana*, 2021, 1, 490.

⁷²⁵ Cass. 19/05/2008, n. 23846: “*nel caso della responsabilità medica, in particolare per intervento terapeutico o chirurgico errato, occorre verificare se questo abbia comportato la perdita della possibilità di vivere più a lungo, anche soltanto per poco tempo*”; Cass. civ., 18 settembre 2008, n. 23846; 14/06/2011, n. 12961; 27/03/2014, n. 7195; 14/11/2017, n. 26822.

⁷²⁶ Cass. civ., 20 agosto 2015, n. 16993: “*Il danno per il paziente consegue pure alla mera perdita della possibilità di scegliere, alla stregua delle conoscenze mediche del tempo, “cosa fare” per fruire della salute residua fino all'esito infausto, anche rinunciando all'intervento o alle cure per limitarsi a consapevolmente esplicitare le proprie attitudini psico-fisiche in vista del e fino all'exitus*”.

⁷²⁷ Cass. civ., 9 marzo 2018, n. 5641, in *Danno e Resp.*, 2019, 271 ss, con nota di ZORZIT, *La Cassazione e lo “statuto” della perdita di chance: incertezze (di nessi) e possibili suggestioni sul “ritorno” del danno da perdita della vita*.

di “decalogo”⁷²⁸. In quel caso, la Corte d’appello aveva rigettato la domanda risarcitoria sul rilievo che risultava accertata solo la perdita di chance di più lunga sopravvivenza al tumore (avendo il c.t.u. evidenziato che una corretta tempestiva diagnosi avrebbe consentito il 65% di probabilità di sopravvivenza a 5 anni), che costituiva però tema estraneo al giudizio avendo gli attori chiesto il risarcimento del diverso danno da lesione del rapporto parentale. La S.C. ha cassato tale decisione rilevando che, vero essendo che si trattava di ipotesi qualificatorie diverse e incompatibili, correttamente però il primo giudice aveva nella fattispecie ravvisato la sussistenza di un danno da lesione (perdita anticipata) del rapporto parentale e che, invece, erronea era la qualificazione datane dalla Corte d’appello

⁷²⁸ Le ipotesi individuate dalla Cassazione nella sentenza “decalogo” sono ben riassunte da ARCERI, *La perdita di chance di guarigione quale danno risarcibile*, cit.: “a) La condotta (commissiva o più spesso omissiva) colpevolmente tenuta dal sanitario ha cagionato la morte del paziente mentre una diversa condotta (diagnosi corretta e tempestiva) ne avrebbe consentito la guarigione, alla luce dell’accertamento della disposta CTU. In tal caso l’evento – conseguenza del concorso di due cause, la malattia e la condotta colpevole – sarà attribuibile al sanitario, chiamato a rispondere del danno biologico cagionato al paziente e del danno da lesione del rapporto parentale cagionato ai familiari. b) La condotta colpevole del professionista sanitario ha cagionato non la morte del paziente (che si sarebbe comunque verificata) bensì una significativa riduzione della durata della sua vita ed una peggiore qualità della stessa per tutta la sua minor durata. In tal caso il sanitario sarà chiamato a rispondere dell’evento di danno costituito dalla minor durata della vita e dalla sua peggior qualità, senza che tale danno integri una fattispecie di perdita di chance – senza, cioè, che l’equivoco lessicale costituito dal sintagma “possibilità di un vita più lunga e di qualità migliore” incida sulla qualificazione dell’evento, caratterizzato non dalla “possibilità di un risultato migliore” bensì dalla certezza (o rilevante probabilità) di aver vissuto meno a lungo, patendo maggiori sofferenze fisiche e spirituali. c) La condotta colpevole del sanitario non ha avuto alcuna incidenza causale sullo sviluppo della malattia, sulla sua durata e sull’esito finale, rilevando di converso, *in pejus*, sulla sola (e diversa) qualità ed organizzazione della vita del paziente (anche sotto l’aspetto del mancato ricorso a cure palliative): l’evento di danno (e il danno risarcibile) sarà in tal caso rappresentato da tale (diversa e peggiore) qualità della vita (intesa altresì nel senso di mancata predisposizione e organizzazione materiale e spirituale del proprio tempo residuo), senza che, ancora una volta, sia lecito evocare la fattispecie della perdita di chance. d) La condotta colpevole del sanitario non ha avuto alcuna incidenza causale sullo sviluppo della malattia, sulla sua durata, sulla qualità della vita medio tempore e sull’esito finale. La mancanza, sul piano etiologico, di conseguenze dannose della pur colpevole condotta medica impedisce qualsiasi risarcimento. e) *La condotta colpevole del sanitario ha avuto, come conseguenza, un evento di danno incerto: le conclusioni della CTU risultano, cioè, espresse in termini di insanabile incertezza rispetto all’eventualità di maggior durata della vita e di minori sofferenze, ritenute soltanto possibili alla luce delle conoscenze scientifiche e delle metodologie di cura del tempo. Tale possibilità – i.e. tale incertezza eventistica (la sola che consenta di discorrere legittimamente di chance perduta) – sarà risarcibile equitativamente, alla luce di tutte le circostanze del caso, come possibilità perduta se provato il nesso causale (certo ovvero ‘più probabile che non’), tra la condotta e l’evento incerto (la possibilità perduta) nella sua necessaria dimensione di apprezzabilità, serietà, consistenza.*

in termini di perdita di chance. Da qui la necessità (e l'occasione) di una articolata opera di chiarimento e delimitazione del concetto e del suo inquadramento giuridico.

Secondo la S.C. la ricostruzione della figura del danno da perdita di chance in ambito non patrimoniale è esposta al rischio di due *paralogismi*, da evitare.

Il primo paralogismo riguarda la configurazione della chance non patrimoniale sul modello della chance patrimoniale, occorrendo invece, secondo la S.C., fissare dei confini netti tra le due figure, sia sul piano della morfologia e dell'oggetto, sia su quello degli effetti, nella liquidazione del danno. Sotto il primo profilo, si osserva che, mentre la chance patrimoniale si modella sulla figura, di derivazione amministrativistica, dell'interesse pretensivo (postula, infatti, la preesistenza di un *quid* su cui andrà ad incidere sfavorevolmente la condotta colpevole del danneggiante impedendone la possibile evoluzione migliorativa), la chance non patrimoniale si modella invece sulla figura dell'interesse non pretensivo. Si innesta, difatti, su di una preesistente situazione sfavorevole (e cioè patologica) rispetto alla quale non può in alcun modo rinvenirsi un *quid* inteso come preesistenza «positiva». L'intervento del sanitario su un quadro già compromesso dalla patologia crea in un primo tempo la chance; la condotta colpevole (o inadempiente) successivamente la cancella.

Sul piano funzionale, poi, si osserva che, mentre per la chance patrimoniale è possibile il riferimento a valori oggettivi (es. il 10% del valore dell'appalto per la perdita della chance di aggiudicazione), nel caso della chance non patrimoniale il risarcimento non potrà essere proporzionale al risultato perduto, ma andrà commisurato, piuttosto, in via equitativa, alla possibilità perduta di realizzarlo. Tale

possibilità dovrà essere apprezzabile, seria, consistente: il valore statistico/percentuale - se in concreto accertabile – potrà costituire al più criterio orientativo, in considerazione della infungibile specificità del caso concreto.

Il secondo paralogismo da evitare è dato dalla «contrazione» degli elementi della fattispecie dell'illecito e, segnatamente, dalla sovrapposizione dell'elemento causale a quello dell'evento di danno (a cagione dell'equivocità del lessico usato per definire la chance), e nella conseguente erronea riconduzione di quell'evento al concetto di chance pur non avendone di essa – specie in tema di responsabilità oncologica – carattere alcuno. Espressione o conseguenza di tale erronea prospettiva è, secondo la S.C., la distinzione tra chance c.d. ontologica e chance c.d. eziologica: la seconda delle predette definizioni sovrappone inammissibilmente la dimensione della causalità con quella dell'evento di danno, mentre la prima evoca una imprevedibile fattispecie di danno in *re ipsa* che prescinde del tutto dall'esistenza e dalla prova di un danno risarcibile.

Anche nel caso della chance non patrimoniale occorre pertanto accertare la relazione causale tra condotta (colpevole o inadempiente) del sanitario ed evento di danno, senza che il concetto di probabilità causale possa “*sovrapporsi, elidersi o fondersi*” con quello di possibilità (incertezza) del risultato sperato (nel quale si concreta l'evento di danno). Qualora l'evento di danno sia costituito non da una possibilità – sinonimo di incertezza del risultato sperato – ma dal (mancato) risultato stesso (quale può essere: la morte del paziente per effetto congiunto dalla preesistente patologia e della sbagliata diagnosi; la riduzione della durata della vita; il peggioramento della qualità della vita residua), non è lecito discorrere di chance perduta, bensì di altro e diverso evento di danno, senza che l'equivoco lessicale

costituito, in tal caso, dalla sua ricostruzione in termini di "possibilità" possa indurre a conclusioni diverse.

Gli approdi raggiunti dalla sentenza citata sono stati poco dopo ripresi dalla stessa Corte⁷²⁹, la quale ha di nuovo colto l'occasione per specificarne gli esiti applicativi. In questa sede i giudici hanno sottolineato come il ritardo diagnostico imputabile al sanitario causa "sempre" la perdita di un bene reale, certo (sul piano sostanziale) ed effettivo, diverso dalla mera possibilità di risultato positivo, o di un evento favorevole, ma apprezzabile singolarmente, quale *correlato del diritto di determinarsi liberamente nelle scelte esistenziali assunte in una condizione di vita affetta da patologie ad esito certamente infausto*⁷³⁰. In dipendenza di tale ulteriore arresto, il danno da perdita di chance nel settore sanitario si è arricchito di significato: non più solo opzione terapeutica perduta, perdita della scelta di procedere tempestivamente all'attivazione di una strategia terapeutica alternativa o meramente palliativa, *ma anche lesione della stessa decisione di vivere le ultime fasi della propria vita nella cosciente e consapevole accettazione della sofferenza e del dolore fisico (senza ricorrere all'ausilio di alcun intervento medico) in attesa della fine, giacché' tutte queste scelte appartengono, ciascuna con il proprio valore e la propria dignità, al novero delle cd. alternative esistenziali*⁷³¹.

Infine, con altra recentissima sentenza che si colloca nel gruppo delle dieci depositate dalla III Sezione civile l'11 novembre 2019⁷³², la Corte si è ancora

⁷²⁹ Cass. civ., 15 aprile 2019, n. 10424, in *Giur. It.*, 2020, 1348, con nota di FOGLIA, *La lesione del diritto di determinarsi liberamente nella scelta dei propri percorsi esistenziali*.

⁷³⁰ Così ARCERI, *La perdita di chance di guarigione quale danno risarcibile*, cit.

⁷³¹ Così ARCERI, *La perdita di chance di guarigione quale danno risarcibile*, cit.

⁷³² Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2019, n. 28993, in *Foro. It.*, 2020, I, 197 ss., con nota di TASSONE, *La chance tra razionalizzazione, finzione e sanzione*; in *Foro it.*, *Gli speciali*, 2020, 98 ss., con nota di LA BATTAGLIA, *La responsabilità del medico e l'insostenibile incertezza della chance perduta*; in *Resp. Civ. Prev.*, 2020, 181 ss, con nota di BUFANO, *Statuti risarcitori*

soffermata sugli approdi raggiunti negli ultimi orientamenti esaminati, con l'intenzione di porre un più chiaro punto fermo sul tema.

I giudici colgono dapprima l'occasione per riprendere la ricostruzione già operata con la citata sentenza n. 5641 del 2018 e ribadirla, chiarendone alcuni aspetti e postulati⁷³³. Il più importante chiarimento interviene, però, con riferimento al diritto leso e, correlativamente, all'evento di danno. Al riguardo osserva la S.C. che *“la chance, pur mostrando i caratteri della fattispecie “a consistenza variabile” nella sua dimensione cronologica (variabile, cioè, a seconda del tempo in cui la si consideri), non può comunque rappresentare una entità concettualmente distinta dal “risultato finale”, poiché la condotta dell'agente è pur sempre destinata a rilevare sul piano della lesione del diritto alla salute (e/o del diritto di autodeterminazione) del paziente, cui appare riconducibile pur se in una diversa accezione, che corrisponde ad una anticipazione di tutela dello stesso bene*

dell'incertezza giuridicamente rilevante: la chance perduta come “forma dell'acqua” nella tutela anticipata dei diritti inviolabili; in Riv. It. Med. Leg., 2020, 1282 ss, con nota di NAVA, Innocenti reificazioni, il danno da perdita di chance come fictio iuris; in Foro. It., 2020, I, 197, con nota di TASSONE, La chance tra razionalizzazione, finzione e sanzione. Questo il principio di diritto: “In tema di lesione del diritto alla salute da responsabilità sanitaria, la perdita di chance a carattere non patrimoniale consiste nella privazione della possibilità di un miglior risultato sperato, incerto ed eventuale (la maggiore durata della vita o la sopportazione di minori sofferenze) conseguente - secondo gli ordinari criteri di derivazione eziologica - alla condotta colposa del sanitario ed integra evento di danno risarcibile (da liquidare in via equitativa) soltanto ove la perdita possibilità sia apprezzabile, seria e consistente.” (Nella fattispecie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva escluso la sussistenza di una perdita di chance rilevando che, anche in caso di corretta esecuzione della prestazione sanitaria, la possibilità di sopravvivenza della paziente era talmente labile e teorica da non poter essere determinata neppure in termini probabilistici).

⁷³³ La Corte, in questa occasione, si sofferma su diversi punti: ribadisce che le peculiarità del modello “patrimoniale” del danno da perdita di chance, improntato sulla distinzione tra danno emergente e lucro cessante, mal si prestano al diverso danno da “perdita di possibilità terapeutica”, esempio tipico di chance non patrimoniale.

I giudici ribadiscono, poi, come nel settore sanitario la perdita di chance non possa farsi rientrare nello schema della cd. chance pretensiva, cara al diritto amministrativo. In questi casi, infatti, non si tratta di un preteso miglioramento o ampliamento della situazione soggettiva, di segno positivo, già in essere; ma piuttosto il paziente è titolare di una situazione negativa e patologica, e spera di poter recuperare, tramite l'intervento del medico, la propria integrità psicofisica compromessa. Più correttamente, quindi, la Corte propone di parlare, in campo medico, di chance “non pretensiva”, più vicina alla chance cosiddetta “oppositiva”, con la conseguenza che la sua liquidazione dovrà commisurarsi non già al “risultato perduto”, bensì alla “possibilità perduta” di realizzarlo.

giuridico, meritevole di ricevere una autonoma considerazione". Rimane pertanto confermato che "le stesse pretese si tramutano, di converso, in domanda di risarcimento tout court del danno da perdita anticipata del rapporto parentale, ove sia certo e dimostrabile, sul piano eventistico, che la condotta illecita abbia cagionato l'anticipazione dell'evento fatale, costituendo, in tale ipotesi, un evidente paralogismo l'evocazione della fattispecie della chance - fondato sull'equivoco lessicale indotto dalla locuzione "perdita della possibilità di vivere meglio e più a lungo" - mentre l'evento di danno è specularmente costituito dalla perdita anticipata della vita e dall'impedimento a vivere il tempo residuo in condizioni migliori e consapevoli". La chance "si sostanzia, in definitiva, nell'incertezza del risultato, la cui "perdita", ossia l'evento di danno, è il precipitato di una chimica di insuperabile incertezza, predicabile alla luce delle conoscenze scientifiche e delle metodologie di cura del tempo rapportate alle condizioni soggettive del danneggiato".

La risarcibilità della perdita di chance non si pone in alcun modo come conseguenza di una insufficiente relazione causale con il danno, ma come incertezza eventistica conseguente al previo accertamento di quel nesso con la condotta omissiva. In sostanza, pertanto, la possibilità perduta di un risultato sperato (nella quale si sostanzia la chance e che rappresenta qualcosa di ben diverso da un semplicistico *minus* del "bene finale") sarà risarcibile anche se marginale o modesta, purché risulti effettiva e provata⁷³⁴.

⁷³⁴ ARCERI, *La perdita di chance di guarigione quale danno risarcibile*, cit., 493, riassume i requisiti sufficienti e necessari per garantire la risarcibilità della chance di guarigione: "una condotta colpevole; la verifica di un danno (rappresentato per l'appunto dalla perdita della possibilità qualificata e seria, non annientata dalla concorrenza di altri fattori efficienti – cd. multifattorialità); un nesso di causalità tra condotta ed evento (inteso come soppressione dell'opzione terapeutica); conseguenze dannose, patrimoniali e non; un nesso di causalità tra evento e conseguenze dannose."

Riassumendo, la chance non rappresenta un'entità concettualmente distinta dal risultato finale (diritto alla salute o alla autodeterminazione); essa consiste, in sostanza, nell'incertezza del risultato e la sua perdita integra l'evento di danno; ne consegue che solo nell'ipotesi in cui l'intervento del sanitario abbia determinato un danno incerto, allora potrà dirsi integrata la fattispecie di danno da perdita di chance, quale possibilità perduta di un risultato sperato; in tutte le altre ipotesi il risarcimento non potrà essere accordato o, in presenza di tutti i presupposti del caso, dovrà essere risarcito il danno patrimoniale e non patrimoniale per la lesione dell'interesse finale.

Ne deriva, pertanto, secondo la ricostruzione proposta, il superamento della tradizionale distinzione tra chance ontologica, che integrerebbe un'inammissibile ipotesi di danno *in re ipsa*, e chance eziologica, frutto di un'indebita commistione e/o sovrapposizione tra la dimensione della causalità probabilistica e quella dell'evento di danno, dimensione quest'ultima da ancorarsi (invece) al concetto di possibilità -incertezza del risultato⁷³⁵.

La migliore chiave di lettura della sentenza la offre probabilmente la citazione che è posta in apertura della parte motiva della sentenza: J.M. Keynes, privilegiando una accezione soggettiva della nozione, considerava la chance come “*the measure of our ignorance*”⁷³⁶. Secondo il celebre filosofo ed economista di chance potrebbe parlarsi solo quando, dati due eventi, la conoscenza del primo risulti irrilevante rispetto alle nostre aspettative sul secondo (il risultato migliorativo sperato), cioè quando le probabilità delle proposizioni che asseriscono due eventi siano tra loro

⁷³⁵ ARCERI, *La perdita di chance di guarigione quale danno risarcibile*, cit., 493.

⁷³⁶ J.M. KEYNES, *A Treatise on Probability*, Londra, 1921, più recentemente ristampato (Mineola [New York], 2013).

indipendenti. La chance resta dunque confinata nelle relazioni incerte tra eventi non interdipendenti, in quanto non causalmente collegati da una “*law of connection*”. In tal modo la chance, per definizione, sfugge ad una misurazione attraverso il calcolo delle probabilità. Per converso se una tale connessione è possibile non si ricade più nel campo della chance ma in quello della relazione causale tra condotta ed evento di danno (inteso come lesione piena ed effettiva dell’interesse finale). Si ritaglia così un’area precisa di ristretta di rilevanza, nella quale l’esigenza di tutela si appunta su “l’antecedente, in termini di possibilità, del vantaggio finale”⁷³⁷: situazione connessa pur sempre all’interesse finale, ma distinta, e meritevole di autonoma tutela.

La liquidazione, conseguentemente, non potrà essere automaticamente rapportata, alla stregua di una frazione percentuale, a quella che si attribuirebbe alla lesione certa dell’interesse finale, ma dovrà da essa prescindere ed essere operata in via puramente equitativa e con riferimento alle peculiarità di ogni caso specifico⁷³⁸. L’ammontare del danno finale, tuttavia, avverte la Corte, può essere preso come riferimento indicativo.

7.4 Il diritto all’autodeterminazione terapeutica

⁷³⁷ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 1999, p. 699

⁷³⁸ Ricorrenti sono in dottrina le critiche in merito all’incertezza dei criteri liquidatori, affidati alla discrezionalità del giudice del merito (BUFANO, op. cit.: GATTI, *Riflessioni sulla (risarcibilità e sulla) quantificazione del danno da perdita di chance*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2019, 2113 ss.) I tribunali di merito tentano, tuttavia, di seguire dei criteri ricorrenti: Trib. Bologna, 10-19 aprile 2019, n. 961; Trib. Milano, 28 gennaio 2019, n. 842; Trib. Milano, 20 maggio 2019, n. 4783; Trib. Lucca, 14 novembre 2018, n. 1693; Trib. Reggio Emilia, 26 febbraio 2019, n. 266; Corte App. Torino, 15 maggio 2019, n. 814; Trib. Benevento, 9 maggio 2019, n. 45. (Sulle sentenze vedi ARCERI, *La perdita di chance di guarigione quale danno risarcibile*, cit., 494, nota 15).

Nel generale progetto di riordino complessivo della materia della responsabilità e della causalità perseguito dalla Cassazione con le dieci sentenze dello scorso 11 novembre 2019 non poteva mancare una pronuncia dedicata al tema del consenso informato.

Nel nostro ordinamento vale il principio per cui nessun trattamento sanitario può essere effettuato senza il consenso del paziente, ad eccezione dei trattamenti sanitari obbligatori e degli interventi d'urgenza; questi approdi costituiscono il punto di arrivo di un lungo percorso evolutivo che ha interessato il rapporto di cura⁷³⁹. Il riconoscimento del diritto al consenso⁷⁴⁰ informato per la prestazione sanitaria,

⁷³⁹ Sull'evoluzione del consenso informato nel rapporto tra medico e paziente, in dottrina: FACCI, *San Martino, il consenso informato ed il risarcimento dei danni*, in *Corr. giur.*, 2020, 353; CACACE, *Autodeterminazione e salute*, Giappichelli, 2017 e, in particolare sui profili attinenti al risarcimento del danno da violazione del consenso informato, ZIVIZ, *Le sabbie mobili del danno da lesione all'autodeterminazione nel trattamento sanitario*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 1485 ss.; GORGONI, *Il trattamento sanitario arbitrario nella morsa tra diritto vivente e diritto vigente*, *ivi*, 2017, 739 ss.; RAPISARDA, *Consenso informato e autodeterminazione terapeutica*, in *Nuove leggi civ.*, 2019, 43; FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018: "Il vero problema del consenso informato non può ridursi alla mancata o errata informazione medica con riguardo al trattamento proposto, ai rischi e alle alternative. Non è esclusivamente una questione di scarsa o scorretta informazione data ai malati, ma di qualità della comunicazione medico-paziente nella relazione di cura" (p. 17). Ancora ASTONE, *Autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento nella legge 22 dicembre 2017 n. 219*, in *Dir. fam. e pers.*, 2018, 1508 ss.; COPPINI, *Diritti del paziente e consenso informato*, in Ruffolo (a cura di), *La nuova responsabilità medica*, Milano, 2018, 167 ss.; STANZIONE ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998, 257 ss.; CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa Dir. Priv.*, 2010, 1037 ss.; DELLE MONACHE, *La nuova disciplina sul "testamento biologico" e sul consenso ai trattamenti medici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 997 ss.; DI MAJO, *La responsabilità da violazione del consenso informato*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2010, 2, 783 ss.; FRANZONI, *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione del paziente*, in *Resp. Civ.*, 2012, 85 ss.; ZATTI, *Consistenza e fragilità dello ius quo utimur in materia di cura*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2015, 1, 2020 ss.; ID., *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2018, I, 247 ss.; GORGONI, *Il trattamento sanitario arbitrario nella morsa tra diritto vivente e diritto vigente*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2017, 2, 740 ss.; LUCCHINI GUASTALLA, *Informazione e consenso*, in Iudica (a cura di), *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, Milano, 2019, 255 ss.; ALBANESE, *La responsabilità del medico e della struttura sanitaria per la violazione degli obblighi informativi*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2019, 4, 1171 ss.; SALANITRO, *Il consenso attuale e anticipato nel prisma della responsabilità medica*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2019, 1, 124 ss.

⁷⁴⁰ La nozione di consenso è entrata per la prima volta nel lessico giudiziario negli Stati Uniti nel 1914, quando il giudice Cardozo, nel caso *Schloendorff*, ha ritenuto censurabile la condotta del chirurgo che aveva eseguito un intervento senza il consenso della paziente, in base al principio secondo cui "ogni essere umano adulto e capace ha il diritto di determinare cosa debba essere fatto

infatti, si afferma parallelamente all'abbandono, sul piano socio-culturale, del tradizionale modo paternalistico di intendere il rapporto medico-paziente in favore di una relazione bilaterale paritaria, nella quale trova posto la libera e consapevole scelta del paziente, alla stregua di una vera e propria alleanza terapeutica⁷⁴¹. Non è più solo il sanitario, unico depositario dell'*ars medica*, a determinare le sorti del proprio paziente; le sue competenze scientifiche, infatti, non vengono più utilizzate per imporre un determinato trattamento, bensì per informare il paziente adeguatamente in modo che egli possa esprimere un consenso o rifiuto consapevole: medico e malato collaborano nella definizione della scelta terapeutica più appropriata dal punto di vista scientifico e personale.

Il pieno riconoscimento del diritto a non subire interventi in assenza di consenso informato è anche il frutto delle progressive approssimazioni della giurisprudenza

con il suo corpo e un chirurgo che effettua un intervento, senza il consenso del suo paziente, commette una aggressione per la quale egli è perseguibile per danni". L'espressione di consenso informato (*informed consent*), si fa invece risalire, convenzionalmente, al 1957, quando, in relazione al caso Salgo (nome di un paziente rimasto paralizzato agli arti inferiori dopo un'aortografia), la Corte Suprema della California, con la sua decisione, ha introdotto il principio del dovere del medico di comunicare al paziente *"tutti i fatti che coinvolgono i suoi diritti e interessi e circa il rischio chirurgico, alea e pericolo, se essi siano necessari a formare la base di un consenso al trattamento"*. In Italia, anche se il tema è trattato in dottrina già nel primo ventennio del secolo scorso, a livello normativo un consenso consapevole è richiesto dalla legge 26 giugno 1967, n. 458, art. 2 (*Trapianto del rene tra persone viventi*) e dalla legge 25 luglio 1956, n. 837, art. 4 (*Riforma della legislazione vigente per la profilassi delle malattie veneree*) data l'importanza del relativo atto medico. Un riferimento più specifico al c.d. "consenso informato" è presente nella legge 4 maggio 1990, n. 107, art. 3 (*Disciplina per le attività trasfusionali relative al sangue umano ed ai suoi componenti e per la produzione di plasmaderivati*); ulteriori riferimenti normativi si rinvencono nella L. 5 giugno 1990, n. 135, art. 5 (*Programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS*), nella L. 2 maggio 1992, n. 210, art. 7 (*Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazioni di emoderivati*), del D.M. 15 gennaio 1991, artt. 19, 26, 28, 31 e 34 (*Protocolli per l'accertamento dell'idoneità del donatore di sangue ed emoderivati*); D.M. 15 luglio 1997 (*Recepimento delle linee guida dell'Unione Europea di buona pratica clinica per la esecuzione delle sperimentazioni cliniche dei medicinali*). Nel 1992 si è istituito il Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), che il 20 giugno 1992, nel documento *"Informazione e consenso informato"*, ha delineato le problematiche etico-deontologiche, ed il fondamento giuridico dell'istituto.

⁷⁴¹ Sul percorso dal modello paternalistico alla c.d. "alleanza terapeutica", v. ROTONDO, *Obblighi informativi del sanitario nella scelta consapevole del paziente al trattamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 1248.

costituzionale che, dalle prime aperture al diritto “*all'autodeterminazione dell'uomo, che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale*”⁷⁴², passa ad un più chiaro riferimento al “*consenso del paziente*”⁷⁴³, fino a giungere ad un pieno riconoscimento del diritto al consenso informato, inteso quale espressione della “*consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico*”⁷⁴⁴. Esso si configura quale vero e proprio diritto della persona, e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32, rispettivamente posti a presidio della libertà personale e del diritto alla salute, più specificamente del diritto di ciascuno a non essere “*obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge*”. Nelle citate occasioni, la Consulta ha avuto modo di elaborare la funzione di sintesi tra due diritti fondamentali svolta dal consenso informato e, segnatamente, tra quello all'autodeterminazione e quello alla salute. Tale evoluzione ha proceduto di pari passo con la trasformazione della nozione di “salute”, concepita progressivamente non più solo come mera “assenza di malattia” o miglioramento rispetto ad un pregresso stato patologico, ma altresì come condizione di benessere fisico, psichico e mentale della persona.

⁷⁴² Corte cost. 22 giugno 1990, n. 307. Ma più diffusamente vedi anche Corte cost. 22 ottobre 1990, n. 471, in *Foro it.*, 1991, I, 14, con nota di ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto “attivo” ed in quello “passivo”*; Corte cost. 24 luglio 2000, n. 332, in *Foro it.*, 2000, I, 2739; Corte cost. 8 maggio 2009, n. 151, in *Foro it.*, 2009, I, 2301, con nota di CASABURI; Corte cost. 30 luglio 2009, n. 253, *Ibidem*, 2889.

⁷⁴³ Corte cost. 26 giugno 2002 n. 282, in *Foro it.*, 2003, I, 394, con nota di GRAGNANI, *Principio di precauzione, libertà terapeutica e ripartizione di competenze fra Stato e regioni*

⁷⁴⁴ Corte cost. 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, I, 1328, annotata da BALDUZZI PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 2008, 4953; MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il “consenso informato” ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, *Ibidem*, 4970; CORAGGIO, *Il consenso informato: alla ricerca dei principi fondamentali della legislazione statale*, *Ibidem*, 4981; SCALERA, *Il fondamento costituzionale del “consenso informato”: osservazioni a margine di Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438*, in *Studium iuris*, 2009, 1170.

Tali approdi, tra l'altro, sono stati approfonditi dalla giurisprudenza di merito e di legittimità come supporto argomentativo delle decisioni in materia di violazione del dovere di informazione da parte del sanitario. Per vero, quanto alla giurisprudenza ordinaria, può dirsi che il tema del consenso informato è ad essa noto da circa mezzo secolo. Si è soliti citare quale primo precedente in argomento Cass. 6 dicembre 1968, n. 3906, che ebbe ad affermare l'obbligo del sanitario di rendere edotto il paziente dell'effettiva natura della malattia e dei pericoli che l'atto terapeutico comporta (richiamando, anche per il contenuto delle informazioni, la deontologia professionale) e, per converso, la necessità del consenso da parte del paziente alla cura o all'intervento; in questa occasione, tuttavia, i giudici ritennero ancora sufficiente che questo fosse manifestato *“mediante un comportamento che riveli in maniera precisa ed inequivocabile il proposito di sottoporsi all'atto operatorio”*. Si trattava evidentemente di un primo approccio non ancora influenzato dall'accennata evoluzione del modo di sentire, nella società, del rapporto medico-paziente.

I riflessi di tale evoluzione hanno cominciato a manifestarsi intorno alla metà degli anni '90, attraverso pronunce dirette ad alzare la soglia a tutela dell'effettività del consenso con la precisazione, da un lato, che il consenso del paziente, oltre che informato, dev'essere consapevole, completo (deve riguardare cioè tutti i rischi prevedibili, compresi quelli statisticamente meno probabili) e globale (deve coprire non solo l'intervento nel suo complesso, ma anche ogni singola fase dello stesso), dall'altro, che esso deve essere esplicito e non meramente presunto o tacito (anche se presuntiva, per contro, può essere la prova, da darsi dal medico, che un consenso

informato sia stato prestato effettivamente ed in modo esplicito⁷⁴⁵) e con, inoltre, l'espresso riconoscimento dell'autonoma risarcibilità del danno derivante dalla lesione del relativo diritto⁷⁴⁶.

All'affermarsi di tali orientamenti ha fatto da motore anche l'evoluzione normativa sovranazionale⁷⁴⁷, supportata dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e della Corte di Giustizia, le quali hanno consolidato il riconoscimento della centralità del consenso del paziente al trattamento medico (di tipo diagnostico, terapeutico, chirurgico, ecc.), quale espressione di un diritto fondamentale ed incompressibile dell'individuo *di (essere messo nelle condizioni di poter effettivamente) esercitare il dominio sul proprio corpo, ivi incluso il diritto di rifiutare le cure, anche quando salvavita*⁷⁴⁸, autonomo e distinto dal diritto alla salute.

In questo contesto si inserisce la L. 22 dicembre 2017, n. 219⁷⁴⁹, cui si riconosce il merito di aver introdotto una disciplina generale ed astratta del consenso informato,

⁷⁴⁵ Cass. 27/11/2012, n. 20984.

⁷⁴⁶ Cass. n. 11950 del 2013; n. 2854 del 2015; n. 24220 del 2015; n. 24074 del 2017; n. 16503 del 2017.

⁷⁴⁷ Cfr. art. 24 della *Convenzione sui diritti del fanciullo*, firmata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata con L. 27 maggio 1991 n. 176; art. 5 della *Convenzione di Oviedo sulla biomedicina* del 4 aprile 1997, resa esecutiva con L. 28 marzo 2001, n. 145; art. 3 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000; art. 6, comma 1, della *Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani dell'Unesco*.

⁷⁴⁸ Così AMIDEI, *Consenso informato e risarcimento del danno per omessa informazione*, in *Giur. It.*, 2021, 2, 497.

⁷⁴⁹ “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”, pubblicata sulla Gazzetta ufficiale il 16 gennaio 2018 ed entrata in vigore il 31 gennaio 2018. In particolare, l'art. 5 così dispone: “Pianificazione condivisa delle cure 1. Nella relazione tra paziente e medico di cui all'articolo 1, comma 2, rispetto all'evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta, può essere realizzata una pianificazione delle cure condivisa tra il paziente e il medico, alla quale il medico e l'équipe sanitaria sono tenuti ad attenersi qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità. 2. Il paziente e, con il suo consenso, i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di sua fiducia sono adeguatamente informati, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, in particolare sul possibile evolversi della patologia in atto, su quanto il paziente può realisticamente attendersi in termini di qualità della vita, sulle possibilità cliniche di intervenire e sulle cure palliative. 3. Il paziente esprime il proprio

ricognitiva dei principi fondamentali già contenuti nelle norme sovranazionali e nazionali citate. Nel primo articolo viene, infatti, previsto che “*nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge*”; il legislatore rinviene il fondamento di tale statuizione nei “*principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*”. Logici corollari di tale principio, secondo il legislatore, sono, quindi, il dovere del medico di “*rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo*”, e l’esenzione da responsabilità civile e penale per le conseguenze che derivino dall’ottemperanza alla volontà del paziente.

In merito alla fonte dell’obbligo informativo, diversi orientamenti si sono contesi il campo negli anni.

Una prima tesi fondava l’obbligo del medico e/o della struttura sanitaria di informare il paziente ed acquisirne il consenso sul generale dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto; hanno quindi collocato l’obbligo di informazione nella fase precontrattuale⁷⁵⁰. Più recentemente, dottrina e giurisprudenza si sono divise

consenso rispetto a quanto proposto dal medico ai sensi del comma 2 e i propri intendimenti per il futuro, compresa l'eventuale indicazione di un fiduciario. 4. Il consenso del paziente e l'eventuale indicazione di un fiduciario, di cui al comma 3, sono espressi in forma scritta ovvero, nel caso in cui le condizioni fisiche del paziente non lo consentano, attraverso video-registrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare, e sono inseriti nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico. La pianificazione delle cure può essere aggiornata al progressivo evolversi della malattia, su richiesta del paziente o su suggerimento del medico. 5. Per quanto riguarda gli aspetti non espressamente disciplinati dal presente articolo si applicano le disposizioni dell'articolo 4”.

⁷⁵⁰ In tal senso, cfr. Cass. civ., 15 gennaio 1997, n. 364; Cass. civ., 25 novembre 1994, n. 10014; Cass. civ., 12 maggio 1982, n. 3604; App. Bologna, 21 novembre 1996.

tra chi⁷⁵¹ faceva discendere tale obbligo direttamente dal rapporto contrattuale (anche da contatto sociale qualificato) intercorrente tra paziente e medico e/o struttura sanitaria, e chi⁷⁵², invece, qualificava l'obbligo di acquisizione del consenso come oggetto di una obbligazione *ex lege*, derivante dalle molteplici fonti normative innanzi citate; tale tesi, tra l'altro, ha ricevuto maggiore consensi a seguito dell'entrata in vigore della L. n. 219/2017.

Sulla questione si è pronunciata la Corte di Cassazione con una delle sentenze “di San Martino bis”⁷⁵³, senza però assumere una posizione netta⁷⁵⁴ a riguardo. I giudici hanno sostenuto, infatti, che i doveri informativi del medico nei confronti del paziente sussistono “*indipendentemente dalla riconducibilità o meno di tale attività informativa ad un vincolo contrattuale o ad un obbligo legale, trovando titolo il dovere in questione nella qualificazione ‘illecita’ della condotta omissiva o*

⁷⁵¹ Cass. civ., 14 novembre 2017, n. 26827; Cass. civ., 29 novembre 2012, n. 21235; Cass. civ., 2 marzo 2010, n. 6045; Cass. civ., 9 febbraio 2010, n. 2847; Cass. civ., 29 settembre 2009, n. 20806; Cass. civ., 14 febbraio 2007, n. 3259; Cass. civ., 23 maggio 2001, n. 7027; Trib. Roma, 8 maggio 2017, n. 8966.

⁷⁵² Cass. civ., 13 ottobre 2017, n. 24074; Cass. civ., 11 luglio 2017, n. 17074.

⁷⁵³ Cass. Civ., n. 28985/ 2019

⁷⁵⁴ AMIDEI, *Consenso informato e risarcimento del danno per omessa informazione*, cit. 498, a riguardo osserva: “una posizione che potremmo definire “ibrida”; che pare, per vero, a sommosso avviso di chi scrive, ispirata più all'intento di garantire, in termini pratici, un'ampia protezione al paziente (assicurandogli il diritto di agire, in caso di violazione degli obblighi connessi alla raccolta del consenso informato, verso più soggetti “fatti responsabili”, a diverso titolo) che ad una rigorosa ricostruzione della fonte degli obblighi informativi in capo al medico ed alla struttura sanitaria. [...] Sulla base di tale affermazione, la Suprema Corte avalla una soluzione pratica, potremmo dire, “*catch-all*”, che, prescindendo dalla qualificazione dogmatica della fonte dell'obbligo informativo, declina anche con riguardo al tema del consenso informato il modello di attribuzione di responsabilità delineato dalla legge Gelli-Bianco. Da un lato, il medico che non ha fornito l'adeguata informazione alla persona interessata sarà ritenuto inadempiente e, dunque, contrattualmente responsabile qualora sussista un contratto d'opera professionale tra lo stesso ed il paziente leso, in assenza del quale risponderà di responsabilità extracontrattuale per violazione del “diritto costituzionale di autodeterminazione, limite della sua autonomia professionale. Dall'altro lato, la violazione dell'obbligo informativo è certamente suscettibile di inserirsi tra le condotte dei sanitari delle quali l'ente ospedaliero è chiamato a rispondere, contrattualmente, ex art. 1228 c.c., per fatto dei propri ausiliari; a potrebbe altresì rilevare quale inadempimento “proprio” della struttura nei confronti del paziente, qualora l'omissione non sia imputabile esclusivamente all'opera del singolo professionista sanitario, ma direttamente all'ente medesimo, anche per il tramite della *equipe medica*”.

reticente, in quanto violativa di un diritto fondamentale della persona, e comunque da ritenere contra jus, indipendentemente dalla sussunzione del rapporto medico-paziente nello schema contrattuale o del contatto sociale, ovvero dell'illecito extracontrattuale”.

In merito poi, al contenuto del diritto al consenso informato, si ritiene che esso si concreti nella legittima pretesa, per il paziente, di conoscere con la necessaria e ragionevole precisione le conseguenze probabili (ma non anche quelle assolutamente eccezionali ed altamente improbabili) dell'intervento medico, onde prepararsi ad affrontarle con maggiore e migliore consapevolezza⁷⁵⁵.

L'informazione, per costituire valido presupposto del consenso e di liceità del trattamento sanitario, deve ricomprendere comunicazioni inerenti la natura dell'intervento (distruttivo/invasivo/doloroso/farmacologico), la sua portata ed estensione (distretti corporei interessati), le conseguenze ragionevolmente probabili/possibili dell'intervento, nonché i rischi e gli effetti collaterali, le percentuali di successo, la possibilità di interventi alternativi e le conseguenze del rifiuto dell'intervento (costi/benefici).

A fronte di una corretta e compiuta informazione il paziente potrà liberamente scegliere la soluzione a lui più conveniente. Ne conseguono, pertanto: il diritto, per il paziente, di scegliere tra le diverse opzioni di trattamento medico; la facoltà di acquisire, se del caso, ulteriori pareri di altri sanitari; la facoltà di scelta di rivolgersi ad altro sanitario e ad altra struttura, che offrano maggiori e migliori garanzie (in termini percentuali) del risultato sperato, eventualmente anche in relazione alle

⁷⁵⁵ Cass. n. 21748 del 2007; Cass. n. 23676 del 2008, in tema di trasfusioni salvavita eseguite al testimone di Geova contro la sua volontà.

conseguenze post-operatorie; il diritto di rifiutare l'intervento o la terapia e/o di decidere consapevolmente di interromperla; la facoltà di predisporre ad affrontare consapevolmente le conseguenze dell'intervento, ove queste risultino, sul piano postoperatorio e riabilitativo, particolarmente gravose e foriere di sofferenze prevedibili (per il medico) quanto inaspettate (per il paziente) a causa dell'omessa informazione.

Segue: il danno da lesione del diritto all'autodeterminazione per violazione dell'obbligo informativo.

La facoltà di scelta tra le plurime soluzioni prima esaminate rischia, di contro, di essere compromessa ove l'obbligo informativo non venga (o, almeno, non correttamente) adempiuto. Ciò posto, tuttavia, la novella del 2017 nulla dice in merito alle conseguenze della violazione del consenso informato; sul tema si sono, pertanto, soffermate dottrina e giurisprudenza. Alla luce di quanto finora esaminato, le voci sono concordi nel riconoscere, in ragione della dialettica tra artt. 2, 13 e 32 Cost., autonoma rilevanza al diritto all'autodeterminazione rispetto al distinto diritto alla salute, ognuno volto alla tutela di beni giuridici differenti. Simmetricamente, pertanto, si è ritenuto⁷⁵⁶ che il mancato adempimento dell'obbligo informativo da parte del sanitario integri un illecito plurioffensivo, idoneo a ledere potenzialmente beni giuridici non coincidenti: il diritto la salute ed il diritto all'autodeterminazione. Più specificamente, il danno alla salute sarebbe

⁷⁵⁶ Corte cost. 23 dicembre 2008, n. 438, cit.

configurabile quando sia ragionevole ritenere che il paziente, se correttamente informato, avrebbe evitato di sottoporsi all'intervento e di subirne le conseguenze invalidanti⁷⁵⁷; il danno da lesione del diritto all'autodeterminazione, invece, verrebbe integrato se, a causa del deficit informativo, il paziente lamenti un pregiudizio, patrimoniale oppure non patrimoniale (ed, in tale ultimo caso, di apprezzabile gravità⁷⁵⁸), diverso dalla lesione del diritto alla salute⁷⁵⁹. Le lesioni di entrambi i diritti autorizzano, pertanto, autonomi risarcimenti ove sia dimostrato che dalla lesione di ciascuno di essi siano derivate conseguenze pregiudizievoli; va invece rifiutata una lettura di tali danni (conseguenza) quali sussistenti *in re ipsa*.

Sulla base di queste premesse e del possibile intreccio degli elementi della fattispecie di danno, la Suprema Corte è giunta, quindi, a prospettare cinque⁷⁶⁰

⁷⁵⁷ Cfr. NAZERAJ, *Lesione dell'autodeterminazione terapeutica e rimedio risarcitorio: lo stato dell'arte*, in *Danno e resp.*, 2021, 4: "Per quanto attiene al danno alla salute, esso si ritiene sussistente qualora sia ragionevole ritenere che il paziente, su cui grava il relativo onere probatorio (anche in via presuntiva), se correttamente informato, avrebbe evitato di sottoporsi all'intervento, oppure avrebbe scelto un percorso terapeutico alternativo. A tale stregua, si rende necessaria un'indagine controfattuale sulla volontà del paziente, che costituisce il punto focale in materia." La dimostrazione della risarcibilità di tale danno va condotta mediante una "valutazione controfattuale ipotetica", volta ad accertare se il paziente, in caso di corretta esecuzione dell'obbligo informativo da parte del sanitario, avrebbe o meno rifiutato la specifica prestazione sanitaria e le relative modalità esecutive, al fine di verificare se la condotta omessa dal medico, qualora fosse stata posta regolarmente in essere, avrebbe potuto evitare o meno il danno del quale viene richiesto il risarcimento.

⁷⁵⁸ Condizione di risarcibilità del danno non patrimoniale, in accordo con le decisioni di San Martino 2008, è che esso non consista in meri disagi o fastidi, ma sia di una certa gravità e serietà, nel rispetto del principio di solidarietà e tolleranza.

⁷⁵⁹ Cfr. NAZERAJ, *Lesione dell'autodeterminazione terapeutica e rimedio risarcitorio: lo stato dell'arte*, cit.: "Il diritto all'autodeterminazione attiene alla sfera interna dell'individuo, risolvendosi nella eliminazione o contrazione della libertà di disporre di sé e del proprio corpo, e pertanto, è ristorabile anche in presenza di intervento terapeutico necessitato o correttamente eseguito. Tuttavia, ciò non significa che l'omissione informativa comporta automaticamente la risarcibilità del pregiudizio all'autodeterminazione, cioè a prescindere da un'adeguata prova dello stesso, come è emerso in alcune pronunce di legittimità".

⁷⁶⁰ Nel precedente Cass. Civ. 23 marzo 2018, n. 7248, in *Foro it.*, 2018, I, 2401, con nota di CAPUTI, *Consenso informato, autodeterminazione e contrasti occulti ma non troppo*, le ipotesi passate in rassegna dalla Cassazione erano solo quattro e, segnatamente: "1. omessa/insufficiente informazione in relazione ad un intervento che ha cagionato un danno alla salute a causa della condotta colposa del medico, a cui il paziente avrebbe in ogni caso scelto di sottoporsi nelle medesime condizioni, hic et nunc: in tal caso, il risarcimento sarà limitato al solo danno alla salute subito dal paziente, nella sua duplice componente, morale e relazionale; 2. omessa/insufficiente informazione in relazione ad un intervento che ha cagionato un danno alla salute a causa della condotta colposa del

possibili situazioni diverse⁷⁶¹. Nella prima situazione ipotetica, il paziente si sarebbe comunque sottoposto al trattamento medico che, per colpa del sanitario, gli ha cagionato un danno alla salute; in questo caso, sarà risarcibile solo il danno alla salute. Nella seconda, il paziente avrebbe desistito dal trattamento che gli ha cagionato un danno a causa della condotta colposa del medico, con conseguente risarcibilità non solo del danno alla salute, ma anche del danno da lesione del diritto all'autodeterminazione (purché provato). Nella terza, il paziente avrebbe scelto di non sottoporsi al trattamento a seguito del quale ha subito un danno alla salute, non cagionato, però, da colpa del medico. In questo caso, potranno essere risarciti il danno da lesione del diritto all'autodeterminazione (sul piano equitativo) e anche quello alla salute c.d. differenziale, che sottrae dal pregiudizio conseguente al trattamento terapeutico il preesistente stato patologico invalidante del malato. Nella quarta, il paziente avrebbe comunque accettato di sottoporsi al trattamento, che non ha determinato alcun danno alla salute; non è, quindi, dovuto alcun risarcimento. La quinta ed ultima ipotesi prende in considerazione il caso di omessa o inesatta diagnosi, che pur non avendo cagionato alcun danno alla salute al paziente, gli ha

medico, a cui il paziente avrebbe scelto di non sottoporsi: in tal caso, il risarcimento sarà esteso anche al danno da lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente; 3. omessa informazione in relazione ad un intervento che ha cagionato un danno alla salute a causa della condotta non colposa del medico, a cui il paziente avrebbe scelto di non sottoporsi: in tal caso, il risarcimento, sarà liquidato con riferimento alla violazione del diritto alla autodeterminazione (sul piano puramente equitativo), mentre la lesione della salute - da considerarsi comunque in relazione causale con la condotta, poiché, in presenza di adeguata informazione, l'intervento non sarebbe stato eseguito - andrà valutata in relazione alla situazione differenziale tra quella conseguente all'intervento e quella (comunque patologica) antecedente ad esso; 4. omessa informazione in relazione ad un intervento che non ha cagionato danno alla salute del paziente (e che sia stato correttamente eseguito): in tal caso, la lesione del diritto all'autodeterminazione costituirà oggetto di danno risarcibile tutte le volte che, e solo se, il paziente abbia subito le inaspettate conseguenze dell'intervento senza la necessaria e consapevole predisposizione ad affrontarle e ad accettarle, trovandosi invece del tutto impreparato di fronte ad esse"

⁷⁶¹ I giudici di legittimità "creano" diritto come farebbe il legislatore, prevedendo fattispecie generali e astratte, anziché regole ricavabili induttivamente dal criterio (*ratio decidendi*) adottato per risolvere la singola controversia.

impedito di accedere ad ulteriori accertamenti, più accurati ed attendibili. In tal caso, l'unico in cui la Cassazione prospetta un'autonoma rilevanza risarcitoria della lesione del diritto all'autodeterminazione terapeutica, il paziente dovrà allegare specificamente le conseguenze dannose che gli siano derivate in termini di sofferenza soggettiva e contrazione della libertà di disporre di sé stesso, psichicamente e fisicamente⁷⁶² al fine vedere accolta la propria domanda risarcitoria⁷⁶³.

In tutte le ipotesi in cui un danno all'autodeterminazione è in astratto configurabile secondo questa prospettazione e, in particolare nell'ultima ipotesi – lo si ribadisce – l'unica che riconosce autonoma rilevanza risarcitoria al diritto all'autodeterminazione, pur in assenza, cioè, di un simultaneo danno alla salute del paziente, emergono tuttavia alcuni ostacoli processuali.

Il più evidente consiste nell'onere probatorio richiesto al paziente per giustificare le proprie pretese risarcitorie. Ebbene, osservano i giudici, che la prova del nesso eziologico tra omessa informazione e danno (o meglio, l'onere di dimostrare che se

⁷⁶² NAVONE, *La responsabilità del medico per inosservanza dell'obbligo informativo*, in *Le nuove leggi civili comm.*, 2020, 6, 1399, osserva criticamente: "Nel tentativo di delineare la fattispecie, tuttavia, la motivazione si appanna. Più in dettaglio, ivi si afferma che l'omessa o manchevole diagnosi da cui non sia conseguita la lesione del diritto alla salute del paziente è comunque idonea ad attivare il rimedio risarcitorio se da essa gli sono «derivate conseguenze dannose di natura non patrimoniale» "altre" (diverse da quelle che possono discendere dalla compromissione della salute), declinabili «in termini di sofferenza soggettiva e contrazione della libertà di disporre di se stesso, psichicamente e fisicamente»; val quanto dire: la quintessenza dell'evanescenza."

⁷⁶³ Osserva NAZERAJ, *Lesione dell'autodeterminazione terapeutica e rimedio risarcitorio: lo stato dell'arte*, cit., che "al quadro così delineato rimane esclusa l'ipotesi del danno c.d. da impreparazione del paziente ad affrontare le conseguenze inaspettate dell'intervento, che non ha peggiorato la sua salute e al quale si sarebbe comunque sottoposto. Si tratta del pregiudizio subito dal malato per non avere avuto il tempo di programmare la terapia al fine di assolvere ai propri impegni. Ebbene, in tal caso è chiaro che non sarà risarcito alcun danno alla salute, perché non sussiste, ma diventa quasi impossibile la risarcibilità dell'autonomo pregiudizio all'autodeterminazione, posto che, il paziente, se adeguatamente informato, non avrebbe rifiutato, ma soltanto differito nel tempo l'intervento". Sul punto vedi anche PALMIERI, *Il "restatement" della terza sezione in tema di consenso informato tra continuità col passato e innovazioni (di segno negativo per il paziente)*, in *Foro it., Gli speciali*, 2020, 82.

fosse stato debitamente informato dei rischi connessi al trattamento sanitario, non vi si sarebbe sottoposto) grava sull'attore/danneggiato per diverse ragioni: il fatto positivo da provare è il rifiuto che il paziente avrebbe opposto al medico; secondo il principio della vicinanza della prova, il dissenso del paziente - presupposto della domanda risarcitoria – è una scelta soggettiva del paziente e, per questo, a lui certamente più prossima; da ultimo, il discostamento della scelta del paziente dalla valutazione di opportunità dell'intervento operata dal medico non costituisce *l'id quod plerumque accidit*. Il paziente, in particolare, dovrà provare non solo la (diversa) scelta che avrebbe fatto qualora fosse stato adeguatamente informato, ma anche il nesso di causalità che lega la violazione del diritto ad esprimere quella scelta ed il danno subito, sia nel caso del danno biologico seguito all'intervento terapeutico, sia nel caso di differente danno patrimoniale o non patrimoniale. Tale prova, precisa la Suprema Corte, *“potrà essere fornita con ogni mezzo, ivi compresi il notorio, le massime di esperienza, le presunzioni, queste ultime fondate, in un rapporto di proporzionalità diretta, sulla gravità delle condizioni di salute del paziente e sul grado di necessità dell'operazione”*.

Ma non è finita; esclusa la natura di danno *in re ipsa* del danno da lesione del diritto all'autodeterminazione, è ugualmente essenziale per il paziente, ai fini dell'attivazione del rimedio risarcitorio, passando dal piano della causalità materiale a quello della causalità giuridica⁷⁶⁴, dimostrare che dalla violazione del

⁷⁶⁴ Si sofferma sugli ostacoli risarcitori che frequentemente ed in concreto si ritrovano a fronteggiare i pazienti/danneggiati, NAVONE, *La responsabilità del medico per inosservanza dell'obbligo informativo*, cit., il quale osserva: “per lo più tortuosi e di difficilissimo esito sono i tentativi di dimostrare che dall'omessa o insufficiente informazione è derivato un sentimento di afflizione interiore per non aver potuto compiere una valutazione pienamente consapevole dei costi-benefici di un trattamento sanitario. Ed anzi, per singolare paradosso, un siffatto sentimento d'afflizione dovrebbe essere escluso in radice proprio nelle ipotesi più tragiche, quelle cioè in cui al deficit informativo del medico segue (di lì a poco) la morte del paziente: non può avvertire questo specifico patema d'animo chi muore ignorando di essere stato male informato. Ma, se possibile, per la vittima

diritto sono scaturite sofferenze o altre ricadute psicologiche per non aver potuto programmare l'intervento o le sue alternative (inclusi altri interessi che avrebbe scelto di perseguire, per esempio con un differimento della terapia o dell'intervento).

Altro quesito irrisolto appare l'esatta estensione del contenuto dell'obbligo informativo⁷⁶⁵. Il problema non si pone, infatti, nelle ipotesi di assoluta carenza di consenso rispetto alla prestazione medica, bensì nei casi, nella pratica più ricorrenti, in cui il consenso prestato dal paziente appaia viziato o incompleto, anche in relazione ad omissioni informative con riguardo a singole circostanze. I confini tra un consenso informato, globale, libero, personale, espresso e consapevole ed uno privo, anche parzialmente, dei caratteri essenziali, appaiono sfumati e poco definiti. Per verificare ed apprezzare la tenuta dei principi enunciati dalla III sezione della Cassazione, pertanto e ancora una volta, dovranno attendersi le successive pronunce della giurisprudenza sulle questioni esposte, e, principalmente, sul tema della prova, vero banco di prova.

8 La valutazione, ai fini risarcitori, della condotta dell'esercente strutturato

è ancora più arduo dimostrare che dall'omessa o insufficiente informazione sono derivate specifiche ricadute negative (distinte da quelle che possono conseguire alla lesione della salute) sulla dimensione dinamico-relazionale: è sensato ipotizzare che – nonostante la violazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica – il paziente non vedrà dimidiata la sua vita sociale. [...] La conferma empirica di quanto sopra si è detto si trae da un semplice carotaggio della giurisprudenza in argomento. È significativo constatare, infatti, che la stragrande maggioranza delle domande giudiziali viene poi rigettata perché non risulta in concreto provata l'esistenza di seri danni-conseguenza non patrimoniali, "interni" o "esterni" che siano. Nasce da qui, allora, dalla realistica visione del c.d. «diritto vivente», la seria preoccupazione che il diritto fondamentale all'autodeterminazione terapeutica possa ridursi allo stato di un diritto solennemente proclamato e sistematicamente negato; e quindi, in definitiva, privo di effettività".

⁷⁶⁵ In merito alla giurisprudenza successiva alla novella del 2017, vedi AMIDEI, *Consenso informato e risarcimento del danno per omessa informazione*, cit., 500 ss.

Il tema della quantificazione del danno, invero talvolta trattato come una mera questione di pratica professionale, rappresenta al contrario un profilo non certo trascurabile, in quanto interconnesso, quanto a premesse e conclusioni, con la ricostruzione di relevantissimi profili teorici della responsabilità civile, primo fra tutti quello della funzione stessa dell'istituto. Tra l'altro, in un contesto socio-economico in cui i principali soggetti danneggianti sono ormai tutti assicurati e dei risarcimenti sono onerate le compagnie assicurative, è essenziale assicurare la prevedibilità degli importi risarcitori per garantire la sostenibilità del sistema⁷⁶⁶.

Ecco, dunque, che per la definizione del *quantum debeatur* occorre soffermarsi, oltre che sul sistema tabellare, altresì sul comma 3, dell'art. 7, della Legge Gelli-Bianco, nella sua seconda parte, in forza del quale “*il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge*». La disposizione richiamata, a sua volta, impone al professionista sanitario di attenersi, salve le specificità del caso concreto alle raccomandazioni contenute nelle linee guida pubblicate nel sito internet dell'Istituto superiore di sanità oppure, in loro mancanza, alle buone pratiche clinico-assistenziali.

La norma in questione ha legittimato due diversi orientamenti: il primo assegnava rilevanza al rispetto delle linee guida e buone pratiche sul piano dell'*an debeatur*; il secondo ai fini della sola quantificazione del risarcimento.

⁷⁶⁶ Cfr. FACCIOLI, *La quantificazione del danno nella responsabilità sanitaria secondo la legge Gelli-Bianco (art. 7, commi 3 e 4, l. n. 24 del 2017)*, cit.; PONZANELLI, *La nuova frontiera della responsabilità civile: la quantificazione del danno non patrimoniale*, in *Quest. giust.*, 2018, p. 114 ss.

Segnatamente, secondo la prima e più prudente tesi, maggioritaria prima dell'entrata in vigore della riforma Balduzzi, dalla valutazione della rispondenza della condotta del professionista sanitario alle regole dell'*ars medica* accreditata se ne inferiva la sussistenza stessa della sua responsabilità medica⁷⁶⁷. A seguito della novella del 2012, l'orientamento non perse del tutto vigore nonostante il legislatore, nel tentativo di fare maggiore chiarezza in merito al ruolo della condotta medica, avesse esplicitato il ruolo del rispetto delle linee guida con riferimento alla “determinazione” del danno: la precisazione, infatti, quando non ignorata, venne intesa come mero frutto di una svista del legislatore⁷⁶⁸.

Il principio di conservazione delle norme giuridiche ed il tentativo di restituire il giusto impatto alla scelta esplicita del legislatore, però, assegnarono netta prevalenza al secondo orientamento, che riferisce la seconda parte del comma 3 dell'art. 7 della Legge Gelli-Bianco al *quantum* della responsabilità sanitaria⁷⁶⁹. Viene quindi istituita una importante correlazione fra le modalità soggettive della condotta del professionista sanitario e la quantificazione del risarcimento spettante al paziente danneggiato⁷⁷⁰. Ne deriva, pertanto, che la quantificazione del danno

⁷⁶⁷ ZANUZZI, *La quantificazione del danno conseguente all'attività medico-sanitaria nella legge 24/2017*, in *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, a cura di ROMAGNOLI, Padova, 2018, p. 112 ss.; GORGONI, *Linee guida e buone pratiche: riflessi sulla colpevolezza e sul danno*, in *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, a cura di IUDICA, Milano, 2019, p. 74 ss.

⁷⁶⁸ Sul punto vd. FACCIOLO, *La quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l'avvento della Legge Balduzzi*, in *Nuova giur. civ.*, 2014.

⁷⁶⁹ Del resto, il fatto stesso che la disciplina della Legge Balduzzi venga confermata dalla Legge Gelli-Bianco rende poco plausibile sostenere che il legislatore avrebbe nuovamente commesso un errore nella formulazione letterale della norma; la tesi della svista non sembra convincente. Sul punto BOTTONI, *Polifunzionalità della responsabilità civile, responsabilità medica e determinazione del danno*, in *Il punto sui così detti danni punitivi*, a cura di PERFETTI, Napoli, 2019, p. 33.

⁷⁷⁰ SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 741; CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 424, 913 s.); MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, Roma, 2017, 127 ss.; MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, 754, 762; GUFFANTI PESENTI, *Il ruolo della condotta del medico nella quantificazione del risarcimento. Note sull'art. 7, co. 3, l. 8-3-2017 n. 24*,

risarcibile nella responsabilità sanitaria dipende da due fattori concorrenti: il criterio tabellare preso in prestito dalla disciplina della circolazione dei veicoli, più sopra esaminato, e la valutazione delle modalità soggettive della condotta del sanitario. Il richiamato connubio, tuttavia, ha generato alcuni dubbi, su cui vale la pena di soffermarsi.

Non si annovera tra questi, per le ragioni già citate e le motivazioni riassunte dalla giurisprudenza Costituzionale in occasione della questione di legittimità sollevata in merito all'art. 139 cod. ass., il principio di integralità del risarcimento del danno⁷⁷¹. Quest'ultimo, infatti, non assumendo il rango di principio costituzionale, così come non costituisce ostacolo ad una disciplina legislativa che istituisce un sistema tabellare teso a limitare il risarcimento del danno, allo stesso modo non impedisce di determinare l'importo da liquidare al danneggiato non solo in ragione del danno patito, ma anche della condotta del sanitario danneggiante. Peraltro, ove ad essere lesi siano interessi di natura non patrimoniale è lo stesso concetto di "integralità del risarcimento" ad assumere un carattere più sfumato: non esistono infatti parametri di mercato per la sua quantificazione e quindi, pur dovendo il risarcimento costituire un serio ristoro per la vittima, dovrà per lo più farsi ricorso a criteri convenzionali.

La principale perplessità che l'art. 7, comma 3 seconda parte solleva, riguarda invece la funzione assolta dalla norma: essa, infatti, è stata alternativamente

in *Eur. dir. priv.*, 2017, 1499 ss.; SACCONI, *Condotta dell'esercente la professione sanitaria e quantificazione del risarcimento*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 1351 ss.; ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contr. e impresa*, 2017, 731.

⁷⁷¹ Si ricorda Corte Cost., 16 ottobre 2014, n.235, in *Europa dir. priv.*, 2014, 1389, nt. GUFFANTI PESENTI, *La Corte costituzionale e l'inedita funzione sociale del diritto alla salute*. Sul tema PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 67

ricondata all'ambito del cd. diritto premiale o a quello del diritto sanzionatorio, o ad entrambi. Annoverare la condotta colposa del medico quale ragione dell'incremento del *quantum* del risarcimento apre uno spiraglio nel complesso tema delle funzioni da assegnare alla responsabilità civile. La questione, come noto, è stata recentemente risolta dalle Sezioni Unite della Cassazione⁷⁷², le quali, interrogate sulla delibabilità delle sentenze straniere di condanna ai *punitive damages*, hanno chiarito che *“accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo-riparatoria dell'istituto (che immancabilmente lambisce la deterrenza) è emersa una natura polifunzionale [...] che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente e dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva”*. La soluzione è stata motivata anche alla luce dell'esistenza di una nutrita serie di disposizioni normative che attribuiscono al nostro ordinamento *anche la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria* del soggetto responsabile⁷⁷³, funzioni che però necessitano sempre, per rispettare gli artt. 23 e 25, comma 2, Cost., di un'espressa disposizione legislativa che *chiaramente* consenta al giudice di *imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati*. Sulla scorta di questi rilievi, la Cassazione ha quindi riconosciuto la possibilità di delibare sentenze straniere comminatorie di risarcimenti punitivi.

⁷⁷² Segnatamente, Cass. SS.UU. 5 luglio 2017, n. 16601 in *Nuova giur. civ.*, 2017, p. 1392, con nota di GRONDONA, *Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e punitive damages*. In termini analoghi Cass., 30 marzo 2018, n. 7917, in *Danno e resp.*, 2019, p. 102.

⁷⁷³ Si pensi all'articolo 12 della legge n. 7/1948 (diffamazione a mezzo stampa); all'articolo 96, comma 3 del codice di procedura civile, considerato dalla giurisprudenza un caso di condanna punitiva; all'articolo 709 *ter* del codice di procedura civile concernente le controversie tra genitori in tema di responsabilità genitoriale; all'art. 158 della l. 22 aprile 1941, n. 633 e l'art. 125 del d. lgs. 10 febbraio 2005, n. 30; all'art 187 *undecies* comma 2, d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58; al d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 7.

Sul presupposto, quindi, che *il messaggio (...) rivolto al diritto straniero (...) logicamente non potrà non essere ricevuto anche dal nostro diritto interno*⁷⁷⁴, l'interrogativo che sorge è se la seconda parte del comma 3 dell'art. 7 della Legge Gelli-Bianco possa assurgere a base normativa di sentenze comminatorie di risarcimenti punitivi.

Ebbene è vero che esistono realtà di strutture sanitarie in cui sono sistematicamente tollerate, se non anche incoraggiate, pratiche scorrette, in grado di apportare sì un sensibile risparmio sui costi delle prestazioni, ma anche di risolversi in lesioni della salute dei pazienti. Queste ultime, sebbene diffuse, spesso non superano il livello di rilevanza giuridica o sono talmente poco significative da esser causa di risarcimenti modesti; i soggetti lesi sono quindi scoraggiati dall'attivare i rimedi giudiziali. In un siffatto contesto potrebbe allora essere utile prevedere un risarcimento con funzione anche punitiva, al fine di inibire le prassi descritte in favore di comportamenti più virtuosi e rispettosi dei diritti dei pazienti.

Al momento, però, di verificare la conformità della disposizione contenuta nella seconda parte del comma 3 dell'art. 7 della Legge Gelli-Bianco ai criteri forniti dalle Sezioni Unite, ci si accorge che a difettare è soprattutto il carattere della certezza e della prevedibilità del risarcimento. La norma si limita infatti ad effettuare un generico riferimento alla necessità di tenere conto della condotta del medico ai sensi dell'art. 5, ma nessuna indicazione fornisce in merito ai limiti quantitativi della condanna⁷⁷⁵.

⁷⁷⁴ Così DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, 2017, 1793. In merito alle funzioni della responsabilità civile, da ultimo SALVI, *Quali funzioni per la responsabilità civile?*, in *Danno e resp.*, 2022, 3, 137 ss.

⁷⁷⁵ Sul punto, deve osservarsi che diversi Autori non condividono il richiamo che Sezioni Unite fanno a proposito della determinatezza e tassatività all'art. 25, comma 2, Cost.. questi principi, infatti, svolgono una funzione di rigorosa garanzia della libertà personale di fronte alla sanzione

Ma tra gli ostacoli maggiori alla attribuzione alla disposizione citata di una funzione sanzionatoria è certamente la *ratio* della novella del 2017, approvata, come noto, per arginare il fenomeno della medicina difensiva. La legge Gelli Bianco introduce una serie di misure per implementare la tutela offerta agli esercenti la professione sanitaria e ridurre il loro rischio di essere coinvolti in contenziosi giudiziali; una lettura della norma compatibile con la funzione sanzionatoria del risarcimento si porrebbe in netto contrasto con l'intero impianto normativo, andando evidentemente a discapito della categoria dei sanitari, chiamati a rispondere di risarcimenti esorbitanti il danno arrecato con colpa e senza l'osservanza delle linee guida o buone pratiche accreditate. L'attribuzione, accanto alla funzione riparatoria, di una vicina funzione punitiva, comporterebbe senz'altro un evidente aggravamento del regime della responsabilità sanitaria e deviazione dalla *ratio* di fondo della nuova disciplina.

Sembra quindi più corretto e coerente con l'intero sistema, attribuire alla norma in discorso solo funzione premiale, come strumento per permettere al giudice di

penale che non trova riscontro, invece, quando ci si trasferisce sul piano prettamente patrimoniale, dei *punitive damages*. Ove si dovessero applicare rigorosamente tutte le indicazioni dei giudici di legittimità, nel diritto interno si riscontrerebbe un gran numero di previsioni della legislazione italiana contemplanti sanzioni civili, che però lasciano all'interprete una considerevole discrezionalità nell'identificazione della condotta tenuta dal responsabile e/o nella determinazione delle relative conseguenze sanzionatorie, tradite quindi da formulazioni linguistiche dotate di un certo margine, anche non trascurabile, di elasticità e indeterminatezza. In questo senso vedi, tra gli altri, DELLACASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contr. e impresa*, 2017, 1171 s.; DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, Milano, 2019, 179 ss., 350 ss.). L'importo risarcitorio rimane quindi spesso lasciato ad un considerevole tasso d'imprevedibilità che, secondo alcuni, rafforzerebbe la funzione deterrente della norma. Tale impostazione, fra l'altro, ha trovato riscontro in una recente pronuncia della Corte Costituzionale, la quale ha negato che la sanzione prevista dall'art. 96, comma 3, c.p.c. soggiaccia alla riserva assoluta di legge prevista dall'art. 25, comma 2, Cost. e ha ricondotto tale norma al principio di legalità sancito dall'art. 23 Cost.: sulla base di questo inquadramento, la Consulta ha pertanto considerato infondata la questione di legittimità costituzionale della disposizione citata, osservando come il richiamo all'equità limiti la discrezionalità del giudice secondo il criterio di proporzionalità sulla base delle tariffe forensi, salvando la norma dalla illegittimità (Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139, sulla quale v. DE MENECH, *Uso eccessivo del processo e...della giurisprudenza (a dieci anni dall'introduzione del terzo comma dell'art. 96 c.p.c.)*, in *Jus Civile*, 2019, 560 ss.).

ridurre l'importo risarcitorio allorché, nonostante venga accertata la colpa del medico, emerga dall'impianto probatorio l'ottemperanza dell'obbligo di attenersi a linee guida e buone pratiche. Tale circostanza, invero, non è infrequente: l'accertamento della condotta colposa del medico, infatti, può coesistere con l'osservanza di linee guida e buone pratiche. Esse esplicitano principalmente il profilo della cd. perizia professionale, aspetto, assolutamente non esclusivo nè esaustivo del giudizio sulla condotta medica, il quale si arricchisce altresì dei profili della diligenza e della prudenza.

Tra l'altro, un argomento a sostegno della lettura solamente premiale della disposizione in commento è rappresentato dalla circostanza che, diversamente opinando, la funzione punitiva opererebbe solo per gli esercenti strutturati che non abbiano rispettato le linee guida accreditate, e non anche per i medici liberi professionisti, la cui disciplina è contenuta nel successivo comma 4.

Così interpretato, il disposto della seconda parte del comma 3 dell'art. 7 della Legge Gelli-Bianco sembra anche combinarsi armoniosamente con la disciplina dell'art. 2236 c.c., in forza del quale *“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 colpa grave”*. La connessione tra la normativa codicistica e la legge sulla responsabilità sanitaria non è di certo sfuggita alla giurisprudenza, la quale ha in particolare affermato, in sede di interpretazione dell'art. 2236 c.c., che *“occorre, anche nello spirito riequilibratore operato dalla recente l. n. 24/ 2017, dare il corretto significato a tale norma che non è stata mai abrogata, pur avendo subito interpretazioni mutevoli ratione temporis. La parametrizzazione, disegnata sia pur timidamente nella predetta legge (agli artt. 5, 6, 7), della sussistenza o*

*dell'intensità della colpa al rispetto o meno di linee guida e buone pratiche cliniche, consente di affermare il principio che non può ritenersi in colpa (da intendersi grave e quindi giuridicamente significativa) il medico che, in presenza (...) di problemi tecnici di speciale difficoltà, si sia attenuto alle linee guida o, esse mancando, alle buone pratiche cliniche-assistenziali, quali che siano stati i risultati dell'intervento dal medesimo effettuato*⁷⁷⁶.

Dall'interazione delle due norme, quindi, deriverebbe una peculiare disciplina normativa di favore per il medico rimproverabile per colpa (soltanto) lieve, operante su due livelli: ove il sanitario si sia imbattuto in problemi tecnici di speciale difficoltà, egli potrà beneficiare della totale esclusione di responsabilità prevista dalla norma codicistica; qualora invece non venga riscontrata tale speciale difficoltà, per essere la prestazione governata da linee guida e buone pratiche alle quali il medico abbia conformato la sua condotta, costui potrà comunque invocare la riduzione del risarcimento da corrispondere al paziente prevista dalla Legge Gelli-Bianco⁷⁷⁷.

Rimane, infine, dubbio l'ambito applicativo della norma: argomento dibattuto è, infatti, se a beneficiare della limitazione risarcitoria siano solo gli esercenti la professione sanitaria strutturati, o anche le strutture sanitarie.

Secondo una parte della dottrina, potrebbero godere della riduzione risarcitoria tanto il medico quanto per la struttura sanitaria chiamata a rispondere del suo

⁷⁷⁶ Così Trib. Roma, 1° febbraio 2018, in *DeJure*; Trib. Napoli, 26 novembre 2018, in *DeJure*.

⁷⁷⁷ In questo senso osserva FACCIOLO, *La quantificazione del danno nella responsabilità sanitaria secondo la legge Gelli-Bianco (art. 7, commi 3 e 4, l. n. 24 del 2017)*, cit., 1052 ss; SACCONI, *Condotta dell'esercente la professione sanitaria e quantificazione del risarcimento*, cit., 1369; MEOLI, *Art. 7. Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria*, in *Commentario alla legge 8 marzo 2017 n. 24*, a cura di MEOLI, SICA e STANZIONE, Napoli, 2018, 165 s.;

operato ai sensi dell'art. 1228 c.c. e delle disposizioni dei primi due commi dell'art. 7 della Legge Gelli-Bianco⁷⁷⁸; altra parte⁷⁷⁹, di contro, sostiene che l'esigenza di salvaguardare adeguatamente la salute e, in subordine, le pretese risarcitorie delle vittime di *medical malpractice*, sono incompatibili con una eccessiva estensione della platea dei destinatari dell'art. 7 comma 3⁷⁸⁰. Sarebbe essenziale, pertanto, delimitarne opportunamente il campo d'applicazione alla responsabilità individuale dell'esercente la professione sanitaria, con l'effetto di attribuire al paziente la facoltà di azionare le proprie pretese nei confronti della struttura per ottenere l'integrale riparazione del danno subito. Può quindi concludersi che *l'art. 7 comma 3, prevede sì una limitazione della responsabilità del sanitario, ma senza contestualmente operare una riduzione del risarcimento per il paziente*⁷⁸¹.

⁷⁷⁸ ZIVIZ, *La disciplina speciale relativa alla liquidazione del danno da responsabilità sanitaria*, in *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, a cura di Iudica, Milano, 2019, 421, nt. 129; BOTTONI, *Polifunzionalità della responsabilità civile, responsabilità medica e determinazione del danno*, 42; RUFFOLO e GRAZZINI, *Il problema della responsabilità medica*, in *La nuova responsabilità medica*, a cura di Ruffolo, Milano, 2018, 26 ss.

⁷⁷⁹ SACCONI, op. cit., 1360; MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, cit., 762; MEOLI, *Art. 7. Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria*, cit., 152 s; COPPOLA, *Il nuovo sistema della responsabilità civile sanitaria*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 1467.

⁷⁸⁰ Un'interpretazione siffatta era, peraltro, prevalente già sotto il vigore della legge Balduzzi (a riguardo vd. CHINDEMI, *Responsabilità contrattuale o aquiliana del medico alla luce della c.d. legge Balduzzi?*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2015, 1023 ss.)

⁷⁸¹ Così SACCONI, *Condotta dell'esercente la professione sanitaria e quantificazione del risarcimento*, cit., 1360.

Considerazioni conclusive

Il rilievo e la centralità della responsabilità medica negli ordinamenti giuridici contemporanei sono fuori discussione: lo dimostrano non solo la particolare attenzione prestata dalla dottrina alla configurazione teorica e pratica di tale sistema di responsabilità, ma il particolare rilievo che il fenomeno assume nella prassi, con la conseguente applicazione decisiva (ed a volte dirompente) della giurisprudenza in tema.

L'approfondimento dedicato nel presente elaborato ai molteplici istituti coinvolti nel sistema della responsabilità risarcitoria tenta di rendere l'idea della complessità

della materia, che rimane, però, in continuo e costante mutamento ad opera, principalmente, di due soggetti: il legislatore e la giurisprudenza di legittimità.

Il primo è intervenuto, solo negli ultimi dieci anni, ben due volte a disciplinare l'intera materia della responsabilità sanitaria, tentando, con discreti risultati, di dare risposte ai più controversi profili penalistici e privatistici. La legge Gelli-Bianco del 2017 sembra, ai più, una versione perfezionata del primo esperimento tentato con il decreto Balduzzi del 2012: muovendo dall'enunciazione degli obiettivi di sicurezza delle cure e lotta alla medicina difensiva, il legislatore ha individuato articolo per articolo le misure ritenute necessarie al raggiungimento degli scopi prefissati. Ecco allora che la sistemazione della responsabilità penale e, per quanto in questa sede di interesse, le qualificazioni attribuite alla responsabilità civile di strutture sanitarie ed esercenti la professione, sono apparse le scelte maggiormente coerenti con le premesse enunciate.

A completare il quadro della riforma, in posizione non certo subordinata, è stata dettata una disciplina sostanziale e processuale precisa, seppur non sempre - per le ragioni sopra esposte - condivisibile, in materia di risarcimento del danno, di assicurazione obbligatoria ed azione diretta, di solidarietà risarcitoria ed azione di rivalsa, di linee guida e buone pratiche. Nonostante i completamenti di cui si rimane in attesa, il sistema dimostra equilibrio tra le opposte esigenze esistenti in materia di responsabilità sanitaria: allargare le maglie del risarcimento, nella piena consapevolezza però che una eventuale lettura panriparatoria potrebbe portare più costi che benefici.

Il risultato è, quindi, una disciplina in parte rinnovata, in parte consolidata, da considerare in modo unitario, collocando le regole nell'ambito dell'intero sistema

e non apprezzandole singolarmente: solo così è possibile valutarne la reale efficienza.

Il progetto legislativo, senz'altro pretenzioso, ha fatto ben presto i conti con gli esperti del settore, i quali si sono da subito interrogati sulla tenuta del sistema ideato dal legislatore. Ecco allora che i temi della riforma hanno rinverdito antichi e mai sopiti dibattiti, tra cui quello sulla distribuzione degli oneri probatori, sulla struttura e la prova del nesso di causalità, sui danni risarcibili ed i criteri risarcitori da utilizzare per la liquidazione. La giurisprudenza è stata, quindi, sollecitata a pronunciarsi su nuovi e vecchi temi, giungendo a soluzioni a volte condivisibili, altre volte apparentemente contraddittorie tra premesse e conclusioni. La responsabilità sanitaria si è rivelata, in definitiva, uno dei terreni elettivi per serrati dibattiti e importanti decisioni⁷⁸².

È stato così possibile formare e costantemente aggiornare un corpo di regole che si muovono in misura coerente, in alcuni casi ispirato alle indicazioni e suggerimenti provenienti dalla parte generale del diritto privato, in altri propositivo e disvelatore di soluzioni tali da influenzare a propria volta il regime generale.

Sono un chiaro esempio di quest'ultimo fenomeno le pronunce emanate dalla Corte di legittimità in merito alla opportunità di superare la rigida distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, sulla decorrenza del termine prescrizione nei

⁷⁸² Indicativo della peculiare interazione tra i due poteri dello Stato – legislativo e giudiziale – è in tal senso quello che può essere considerato il manifesto del nuovo corso giudiziale: SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *Foro it.*, 2018, V, 265. L'A. afferma, infatti, che “La L. 8 marzo 2017 n. 24, non ha solo ricondotto la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria all'area della responsabilità extracontrattuale, mantenendo quella della struttura sanitaria o del medico che abbia agito nell'adempimento di un'obbligazione negoziale nell'ambito della responsabilità contrattuale (art. 7), ma ha anche inciso su quest'ultima [...]”, innescando un “mutamento [...] di cui la giurisprudenza deve prendere atto”.

giudizi risarcitori per danni lungolatenti, sul contatto sociale, sul danno non patrimoniale o, da ultimo, sulla perdita di *chance*. Le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza e rese in occasione di giudizi risarcitori per responsabilità professionale sono, poi, state esportate ed utilizzate anche in altri settori del diritto civile, in quanto idonee a risolvere questioni di ordine generale. Al diritto particolare della responsabilità medica va, quindi, per certi versi, riconosciuto il merito di aver influenzato in modo rilevante le generali categorie del diritto civile e, in particolare, del diritto delle obbligazioni e della responsabilità.

In merito sembra però opportuno fare una notazione: in passato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale si è concentrato, come esaminato, sul rapporto tra la responsabilità sanitaria e la responsabilità da inadempimento ex art. 1218 c.c. A seguito dell'ultimo intervento legislativo, invece, sembrerebbe che, pur mantenendosi il dibattito nell'ambito del tema generale della responsabilità, il punto focale si sia spostato: se prima si misurava solo la incidenza del settore in esame sulla responsabilità da inadempimento, oggi, data la qualificazione della responsabilità del sanitario come aquiliana, la capacità espansiva della responsabilità sanitaria andrebbe apprezzata anche con riferimento ai temi tipici del settore della responsabilità extracontrattuale, passibili anch'essi di variazioni nella disciplina ad opera della giurisprudenza.

Si cadrebbe in errore, tuttavia, a pensare che il sistema generale della responsabilità per come descritto dal Codice civile, e quello speciale della responsabilità professionale sanitaria siano per questo sovrapponibili.

I caratteri distintivi della responsabilità sanitaria, così come gli interessi e gli obiettivi della disciplina, sono infatti notoriamente conosciuti e giustificano

l'approfondimento innanzi dedicato nel corpo del presente elaborato. Non si spiegherebbe, diversamente, l'esigenza mostrata dal legislatore di dedicare interi provvedimenti alla materia, nonché l'interesse manifestato da dottrina e giurisprudenza di eviscerare le misure della riforma al fine di valutarne la coerenza con l'intero sistema.

È stata proprio la giurisprudenza - che negli ultimi anni è andata maturando una crescente consapevolezza dell'incisività della propria funzione e ruolo - a fare della responsabilità sanitaria il terreno elettivo di tecniche sperimentali, sul presupposto che alle controversie tra paziente e medico (o struttura) debba essere riconosciuta una particolare specificità. Essa ha proceduto modificando progressivamente l'operatività delle «comuni» regole di responsabilità tutte le volte in cui accadeva che queste ultime dovessero essere applicate nei confronti di soggetti impegnati nello svolgimento di un servizio professionale volto a migliorare la salute. Si è andato, quindi, enfatizzando il riscontro di una specificità propria della responsabilità medica rispetto alla responsabilità civile generale: la ricerca del giusto bilanciamento tra gli interessi che fanno capo al paziente e quelli delle categorie di professionisti ed operatori sanitari, nonché del sistema sanitario in genere, la specialità (e le peculiari caratteristiche) in cui l'atto medico può manifestarsi in concreto in un contesto segnato dall'incessante sviluppo delle conoscenze scientifiche e tecnologiche, sono infatti state ritenute tali – a volte a ragione, altre meno - da rendere necessaria una rivisitazione della disciplina comune. Ciò ha giustificato, ad esempio, un'articolazione a sé stante degli oneri probatori, quali l'utilizzo frequente di meccanismi presuntivi e di inversione dell'onere della prova, deputati a riflettere quella specificità.

La dottrina, dal canto suo, ha tratto da tale atteggiamento giurisprudenziale le giuste premesse per argomentare a favore dell'emersione di un vero e proprio "sottosistema della responsabilità civile", enfatizzando proprio il riconoscimento della specialità della responsabilità medica rispetto al regime generale, in cui è frequente l'applicazione di "regole operazionali disegnate *ad hoc* per far sì che i temi probatori assegnati alle parti protagoniste di questa particolare tipologia di contenzioso tenessero conto della caleidoscopica varietà di situazioni in cui la specialità dell'atto medico poteva reificarsi in concreto, in un contesto segnato dall'incessante sviluppo delle conoscenze scientifiche e tecnologiche"⁷⁸³.

L'estensione, da un lato, delle regole elaborate in materia di responsabilità sanitaria al generale diritto delle obbligazioni e della responsabilità civile, e la predisposizione, dall'altro, di regole specifiche per il sistema di responsabilità sanitaria, appaiono come fenomeni speculari. Tale ambiguità sembra giustificare l'attuale intensità del dibattito in merito alla reale esistenza di un "sottosistema di responsabilità sanitaria", regolato da disciplina propria, autonoma rispetto a quella più generale. Se, infatti, da un lato, l'estensibilità delle soluzioni pensate per la responsabilità medica oltre i confini canonici del settore deporrebbe per la soluzione negativa, le peculiarità che hanno indotto legislatore e giurisprudenza a elaborare regole *ad hoc* per gli operatori e le strutture sanitarie coinvolti in giudizi resarcitori, sembrano invece giustificare la soluzione diametralmente opposta.

Ecco, quindi, che il tema della responsabilità sanitaria mantiene attualità e centralità nel dibattito giuridico, per il suo carattere di autonomia e, ad un tempo, di

⁷⁸³ Così IZZO, *Il tramonto di un "sottosistema" della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2005, 130

dipendenza dal diritto generale della responsabilità civile. I tempi non sembrano ancora maturi per optare con nettezza per la tesi del sottosistema autonomo di responsabilità o per la meno pretenziosa tesi che configura, piuttosto, la responsabilità sanitaria quale frontiera avanzata della responsabilità civile.

Volgendo lo sguardo a prospettive future, invece, un'utile iniziativa potrebbe essere quella di indagare sulla percorribilità di vie alternative al sistema della responsabilità civile per rimediare ai pregiudizi prodotti durante lo svolgimento dell'attività sanitaria.

Sono ben note ed emergono anche da questo elaborato le criticità pratiche della responsabilità civile, evidenziate in settori quali gli infortuni sul lavoro o i danni cagionati da circolazione veicolare, oltre che nel settore sanitario: le difficoltà probatorie, i costi del giudizio, i tempi dilatati, l'incertezza dell'esito giudiziale sono solo alcune delle variabili che possono incidere sulla realizzabilità concreta delle pretese risarcitorie. Ecco allora che occorre immaginare a come compensare il ridimensionamento del ruolo della responsabilità civile con alternative in grado di soddisfare le medesime esigenze, senza però esporsi alle menzionate criticità.

A soluzioni meno radicali, consistenti nell'adattamento delle regole della responsabilità civile mediante l'introduzione di meccanismi di responsabilità oggettiva o quasi-oggettiva, o dell'obbligo assicurativo, si è pensato di affiancare l'idea di sostituire i rimedi tradizionali con sistemi di natura indennitaria⁷⁸⁴. Questi ultimi prescindono dall'accertamento dell'elemento soggettivo della colpa (ma anche da quello della responsabilità), e garantiscono comunque un indennizzo a chi

⁷⁸⁴ Il tema viene trattato approfonditamente da D'AMICO, *Responsabilità medica e istituti alternativi negli ordinamenti europei di civil law*, in *Responsabilità medica*, 2019, 2, 147 ss.

dimostri di aver patito un danno cagionato da un fatto ricompreso tra quelli compresi nel programma di indennizzo. La caratteristica tipica dei sistemi di *no-fault* è quella di ristorare le perdite di carattere patrimoniale quasi integralmente, mentre quelle non patrimoniali in base a tabelle che liquidano una data percentuale della somma massima risarcibile per ogni perdita non economica⁷⁸⁵; il ristoro dei danni, pertanto, avviene in misura economica sensibilmente inferiore rispetto a quella offerta dalle regole di responsabilità civile. Fanno da contraltare a tale deficit, però, la maggiore certezza e celerità della liquidazione che, prescindendo dalla valutazione della colpevolezza del fatto, garantiscono un soddisfacimento il più delle volte effettivo delle esigenze del danneggiato.

Già in passato si rintracciano occasioni in cui si è fatto ricorso a meccanismi di *no-fault*⁷⁸⁶; si è trattato, tuttavia, di situazioni eccezionali in cui il corso delle circostanze ha stimolato il legislatore ad intervenire con forme di indennizzo sociale. Non si esclude che le condizioni e le esigenze attuali, legate alla diffusione della pandemia da Covid-19, possano assimilarsi a quelle che in passato hanno legittimato gli interventi eccezionali del legislatore. Del resto, in situazioni drammatiche in cui è difficile individuare il soggetto responsabile utilizzando le regole ordinarie della responsabilità civile, ed allo stesso tempo non risulta percorribile la via della responsabilità oggettiva, sono gli stessi principi

⁷⁸⁵ Così COMANDÈ, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, Torino, 1999, 166.

⁷⁸⁶ Sempre in ambito medico, nel 1992 la legge 25 febbraio n. 210 (*“Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati”*) ha assicurato un indennizzo consistente in un assegno reversibile come determinato dalla legge 2 maggio 1984, n. 111. In altri settori: la l. 13 agosto 1980, n. 466 (*“Speciali elargizioni a favore di dipendenti pubblici e di cittadini vittime del dovere o di azioni terroristiche”*) prevedeva l'adozione di piani indennitari a favore delle vittime del terrorismo, successivamente modificata una prima volta con la legge 20 ottobre, 1990, n. 302 (*“Norme a favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata”*) e poi ancora dalla legge 23 novembre 1998, n. 407 (*“Nuove norme a favore delle vittime del terrorismo”*).

costituzionali a pretendere che lo Stato intervenga in funzione di garante di un ristoro a chi abbia subito un danno.

Non si esclude però che la sperimentazione di modelli siffatti inizialmente nei soli casi di malasanità da Covid-19, ove ben funzionanti, possano incentivare un movimento più generale di abbandono totale del tradizionale modello di responsabilità sanitaria, con tutti i rischi ed i pericoli ad esso connessi, in favore di piani di *no-fault*. Tale iniziativa, tra l'altro, sarebbe giustificabile anche alla luce della trasformazione che l'attività medica ha conosciuto negli ultimi decenni: da attività esercitata prevalentemente in forma individuale, essa si svolge oggi in forma prettamente organizzata, all'interno di strutture sanitarie complesse che coinvolgono specialisti di diverso genere; al contempo i danni patiti dai pazienti risultano sempre maggiormente imputabili a deficit organizzativi, piuttosto che ad errori individuali. Si è accentuato, così, il carattere imprenditoriale, più che professionale, dell'attività medica.

Al contempo, però, occorre fare i conti con i problemi di finanziamento correlati ad una scelta siffatta: i fondi di indennizzo vanno, infatti, alimentati con il prelievo fiscale; è pertanto legittimo chiedersi se lo Stato possa permettersi di imporre in via stabile e definitiva un'ulteriore fonte di spesa.

La scelta preferita nelle esperienze ordinamentali estere che hanno accolto con favore sistemi indennitari è stata, per questi motivi, il ripudio al ricorso in purezza di tali modelli e l'accoglimento, piuttosto, di sistemi in grado di far operare sinergicamente gli istituti di sicurezza sociale con quelli della responsabilità civile. Tale "terza via" si mostra ragionevole in quanto combina i vantaggi del tradizionale sistema risarcitorio, ai benefici di quello indennitario.

Come in tutte le soluzioni di compromesso, tuttavia, non è agevole rintracciare il perfetto bilanciamento; spetterà, quindi, eventualmente al legislatore, allorché ritenga i tempi maturi, sistemare adeguatamente i pesetti sulla bilancia al fine di mantenere il sistema in equilibrio.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *L'importanza dell'assolvimento degli oneri di allegazione e prova nelle controversie in tema di responsabilità medica*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2019, 1.

AGNINO, *La responsabilità medica: lo stato dell'arte della giurisprudenza tra enforcement del paziente ed oggettivazione della responsabilità medica*, in *Corr. giur.*, 2011.

- ALBANESE, *La responsabilità del medico e della struttura sanitaria per la violazione degli obblighi informativi*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 4.
- ALPA, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979.
- ALPA, *Il codice e la responsabilità civile: origine di un testo*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I.
- ALPA, BESSONE E ZENO ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, II ed., Torino, 1995.
- ALPA, *Trattato di diritto civile. La responsabilità civile*, Milano, 1999.
- ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, Roma, 2003.
- ALPA, voce *Principi generali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 2014.
- ALPA (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Legge Gelli)*, Pisa, 2017.
- ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contratto e impresa*, 2017, 3.
- AMADIO – MACARIO, *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, I, Il Mulino, Bologna, 2014.
- AMIDEI, *Consenso informato e risarcimento del danno per omessa informazione*, in *Giur. it.*, 2021, 2.
- ANDRIOLI, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967.
- ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930.
- ANZANI, *Il riparto dell'onere probatorio nelle due specie di responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civile*, 2017, 1.
- ANZANI, *Il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 1.
- ARCERI, *La perdita di chance di guarigione quale danno risarcibile*, in *Giur. it.*, 2021, 1.

- ARRIGO, *Il risarcimento del danno da uccisione e da lesioni personali. Formule interpretative e tecniche di tutela dei congiunti*, in *Le monografie di Contratto e impresa*, Padova, 2020.
- ARRIGO, *Danni riflessi da morte e da lesioni personali di un congiunto: problemi superati e questioni irrisolte*, in *Contratto e impresa*, 2021, 3.
- ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (Riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017.
- ASTONE, *Autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento nella legge 22 dicembre 2017 n. 219*, in *Dir. fam. e pers.*, 2018.
- BARBARISI, *Onere di allegazione e prova liberatoria nella responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp*, 2012, 8.
- BARBARISI, *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in *Contratti*, 2017, 2.
- BARCELLONA, *Trattato sulla responsabilità civile*, Torino, 2011.
- BARNI, *Evidence Based Medicine e medicina legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1998.
- BELFIORE, *Il binomio «causalità giuridica — causalità materiale» e i criteri di determinazione del danno da risarcire (artt. 1223 e 2056 c.c.)*, in *Europa e Diritto Privato*, 2017.
- BELVEDERE, *Causalità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I.
- BENTHAM, *An Introductory View of the Rationale of Evidence*, in *The Works of Jeremy Bentham*, a cura di Bowring, Edinburgh 1843, vol. 6, cap. XXVIII (*Of the burthen of proof: on whom shall it lie?*).
- BESSO, *Vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015.
- BIANCA, *Diritto civile, La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002.
- BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, Milano, 2019.

- BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, Milano, 2019.
- BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile 3, Obbligazioni e contratti*, Torino, ristampa 2001.
- BILÒ, *Nascita e vita indesiderate: i contrasti giurisprudenziali all'esame delle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2016, 1.
- BONA, *Il nesso di causa nella responsabilità civile a confronto con il decalogo delle Sezioni Unite penali in Franzese: vecchi e nuovi confini della causalità civile alla luce della sentenza Cass. Civ., Sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400 sul danno da perdita di chances*, in Aa.Vv., *Il nesso di causa nel danno alla persona*, Milano, 2005.
- BONA, "Più probabile che non" e "concause naturali": se, quando e in quale misura possono rilevare gli stati patologici pregressi della vittima, in *Corriere giur.*, 2009.
- BONA, *La Cassazione rigetta il "modello della causalità proporzionale" con un decalogo impeccabile sulla valutazione degli stati pregressi*, in *Corr. giur.*, 2011, 12.
- BONA, *La responsabilità medica civile e penale dopo il decreto Balduzzi*, San Marino, 2013.
- BORTOLOTTI, VERZELETTI, ANTONIETTI, *Il concorso di colpa del paziente in ipotesi di responsabilità professionale medica*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2018, 4.
- BOTTONI, *Polifunzionalità della responsabilità civile, responsabilità medica e determinazione del danno*, in *Il punto sui così detti danni punitivi*, a cura di PERFETTI, Napoli, 2019.

- BREDA, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2001.
- BREDA, *Ancora sulla responsabilità della struttura per inadeguata organizzazione del servizio*, in *Danno e resp.* 2006.
- BREDA., *La responsabilità autonoma delle strutture sanitarie*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2007, II.
- BREDA, *Tutela della salute, responsabilità e scelte legislative: un primo approccio alla riforma tra novità conferme e problematiche interpretative nella prospettiva civilistica*, in *La valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa*, 2012.
- BREDA, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in *Contr. e impr.*, 2014.
- BREDA, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie e del medico tra conferme e novità*, in *Danno resp.*, 2017.
- BUSNELLI, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, in BUSNELLI-BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978.
- BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974.
- BUSNELLI, v. *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979.
- BUSNELLI, *Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987.
- BUSNELLI, *La "dottrina delle Corti" e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 5, 2014.
- BUSNELLI, *1958-2018: sessant'anni di responsabilità medica. Itinerari a confronto tra diritto e medicina per la tutela della salute*, in *Resp. medica*, 2018, 2.

- BUZI, *L'autonoma risarcibilità del danno da lesione dell'autodeterminazione per violazione dell'obbligo informativo*, in *Danno e resp.*, 2019, 5.
- CACACE, *Autodeterminazione e salute*, Torino, 2017.
- CAJAZZO MARZANO, *La rilevanza delle linee guida nella valutazione della responsabilità professionale del medico e le novità della legge Balduzzi*, in *Corr. giur.*, 2013.
- CALVO, *Clausole claims made tra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2016.
- CAPPUCCINI, *La dimensione europea del diritto alla salute*, in ALPA (a cura di), *La responsabilità sanitaria. Commento alla L.8 marzo 2017, n. 24*, Pisa, 2017.
- CARBONE, *Il rapporto di causalità*, in *La responsabilità civile*, (aggiornamento 1988-1996), diretta da Alpa e Bessone, II, Torino 1997.
- CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926.
- CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, 1988.
- CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976.
- CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979.
- CASTRONOVO, *Danno biologico «senza miti»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988.
- CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990.
- CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Studi in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995.
- CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Vita not.*, 1997, 3.
- CASTRONOVO, *Le due specie di responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa dir. priv.*, 2004, 69 ss.
- CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, III, Milano, 2006.

- CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa dir. priv.*, 2008.
- CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa dir. priv.*, 2010.
- CASTRONOVO, *Il significato di Luigi Mengoni nei suoi scritti*, in *Europa dir. priv.*, 2012.
- CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, 4a ed., Milano, 2018.
- CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale dal codice civile al codice delle assicurazioni*, in *Danno e resp.*, 2019, 1.
- CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, in *Eur. e dir. priv.* 2020, 3.
- CATINO, *Logiche dell'indagine: oltre la cultura della colpa*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, 2006, 1.
- CATINO - D'ALESSANDRO - MAZZUCATO - VARRASO, *Il problema della medicina difensiva*, Pisa, 2010.
- CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958.
- CAVALLARI, *Il danno da nascita indesiderata. Riflessioni sulla sentenza della Cassazione, Sez. Un., n. 25767 del 22 dicembre 2015*, in *unicost.ue*.
- CHESSA, *La Suprema Corte e il (presunto) dilemma - tra rivalsa e regresso nel danno - da malpractice sanitaria*, in *Contr. e impresa*, 2020, 4.
- CHINDEMI, *Responsabilità contrattuale o aquiliana del medico alla luce della c.d. legge Balduzzi?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015.
- CIATTI, *Il crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*, nota in *Giur. it.*, 2008, I, 1.
- CIVIELLO, *Responsabilità medica e rispetto delle linee guida, tra colpa grave e colpa lieve (la nuova disposizione del decreto sanità)*, in *Arch. pen.*, 2013, 5.

- COMANDÈ, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali. Studio di diritto comparato*, Torino, 1999.
- COMANDÈ NOCCO, *La responsabilità dell'esercente la professione sanitaria tra artt. 1218 e 2043 c.c.*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli)*, a cura di GELLI, HAZAN E ZORZIT, Milano, 2017.
- COMANDÈ, *Cass. n. 25164/2020 e lo spillover del danno morale oltre le tabelle milanesi*, in *Danno e resp.*, 2021, 1.
- COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive, Artt. 2049-2053*, in *Il codice civile Commentario*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2009.
- COPPINI, *Diritti del paziente e consenso informato*, in RUFFOLO (a cura di), *La nuova responsabilità medica*, Milano, 2018.
- COPPOLA, *Il nuovo sistema della responsabilità civile sanitaria*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 1455 ss.
- CORSO, *Brevi riflessioni sulla dimensione europea del diritto alla salute*, in *Responsabilità medica*, 2018.
- D'ADDA, *Art. 1228, Responsabilità per fatto degli ausiliari*, in CUFFARO (a cura di), *Delle obbligazioni. Artt. 1218-1276*, in *Comm. Gabrielli*, Torino 2013.
- D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, in *Corr. giur.*, 2017, 6.
- D'ADDA, *Ausiliari, responsabilità solidale e "rivalse"*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 2.
- D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive tra riflessione dogmatica e nuovi problemi operativi*, in *Contratti*, 2019, 3.

- D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu-Messineo, Milano, 2019, 9.
- D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni «di mezzi» e «di risultato»*. *Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Napoli, 1999.
- D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 141.
- D'AMICO, *Il rischio della “causa ignota” nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2018, 3.
- D'AMICO, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1.
- D'AMICO, *Responsabilità medica e istituti alternativi negli ordinamenti europei di civil law*, in *Responsabilità medica*, 2019, 2.
- D'AMICO, *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di assestamento*, in *Foro it.* 2020, *Gli speciali*.
- D'ARRIGO, v. *Salute (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, 2001.
- DE CUPIS, *Il Danno*, Milano, 1947.
- DE CUPIS, *Il danno*, vol. I, seconda ed., Milano, 1966.
- DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile* 3, I, Milano, 1979.
- DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di Cicu e Messineo, Milano, 1982.
- DE LORENZI, voce *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Dig. priv. (sez. civ.)*, XII, Torino, 1995.

- DE LORENZI, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Contr. e impr.*, 2016.
- DE LUCA, *La nuova responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, Roma, 2012.
- DE MATTEIS, *La responsabilità medica*, Padova, 1995.
- DE MATTEIS (a cura di), *La responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, Padova, 2017.
- DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari: modelli e funzioni*, in *Tratt. Dir. comm. e dir. pubbl. economia*, diretto da Galgano, Padova, 2007.
- DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, Milano, 2019.
- DE MENECH, *Uso eccessivo del processo e... della giurisprudenza (a dieci anni dall'introduzione del terzo comma dell'art. 96 c.p.c.)*, in *Jus Civile*, 2019.
- DELLACASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contr. e impresa*, 2017.
- DELLE MONACHE, *La nuova disciplina sul "testamento biologico" e sul consenso ai trattamenti medici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018.
- DEMOGUE, *Traite' des obligations en ge'ne'ral*, V, Parigi, 1928; VI, Parigi, 1931.
- DI CIOMMO, *Tanto tuonò che piovve. La Cassazione abbandona le tabelle milanesi ritenendole inadeguate a considerare il danno morale*, in *Foro it.*, 2020.
- DI MAJO, *sub artt. 1173-1176, Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna Roma, 1988.
- DI MAJO, *La responsabilità da violazione del consenso informato*, in *Nuova giur. comm.*, 2010, 2, 783 ss.
- DI MAJO, *Le obbligazioni nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa dir. priv.*, 2012.

- DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, 2017, 1793.
- DI MAJO, *Il giudizio di responsabilità civile del medico dopo la legge Gelli e cioè la perizia “guidata”*, in *Giur. it.*, 2018, 4.
- DI MAJO, *La salute responsabile*, Torino, 2018.
- DI MAJO, *La doppia natura della responsabilità del medico*, in *Giur. it.*, 2020, 1.
- DOMENICI - GUIDA, *Linee guida e colpa medica: spunti di riflessione*, in *Danno e resp.*, 2014.
- DUPICHOT, *Des préjudices réfléchis nés l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, Parigi, *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, 1969.
- ESMEIN, *La commercialisation du dommage moral*, in *Racueil Dalloz*, 1954.
- FACCI, *Le tabelle del Tribunale di Milano, il consenso informato ed il risarcimento dei danni*, in *Corr. giur.*, 2020, 7.
- FACCI, *San Martino, il consenso informato ed il risarcimento dei danni*, in *Corr. giur.*, 2020.
- FACCIOLI, *Il contratto tra il paziente e la struttura sanitaria: natura, oggetto e disciplina applicabile*, in *Studium iuris*, 2004.
- FACCIOLI, *La responsabilità della struttura sanitaria per carenze strutturali ed organizzative*, in *La resp. civ.*, 2006.
- FACCIOLI, *“Presunzioni giurisprudenziali” e responsabilità sanitaria*, in *Contr. e impresa*, 2014, 1.
- FACCIOLI, *La quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l'avvento della Legge Balduzzi*, in *Nuova giur. civ.*, 2014.

- FACCIOLI, *L'incidenza delle carenze strutturali e organizzative dell'ente sanitario sui doveri e sulle responsabilità individuali del medico*, in *Resp. civ. prev.* 2016.
- FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici (Seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2017, 7-8.
- FACCIOLI, *La quantificazione del danno nella responsabilità sanitaria secondo la legge Gelli-Bianco (art. 7, commi 3 e 4, l. n. 24 del 2017)*, in *Contratto e impresa*, 2020.
- FACCIOLI, *Nesso causale e onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di C. Granelli, Milano, 2018.
- FACCIOLI TROJANO, *Risarcimento del danno e assicurazione nella nuova disciplina della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24)*, 2019.
- FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941.
- FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, Vol. 2, Dogmatica giuridica*, Milano, 1997.
- FEDELE, *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Milano, 1954.
- FERRERO, *Nascita sana ma non voluta: i danni risarcibili in caso di omesso intervento di sterilizzazione*, in *Giur. it.*, 2016, 7.
- FIANDACA, voce *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988.
- FIELD e LOHR, *Guidelines for clinical practice. From development to use*, Washington, DC, 1992.
- FINI, *La responsabilità sanitaria*, PECENNINI (a cura di), Milano, 2007.
- FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018.

- FRANZONI, *La lesione dell'interesse legittimo è, dunque, risarcibile*, in *Contratto e impr.*, 1999.
- FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2004.
- FRANZONI, *L'illecito*, in FRANZONI (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, 2004.
- FRANZONI, *Solidarietà e parziarietà nel risarcimento del danno*, in *Resp. civ.*, 2009.
- FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2010.
- FRANZONI, *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione del paziente*, in *Resp. civ.*, 2012.
- FRANZONI, *Violazione del codice deontologico e responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, 2013, 2.
- FRANZONI, *La «vicinanza della prova», quindi...*, in *Contr. e impresa*, 2016, 2.
- FRANZONI, *Il danno ingiusto fra il giudice e la legge*, in *Quest. giust.*, 2018.
- FRANZONI, *Onere della prova e il processo*, in *Resp. civ. prev.* 2020, 1.
- FRATI, LA RUSSA, BESI, DI FAZIO, FINESCHI, *Dèka lògous di san martino 2019, la Suprema Corte detta i principi in tema di responsabilità sanitaria e valutazione del danno, il medico legale recepisce*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 1.
- FRENDI, *Il danno da perdita di chances tra le ragioni della vittima e le regole del sistema*, in *Riv. dir. civ.*, 2019.
- GABBA, *Nota a Cass. 23 febbraio 1895*, in *Foro it.* 1896, I.
- GAGLIARDI, *Diritti, danni e tabelle di liquidazione: la Sezione III e le prove di assestamento*, in www.quotidianogiuridico.it, 18 dicembre 2020.

- GAGLIARDI, *Un decalogo anche su consenso informato (complicanze) e danni risarcibili* (nota a Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28985), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2.
- GALGANO, *La commedia della responsabilità civile*, in *Riv. critica dir. privato*, 1987.
- GALGANO, *I fatti illeciti*, Padova, 2008.
- GAMBINO, *Le obbligazioni, I, Il rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Milano, 2015.
- GATTI, *Riflessioni sulla (risarcibilità e sulla) quantificazione del danno da perdita di chance*, in *Resp. civ. prev.*, 2019.
- GAZZARA, *Le S.U. “fanno il punto” in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2008, 10.
- GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2016.
- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1999.
- GELLI, HAZAN E ZORZIT (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli)*, Milano, 2017.
- GENOVESE MARTINI (a cura di), *La nuova responsabilità professionale in Sanità. Commentario alla Riforma Gelli-Bianco*, Santarcangelo di Romagna, 2017.
- GIACOBBE, *La filiazione da “inadempimento”*, in *Giust. civ.*, 2003.
- GIANNINI, *Il risarcimento del danno alla persona*, Milano, 2000.
- GIOIA, *La prova del nesso causale nella responsabilità medica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civile*, 2019, 4.
- GIORGIANNI, *L’inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, rist. 1970.

- GIORGIANNI, voce *Inadempimento (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970.
- GORGONI, *Disfunzioni tecniche e di organizzazione sanitaria e responsabilità professionale medica*, in *Resp. civ. prev.* 1999.
- GORGONI, *Il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione nella responsabilità medica*, in *Obbl. contr.*, 2011, 3.
- GORGONI, *Il trattamento sanitario arbitrario nella morsa tra diritto vivente e diritto vigente*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017.
- GORGONI, *Linee guida e buone pratiche: riflessi sulla colpevolezza e sul danno*, in *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, IUDICA (a cura di), Milano, 2019.
- GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze*, in *Riv. dir. comm.*, 1951.
- GRANELLI, *La riforma della disciplina della responsabilità sanitaria: chi vince e chi perde?*, in *Contratti*, 2017, 4.
- GRANELLI, *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2, 2018.
- GRASSO, *Il problema della valutazione del danno «non patrimoniale» all'integrità psicofisica*, in *Rass. dir. civ.*, 1982.
- GRONDONA, *La nuova edizione delle "Tabelle milanesi": effettività della tutela, equità della liquidazione e centralità dell'argomentazione*, in *Danno e resp.*, 2021, 4.
- GUERRA, *La rilevanza giuridica delle linee guida nella pratica medica: spunti di diritto americano*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014.

- GUFFANTI PESENTI, *Il ruolo della condotta del medico nella quantificazione del risarcimento. Note sull'art. 7, co. 3, l. 8-3-2017 n. 24*, in *Eur. dir. priv.*, 2017.
- HART e HONORÈ, *Causation in the law*, Oxford, Clarendon, 1985 (I ed. 1959).
- HAZAN ZORZIT, *I nuovi obblighi assicurativi in sanità*, in *Ridare.it*.
- HAZAN, CICUTO, RIDOLFI, *Il risarcimento del danno nella responsabilità sanitaria*, in GELLI, HAZAN E ZORZIT (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli)*, Milano, 2017.
- HAZAN, *Il danno morale da lesione fisica: tra racconto, narrazione e regola*, in *Danno e resp.*, 2020, 1.
- HAZAN-ZORZIT, in *Assicurazioni Private*, Hazan-Taurini (a cura di), 2015, Milano.
- IMBRUGLIA, *Effettività della tutela e ruolo del giudice*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017.
- IZZO, *Il tramonto di un «sottosistema» della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2005.
- KEYNES J.M., *A Treatise on Probability*, Londra, 1921, più recentemente ristampato (Mineola [New York], 2013).
- LA PORTA, *Delle obbligazioni in solido. Artt. 1292-1313*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2014.
- LABELLA, *Il nesso di causalità nelle "obbligazioni di diligenza professionale"*, in *Europa e dir. priv.*, 2020, 1.
- LEPRE, *Attività medica in regime intramurario e responsabilità della struttura sanitaria*, in *Resp. civ. prev.* 2001.
- LEPRE, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie*, Milano, 2011.

- LESSONA, *La tutela della salute pubblica*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da Calamandrei - Levi, Firenze, 1950.
- LOVATO, *La Cassazione boccia la tabella milanese del danno non patrimoniale da premorienza perché ritenuta non conforme al parametro dell'equità*, in *Ridare.it*, 2022.
- LUCCHINI GUASTALLA, *Informazione e consenso*, in IUDICA (a cura di), *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, Milano, 2019.
- LUCIANI, *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991.
- LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980.
- MAGLIULO PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in *Danno resp.*, 2019.
- MARCELLO, *Prestazione sanitaria e responsabilità civile*, in *Quaderni de «Il foro napoletano»*, 2019.
- MARGIULO PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in *Danno e resp.*, 2019, 2, nota 14.
- MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corr. giur.*, 2001.
- MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. e proc. penale*, 2009.
- MARTINI, *In particolare. La "nuova" responsabilità contrattuale delle strutture*, in GELLI, HAZAN E ZORZIT (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli)*, Milano, 2017.

- MARUCCI, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco. Osservazioni in tema di responsabilità civile*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, 2018.
- MASIERI - PONZANELLI, *Medical malpractice, la legge Gelli-Bianco. Una premessa*, in *Danno e resp.*, 2017.
- MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *Nuova giur. civ.*, 2017.
- MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. e impr.*, 2009.
- MAZZAMUTO, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, *Eur. dir. priv.* 2000.
- MAZZONI, *Le obbligazioni solidali ed indivisibili*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, IX, Torino, 1999.
- MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi». Studio critico*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I.
- MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984.
- MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986.
- MENGONI, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi” (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 204 s. e ora in *Scritti. II. Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo – A. Albanese – A. Nicolussi, Milano, 2010.
- MEOLI, *Art. 7. Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria*, in *Commentario alla legge 8 marzo 2017 n. 24*, a cura di MEOLI, SICA e STANZIONE, Napoli, 2018.
- MIGLIACCIO, *Ancora in tema di responsabilità medica e onere della prova*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2019, 1.

- MILL J.S., (*A System of Logic, Ratiocinative and Inductive. Being a Connected View of the Principles of Evidence and the Methods of Scientific Investigation*, 1843, trad. it. *Sistema di logica razionativa e induttiva*, Roma, 1968.
- MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht, II, Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855.
- MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale (analisi comparata di un problema)*, Padova, 1989.
- MONATERI, *Danno biologico da uccisione o lesione della serenità familiare? (L'art. 2059 c.c. visto come un brontosauero)*, in *Resp. civ. prev.*, 1989.
- MONATERI, *La responsabilità civile*, a cura di Sacco, *Trattato di diritto privato I*, diretto da Sacco, Torino, 1998.
- MONATERI, GIANTI, SILIQUINI CINELLI, *Danno e risarcimento*, in *Tratt.o resp. civ.*, (diretto da) Monateri, 2013.
- MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, Roma, 2017.
- MONTICELLI, *L'assicurazione della responsabilità civile per i rischi sanitari: profili generali*, in *Resp, med.*, 2019, 3.
- MOORE, *Causation and responsibility*, Oxford, 2009.
- MOSCATI, *Responsabilità sanitaria e teoria generale delle obbligazioni (note minime sui commi 1 e 3, prima frase, art. 7, l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 3.
- MUCCIOLI, *La responsabilità del sanitario e l'onere probatorio. Brevi osservazioni in tema di diligenza e nesso causale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I.

- NAPOLI, *La responsabilità sanitaria nel sistema civilistico. Punti fermi e nuove linee di riforma*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 1.
- NAVONE, *La responsabilità del medico per inosservanza dell'obbligo informativo*, in *Le nuove leggi civili comm.*, 2020, 6.
- NAZERAJ, *Lesione dell'autodeterminazione terapeutica e rimedio risarcitorio: lo stato dell'arte*, in *Danno e resp.*, 2021.
- NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Torino, 2018.
- NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Europa dir. priv.*, 2006.
- NOCCO, *Le linee guida e le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nella legge Balduzzi: un opportuno strumento di soft law o un incentivo alla medicina difensiva?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013.
- NUCCI, *La distribuzione degli oneri probatori nella responsabilità medica: "qualificato inadempimento" e prova del nesso causale*, in *Resp. med.*, 2017.
- OCCORSIO, *Cartella clinica e «vicinanza» della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 5.
- OSTI, *Scritti giuridici*, Milano, 1973, I.
- PACE, *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974.
- PALADINI, *Linee guida, buone pratiche e quantificazione del danno nella c.d. legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2015.
- PALMIERI, *Produzione di sigarette e responsabilità per danni al fumatore: l'avanzata irrefrenabile dell'art. 2050 c.c. (anche in assenza di potenziali beneficiari dell'attività pericolosa)*, in *Foro it.*, 2010, I.

- PALMIERI, *Il “restatement” della terza sezione in tema di consenso informato tra continuità col passato e innovazioni (di segno negativo per il paziente)*, in *Foro it., Gli speciali*, 2020.
- PALMIERI-PARDOLESI, *Responsabilità sanitaria e nomofilachia inversa*, nota a Cass., ord. 26 febbraio 2019, n. 5487 e 20 novembre 2018, n. 29853, in *Foro it.*, 2019.
- PANTI (Presidente dell’Ordine dei Medici di Firenze), *Il d.d.l. sulla responsabilità professionale del personale sanitario: il punto di vista del medico*, in *Dir. pen. proc.*, 2016.
- PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e resp.*, 2009.
- PARDOLESI SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)*, in *Foro it.*, 2017.
- PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2017, 3.
- PARDOLESI SIMONE, *Le nuove tabelle milanesi e il fascino discreto della paranormatività*, in *Danno e resp.*, 2021, 4.
- PARDOLESI, *Il danno morale e la torre di Babele*, nota a Cass. 10 novembre 2020, n. 25164, e ord. 4 novembre 2020, n. 24473, *Foro it.*, 2021, 2.
- PARDOLESI SIMONE, *Doppia dimensione del danno da perdita del rapporto parentale: una proposta pratica*, in *Danno e resp.*, 2022, 1.
- PARTENZA, *La crisi dell’assicurazione per la responsabilità sanitaria, ovvero la necessità di un nuovo modello riparatorio*, in *Resp. medica*, 2018, 2.
- PARTISANI, *La diligenza, il medico e la prova liberatoria dalla responsabilità*, in *Danno e resp.*, 2014.

- PASQUINELLI, *La prova della colpa nella responsabilità medica e l'accertamento del nesso causale per i danni da nascita indesiderata*, in *Nuova giur. comm.*, 2005, I.
- PELISSERO ROSSI TITA LURASCHI, *L'alternativa all'obbligo di assicurarsi per le strutture: le analoghe misure per la copertura della responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli)*.
- PERFETTI, *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del consenso informato*, in *Giust. Civ.*, 2018, 2.
- PESCATORE, *Logica del diritto. Frammenti di dottrina e di giurisprudenza*, 2a ed., Torino, 1883.
- PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011.
- PIRAINO, *Il nesso di causalità*, in *Europa e Diritto Privato*, 2018, 2.
- PIRAINO, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, in *Foro it., Gli Speciali*, 2020, 1.
- PIRAINO, *Travisamenti pretori in tema di esonero della responsabilità contrattuale tra causalità e vicinanza della prova*, in *Foro it.*, 2020.
- PLAIA, *La responsabilità del medico e l'argomento statistico*, in *Contr.*, 2020, 3.
- PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.
- PONZANELLI, *La responsabilità medica: dal primato della giurisprudenza alla disciplina legislativa*, in *Danno e resp.*, 2016, 8-9.

- PONZANELLI, *Giudici e legislatore liquidano le decisioni delle sezioni unite sul danno non patrimoniale*, in *Foro it.*, 2018, I.
- PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli*, in *Contratto e impresa*, 2017, 2.
- PONZANELLI, *Tabelle*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 2.
- PONZANELLI, *La nuova frontiera della responsabilità civile: la quantificazione del danno non patrimoniale*, in *Quest. giust.*, 2018.
- PONZANELLI, *Macropermanenti e nuovo art. 138 Codice delle Assicurazioni*, in *Danno e resp.*, 2018, 2.
- PONZANELLI, *Dalla legge Balduzzi (2012) alle nuove tabelle (2019): analisi di sette anni di liquidazione del danno da medical malpractice*, in *Resp. medica*, 2019.
- PONZANELLI, *Statuto del danno alla persona: la Terza Sezione si allontana dall'orientamento delle Sezioni Unite*, in *Danno e Resp.*, 2019, 1.
- PONZANELLI, *La Corte di Cassazione e il controllo sulle Tabelle Giudiziali (a margine di Cassazione, 21 aprile 2021, n. 10579)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 4.
- PONZANELLI, *Nell'attesa delle tabelle legali, confermate le voci di danno e fissati i criteri per la prova del pregiudizio morale*, in *Foro it.*, 2021.
- PONZANELLI, *Perché abbiamo bisogno di una sola Tabella Giudiziale per il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2021, 4.
- PONZANELLI, *Rivisitazione delle tabelle milanesi e prova del pregiudizio morale: il nuovo intervento della Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1.
- PONZANELLI, *Tabelle milanesi versione 2021*, in *Danno e resp.*, 2021, 4.

- PONZÙ, *Responsabilità medica contrattuale per danni neonatali nei confronti del padre e dei prossimi congiunti* (nota a Cass. civ., 18 aprile 2019, n. 10812), in *Famiglia e dir.*, 2019, 12.
- PRINCIGALLI *Perdita di chance e danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1985.
- PRINCIGALLI, *La libera professione dei medici ospedalieri*, in *Resp. civ. prev.* 2003.
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - FEOLA, *La responsabilità civile — Contratto e torto*, Torino, 2014.
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*, in *Danno resp.* 2020, 1.
- PUCCELLA, *La causalità "incerta"*, Torino, 2007.
- PUCCELLA, *Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione*, in *Nuova giur. civ.*, 2012, I.
- PUCCELLA, *Un improvvido legislatore fa più danno dei medici (brevi considerazioni in merito a Trib. Milano, 17.7.2014 e 18.11.2014)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015.
- PUCCELLA, *Causalità e responsabilità medica: cinque variazioni del tema*, in *Danno e resp.*, 2016, 8-9.
- PUCCELLA, *Il perimetro dell'accertamento causale tra colpa, concause e danno risarcibile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 4.
- PUCCELLA, *L'insanabile certezza e le chances perdute*, in *Nuova giur. comm.*, 2018, 11.
- PUCCELLA, *Nesso di causalità materiale e inadempimento*, in *Riv. resp. Med.*, commento a Cass., Civ., III sez., 11 novembre 2019, n. 28991, Cass., Civ., III sez., 11 novembre 2019, n. 28992.

- PUGLIATTI, *Sulla risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi* (in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965), ora in *Id.*, *Responsabilità civile*, II, Milano, 1968.
- QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2017.
- QUADRI, *Il parto travagliato della riforma in materia di responsabilità sanitaria*, in *Giust. civ. com.*, 2017.
- RAPISARDA, *Consenso informato e autodeterminazione terapeutica*, in *Nuove leggi civ.*, 2019.
- RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962.
- REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1965.
- REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967.
- RIZZO, *Momento della determinazione del danno e mora del debitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, spec.
- RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, in *Nuova giur. civ.*, 2020, 2.
- ROBUSTELLA, *Brevi riflessioni critiche sulla modifica degli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni Private*, in *Rivista dir. banc.*, 2019.
- RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.
- ROMAGNOLI, *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, in *Quaderni di Studi Assicurativi della Fondazione Galbusera*, 2018.

- RONCALI, *Le linee-guida e le buone pratiche: riflessioni medico-legali a margine della legge Gelli-Bianco*, in *Danno resp.*, 2017.
- ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna 1996.
- ROPPO, *Trattato del contratto*, V, *Rimedi 2*, a cura di Roppo, Milano, 2006.
- ROSSATO, *Considerazioni in tema di risarcimento del danno non patrimoniale. Una comparizione economico-giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II.
- ROSSETTI *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. Circolaz. e Trasp.* 2000.
- ROSSETTI, “*Post nubila phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza n. 26972/2008 delle Sezioni Unite in tema di danno non patrimoniale*”, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2009.
- ROSSETTI, *Unicuique suum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupate considerazioni sull’inarrestabile fuga in avanti della responsabilità medica)*, in *Giust. civ.*, 2010.
- ROSSETTI (a cura di), *Responsabilità sanitaria e tutela della salute*, in *Quaderni del massimario della Corte Suprema di cassazione*, II, 2011.
- ROSSETTI, *La riforma della responsabilità medica. L’assicurazione*, in *Questione Giustizia*, 2018.
- ROSSETTI, *Le nuove “tabelle” del Tribunale di Roma, un almagesto sul danno non patrimoniale*, in *www.quotidianogiuridico*.
- ROTONDO, *Obblighi informativi del sanitario nella scelta consapevole del paziente al trattamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2019.
- ROTONDO, *Responsabilità medica e autodeterminazione della persona*, in *Pubbl. Scuola spec. dir. civ. un. Camerino*, 2020.

- RUBINO, *Delle obbligazioni*, in *Commentario del diritto civ.*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1971.
- RUFFOLO e GRAZZINI, *Il problema della responsabilità medica*, in *La nuova responsabilità medica*, a cura di Ruffolo, Milano, 2018.
- SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I.
- SACCONI, *Condotta dell'esercente la professione sanitaria e quantificazione del risarcimento*, in *Resp. civ. prev.*, 2018.
- SALANITRO, *Sistema o sottosistema? La responsabilità sanitaria dopo la novella*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 11.
- SALANITRO, *Il consenso attuale e anticipato nel prisma della responsabilità medica*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2019, 1.
- SALESIA, *Dalla legge Balduzzi alla riforma Gelli*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli)*, a cura di GELLI, HAZAN E ZORZIT, Milano, 2017.
- SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985.
- SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Zatti e Iudica, Milano, 1998.
- SALVI, *La responsabilità civile 2, Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica-P. Zatti, Milano, 2005.
- SALVI, *Quali funzioni per la responsabilità civile?*, in *Danno e resp.*, 2022, 3.
- SCALFI, *Reminiscenze dogmatiche per il c.d. danno alla salute: un ripensamento della Corte Costituzionale*, in *Resp. civ. prev.*, 1986.

- SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, 1.
- SCALISI, *Danno alla persona e ingiustizia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, 2.
- SCALISI, *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, 6.
- SCARZELLA, *Liquidazione del danno da perdita parentale: i recenti interventi della Suprema Corte*, in *Danno e resp.*, 2022, 1.
- SCHLESINGER, *La ingiustizia del danno*, in *Jus*, 1960.
- SCODITTI, *Introduzione. Giudicare del danno ingiusto*, in *Questione giustizia*, 2018.
- SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *Foro it.*, 2018, V.
- SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957.
- SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968.
- SCOGNAMIGLIO, *Scritti giuridici*, vol. I, Padova, 1996.
- SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 2017, 6.
- SCOGNAMIGLIO, *L'onere della prova circa il nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 1.
- SCOGNAMIGLIO, *Riflessioni in tema di risarcimento del danno per c.d. perdita della chance*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 6.

- SCOGNAMIGLIO, *Un “restatement” dialogante con la dottrina, così come con i giudici di merito, della giurisprudenza di legittimità in materia di responsabilità sanitaria, Introduzione*, in *Foro it., Gli speciali*, 2020.
- SCOGNAMIGLIO, voce *Risarcimento del danno*, in *Nov.mo Dig. it.*, vol. XVI, 5.
- SERANI, *Le cure inutili e la responsabilità del medico: quando la speranza è fonte di danno*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011.
- SICCHIERO, *Dalle obbligazioni “di mezzi e di risultato” alle “obbligazioni governabili o non governabili”*, in *Contr. e impresa*, 2016, 6.
- SINISCALCO, *Causalità (rapporto di)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano 1960.
- STANZIONE ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998.
- STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1217 ss., e in *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 2000.
- STELLA, *A proposito di talune sentenze civili in tema di causalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005.
- TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006.
- TARUFFO, *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009.
- TASSONE, *Il frazionamento della responsabilità secondo la Cassazione e in prospettiva di comparazione*, in *Danno resp.*, 2010.
- TASSONE, *La Cassazione e le concause naturali 2.0. O forse no*, in *Foro it., Gli speciali*, 2020, 1.
- TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, in TRABUCCHI (a cura di), Padova, 2004.
- TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, Milano, 2012.

- TRAVAGLINO, *Vaghi appunti sulla riforma della responsabilità sanitaria*, in *Giustizia civile.com*, 3 marzo 2017.
- TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967.
- TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, III ed., Milano, 2021.
- VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II.
- VISINTINI, *I fatti illeciti, Ingiustizia del danno – Imputabilità*, Padova, 1987.
- VISINTINI, *Il danno ingiusto*, in *Riv. critica dir. privato*, 1987.
- VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, III ed., Bologna, 2005.
- VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile*, Napoli, 2009.
- VISINTINI, *La responsabilità del debitore per fatto degli ausiliari*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da VISINTINI, III, Padova, 2009.
- WALSCHE, *The development of clinical risk management*, in VINCENT (a cura di), *Clinical risk management: enhancing patient safety*, BMJ Books, Londra, 2005.
- ZANUZZI, *La quantificazione del danno conseguente all'attività medico-sanitaria nella legge 24/2017*, in ROMAGNOLI (a cura di), *La responsabilità sanitaria tra continuità e cambiamento*, Padova, 2018.
- ZATTI, *Consistenza e fragilità dello ius quo utimur in materia di cura*, in *Nuova giur. comm.*, 2015, 1.
- ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I.
- ZENO-ZENCOVICH, *Questioni in tema di responsabilità per colpa professionale* (nota a Cass. Pen., 17 gennaio 1992, Silvestri), in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I.

- ZENO-ZENCOVICH, *Una commedia degli errori, La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2008.
- ZIVIZ, *Quale modello per il risarcimento da perdita di chance di sopravvivenza?*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 5.
- ZIVIZ, *Il rebus della determinazione del danno (nella responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria)*, in *Resp. civ. prev.*, 2017.
- ZORZIT, *Il nesso causale in sanità: continuità o cambiamento?*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli)*, a cura di GELLI, HAZAN E ZORZIT, Milano, 2017.
- ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale alla luce dei recenti orientamenti della Cassazione*, in *Responsabilità medica*, 2019, 3.
- ZIVIZ, *Irretroattività delle norme relative alla qualificazione della responsabilità dell'esercente la professione sanitaria, commento a Cass. civ., III sez., 11 novembre 2019, n. 28994*, in *Riv. resp. medica*.
- ZIVIZ, *La disciplina speciale relativa alla liquidazione del danno da responsabilità sanitaria*, in *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, a cura di Iudica, Milano, 2019.
- ZIVIZ, *Le sabbie mobili del danno da lesione all'autodeterminazione nel trattamento sanitario*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019.
- ZIVIZ, *A ritroso (prevista l'applicazione retroattiva per le tabelle normative)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 1.
- ZIVIZ, *Micropermanenti: franchigia legittima secondo la Corte Costituzionale (ord. 242/2015)*, in *perosnaedanno.it*.

ZORZIT, *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*, in *Danno e resp.*, 2017, 6.

ZORZIT, *La rivalsa delle strutture sanitarie: le oscillazioni della giurisprudenza e l'intervento della Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2019, 6.

FONTI LEGISLATIVE NAZIONALI

D.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con modifiche con la legge 8 novembre 2012, n. 189, pubblicata sulla G.U. 10 novembre 2012, n. 263, entrata in vigore l'11 novembre 2012.

D.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla L. 11 agosto 2014, n. 114.

D.lgs. 7 settembre 2005, n. 209.

D.M. 15 gennaio 1991, artt. 19, 26, 28, 31 e 34 (*Protocolli per l'accertamento dell'idoneità del donatore di sangue ed emoderivati*).

D.M. 15 luglio 1997 (*Recepimento delle linee guida dell'Unione Europea di buona pratica clinica per la esecuzione delle sperimentazioni cliniche dei medicinali*).

Legge 25 luglio 1956, n. 837, art. 4 (*Riforma della legislazione vigente per la profilassi delle malattie veneree*).

Legge 26 giugno 1967, n. 458, art. 2 (*Trapianto del rene tra persone viventi*).

Legge 22 maggio 1978, n. 194.

Legge 4 maggio 1990, n. 107, art. 3 (*Disciplina per le attività trasfusionali relative al sangue umano ed ai suoi componenti e per la produzione di plasmaderivati*);

Legge 5 giugno 1990, n. 135, art. 5 (*Programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l'AIDS*).

Legge 2 maggio 1992, n. 210, art. 7 (*Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazioni di emoderivati*).

Legge 28 dicembre 2015, n. 208, art. 1, comma 539.

Legge 4 agosto 2017, n. 124.

Legge 22 dicembre 2017, n. 219.

FONTI SOVRANAZIONALI

Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata con l. 27 maggio 1991 n. 176.

US Congress, Office of Technology Assessment, Defensive medicine and medical malpractice, OTA-H-602, Washington, DC, US Government Printing Office, 1994.

Convenzione di Oviedo sulla biomedicina del 4 aprile 1997, resa esecutiva con L. 28 marzo 2001, n. 145.

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000.

Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani dell'Unesco, 2005.

“Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo ed al Consiglio sulla sicurezza dei pazienti, comprese la prevenzione e la lotta contro le infezioni nosocomiali”, Bruxelles, 15 dicembre 2008, in www.europarl.europa.eu.

“Raccomandazione del Consiglio d’Europa del 9 giugno 2009 sulla sicurezza dei pazienti, comprese la prevenzione e il controllo delle infezioni associate all’assistenza sanitaria” (2009/C151/01), in www.europarl.europa.eu.

GIURISPRUDENZA

GIURISPRUDENZA DI MERITO

Corte App. Bologna, 21 novembre 1996.

Corte App. Torino, 15 maggio 2019, n. 814.

Trib. Rovereto, 17 gennaio 1969.

Trib. L’Aquila, 17 dicembre 1969.

Trib. Verona, 4 ottobre 1990.

Trib. Verona, 15 ottobre 1990.

Trib. Udine, 13 maggio 1991.

Trib. Napoli, 27 aprile 2006.

Trib. Monza, 22 maggio 2006.

Trib. Modena, 1° marzo 2010.

Trib. Bari, 17 marzo 2010.

Trib. Potenza, 20 luglio 2010.

Trib. Treviso, 21 luglio 2010.

Trib. Bologna, 8 ottobre 2010.

Trib. Nocera Inferiore, 12 maggio 2011.

Trib. Bari, 16 dicembre 2011.

Trib. Novara, 21 dicembre 2011.

Trib. Prato, 1° febbraio 2012.

Trib. Bologna, 16 febbraio 2012.

Trib. Trento, 1° marzo 2012.

Trib. Tivoli, 21 marzo 2012.

Trib. Brindisi, 15 maggio 2012.

Trib. Milano, 15 giugno 2012.

Trib. Monza, 16 ottobre 2012.

Trib. Varese, 26 novembre 2012.

Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013.

Trib. Torino, 26 febbraio 2013.

Trib. Enna, 18 maggio 2013.

Trib. Cremona, 19 settembre 2013.

Trib. Rovereto, 29 dicembre 2013.

Trib. Brindisi, 18 luglio 2014.

Trib. Milano, 23 luglio 2014, n. 9693.

Trib. Reggio Emilia, 7 ottobre 2015.

Trib. Roma, 8 maggio 2017, n. 8966.

Trib. Roma, 10 ottobre 2017, n. 18685.

Trib. Avellino, 12 ottobre 2017, n. 1806.

Trib. Roma, 1° febbraio 2018.

Trib. Milano, ord. 6 luglio 2018.

Trib. Lucca, 14 novembre 2018, n. 1693.

Trib. Latina, sez. II, 27 novembre 2018.

Trib. Milano, 11 dicembre 2018.
Trib. Milano, 28 gennaio 2019, n. 842.
Trib. Reggio Emilia, 26 febbraio 2019, n. 266.
Trib. Bologna, 10-19 aprile 2019, n. 961.
Trib. Benevento, 9 maggio 2019, n. 45.
Trib. Milano, 20 maggio 2019, n. 4783.
Giud. Pace Roma, 14 gennaio 2001.
Giud. Pace Recanati, 24 maggio 2013.
Giud. Pace Torino, 21 ottobre 2011.
Giud. Pace Torino, 24 ottobre 2011.

GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

Cass. civ., 23 febbraio 1895.
Cass. civ., 20 ottobre 1924.
Cass. civ., 22 dicembre 1925.
Cass. civ., 22 dicembre 1925, n. 3475.
Cass. civ., 3 luglio 1953, n. 2085.
Cass. civ., 28 aprile 1961, n. 961.
Cass. civ., Sez. Un., 26 gennaio 1971 n. 174.
Cass. civ., 15 dicembre 1972, n. 3616.
Cass. civ., 27 luglio 1973, n. 2213.
Cass. civ., 25 ottobre 1974, n. 3133.
Cass. civ., 18 giugno 1975, n. 2439.
Cass. civ., 29 marzo 1976, n. 1132.

Cass. civ., 21 dicembre 1978, n. 6141.

Cass. civ., 4. maggio 1982, n. 2756.

Cass. civ., 12 maggio 1982, n. 3604.

Cass. civ., 19 dicembre 1985, n. 6506.

Cass. civ., 24 giugno 1986.

Cass. civ., 1° marzo 1988, n. 2144.

Cass. civ., sez. lav., 12 ottobre 1988, n. 5494.

Cass. civ., 16 dicembre 1988, n. 6854.

Cass. civ., Sez. Un., 29 dicembre 1990, n. 12218.

Cass. civ., Sez. Un., 17 gennaio 1991, n. 401.

Cass. civ., 1° febbraio 1991, n. 977.

Cass. civ., 10 luglio 1991, n. 7642.

Cass. civ., 12 luglio 1991, n. 7780.

Cass. Sez. Un., 20 febbraio 1992, n. 2092.

Cass. civ., 5 dicembre 1992, n. 12951.

Cass. civ., 23 giugno 1993, n. 6938.

Cass. civ., Sez. Un., 23 luglio 1993, 8239.

Cass. civ., 8 luglio 1994, n. 8794.

Cass. civ., 25 novembre 1994, n. 10014.

Cass. civ., 13 marzo 1996, n. 2056.

Cass. civ., 4 ottobre 1996, n. 8717.

Cass. civ., 15 gennaio 1997, n. 364.

Cass. civ., 4 febbraio 1998, n. 1127.

Cass. civ., 11 marzo 1998, n. 2678.

Cass. civ., 23 aprile 1998, n. 4186.

Cass. civ., 8 gennaio 1999, n. 103.

Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 589.

Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 592.

Cass. civ., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500.

Cass. civ., 19 maggio 1999, n. 4852.

Cass. civ., 14 febbraio 2000, n. 1637.

Cass. civ., 3 marzo 2000 n. 2367.

Cass. civ., sez. III, 9 maggio 2000, n. 5913.

Cass. civ., 10 maggio 2000, n. 5962.

Cass. civ., 13 settembre 2000, n. 12103.

Cass. civ., 28 settembre 2000, n. 1688.

Cass. civ., 28 novembre 2000, n. 2123.

Cass. civ., 29 novembre 2000, n. 2139.

Cass. civ., 2 febbraio 2001, n. 1516.

Cass. civ., 16 febbraio 2001, n. 2335.

Cass. civ., Sez. Un., 23 maggio 2001, n. 7027.

Cass. civ., 27 luglio 2001, n. 10291.

Cass. civ., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533.

Cass. civ., 13 dicembre 2001, n. 15759.

Cass. civ., 11 marzo 2002, n. 3492.

Cass. civ., Sez. Un., 1° luglio 2002, n. 9556.

Cass. civ., 17 luglio 2002, n. 10382.

Cass. civ., Sez. Un., 11 settembre 2002, n. 30328.

Cass. civ., 3 dicembre 2002, n. 17152.

Cass. civ., 16 aprile 2003, n. 34460.

Cass. civ., 31 maggio 2003, n. 8827.

Cass. civ., 31 maggio 2003, n. 8828.

Cass. civ., 14 luglio 2003, n. 11001.

Cass. civ., 14 luglio 2003, n. 1103.

Cass. civ., 4 marzo 2004, n. 4400.

Cass. civ., 19 maggio 2004, n. 9471,

Cass. civ., 28 maggio 2004, n. 10297

Cass. civ., 8 giugno 2004, n. 10816.

Cass. civ., 21 giugno 2004, n. 11488.

Cass. civ., 5 luglio 2004, n. 12273.

Cass. civ., 14 luglio 2004, n. 13066.

Cass. civ., 29 luglio 2004, n. 14488.

Cass. civ., 18 aprile 2005, n. 7997.

Cass. civ., Sez. Un., 28 luglio 2005, n. 15781.

Cass. civ., 11 novembre 2005, n. 22894.

Cass. civ., Sez. Un., 10 gennaio 2006, n. 141.

Cass. civ., 26 gennaio 2006, n. 1698.

Cass. civ., 9 aprile 2006, n. 9085.

Cass. civ., 19 aprile 2006, n. 9085.

Cass. civ., 24 maggio 2006, n. 12362.

Cass. civ., 24 maggio 2006, n. 12364.

Cass. civ., 6 luglio 2006, n. 15384.

Cass. civ., Sez. Un., 1° agosto 2006, n. 17461.

Cass. civ., 27 settembre 2006, n. 21020.

Cass. civ., 9 novembre 2006, n. 23918.

Cass. civ., 14 febbraio 2007, n. 3259.

Cass. civ., 1° marzo 2007, n. 4791.

Cass. civ., 13 aprile 2007, n. 8826.

Cass. civ., 25 maggio 2007, n. 12253.

Cass. civ., 4 giugno 2007, n. 12929.

Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21748.

Cass. civ., 6 dicembre 2007, n. 06-19.301

Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 576.

Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577.

Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 581.

Cass. civ., Sez. Un., 12 febbraio 2008, n. 26973.

Cass. civ., 11 aprile 2008, n. 36502.

Cass. civ., 19 maggio 2008, n. 23846.

Cass. civ., 25 luglio 2008, n. 20484.

Cass. civ., 15 settembre 2008, n. 23676.

Cass. civ., 18 settembre 2008, n. 23846.

Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972.

Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26973.

Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26974.

Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26975.

Cass. civ., 28 novembre 2008, n. 28423.

Cass. civ., 16 gennaio 2009, n. 975.

Cass. civ., ord. 2 aprile 2009, n. 8093.

Cass. civ., 11 maggio 2009, n. 10741.

Cass. civ., 28 agosto 2009, n. 18805.

Cass. civ., 29 settembre 2009, n. 20806.

Cass. civ., 4 gennaio 2010, n. 13.

Cass., Sez. lav., 18 gennaio 2011, n. 1072, in *Giust. civ.*, 2012, p. 804 ss.

Cass. civ., 26 gennaio 2010, n. 1538.

Cass. civ., 2 febbraio 2010, n. 2354.

Cass. civ., 9 febbraio 2010, n. 2847.

Cass. civ., 2 marzo 2010, n. 6045.

Cass. civ., 24 marzo 2011, n. 6754.

Cass. civ., 3 maggio 2011, n. 9700.

Cass. civ., 9 maggio 2011, n. 10107.

Cass. civ., 7 giugno 2011, n. 12408.

Cass. civ., 14 giugno 2011, n. 12961.

Cass. civ., 13 luglio 2011, n. 15386.

Cass. civ., 21 luglio 2011, n. 15991.

Cass. civ., 7 ottobre 2011, 20609.

Cass. civ., 30 dicembre 2011, n. 30267.

Cass. civ., 14 marzo 2012, n. 41982.

Cass. civ., 16 marzo 2012, n. 4253.

Cass. civ., 17 aprile 2012, n. 6008.

Cass. civ., 8 giugno 2012, n. 9290.

Cass. civ., 26 giugno 2012, n. 10616.

Cass. civ., 2 ottobre 2012, n. 16754.

Cass. civ., 9 ottobre 2012, n. 17143.

Cass. civ., 20 novembre 2012, n. 20292.

Cass. civ., 27 novembre 2012, n. 20984.

Cass. civ., 27 novembre 2012, n. 20996.

Cass. civ., 29 novembre 2012, n. 21235.

Cass. civ., 10 dicembre 2012, n. 22376.

Cass. civ., 16 gennaio 2013, n. 919.

Cass. civ., 19 febbraio 2013, n. 4030.

Cass. civ., 28 febbraio 2013, n. 5025.

Cass. civ., 22 marzo 2013, n. 7269.

Cass. civ., 16 maggio 2013, n. 11950.

Cass. civ., 31 luglio 2013, n. 18341.

Cass. civ., 9 agosto 2013, n. 19146.

Cass. civ., 3 ottobre 2013, n. 22585.

Cass. civ., 12 settembre 2013, n. 20904.

Cass. civ., 12 dicembre 2013, n. 27855.

Cass. civ., 31 gennaio 2014, n. 2185.

Cass. civ., 27 marzo 2014, n. 7195.

Cass. civ., 2 aprile 2014, n. 7741.

Cass. civ., ord., 17 aprile 2014, n. 8940.

Cass. civ., 22 maggio 2014, n. 11363.

Cass. civ., 26 maggio 2014, n. 11637.

Cass. civ., 27 agosto 2014, n. 18304.

Cass. civ., 22 settembre 2014, n. 19872.

Cass. civ., 30 settembre 2014, n. 20547.

Cass. civ., 6 ottobre 2014, n. 21025.

Cass. civ., 20 ottobre 2014, n. 22222.

Cass. civ., 13 gennaio 2015, n. 280.

Cass. civ., 13 febbraio 2015, n. 2854.

Cass. civ., 12 marzo 2015, n. 4937.

Cass. civ., 27 marzo 2015, n. 6243.

Cass. civ., 31 marzo 2015, n. 6436.

Cass. civ., 9 giugno 2015, n. 11851.

Cass. civ., 30 giugno 2015, n. 13328.

Cass. civ., Sez. Un., 22 luglio 2015, n. 15350.

Cass. civ., 20 agosto 2015, n. 16993.

Cass. civ., 29 settembre 2015, n. 19211.

Cass. civ., 19 ottobre 2015, n. 21084.

Cass. civ., 19 ottobre 2015, n. 21090.

Cass. civ., 20 novembre 2015, n. 23793.

Cass. civ., 27 novembre 2015, n. 24220.

Cass. civ., Sez. Un., 22 dicembre 2015, n. 25767.

Cass. civ., 14 gennaio 2016, n. 486.

Cass. civ., Sez. Un., 3 febbraio 2016, n. 2050.

Cass. civ., 7 marzo 2016, n. 4386.

Cass. civ., ord. 4 aprile 2016, n. 6511.

Cass. civ., 20 aprile 2016, n. 7766.

Cass. civ., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140.

Cass. civ., ord. 30 agosto 2016, n. 17407.

Cass. civ., 20 ottobre 2016, n. 21230.

Cass. pen., 7 giugno 2017, n. 28187.

Cass. civ., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601.

Cass. civ., 5 luglio 2017, n. 16503.

Cass. civ., 5 luglio 2017, n. 16637.

Cass. civ., 11 luglio 2017, n. 17074.

Cass. civ., 26 luglio 2017, n. 18392.

Cass. civ., 13 ottobre 2017, n. 24074.

Cass. civ., ord. 14 novembre 2017, n. 26805.

Cass. civ., 14 novembre 2017, n. 26822.

Cass. civ., 14 novembre 2017, n. 26827.

Cass. civ., 21 novembre 2017, n. 27561.

Cass. civ., 21 novembre 2017, n. 27562.

Cass. civ., 7 dicembre 2017, n. 29315.

Cass. civ., sez. lav., 15 dicembre 2017, n. 30227.

Cass. civ., 17 gennaio 2018, n. 907.

Cass. civ., ord., 17 gennaio 2018, n. 913.

Cass. civ., 17 gennaio 2018, n. 901.

Cass. civ., 29 gennaio 2018, n. 2061.

Cass. civ., 8 febbraio 2018, n. 3035.

Cass. civ., 15 febbraio 2018, n. 3704.

Cass. civ., ord. 20 febbraio 2018, n. 4024.

Cass. civ., Sez. Un., 22 febbraio 2018, n. 8770.

Cass. civ., 29 gennaio 2018, n. 2061.

Cass. civ., 2 marzo 2018, n. 4928.

Cass. civ., 9 marzo 2018, n. 5641.

Cass. civ., 23 marzo 2018, n. 7248.

Cass. civ., ord. 27 marzo 2018, n. 7513.

Cass. civ., 30 marzo 2018, n. 7917.

Cass. civ., ord. 12 aprile 2018, n. 9053.

Cass. civ., 15 maggio 2018, n. 11754.

Cass. civ., ord. 15 maggio 2018, n. 11749.

Cass. civ., Sez. Un., 22 maggio 2018, n. 12564.

Cass. civ., 31 maggio 2018, n. 13770.

Cass. civ., 26 giugno 2018, n. 16828.

Cass. civ., ord. 13 luglio 2018, n. 18540.

Cass. civ., ord. 13 luglio 2018, n. 18549.

Cass. civ., 13 luglio 2018, n. 18568.

Cass. civ., 19 luglio 2018, n. 19199.

Cass. civ., ord. 19 luglio 2018, n. 19204.

Cass. civ., ord. 22 agosto 2018, n. 20905.

Cass. civ., ord. 13 settembre 2018, n. 2227.

Cass. civ., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437.

Cass. civ., ord. 12 ottobre 2018, n. 2537.

Cass. civ., 23 ottobre 2018, n. 26700.

Cass. civ., 30 ottobre 2018, n. 27446.

Cass. civ., 20 novembre 2018, n. 29853.

Cass. civ., ord. 30 novembre 2018, n. 30998.

Cass. civ., ord. 11 dicembre 2018, n. 31966.

Cass. civ., 17 gennaio 2019, n. 1045.

Cass. civ., ord., 22 gennaio 2019, n. 1553.

Cass. civ., 31 gennaio 2019, n. 2788.

Cass. civ., 15 aprile 2019, n. 10424.

Cass. civ., Sez. Un., 3 maggio 2019, n. 11748.

Cass. civ., 17 ottobre 2019, n. 26304.

Cass. civ., 8 novembre 2019, n. 28814.

Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28985.

Cass. civ., sent. 11 novembre 2019, n. 28986.

Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28987.

Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28988.

Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28989.

Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28990.

Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28991.

Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28992.

Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28993.

Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28994.

Cass. civ., 13 dicembre 2019, n. 29331.

Cass. civ., 14 novembre 2019, n. 29496.

Cass. civ., 14 novembre 2019, n. 29498.

Cass. civ., 14 novembre 2019, n. 29502.
Cass. civ., 15 novembre 2019, n. 29709.
Cass. civ., 8 gennaio 2020, n. 122.
Cass. civ., 15 gennaio 2020, n. 514.
Cass. civ. 4 febbraio 2020, n. 2461.
Cass. civ., 18 febbraio 2020, n. 4009.
Cass. civ., 28 febbraio 2020, n. 5452.
Cass. civ., ord. 8 aprile 2020, n. 7748.
Cass. civ., 13 maggio 2020, n. 8887.
Cass. civ., 25 agosto 2020, n. 17682.
Cass. civ., 29 settembre 2020, n. 20564.
Cass., ord. 4 novembre 2020, n. 24473.
Cass. civ., 10 novembre 2020, n. 25164.
Cass. civ., ord. 21 marzo 2021, n. 7385.
Cass. civ., 21 aprile 2021, n. 10579.
Cass. civ., 5 maggio 2021, n. 11719.
Cass. civ., 25 giugno 2021, n. 18285.
Cass. civ., 29 settembre 2021, n. 26300.
Cass. Civ., ord., 10 novembre 2021, n. 33055.

GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA

Tar Campania, 24 marzo 2009, n. 1053.
Cons. Stato, 28 marzo 2014, n. 1501, in *Foro amm.*, 2014, 793.
Cons. Stato, 17 giugno 2014, n. 3082.

Cons. Stato, 23 giugno 2015, n. 3147.
Cons. Stato, 30 giugno 2015, n. 3249.
Cons. Stato, 22 settembre 2015, n. 4431.
Cons. Stato, 18 novembre 2015, n. 5276.
Cons. Stato, 21 luglio 2016, n. 3304.

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

Corte cost. 12 aprile 1967, n. 51.
Corte cost., 26 luglio 1979, n. 88.
Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184.
Corte cost., 14 giugno 1990, n. 307.
Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307.
Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471.
Corte cost., 25 marzo 1993, n. 121.
Corte cost., 24 ottobre 1994, n. 372.
Corte cost., 16 luglio 1999, n. 309.
Corte cost., 20 luglio 1999, n. 330.
Corte cost., 24 luglio 2000, n. 332.
Corte cost., 17 luglio 2001, n. 252.
Corte cost., 26 giugno 2002 n. 282.
Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233.
Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438.
Corte cost., 22 ottobre 2008, n. 354.
Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151.

Corte cost., 30 luglio 2009, n. 253.

Corte cost., 27 luglio 2011, n. 248.

Corte cost., 16 ottobre 2014, n. 235.

Corte cost., 7 maggio 2015 n. 76.

Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139.

GIURISPRUDENZA EUROPEA

Corte Giust. UE, 23 gennaio 2014, causa C-371/12.

Corte eur. dir. uomo, 28 gennaio 1994, Hurtado c. Svizzera.

Corte eur. dir. uomo, 24 ottobre 2006, Vi. c. Francia.

Corte eur. dir. uomo, 7 febbraio 2012, Cara-Damiani c. Italia.