

Inadempimento dell'obbligazione

Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico

CASSAZIONE CIVILE, Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577 - Pres. Ianniruberto - Rel. Segreto - P.M. Iannelli (conf.) - G.G. c. S.p.a. Riunione adriatica di Sicurtà

Responsabilità civile - Professionisti - Attività medico-chirurgica - Responsabilità contrattuale della struttura sanitaria - Responsabilità da contatto sociale del medico - Onere probatorio - Riparto.

(Codice civile artt. 1218, 1228, 1453, 1176, 2700)

In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante.

Una diversa regola probatoria non potrebbe essere introdotta in base alla superata distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. Tale distinzione, infatti, non è immune da profili problematici, specialmente se applicata proprio alle ipotesi di prestazione d'opera intellettuale, in considerazione della struttura stessa del rapporto obbligatorio e tenendo conto, altresì, che un risultato è dovuto in tutte le obbligazioni. (Nella specie la S.C. ha cassato la sentenza di merito che - in relazione ad una domanda risarcitoria avanzata da un paziente nei confronti di una casa di cura privata per aver contratto l'epatite C asseritamente a causa di trasfusioni con sangue infetto praticate a seguito di un intervento chirurgico - aveva posto a carico del paziente l'onere di provare che al momento del ricovero egli non fosse già affetto da epatite).

...Omissis... (*)

(*) Il testo della sentenza, di cui qui si riporta la massima, è già stata pubblicato in questa *Rivista* (2008, 788, con nota di G. Vinciguerra).

IL COMMENTO

di Andrea Nicolussi

Le Sezioni Unite della Cassazione ribadiscono anche con riguardo al medico l'unitarietà della responsabilità del debitore che, disciplinata in generale dall'art. 1218 c.c., implica necessariamente il riferimento a un risultato dovuto da determinare in modo appropriato in funzione degli affidamenti creati ed eventualmente del contratto. Quando il medico presta la propria opera in una struttura sanitaria, ipotesi in cui peraltro solitamente manca il contratto col paziente, occorre distinguere la responsabilità

professionale del medico da quella della struttura la quale risponde in funzione della propria organizzazione e alla quale perciò potrebbero essere accollati rischi estranei all'oggetto vero e proprio dell'obbligazione del medico. La considerazione del risultato dovuto, che tuttavia non coincide necessariamente colla guarigione del malato, mette in evidenza il profilo obiettivo dell'oggetto della obbligazione facendo distinguere la responsabilità che ne deriva, fondata sull'inadempimento, dalla responsabilità extracontrattuale fondata sulla colpa. Tale distin-

zione si riflette nelle regole probatorie: poiché il medico è tenuto all'adempimento non si libera semplicemente mettendo in dubbio la propria colpa come se gli fosse richiesto un mero dovere di diligenza (obbligazione di mezzi) in funzione di un generico *neminem laedere*. Eccessivo è però - come fanno ora le Sezioni unite - trasformare il medico da debitore, responsabile nei limiti dell'impossibilità non imputabile, in un garante del risultato cui sono fatti assumere rischi imputabili semmai soltanto oggettivamente

1. Da Cass. s.u. 15781/2005 a Cass. s.u. 577/2008: il commiato dalla distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi e l'unitarietà della regola di responsabilità del debitore

Le Sezioni unite della Cassazione proseguono nel commiato dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi che invece la giurisprudenza francesizzante del primo novecento in modo in un po' provinciale e lasciando inascoltata la dottrina aveva coltivato (1).

Lo fanno ora con riguardo alla responsabilità del medico, il prototipo della responsabilità del professionista per il quale fin dall'inizio era stata proposta e discussa criticamente la distinzione. Ma quella delle Sezioni unite è una specie di sentenza-ratifica di un orientamento che, proprio riguardo alla responsabilità medica, nell'ultimo decennio si è progressivamente consolidato (2).

Invero, a parte l'inconsistenza della categoria «obbligazione di mezzi» o «di diligenza», l'idea di ridurvi la responsabilità professionale del medico sembra già in contraddizione colla stessa esigenza per la quale il codice nell'art. 2236 c.c. aveva reputato di alleggerire la posizione del professionista nel caso dell'errore tecnico. Tale alleggerimento si spiega infatti soltanto a partire da una disciplina unitaria della responsabilità da inadempimento dell'obbligazione, e non certo assumendo come vera l'ipotesi che le obbligazioni professionali siano già trattate diversamente come obbligazioni di soli mezzi. Sicché guardando ora al cammino della nostra giurisprudenza in questa materia si può constatare *a posteriori* che, proprio a causa della logica invertita che connotò l'impostazione novecentesca della responsabilità medica in termini di obbligazione di mezzi, la giurisprudenza è stata costretta a percorrere la strada a ritroso: in un primo tempo dovette ammettere che almeno nella tipologia degli interventi di facile esecuzione, individuata sull'esempio rovesciato dell'art. 2236 c.c., l'obbligazione del medico va trattata come un'obbligazione di risultato frammentando così la responsabilità medica in ben tre regole diverse - di risultato, di mezzi e interventi di difficile esecuzione *ex art.* 2236 c.c. (3) -, per giunta con ben due tipizzazioni preterlegali; poi finalmente dovette rinnegare del tutto l'obbligazione di mezzi e quindi la originaria inversione di prospettiva per "riscoprire" così la regola codicistica. Tutte le obbligazioni, affermano ora le Sezioni unite, sono

disciplinate dalla regola generale dell'art. 1218 c.c. comprese le obbligazioni professionali, salvo un atteggiamento di minore severità per l'errore tecnico quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di grave difficoltà.

Del resto, a prescindere dal rilievo della relatività dei concetti di mezzo e di risultato - «le cure del medico sono un mezzo per la guarigione del malato, ma sono un risultato se lo scopo preso in considerazione è quello di essere curato» - tale distinzione si fa particolarmente arbitraria quando, in aggiunta all'art. 2236 c.c., pretende di riservare una responsabilità ridotta al professionista in aperto contrasto con le parole della legge: l'art. 1218 c.c. detta una regola generale e l'art. 1176, comma 2, c.c. non limita di certo l'oggetto dell'obbligazione del professionista, ma al contrario correla la cosiddetta diligenza tecnica, cioè la perizia dovuta, all'affidamento generato dalla qualità professionale dell'attività esercitata (4). Si consideri, peraltro, che proprio nella disciplina del contratto d'opera e in quella del contratto d'opera professionale, oltre a parlare in generale

Note:

(1) Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577 (in *Resp. civ. prev.*, 2008, con nota di M. Gorgoni, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*), sulle orme di Cass., sez. un., 2005, n. 15781 (in *Europa dir. priv.* con mia nota, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, 781 s.), afferma che «la distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato, se può avere una funzione descrittiva, è dogmaticamente superata». Così come, proprio riguardo al medico, Cass. 13 aprile 2007, n. 8826 (in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1824 ss., con nota di M. Gorgoni, *Le conseguenze di un intervento chirurgico rivelatosi inutile*) aveva sottolineato che «seguita distinzione costituisce, infatti, come ormai da qualche tempo dalla migliore dottrina non si manca di porre in rilievo, il frutto di una risalente elaborazione dogmatica accolta dalla tradizionale interpretazione e tralattivamente tramandata, priva invero di riscontro normativo e di dubbio fondamentale...».

(2) Sul cammino giurisprudenziale in materia di responsabilità medica, cfr., tra gli altri, F. Piraino, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 94 s. (nel saggio si trovano anche riferimenti alla dottrina francese); G. D'Amico, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, Atti del Convegno svoltosi a Treviso 23-24-25 marzo 2006 per il cinquantenario della Rivista di diritto civile, Padova 2006, 141 s.; U. Izzo, *Il tramonto di un sottosistema della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in questa Rivista, 2005, 130 s.; A. di Majo, *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita*, in *Corr. giur.*, 2005, 33 s.; L. Nivarra, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto della giurisprudenza*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 518 s.; V. Carbone, *Obbligazioni di mezzi e di risultato tra progetti e tatuaggi*, in *Corr. giur.*, 1997, 546 s., dal quale le sentenze delle sezioni unite hanno copiatosi alcuni passi; C. Castronovo, *Profili della responsabilità medica*, in *Vita notarile*, 1997, 1225 s. V. De Lorenzi, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XII, Torino, 1995.

(3) La regola contenuta nell'art. 2236 c.c., piuttosto che stabilire una limitazione della responsabilità, fissa un limite dell'obbligazione stessa: cfr. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»* (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, 1954, 206. Per ulteriori informazioni sull'errore tecnico o *error scientiae*, cfr. R. De Matteis, *La responsabilità medica*. Un sottosistema della responsabilità civile, Padova 1995, 123 s. (spec.158).

(4) Cfr. Cass. n. 8826/2007, cit.

di «opera», e perciò a sottolineare il profilo oggettivo della prestazione dovuta, la legge invero utilizza il termine risultato, e mai il termine mezzi: sia infatti l'art. 2225 c.c., sia l'art. 2237 c.c. usano precisamente la parola risultato, «risultato ottenuto» nel primo caso, «risultato utile» nel secondo (5). Il risultato dovuto, in ogni caso, è richiesto in generale dall'art. 1218 c.c. che fissa l'impossibilità (in quanto non derivante da causa imputabile) come unica ragione di esonero dalla responsabilità del debitore: poiché infatti l'impossibilità soggettiva non è concepibile, va da sé che il riferimento a un elemento oggettivo è necessario (6).

2. La responsabilità del medico, l'affidamento e il risultato dovuto. Contatto sociale e obbligazione di protezione del medico che opera in una struttura sanitaria

La vicenda giurisprudenziale della responsabilità medica esibisce i suoi aspetti più rimarchevoli su due piani connessi del discorso: quello ricostruttivo (o teorico) relativo all'inquadramento generale della questione e il piano della rilevanza pratico-processuale, ossia le implicazioni in termini di onere della prova, posto che «chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento» (art. 2697 c.c.).

Sul piano ricostruttivo, il commiato dall'obbligazione di mezzi si accompagna da un lato al guadagno della distinzione tra responsabilità del debitore o da violazione di obblighi (c.d. responsabilità contrattuale) e responsabilità extracontrattuale e, dall'altro, alla migliore messa a fuoco dell'oggetto dell'obbligazione in sé e in relazione alla figura della garanzia.

Già in altra sede ho avuto occasione di sottolineare questi profili (7), e in particolare la confusione tra le diverse ragioni a fondamento delle due forme della responsabilità civile quale causa o concausa del fraintendimento che affligge la c.d. obbligazione di mezzi. Quest'ultima tende infatti ad appiattare la responsabilità del debitore su quella del passante, cioè di chi ex art. 2043 c.c., non essendo legato al danneggiato da alcun rapporto obbligatorio, col proprio fatto colposo o doloso cagiona ad altri un danno ingiusto. Ma mentre la mancanza di un rapporto obbligatorio richiede che la responsabilità trovi ragione nel danno ingiusto e nella colpa, elevata a elemento costitutivo, il rapporto obbligatorio è già sufficiente a fondare la responsabilità quale conseguenza dell'inadempimento, onde l'art. 1218 c.c. de-grada la colpa a eventuale criterio di imputazione dell'impossibilità sopravvenuta (e quindi a elemento che impedisce l'esonero dalla responsabilità per impossibilità non imputabile al debitore) (8). Da questo punto di vista perciò l'obbligazione di mezzi, presa sul serio, riduce l'obbligo a mero dovere di sforzo e così, mimando la responsabilità extracontrattuale, pone inopinatamente la colpa a fondamento della responsabilità proprio in casi in cui la professionalità del debitore è fonte di un particolare affidamento e quindi di una relazione qualificata (9). E ciò non può non risultare persino stridente quando si tratta della responsabilità del medico, il risultato della cui attività è addirittura

funzionale alla tutela della salute del creditore (diritto fondamentale e interesse della collettività secondo l'art. 32 Cost.).

L'errore che si annida nell'idea di obbligazione di mezzi consiste, in altre parole, nel soggettivizzare il dovere del debitore staccandolo dalla sua corrispondenza con la sfera creditoria e quindi dal bisogno che ha dato origine al rapporto stesso. Proprio il requisito della corrispondenza della prestazione all'interesse del creditore (art. 1174 c.c.) fa esigere (di considerare l'oggetto dell'obbligazione come) un risultato che si possa misurare in relazione a una valutazione di utilità o di convenienza (*utilitas* o *bonitas*) per il creditore (10). *L'obligatio*, parola che già evoca l'idea di scopo (ob) del *vinculum iuris*, non può pertanto esaurirsi in un mero dovere autoreferenziale del debitore, un dovere generico alla stregua dei doveri di non far male ad alcuno che tradizionalmente si suole riassumere nel principio di *neminem laedere*. Così non si darebbe ragione del rapporto, il quale è funzionale a un interesse del creditore e perciò richiede un

Note:

(5) L'utilità del risultato in questo caso va intesa in funzione di un giudizio *a posteriori*, laddove in generale l'utilità del risultato dev'essere considerata *ex ante*, cioè già a partire dal sorgere del rapporto obbligatorio. Cfr. nota 10.

(6) Cfr. Mengoni, *L'oggetto della obbligazione*, in *Jus*, 1952, 177.

(7) Cfr. *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Europa e dir. priv.*, cit., 781 s.

(8) Sembra che questa confusione fra natura extracontrattuale e contrattuale della responsabilità medica abbia le sue radici storiche nel fatto che inizialmente la natura contrattuale della responsabilità medica fu riconosciuta in funzione della pretesa del medico al pagamento dell'onorario senza però abbandonare la più favorevole regola di responsabilità (extracontrattuale): cfr. M. Zana, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano 1993, 16 s. citato da G. D'Amico, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni «di mezzi» e «di risultato»*. *Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Napoli 1999, 178 nota 57 e 194 nota 93. Oggi questa confusione non è più accettabile perché, a parte il privilegio cui era funzionale, la c.d. responsabilità contrattuale è in realtà responsabilità del debitore, cioè di chi è tenuto in base a un rapporto obbligatorio, il quale non necessariamente deriva da contratto.

(9) Condivide l'idea della unitarietà della responsabilità del debitore in funzione dell'unica regola posta dall'art. 1218 c.c. D'Amico, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, cit., il quale reputa tuttavia che «si possa ritenere che le regole di responsabilità del debitore “di mezzi” e di quello “di risultato” si diversifichino sotto altri profili (corsi vi del testo) (e, in particolare - come vedremo fra poco - sotto quello, tutt'altro che secondario, della distribuzione dell'onere della prova della causa estranea che abbia in ipotesi determinato l'inadempimento o l'inesatto adempimento)». L'errore metodologico insito nel distacco delle regole sulla prova dalle regole sulla responsabilità è peraltro denunciato dallo stesso D'Amico (155, nota 35) colle seguenti parole: «del resto già Mengoni aveva, in generale e con la solita acutezza, osservato che in questa materia “le regole sull'onere della prova non si possono toccare senza modificare la fattispecie sostanziale della responsabilità e quindi la natura dell'obbligazione”, perché “tali regole, seppure appartenenti al diritto processuale, sono però strettamente legate alle norme del diritto materiale...”».

(10) È il guadagno della teoria dell'oggetto dell'obbligazione conseguito nel secolo scorso dalla dottrina italiana, e in particolare da Luigi Mengoni del quale cfr. *L'oggetto della obbligazione*, cit., *Obbligazioni di risultato*, cit. e *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1072 s.

risultato oggettivamente misurabile sul quale il creditore fa affidamento.

Ne deriva che anche quando il risultato dovuto non si distingue ontologicamente dal comportamento dovuto l'adempimento deve esibire un profilo obiettivo: la cura dovrà essere stata oggettivamente buona, buona la diagnosi, buona la terapia, buono l'intervento chirurgico, ossia in grado di apprestare un risultato utile al creditore in quanto capace - sebbene a una considerazione *ex ante* (11) - di dar principio (quale risultato intermedio) al processo di realizzazione dell'interesse finale di quest'ultimo (12). E ciò vale in particolare quando il debitore sia un professionista.

L'affidamento nei riguardi di quest'ultimo, del resto, è fatto rilevare espressamente dalle Sezioni unite, e nel più recente precedente di Cass. n. 8826/2007, sulla scorta di un orientamento giurisprudenziale che ha saputo mettere a frutto anche i guadagni della dottrina più avanzata (13). Infatti per un certo periodo la responsabilità del medico ha oscillato verso la responsabilità extracontrattuale, non soltanto per l'angustia dell'obbligazione di mezzi, ma altresì in considerazione della mancanza di un formale contratto tra paziente e medico operante in una struttura sanitaria. Proprio la messa a punto della teoria della obbligazione di protezione fondata sulla particolare relazione di affidamento che lo status professionale del medico è in grado di generare ha permesso alla giurisprudenza di riconoscere il rapporto obbligatorio con la conseguente responsabilità, pur in assenza della fonte contrattuale di esso. Le Sezioni unite, così come la giurisprudenza precedente, parlano invero di «responsabilità da contatto sociale», e non di obbligazione senza prestazione come in dottrina è stata qualificata (14). Ma si tratta di un fraintendimento linguistico. L'obbligazione di protezione che, in mancanza di un contratto, nasce a carico del medico in base al solo affidamento per l'operare della buona fede oggettiva, si caratterizza rispetto alla obbligazione ordinaria perché non vi è una pretesa diretta alla prestazione da parte del paziente, ma ciò non significa che l'operato del medico nei confronti di pazienti, con i quali non è legato da un rapporto contrattuale, non possa valutarsi come prestazione medica con i requisiti che essa abbia nel caso concreto (15). La particolarità della obbligazione di protezione, fuori dalla cornice di un rapporto obbligatorio ordinario o di un contratto, è soltanto di costituire una pura figura di responsabilità da inadempimento, un diritto di credito (alla protezione) senza pretesa: il paziente non ha diritto di esigere l'adempimento verso quel medico determinato, ma, una volta che il medico abbia prestato il suo servizio, la valutazione dell'inadempimento di quella che è un'obbligazione puramente di protezione deve essere condotta alla stessa stregua della prestazione professionale esigibile in una situazione analoga (16).

3. Risultato dovuto e risultato finale. Autonomia fra responsabilità professionale del medico e responsabilità oggettiva della struttura sanitaria

Uno degli equivoci che hanno ostacolato il riconosci-

mento del risultato nell'obbligazione del medico è la confusione tra risultato dovuto e realizzazione dell'interesse finale del paziente, la quale invece spesso non è che, potenzialmente e in concorso con altri fattori, il «risultato del risultato» dovuto dal medico. Ma anche un risultato intermedio è pur sempre un risultato.

Il risultato dovuto deve essere pertanto precisato nello specifico rapporto obbligatorio in modo da non gravare il medico di un vincolo che si risolverebbe in una garanzia qualora il risultato dovuto fosse troppo distante eziologicamente dai mezzi che è tenuto a impiegare. In altre parole l'obbligazione va presa per quello che è: senza farle assumere il rigore della garanzia vincolando *sic et simpliciter* il debi-

Note:

(11) Mengoni (*Obbligazioni di risultato*, cit., 190, nota 21) precisa al riguardo che «la considerazione normativa è essenzialmente imperniata sul criterio *initium obligationis spectandum est*», mentre ad essa sarebbe inadeguata una valutazione retrospettiva. È ovvio che se il malato muore le cure del medico si rivelano *a posteriori* inutili, ma «le cure mediche, in quanto oggetto di obbligazione (bene dovuto), sono utili non perché risanano ma piuttosto perché convergono al creditore che vuol essere risanato, e quindi ha bisogno di essere curato».

(12) Similmente U. Breccia, *Le obbligazioni*, in *Trattato Iudica - Zatti*, Milano 1991, 139.

(13) È la nota tesi di C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*³, Milano 2006, 476 s. dove anche una ricostruzione della evoluzione giurisprudenziale sul tema.

(14) Cfr. Cass. 22 gennaio 1999, n. 598, in *Corr. giur.*, 1999, 446 s, con nota di A. di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione* (pubblicata anche in altre riviste con altri commenti).

(15) Cfr. Cass. n. 8826/2007, cit., dove si legge che «nel contatto sociale è infatti da ravvisarsi la fonte di un rapporto che quanto al contenuto non ha ad oggetto la protezione del paziente bensì una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all'esercizio della propria attività nell'ambito dell'ente con il quale il paziente ha stipulato il contratto, ad essa ricollegando obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi emersi o esposti a pericolo in occasione del detto «contatto», e in ragione della prestazione medica conseguentemente da eseguirsi». Ma il semplice contatto sociale non è in grado di evocare la ragione propria per cui il contatto stesso genera l'obbligo, ragione che in realtà risiede nell'affidamento del malato nella professionalità del medico che nella struttura ospedaliera si prende cura di lui e verso il quale, inoltre, il malato presta il consenso informato. La stessa sentenza sottolinea, del resto, in più passaggi il ruolo dell'affidamento come ad esempio quando afferma che «le obbligazioni professionali sono dunque caratterizzate dalla prestazione di attività particolarmente qualificata da parte di soggetto dotato di specifica abilità tecnica, in cui il paziente fa affidamento nel decidere di sottoporsi all'intervento chirurgico, al fine del raggiungimento del risultato perseguito o sperato».

(16) La precisazione del fondamento di questa responsabilità dà modo, non solo di individuare la disciplina corretta, ma anche di riconoscere differenze che altrimenti sfuggirebbero. Ne offre un chiaro esempio Cass. n. 8826/2007 quando rileva che mentre la responsabilità extracontrattuale deve arrestarsi ai confini di ciò che corrisponde all'idea di danno inteso come perdita, ossia come esito peggiorativo in conseguenza della condotta illecita, l'obbligazione quale rapporto strumentale alla soddisfazione dell'interesse creditorio legittima l'idea di una responsabilità che può estendersi a quel miglioramento come risultato utile in cui poteva essere riposto un affidamento, onde è già danno rilevante l'«inalterazione», non necessariamente il peggioramento.

tore al risultato astrattamente configurato (17) e senza imboccare la scorciatoia della c.d. obbligazione di mezzi che rischia di far smarrire il senso dell'*obligatio* (18). La flessibilità del rapporto obbligatorio si gioca non già escludendo da esso il risultato utile al creditore, ma determinandolo, in base alla buona fede e al contratto, nei singoli casi o tipi di rapporti (19).

Inoltre, parlare di risultato dovuto non significa qualificare la responsabilità del medico alla stregua di una responsabilità oggettiva come la si potrebbe predicare per l'impresa, fosse pure l'impresa sanitaria nella quale egli opera. Giustamente, perciò, la sentenza delle Sezioni unite in commento riconosce l'autonomia fra la responsabilità del medico e quella della struttura sanitaria (tenuta alla c.d. prestazione sanitaria), anche se poi non sembra metterne ben a fuoco le implicazioni.

La giurisprudenza infatti, sotto quest'ultimo profilo, è da tempo condizionata dall'idea - non conforme all'art. 1218 c.c. e alla relazione al codice - secondo cui l'eventuale prova (anche indiretta) dell'impossibilità dell'oggetto dell'obbligazione non basterebbe, ma sarebbe necessaria, per regola generale, la prova della causa specifica dell'impossibilità: in tal modo, come si suol dire, il rischio della causa ignota finisce per essere sempre sopportato dal debitore (20). Questa tesi non tiene conto, però, che l'art. 1218 c.c., oltre a riferirsi semplicemente all'impossibilità e non a una causa specifica di essa, non adotta in generale un criterio oggettivo di imputazione dell'impossibilità sopravvenuta, la quale invece di regola è imputata solo a titolo di colpa, quando cioè il debitore abbia violato il dovere di conservare diligentemente la propria possibilità di adempiere (21).

È semmai in capo alla struttura sanitaria che può essere opportuno prevedere una responsabilità oggettiva del debitore (22), considerando quest'ultima cioè come un'impresa cui possono essere imputate le scelte organizzative e quindi i rischi tipici connessi alle attività che si svolgono all'interno di essa (23).

Se si considera ad esempio proprio l'ipotesi della trasfusione di sangue non sembra corretto vincolare il medico a un risultato maggiore rispetto a quello di provvedere a una trasfusione a regola d'arte evitando nei limiti del possibile effetti collaterali. Ora, poiché è noto che i trattamenti trasfusionali ammettono una percentuale di rischio di infezione da epatite C non controllabile (24), lascia perplessi la soluzione accolta dalla Cassazione che sembra imputare oggettivamente al medico anche questi eventi (accollando il rischio della causa ignota e non accertabile al debitore). Le Sezioni unite pertanto conferiscono alla qualifica di obbligazione di risultato un significato eccessivo perché, addossando al medico l'onere di provare la specifica causa inaccertabile che ha reso impossibile il risultato dovuto, trasformano la sua responsabilità in una responsabilità oggettiva se non addirittura in una garanzia. Accollare al medico il risultato negativo fuori dai casi in cui esso sia quantomeno la probabile conseguenza di una sua *malpractice* significa snaturare il rapporto obbligatorio e fraintendere il significato

del risultato come elemento necessario di esso. Si consideri, peraltro, che la trasfusione è uno di quei trattamenti necessari per cui il medico pur consapevole di un certo margine (limitato) di rischio deve comunque adottare a favore di un paziente con una anemia significativa.

4. Responsabilità medica, avanzamenti della tecnica e correlativo spostamento in avanti del risultato dovuto. L'esigenza di un controllo

Probabilmente il rischio relativamente molto basso di esiti negativi della trasfusione di sangue ha suggerito l'assimilazione di questo caso alla tipologia degli interventi di facile esecuzione con riguardo ai quali è emersa da almeno trent'anni l'esigenza di una maggiore articolazione nella determinazione dell'oggetto dell'obbligazione medica di fronte all'evolversi e ai progressi della tecnica. L'idea che il risultato dovuto dal medico o spesso più esattamente dall'*équipe* medica sia sempre e univocamente definito nei limiti del comportamento del buon professionista (un'obbligazione di perizia senza risultato ulteriore), per quanto inteso oggettivamente e non come mero dovere di sforzo, può infatti essere revocata in dubbio di fronte a certi trattamenti e

Note:

(17) Cfr. Cass. 8826/2007, cit., nella quale si precisa che nelle ipotesi tipicamente indicate come obbligazioni di risultato (es., obbligazione del depositario) non è comunque garantito il risultato, giacché l'impegno del debitore è pur sempre obbligatorio, e non si sostanzia invero in un'assicurazione.

(18) Una anacronistica riproposizione della dottrina francese si trova in E. Carbone (*Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Torino 2007, 128), il quale riecheggiando J. Frossard (*La distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat*, Paris 1965, 215) qualifica «l'obbligazione di diligenza come la forma, la quale (...) costituisce - non strumento di riduzionismo orientato al privilegio, bensì - presidio della libertà e del dialogo (sic)». Ma come rileva giustamente D'Amico (*La responsabilità ex recepto*, cit., 185, nota 67), riferendosi a Frossard, «non si comprende in qual modo codesta "libertà" possa essere limitata (o addirittura esclusa) dalla configurazione in suo capo di una obbligazione "di risultato"», mentre è sul terreno del contratto che semmai tale libertà può trovare adeguata espressione. In ogni caso la pretesa di eliminare il risultato dall'oggetto dell'obbligazione inaridisce il rapporto obbligatorio, in quanto oblitera la correlatività funzionale tra la posizione del debitore e quella del creditore svalutando altresì il principio di buona fede che tutela i reciproci affidamenti delle parti.

(19) Invece, come segnalano Cass. sez. un. 577/2008 e Cass., sez. un., 15781/2005, cit., la distinzione criticata crea squilibrio nel contenuto dell'obbligazione o escludendo il risultato o escludendo il comportamento dovuto.

(20) Questa vecchia idea è rilevata criticamente da Mengoni, *Responsabilità contrattuale*, cit., 1092 s., il quale la giudica per un verso eccessiva, per altro verso arbitrariamente riduttiva.

(21) Cfr., ora sul punto, C. Castronovo, *La responsabilità per inadempimento tra Osti e Mengoni*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 11 e la precisazione critica di Piraino, *Obbligazioni di risultato*, cit., 117 nota 81.

(22) Come nei casi di responsabilità *ex recepto*: cfr. Mengoni, *Responsabilità contrattuale*, 1092 s.

(23) Come suggerito già da S. Mazzamuto, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 502 s. Cfr. anche G. Ponzanelli, *La responsabilità medica ad un bivio: assicurazione obbligatoria, sistema residuale no-fault o risk-management?*, in questa Rivista, 2003, 428 e s.

interventi, specialmente in campo chirurgico, data anche la disponibilità di strumenti tecnici molto avanzati.

Come si esprime un autore, vi sono tipi di interventi medici «nei quali il controllo dei rischi è sostanzialmente possibile e rimesso al rispetto di regole tecniche e cautelari particolarmente “stringenti”» (25). Del resto, i progressi tecnici e scientifici non possono essere ignorati e se sono tali da ridurre la distanza fra comportamento dovuto e risultato finale la disciplina del rapporto obbligatorio deve tenerne conto (26).

In questi casi, perciò, l'orientamento giurisprudenziale che ha adottato fin dalla fine degli anni settanta più rigorose regole probatorie è stato interpretato come uno spostamento in avanti dello stesso oggetto dell'obbligazione, in quanto il risultato dovuto va al di là della semplice conformità dell'opera prestata alle regole dell'arte ed è costituito dalle conseguenze positive che derivano dall'opera stessa secondo un nesso di derivazione naturale quando siano rispettate le regole medesime e non intervengano fattori imprevedibili e inevitabili che rendano impossibile il conseguimento del risultato maggiore ormai dovuto (27).

Tale spostamento in avanti deve però essere controllato in modo da evitare di trasformare la responsabilità medica in una responsabilità oggettiva e trattare il medico come un prestatore d'opera. Certo, individuare come risultato un risultato ulteriore rispetto al comportamento dovuto, il secondo come conseguenza o esito positivo del primo, significa senz'altro alleggerire la posizione del paziente, il quale ai fini della prova dell'inadempimento potrà limitarsi a provare l'esito negativo o la stessa inalterazione. Ma ritenere che il medico, per esonerarsi dalla responsabilità, debba sempre e univocamente fornire la prova specifica dei fattori imprevedibili e inevitabili che hanno reso impossibile il conseguimento dell'esito positivo è eccessivo e significa imputargli oggettivamente il mancato esito. Bisogna perciò anzitutto distinguere tra rischi inevitabili che la scienza medica genericamente ammette senza però la possibilità di accertamento specifico, i quali già *in limine* sono estranei all'oggetto dell'obbligazione, e rischi inevitabili accertabili che possono determinare l'impossibilità sopravvenuta. Se per i primi la prova specifica non deve essere data, perché essi sono fuori dall'obbligazione, si deve ribadire, con riguardo ai secondi, che di per sé l'art. 1218 c.c. non esige nemmeno per essi la prova specifica quando l'impossibilità possa essere altrimenti provata. Del resto, relativamente a interventi per i quali il risultato sia effetto pressoché automatico della applicazione delle regole dell'arte, la prova di aver applicato tali regole e di avere adottato misure e cautele sufficienti a evitare rischi che effettivamente il medico o l'*équipe* possano evitare fa presumere che l'impossibilità non è derivata da una causa imputabile. Sarà il paziente, a questo punto, a dover (ad aver interesse a) scuotere il convincimento del giudice sulla sussistenza dell'impossibilità o eventualmente a provare una causa specifica evitabile dal medico.

L'incertezza del giudice sull'impossibilità implica che il medico non ha assolto al relativo onere della prova e che il

paziente perciò vincerà la causa. E proprio in questo si mette in evidenza la netta differenza tra la responsabilità del medico come debitore e quella cui sarebbe assoggettato se fosse trattato alla stregua del danneggiante extracontrattuale o a quella di un mero debitore di mezzi, cioè a titolo di colpa, la prova della quale sarebbe allora onere del paziente (28).

5. Consenso informato e risultato dovuto con riguardo a trattamenti con finalità terapeutiche e con riguardo a trattamenti con finalità estetiche

Vi è un altro elemento che tende a interferire col tema della determinazione dell'oggetto dell'obbligazione medica: l'accreditarsi, non privo di profili problematici, della regola del consenso informato nel rapporto fra medico e paziente (29).

Note:

(24) Ad esempio il donatore del sangue poteva trovarsi nel c.d. periodo finestra durante il quale non sarebbe stato possibile accertare l'epatite e dall'altra lo stesso paziente sottoposto a trasfusione poteva trovarsi nella stessa condizione senza che sia possibile perciò accertare l'eziologia precisa dell'epatite C.

(25) D'Amico, *Responsabilità per inadempimento*, cit., 146.

(26) Parla di uno «standard decisionale flessibile, che, se adoperato in modo consapevole, permette alla valutazione giudiziale di seguire da presso (e con i necessari margini di adattabilità) il progresso della scienza medica» Izzo, *Il tramonto di un «sottosistema» della r.c.*, cit., 149. Riferimenti giurisprudenziali in R. De Matteis, *La responsabilità medica a una svolta?*, in questa *Rivista*, 2005, 42 s.

(27) Castronovo, *Profili della responsabilità medica*, cit., 1227-1228. Occorre peraltro distinguere tra i casi in cui obiettivamente la tecnica ha spostato in avanti l'oggetto dell'obbligazione, da quelli in cui il mancato buon esito o addirittura l'esito peggiorativo, talora aberrante, viene in considerazione come elemento presuntivo già della mancanza di sufficiente perizia da parte del medico. Cfr. Mengoni, *Responsabilità contrattuale*, cit., 1098, nota 164.

(28) E infatti chi ancora è rimasto a favore della obbligazione di mezzi, pur sforzandosi di conciliarla con la disciplina dell'art. 1218 c.c., è costretto a sostenere *contra legem* «una diversa ripartizione dell'onere della prova dell'impossibilità sopravvenuta nei due tipi di obbligazioni (quelle di risultato e quelle di mezzi)»: cfr. D'Amico, *Responsabilità per inadempimento*, cit., 154 (senza peraltro distinguere la prova dell'impossibilità da quella della causa estranea e specifica che abbia determinato l'impossibilità).

(29) Di per sé il consenso informato dovrebbe svolgere la funzione di tutelare, nel rapporto medico paziente, il malato come persona (non mero sostrato delle prestazioni sanitarie), promuovendone una maggiore consapevolezza circa il significato delle proposte terapeutiche e perciò, nei limiti del possibile e del ragionevole, la sua autodeterminazione rispetto a tecniche che invadono la sfera della sua corporeità. Ciò corrisponde a un'esigenza avvertita in misura crescente nell'ambito di una medicina fortemente tecnicizzata e di una organizzazione spersonalizzante dei servizi sanitari. Tuttavia vi è il rischio che il consenso informato divenga strumento di una contrattualizzazione che talora addirittura pervaderebbe ogni singola fase terapeutica introducendo elementi di ambiguità in un rapporto che è pur sempre fondato sull'affidamento nei confronti di un professionista la cui opera è rivolta alla tutela di un bene, la salute, di rango costituzionale. Tale tendenza, se radicalizzata, tende infatti a fare del medico un prestatore di opere fungibili, intorbidando i confini tra medicina curativa della salute e medicina con finalità estetiche, cioè in ultima analisi tra medicina che realizza una funzione sociale e medicina puramente privata sganciata dall'interesse della collettività.

Sembra eccessiva però l'affermazione secondo cui proprio il consenso informato giustificerebbe ormai l'inquadramento dell'obbligazione medica fra le obbligazioni di risultato: informando che il rischio dell'intervento è basso il medico si impegnerebbe, infatti, a conseguire quel risultato (30). Si tratta di un'interpretazione della volontà che sconfina nella finzione. Vero che prospettando una alta probabilità di conseguire un certo buon esito si crea di fatto una certa aspettativa e si rafforza la decisione favorevole del paziente, ma ciò non basta a dire che il medico ne abbia assunto la responsabilità. D'altra parte - si potrebbe replicare - configurando la decisione del malato come un consenso alla terapia si potrebbe parimenti ritenere che quest'ultimo si assuma i rischi dei quali è stato informato (31).

Del resto l'informazione che il medico dà al paziente è dovuta, non è libera: non è una dichiarazione che il medico fa o ha l'interesse a fare per ottenere il consenso del paziente allo stesso modo di una trattativa precontrattuale. Se le si desse il significato di un'implicita assunzione di impegno si rischierebbe un uso difensivistico di essa da parte dei medici con la possibilità di scoraggiare i pazienti.

Inoltre, il consenso informato merita di essere valutato diversamente secondo che ricorrano i presupposti della cura della salute oppure quelli della modificazione dell'aspetto estetico. Irriducibilmente diversa infatti è la valutazione del bisogno nei due casi. Quando è in gioco la salute della persona manca spesso realisticamente l'alternativa tra il fare e il non fare; quando invece viene richiesto un intervento per finalità estetiche l'interessato deve valutare dei rischi che riguardano un bene, la salute, di rango più alto rispetto al risultato perseguito. Sicché mentre nel caso della salute occorre evitare che l'informazione degeneri in uno strumento di deresponsabilizzazione del medico o comunque in grado di scoraggiare il paziente, quando si tratta di finalità estetiche la funzione dell'informazione diventa decisiva ai fini del consenso come causa di giustificazione della violazione del corpo (32). Lo stato di bisogno del paziente pone insomma la relazione su un piano diverso rispetto alla situazione di chi decida di ingrossarsi il seno, di correggere l'addome a grembiule dovuto a una drastica cura dimagrante, di migliorare o modificare un'altra parte del proprio corpo per piacersi di più (33).

Di qui, dalla particolare rilevanza del bisogno che connota l'intervento medico per ragioni di salute, si può ricavare una direttiva ai fini della determinazione in generale del risultato dovuto nell'obbligazione medica. Infatti, data la funzione sociale dell'attività medica correlata alla rilevanza costituzionale della salute vi è un interesse della collettività a non fomentare litigiosità e a non scoraggiare il medico. Ciò dovrebbe portare a far corrispondere il più possibile il risultato dovuto alla perizia dovuta nel caso concreto e a spostare in avanti, al buon esito, il risultato dovuto solo quando la probabilità della sua derivazione dal trattamento sia molto alta (34). Una più ampia tutela del paziente, sul piano della responsabilità per i trattamenti sani-

tari, potrebbe essere conseguita invece costruendo la responsabilità dell'ente ospedaliero in funzione dei profili di organizzazione imprenditoriale e così giustificare l'applicazione di criteri oggettivi di imputazione. Da questo punto di vista la sentenza delle Sezioni unite avrebbe potuto impegnarsi in una distinzione più netta tra la responsabilità del medico e quella della struttura anche per evitare di scaricare sul medico i rischi di un risultato che non è tenuto a garantire (35).

Quanto invece agli interventi per finalità estetiche, non sostenuti da un'esigenza di rango costituzionale, l'oggetto dell'obbligazione può ben estendersi al buon esito in termini analoghi a quelli del contratto d'opera fino a prendere in considerazione eventualmente una garanzia a carico del debitore (36). L'intervento estetico infatti si

Note:

(30) Cfr. R. Natoli, *Consenso informato e obbligazioni di risultato tra esigenze di compensation ed esigenze di deterrence*, in questa Rivista, 2000, 732 s., in part. 733-734 e Nivarra, *La responsabilità civile dei professionisti*, cit., 522 s. e nota 22 dove riferimenti a Cass. 25 novembre 1994, n. 10014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 937 s. e Cass. 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, I, c. 771. Critica questa tesi anche Piraino, *Obbligazioni di «risultato»*, cit., 120, nota 88.

(31) Casi problematici in tal senso possono presentarsi per via del progresso tecnologico che rende possibili nuove alternative terapeutiche: si pensi, ad esempio, all'uso dell'anestesia nel parto che può determinare dei rischi magari anche molto bassi a fronte di vantaggi, come l'alleviamento del dolore, i quali però non si danno sul piano strettamente terapeutico. A chi assellare tali rischi se essi conseguono da una scelta del paziente?

(32) Mentre, infatti, nei casi in cui è in gioco la salute il paziente può trovarsi di fronte a una scelta tragica, nei casi di trattamento con finalità estetiche su una persona sana il significato del dovere di informazione non sembra differire poi molto dall'informazione che caratterizza i contratti con i consumatori e il corpo stesso degrada verso l'idea di merce. A tale distinzione come criterio per determinare il risultato dovuto allude anche Cass n. 8826/2007, cit.

(33) Casi citati da Carbone, *Obbligazioni di mezzi e di risultato*, cit., 551 testo e note 9 e 10.

(34) Probabilmente se si dicesse che l'obbligazione del medico è in generale un'obbligazione di perizia il risultato della quale non è necessariamente ulteriore alla perizia stessa, anziché un'obbligazione di mezzi, si coglierebbe il fondo di verità nascosto nell'annosa questione. Una conferma che il problema vero è la determinazione del risultato nell'oggetto dell'obbligazione, non la differenziazione della regola di responsabilità, si trae anche dalla disciplina del *contract of services* preparata dallo *Study Group on a European Civil Code* (C. von Bar - E. Clive - H. Schulte-Nölke, *Principles. Definitions and Model Rules of European Private Law*, Munich 2008) nella quale la *obligation of care and skill* e la *obligation to achieve result* (art. IV C. C. 2:105 e art. IV C. C. 2:105) sono assoggettate alla medesima regola di responsabilità. Cfr. altresì M. Paradiso, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, *Riv. dir. civ.* 2001, I, 325, 329 e Piraino, *Obbligazioni*, cit., 152 s.

(35) Mentre la c.d. obbligazione di mezzi è funzionale a un'arbitraria differenziazione della responsabilità, l'idea di concentrare il più possibile l'oggetto dell'obbligazione sulla perizia professionale, evitando di imputarne oggettivamente i rischi al medico al fine di non indurre pratiche difensivistiche, è in linea con la *ratio* dell'art. 2236 c.c. che alleggerisce la posizione del professionista nei confronti dell'errore tecnico per i casi in cui si devono risolvere problemi di speciale difficoltà.

(36) Non vi è dubbio che esistano casi di confine nei quali l'intervento non possa dirsi esclusivamente estetico, ma l'esistenza dei *casus perplexi* non può minare la possibilità di una distinzione generale valida per la maggioranza delle ipotesi.

avvicina alla realizzazione di un manufatto, e in genere chi vi fa ricorso lo fa proprio sulla base di un affidamento nella alta probabilità che il risultato finale si realizzi e che i rischi per la salute siano molto bassi. Tale soluzione sembra del resto ragionevole quando lo stesso professionista tende a uscire dalla funzione sociale per trasformarsi in un operatore economico disposto a una prestazione qualsiasi (37).

6. La responsabilità del medico nello specchio delle regole probatorie

Fin da quando la costruzione dell'obbligazione di mezzi è stata proposta, la sua principale implicazione pratica è stata colta sul piano della prova, coerentemente coll'idea che quando si tratti di soli mezzi ricorra una diversa regola di responsabilità analoga a quella in materia extracontrattuale. Reputare infatti che come per quest'ultima il fondamento della responsabilità del medico è la colpa significa, sul piano dell'onere probatorio, risolvere a suo favore l'incertezza che rimanga al giudice riguardo a tale elemento. Anche qualora il paziente avesse provato *prima facie*, tramite presunzione di fatto, la colpa del medico, quest'ultimo «non avrà bisogno, nonché di provare l'impossibilità fortuita, neppure di una prova contraria che dimostri con piena sicurezza l'assenza di colpa, ma potrà contentarsi di mettere in luce qualche elemento equivoco che scuota il convincimento conseguito dal giudice sulla base della prova *prima facie*, e risvegli in lui il dubbio» (38). In realtà questo esito avrebbe senso se la responsabilità del medico fosse di natura extracontrattuale, e non quando egli è già tenuto ad adempiere come debitore fino al limite dell'impossibilità non derivante da causa a lui imputabile (39).

Riconoscere che l'obbligazione del medico, come quella di ogni altro debitore, implica un risultato dovuto definisce proprio un confine tra le due forme della responsabilità civile, ex art. 1218 c.c. e ex art. 2043 c.c. Ed è questo il guadagno pratico fondamentale del commiato giurisprudenziale dall'obbligazione di mezzi.

Tuttavia la giurisprudenza sulla prova è purtroppo segnata da un atteggiamento rigido e da una contraddizione. Come opportunamente è stato segnalato in dottrina (40), l'orientamento più recente sulla responsabilità medica, infatti, è condizionato dalla applicazione del principio in materia di disciplina della prova risalente alla sentenza di Cass. sez. un. 13533/2001 (41), la quale come riportano ora le Sezioni unite, «ha affermato che il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c. in materia di responsabilità contrattuale (in conformità a criteri di ragionevolezza per identità di situazioni probatorie, di riferibilità in concreto dell'onere probatorio alla sfera di azione dei singoli soggetti e di distinzione strutturale tra responsabilità contrattuale e da fatto illecito) è identico, sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione, ex art. 1453 c.c., sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale, ex art. 1218 c.c., senza richiamarsi in alcun modo alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato». La rigidità dell'orientamento non ri-

siede nel riconoscimento dell'equivalenza dell'onere probatorio nella domanda di risarcimento del danno e nella domanda di adempimento, ma nel non distinguere tra inadempimento totale e adempimento inesatto (quest'ultimo peraltro essendo ciò che si verifica nella maggioranza dei casi di responsabilità del medico). Solo quando il creditore fa valere il suo diritto di credito basta che allegghi l'inadempimento totale, senza dare la prova negativa di tale inadempimento, spettando al debitore stesso fornire la prova del fatto estintivo del credito, ossia l'adempimento. Quando invece il creditore non contesti che un adempimento vi sia stato, ma ne affermi l'inesattezza, allora è il creditore a dover provare quest'ultima. La soluzione adottata dalla Cassazione è perciò eccessiva, perché oltre a negare giustamente la distinzione fra obbligazioni di risultato e di mezzi, esonera altresì il paziente dell'onere di provare l'inesattezza dell'adempimento che costituisce il fatto sul quale si fonda il diritto al risarcimento del danno che fa valere (42).

E in aggiunta a questa rigidità tale soluzione denota una contraddizione. Infatti, pur riconoscendo che la responsabilità del medico che opera in una struttura è una responsabilità da affidamento, c.d. contatto sociale, onde il paziente non ha una pretesa vera e propria verso il medico, la giurisprudenza reputa che l'onere della prova per la domanda di risarcimento dei danni sia equivalente a quello della domanda di adempimento. Ma in questi casi l'equivalenza non è predicabile, in quanto il paziente non è legittimato a una domanda di adempimento - non è titolare di una pretesa verso il medico, il contatto sociale non essendo certo un contratto -, e pertanto il fatto a fondamento del diritto fatto valere non può che essere l'inadempimento del medico la cui prova spetta all'attore. Forse, se la giurisprudenza avesse inquadrato con precisione questa responsabilità da violazione dell'obbligazione di protezione non sarebbe incappata in questa contraddizione.

Si sarebbe tentati di ridurre la portata della decisione su questo punto in funzione del caso particolare deciso dalle Sezioni unite nel quale il paziente lamentava di aver

Note:

(37) In questi casi, al contrario di quanto si può ritenere per l'art. 2236 c.c., la regola di responsabilità dovrebbe scoraggiare interventi non sufficientemente sicuri nei quali il medico lucra sul rischio per la salute della persona che gli si rivolge. Cfr. d'Amico, *Responsabilità*, cit., 157 con rinvio a G. di Rosa, *Linee di tendenza e prospettive in tema di responsabilità del prestatore di servizi*, in *Europa dir. priv.*, 1999, 698 s.

(38) Mengoni, *Obbligazioni di risultato*, cit., 378.

(39) Per evitare scivolamenti semantici sui concetti di onere della prova e di controprova in questa materia, cfr. Mengoni, *Obbligazioni di risultato*, cit., 377-378.

(40) D'Amico, *La responsabilità*, cit., 148 s.

(41) Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, 1565 con nota di V. Mariconda, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*.

(42) Cfr., tra gli altri, Mariconda, op. ult. cit., 1571, U. Carnevali, *Inadempimento e onere della prova*, in *Contratti*, 2002, 120; G. Villa, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 729.

contratto l'epatite C in seguito a una trasfusione di sangue. In questa ipotesi, infatti, il paziente non faceva valere soltanto un adempimento inesatto, ma addirittura un risultato aberrante rispetto al risultato dovuto. Non solo si lamentava del mancato miglioramento delle condizioni di salute in esito alla trasfusione, ma di aver contratto una malattia che non costituisce semplice peggioramento della malattia per la quale era stato sottoposto al trattamento medico. Inoltre il paziente aveva potuto mostrare che la cartella clinica non riferiva di una sua precedente infezione. *Res ipsa loquitur*: il paziente ha fornito una prova *prima facie* dell'inesatto adempimento, lasciando al medico l'incombente processuale di scuotere il convincimento che il giudice si sia potuto fare, provando di aver seguito le procedure necessarie, di aver verificato se il paziente non fosse già affetto da quella patologia e in ogni caso di aver adottato le cautele per evitare eventuali fattori di rischio. Le Sezioni unite però sono prigioniere della loro rigidità in mate-

ria di onere della prova: reputando infatti che non spetti al paziente provare l'inesattezza dell'adempimento ma al medico l'esattezza, attribuiscono a quest'ultimo la prova che «tale inadempimento non vi è proprio stato ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno». Ma in tal modo, risulta gravemente sbilanciata anche sul piano della prova la regola di responsabilità. Al medico vengono addossate la prova dell'adempimento e dell'assenza di causalità tra il supposto suo inadempimento e il danno giungendo a configurare una responsabilità oggettiva che sconfinata nella garanzia per la conformità del sangue trasfuso, quasi si trattasse di vizi occulti in un contratto di compravendita (43).

Nota:

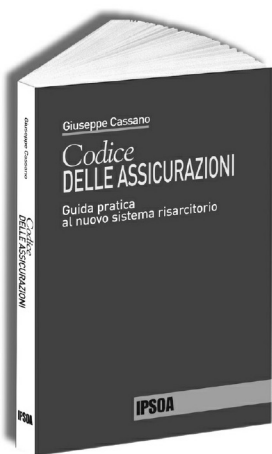
(43) Un cenno critico a riguardo di Cass. sez. un., n. 577/2008 è anche in Piraino, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, cit., 151.

LIBRI

Codice delle assicurazioni

Guida pratica al nuovo regime risarcitorio

di Giuseppe Cassano
Ipsoa 2006, pagg. 224, € 25,00



Il volume costituisce un'agile guida pratica alle nuove regole e agli adempimenti connessi alla liquidazione dei risarcimenti previsti dal nuovo codice, introdotto per armonizzare e riordinare la normativa in materia di assicurazioni private. L'elaborato è inoltre accompagnato da schemi riepilogativi, esplicativi e di confronto che facilitano la comprensione e la corretta applicazione della nuova normativa codificata.

Per informazioni

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- <http://ipshop.ipsoa.it>