

## CAPITOLO 8

### *RESPONSABILITÀ MEDICA*

#### *E RIPARTO DELL'ONERE DELLA PROVA NEL GIUDIZIO CIVILE*

(Cassazione civile, Sezione III, 6 ottobre 2014, n. 21025)

#### **8.1. Il parere**

*In data 19 settembre 2010 Tizio, appassionato di cicloturismo, partecipa a un'escursione per le vie della città di Roma. Giunto quasi al termine del percorso, cade dalla bici a causa di una macchia d'olio presente sull'asfalto.*

*Subito dopo la caduta, inizia ad avvertire forti dolori alla coscia; viene, così, trasportato presso la vicina clinica Alfa s.p.a., dove, all'esito di un esame radiografico, gli viene riscontrata la frattura del femore.*

*Valutata la gravità della patologia, il medico specialista in ortopedia e traumatologia, dott. Caio, dipendente della predetta clinica, decide di sottoporlo a un intervento chirurgico di osteosintesi con vite-placca a scivolamento.*

*Nonostante le rassicurazioni sulla buona riuscita dell'intervento, Tizio continua, però, ad avvertire forti dolori alla gamba con difficoltà di deambulazione; per tale motivo, si sottopone a nuovi esami dai quali emerge un vistoso e grave spostamento della frattura, provocato dall'invasività della vite, applicata nel collo del femore, e dalla forza di coartazione da essa sviluppata.*

*Con atto di citazione notificato in data 12 marzo 2011, Tizio conviene in giudizio la clinica Alfa s.p.a. e il dott. Caio, lamentando l'aggravamento della patologia, a seguito dell'intervento; sulla base di tali premesse, chiede la condanna dei convenuti al risarcimento dei danni subiti.*

*Il tribunale di Roma, con sentenza del 27 febbraio 2015, rigetta la domanda, ritenendola infondata. Invero, secondo il giudice di merito, l'attore non ha provato l'esistenza di difetti di tecnica nello svolgimento dell'operazione, da cui sarebbe dipeso l'aggravamento della patologia.*

*Assunte le vesti del legale di Tizio, il candidato, premessi cenni sulla responsabilità della struttura sanitaria e del medico, rediga parere motivato in ordine alla possibilità di interporre appello avverso la sentenza di primo grado.*

Il parere richiesto involge l'analisi delle regole relative alla ripartizione dell'onere della prova, nei giudizi in materia di responsabilità medica.

La vicenda in esame trae origine dall'intervento ospedaliero cui si è sottoposto Tizio a seguito della rottura del femore destro, provocata da una caduta avvenuta durante un'escursione in bici.

adempiere la prestazione (sull'argomento, v. Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533).

La ripartizione dell'onere della prova segue le stesse regole anche nel giudizio riguardante il risarcimento del danno da attività medico chirurgica. In questo caso, il paziente che agisce in giudizio deve fornire la prova dell'esistenza del contratto o del "contatto sociale" ed allegare l'insorgenza, o l'aggravamento, della patologia e l'inadempimento qualificato del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato; mentre, il medico convenuto (e/o la struttura sanitaria) deve dimostrare l'inesistenza dell'inadempimento, ovvero che, in caso contrario, che lo stesso non ha avuto alcuna incidenza causale sulla produzione del danno (da ultimo, Cass., 6 ottobre 2014, n. 21025).

A tale principio, ritenuto ormai pacifico in giurisprudenza, non si è adeguato il giudice di prime cure.

Era, infatti, dovere dei convenuti provare che l'intervento chirurgico era stato eseguito a regola d'arte e che lo spostamento della frattura non era riconducibile all'errata esecuzione dell'intervento chirurgico, bensì ad altre cause, quali eventuali patologie del paziente esistenti prima dell'ingresso in clinica o una cattiva attività riabilitativa praticata dopo l'operazione.

Stante la qualità di medico specialista del dott. Caio, il tribunale doveva, inoltre, valutare con maggior rigore la sua condotta, ai fini del giudizio di responsabilità, avendo riguardo alla sua peculiare specializzazione in ortopedia e traumatologia. Ragione per cui era normale attendersi un elevato grado di competenza nel trattamento della patologia sofferta dal paziente e nella terapia somministrata.

Alla luce delle suesposte considerazioni, Tizio potrà interporre validamente appello, chiedendo alla Corte di merito la riforma della decisione del giudice di prime cure.

## 8.2. L'atto

*In data 19 settembre 2010, Tizio, appassionato di cicloturismo, partecipa a un'escursione per le vie della città di Roma. Giunto quasi al termine del percorso, cade dalla bici a causa di una macchia d'olio presente sull'asfalto.*

*Subito dopo la caduta, inizia ad avvertire forti dolori alla coscia; viene, così, trasportato presso la vicina clinica Alfa s.p.a., dove, all'esito di un esame radiografico, gli viene riscontrata la frattura del femore.*

*Valutata la gravità della patologia, il medico specialista in ortopedia e traumatologia, dott. Caio, dipendente della predetta clinica, decide di sottoporlo a un intervento chirurgico di osteosintesi con vite-placca a scivolamento.*

*Nonostante le assicurazioni sulla buona riuscita dell'intervento, Tizio continua, però, ad avvertire forti dolori alla gamba con difficoltà di deambulazione; per tale motivo, si sottopone a nuovi esami dai quali emerge un vistoso e grave spostamento della frattura, provocato dall'invasività della vite, applicata nel collo del femore, e dalla forza di coartazione da essa sviluppata.*

*Con atto di citazione notificato in data 12 marzo 2011, Tizio conviene in giudizio la clinica Alfa s.p.a. e il dott. Caio, lamentando l'aggravamento della patologia,*

a seguito dell'intervento; sulla base di tali premesse, chiede la condanna in solido dei convenuti al risarcimento dei danni subiti.

Il tribunale di Roma, con sentenza deposita in data 27 febbraio 2015, rigetta la domanda, ritenendola infondata. Invero, secondo il giudice di merito, l'attore non ha provato l'esistenza di difetti di tecnica nello svolgimento dell'operazione, da cui sarebbe dipeso l'aggravamento della patologia.

Assunte le vesti del legale di Tizio, il candidato, rediga l'atto giudiziario ritenuto più opportuno.

### **CORTE DI APPELLO DI ROMA ATTO DI CITAZIONE IN APPELLO**

Per il Sig. Tizio, nato a <.....> il <.....>, residente in <.....> alla via <.....>, C.F. <.....>, rappresentato e difeso dall'Avvocato <.....>, C.F. <.....>, ed elettivamente domiciliato presso il suo studio professionale in <.....>, alla via <.....>, il quale dichiara di voler ricevere le comunicazioni inerenti il presente procedimento al n. fax <.....>, ovvero all'indirizzo di posta elettronica certificata <.....>

– Appellante –

#### CONTRO

il Dott. Caio, nato a <.....>, il <.....>, residente in <.....>, alla via <.....>, e domiciliato in <.....>, alla via <.....>, presso e nello studio dell'Avvocato <.....>, procuratore costituito nel giudizio di primo grado

– Appellato –

#### E NEI CONFRONTI DELLA

Clinica Alfa s.p.a., con sede in <.....>, alla Via <.....>, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, sig. <.....>, nel primo grado di giudizio domiciliata in <.....>, alla Via <.....>, presso e nello studio dell'Avv. <.....>, procuratore costituito nel giudizio di primo grado,

– Appellata –

#### PER LA RIFORMA

della sentenza n. <.....> reg. sent., resa dal Tribunale di Roma, in persona del G.U. dott. <.....>, all'esito del procedimento contraddistinto dal n. R.G. <.....>, depositata in data 27 febbraio 2015 e non notificata, nel capo che ha determinato il rigetto della domanda di risarcimento del danno proposta dal sig. Tizio nei confronti del dott. Caio e della clinica Alfa s.p.a.

La sentenza impugnata, infatti, si mostra ingiusta ed illegittima, poiché ha apoditticamente rigettato, ritenendola infondata, la domanda risarcitoria avanzata dal sig. Tizio per i danni conseguenti all'intervento chirurgico di osteosintesi, eseguito dal dott. Caio, che ha provocato un aggravamento della frattura al femore dell'appellante.

Il primo giudice, invero, ha reso esplicito il proprio errore laddove, alla pagina <.....> della motivazione, si è così espresso: «l'attore non ha provato l'esistenza di difetti di tecnica nello svolgimento dell'operazione, da cui sarebbe dipeso l'aggravamento della patologia».

È evidente l'errore di diritto commesso dal tribunale. Infatti, il giudice di prime cure ha ommesso di considerare che nel giudizio avente ad oggetto il risarcimento del danno da

**PROCURA**

Io sottoscritto sig. Tizio, informato ai sensi dell'art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 28/2010 della possibilità di ricorrere al procedimento di mediazione ivi previsto, dei benefici fiscali di cui agli artt. 17 e 20 del medesimo decreto, nonché, ai sensi dell'art. 2, comma 7, d.l. n. 132/2014, convertito dalla l. 10 novembre 2014 n. 162, della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati disciplinata dagli artt. 2 e ss. del suddetto decreto legge, conferisco procura all'Avv. <.....>, affinché mi rappresenti e mi difenda nel giudizio di cui al presente atto.

Con elezione di domicilio presso il suo studio in <.....>, alla via <.....>, e con il conferimento, altresì, di ogni più ampia facoltà di legge.

Si acconsente al trattamento dei dati personali per l'espletamento del mandato conferito, ai sensi del d.lgs. 196/2003.

<.....>, li <.....>

Sig. Tizio

È vera ed autentica

Avv. <.....>

**RELAZIONE DI NOTIFICA**

Istante l'Avv. <.....>, nella qualità in atti, io sottoscritto Ufficiale Giudiziario ho notificato l'antescritto atto di citazione in appello, con procura in calce, avverso la sentenza n. <.....> del Tribunale di Roma:

– al sig. Caio, elettivamente domiciliato, nel primo grado di giudizio, presso lo Studio del procuratore costituito, Avv. <.....>, sito in <.....>, alla Via <.....>, ivi recandomi e consegnandone copia a mani di

– alla clinica Alfa s.p.a., in persona del proprio legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata, nel primo grado di giudizio, presso lo Studio del procuratore costituito, Avv. <.....>, sito in <.....>, alla Via <.....>, ivi recandomi e consegnandone copia a mani di

Luogo <.....>, data <.....>

Firma dell'ufficiale giudiziario.

**8.3. La sentenza****Cassazione civile, Sezione III, 6 ottobre 2014, n. 21025**

Nella sentenza in esame, la Cassazione torna a ribadire che nel giudizio avente ad oggetto il risarcimento del danno da attività medico-chirurgica, l'attore deve provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) ed allegare l'insorgenza (o l'aggravamento) della patologia e l'inadempimento qualificato del debitore, astrattamente idoneo a provocare (quale causa o concausa efficiente) il danno lamentato, rimanendo a carico del medico convenuto e/o della struttura sanitaria dimostrare che tale inadempimento non vi sia stato, ovvero che, pur essendo stato, lo stesso non abbia avuto alcuna incidenza causale sulla produzione del danno.

(*Omissis*)

**SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

Con atto notificato nel 2000, E.M. conveniva in giudizio, innanzi al Tribunale di Livorno, sezione distaccata di Portoferraio, l'Azienda Usl n. (*Omissis*) della Regione Toscana chiedendone la condanna al risarcimento dei danni.

Deduceva l'attore che in data (*Omissis*) aveva riportato, a seguito di una caduta, la frattura del femore destro; era stato ricoverato presso l'ospedale di (*Omissis*) dove era stato sottoposto ad intervento chirurgico di osteosintesi con placca a vite e scivolamento; perdurando i dolori alla gamba, si era poi sottoposto ad ulteriori accertamenti ed aveva rilevato che, mentre la situazione pre-intervento non presentava alcuno spostamento dei frammenti, la situazione post operatoria evidenziava, invece, un vistoso e grave spostamento della zona di frattura, determinato dall'invasività della vite e dalla forza di coartazione che essa sviluppava; si era sottoposto a nuovi controlli nei mesi successivi da cui era stato evidenziato lo "spostamento della frattura".

Il Tribunale adito, con sentenza del 25 giugno 2004, rigettava la domanda.

Avverso tale decisione l'E. proponeva appello, cui resisteva l'Azienda appellata.

La Corte di appello di Firenze, con sentenza del 7 maggio 2010, rigettava il gravame e condannava l'appellante alle spese.

Affermava la Corte territoriale che l'appellante non aveva provato l'aggravamento della frattura ed evidenziava che il consulente tecnico, con indagine motivata, dettagliata e convincente, aveva accertato che l'E. aveva riportato, a seguito della caduta, una frattura laterale dell'estremità superiore del femore, che la radiografia effettuata il giorno seguente alla caduta era relativa solo a proiezioni antero-posteriori e non consentiva, quindi, una valutazione del grado effettivo di scomposizione e una diagnosi di frattura composta, valutabile solo dalla proiezione laterale, non eseguita nella fattispecie, e che nulla consentiva di affermare che vi erano stati difetti di tecnica, essendo ben spiegabili gli esiti della frattura riscontrati, con le caratteristiche stesse di tale lesione fratturativa, non risultando dall'indagine anamnestico-clinica effettuata alcun rapporto concausale iatrogeno al quadro clinico riscontrato. Riteneva la Corte di merito che da tanto non poteva "neppure porsi il problema se dal fatto di una terapia medica non corretta" potesse ricavarsi la prova presuntiva di un aggravamento della patologia.

Avverso la sentenza della Corte di merito l'E. ha proposto ricorso per cassazione, illustrato da memoria, sulla base di due motivi.

Ha resistito con controricorso l'Azienda USL n. (OMISSIS) della Regione Toscana.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo si lamenta "violazione e falsa applicazione di norme di diritto ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, in relazione agli artt. 1176, 2236, 1228 e 2697 c.c."

Il ricorrente censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto che l'onere di provare l'aggravamento della frattura rispetto alla causa naturale (caduta), "nel senso che la frattura del femore da composta prima dell'intervento era divenuta frattura scomposta del femore dopo ed in conseguenza dell'intervento" non era stato da lui assolto pur essendo tale onere posto a suo carico.

Assume l'E. di essere tenuto a provare soltanto l'aggravamento della patologia consistente nella pluriframmentazione del collo del femore e nell'accorciamento dell'arto con le difficoltà di deambulazione ad esso collegate e di aver assolto tale onere. Pertanto, la Corte di appello avrebbe dovuto ritenere pienamente provato l'aggravamento della patologia ed affermare l'onere dell'Azienda di provare che i predetti esiti – nell'ambito di una operazione chirurgica di routine e di non particolare difficoltà – erano dipesi non dall'intervento ma dalle caratteristiche originarie della frattura. Ad avviso del ricorrente, per escludere il nesso di causalità, l'attuale controricorrente avrebbe dovuto dimostrare quali fossero le caratteristiche della frattura prima dell'intervento e, quindi, provare non tanto che la frattura era scomposta anche prima dell'intervento quanto piuttosto che la frattura era pluriframmentaria già prima dell'intervento, onere nella specie non assolto,

non avendo la struttura sanitaria eseguito la radiografia in proiezione laterale, sicché la Corte di merito avrebbe dovuto attribuire la responsabilità dell'evento in capo alla convenuta Azienda.

2. Con il secondo motivo rubricato “errata, insufficiente e contraddittoria motivazione ai sensi dell’art. 360 c.p.c., n. 5, in relazione agli artt. 115, 116 196 e 231 c.p.c. (per contraddittorietà della consulenza tecnica, ingiusto diniego della rinnovazione della consulenza tecnica, illegittima integrazione del parere del c.t.)”, l’E. sostiene che la Corte di merito avrebbe “omesso di motivare come la pluriframmentazione della testa del femore e l’accorciamento dell’arto fossero preesistenti all’intervento chirurgico, facendo propria l’uguale omissione compiuta dal CTU e rifiutandosi di dare ingresso ad un nuovo accertamento peritale, così affermando immotivatamente che nella fattispecie non sussistevano difetti di tecnica operatoria chirurgica”.

3. Il primo motivo di ricorso è parzialmente fondato e va accolto per quanto di ragione.

Nella sentenza impugnata si afferma che l’E. non ha provato, come era suo onere, l’aggravamento della frattura rispetto alla sua causa naturale (caduta) sul rilievo che il CTU ha acclarato che nella caduta l’attuale ricorrente aveva riportato la frattura laterale dell’estremità superiore del femore e che la radiografia del (OMISSIS) era relativa solo a proiezioni antero-posteriori, il che non consentiva una valutazione del grado effettivo di scomposizione e, quindi, una diagnosi di frattura composta, valutabile solo dalla proiezione laterale, non eseguita nella fattispecie.

Come più volte affermato da questa Corte, nel giudizio avente ad oggetto il risarcimento del danno da attività medico-chirurgica, l’attore deve provare l’esistenza del contratto (o il contatto sociale) ed allegare l’insorgenza (o l’aggravamento) della patologia e l’inadempimento qualificato del debitore, astrattamente idoneo a provocare (quale causa o concausa efficiente) il danno lamentato, rimanendo a carico del medico convenuto e/o della struttura sanitaria dimostrare che tale inadempimento non vi sia stato, ovvero che, pur essendovi stato, lo stesso non abbia avuto alcuna incidenza causale sulla produzione del danno (Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577; Cass. 12 settembre 2013, n. 20904 e Cass. 12 dicembre 2013, n. 27855). A tale principio, che va ribadito in questa sede, non si sono attenuti i Giudici del merito, pur avendolo richiamato espressamente nella sentenza impugnata.

Era, infatti, onere dell’Azienda provare che non vi fosse stato inadempimento, tenuto conto delle condizioni del paziente al momento dell’ingresso nella struttura sanitaria e delle attività curative ivi praticate; al riguardo, pertanto, la Corte di merito dovrà procedere al riesame della fattispecie, prendendo posizione anche sulle censure sollevate dall’attuale ricorrente ed attinenti ai non completi esami diagnostici effettuati (v. ricorso p. 14).

Ogni altra questione proposta con il motivo in parola resta assorbita dall’accoglimento della censura in ordine al profilo appena esaminato.

4. Il parziale accoglimento del primo motivo di ricorso comporta l’assorbimento del secondo motivo.

5. Alla luce di quanto precede, l’impugnata sentenza va cassata in relazione alla censura accolta, con rinvio – anche per le spese del presente giudizio di cassazione – alla Corte di appello di Firenze, in diversa composizione, che si uniformerà al suddetto principio di diritto e a quanto sopra evidenziato.

P.Q.M.

La Corte accoglie in parte il primo motivo di ricorso, assorbito il secondo; cassa e rinvia, anche per le spese del giudizio di legittimità, alla Corte di appello di Firenze, in diversa composizione.

#### 8.4. La giurisprudenza

In tema di responsabilità medica, dà luogo a danno risarcibile l'errata esecuzione di un intervento chirurgico praticabile per rallentare l'esito certamente infausto di una malattia, che abbia comportato la perdita per il paziente della "chance" di vivere per un periodo di tempo più lungo rispetto a quello poi effettivamente vissuto. In tale eventualità, le possibilità di sopravvivenza, misurate in astratto secondo criteri percentuali, rilevano ai fini della liquidazione equitativa del danno, che dovrà altresì tenere conto dello scarto temporale tra la durata della sopravvivenza effettiva e quella della sopravvivenza possibile in caso di intervento chirurgico corretto.

*Cassazione civile, Sez. III, 27 marzo 2014, n. 7195*

Il consenso informato, ovvero l'esatta informazione sulle condizioni e sui rischi legati al trattamento sanitario, costituisce elemento strutturale dei contratti di protezione, quali sono quelli che si concludono nel settore sanitario, e conseguentemente l'inadempimento del debitore della prestazione di garanzia è idoneo a ledere i diritti inviolabili della persona cagionando anche pregiudizi non patrimoniali.

*Cassazione civile, Sez. III, 19 settembre 2014, n. 19731*

In tema di responsabilità medica, il professionista è soggetto a responsabilità per i danni alla salute anche quando derivano da un intervento compiuto con perizia ma sulla base di un consenso assente o viziato, per il solo fatto oggettivo di aver omesso informazioni di carattere medico al paziente sottoposto all'intervento chirurgico.

*Cassazione civile, Sez. III, 6 giugno 2014, n. 12830*

In tema di responsabilità medica, l'inadempimento contrattuale del sanitario dev'essere valutato alla stregua dei doveri inerenti allo svolgimento professionale e non desumersi dal mancato riconoscimento del risultato utile avuto di mira dal cliente.

*Cassazione civile, Sez. III, 5 novembre 2013, n. 24801*

La struttura sanitaria risponde a titolo contrattuale dei danni patiti dal paziente per fatto proprio, ex art. 1218 c.c., ove tali danni siano dipesi dall'inadeguatezza della struttura ovvero per fatto altrui, ex art. 1228 c.c., ove i danni siano dipesi dalla colpa dei sanitari di cui essa si avvale. Questi ultimi, a loro volta possono essere chiamati a rispondere, solidalmente con la struttura sanitaria, proprio in ragione del comportamento professionale colposo posto in essere, non potendo, però, tale responsabilità estendersi sino a ricomprendere anche colui il quale non sia stato anch'egli riconosciuto autore di una condotta colposa nella determinazione del medesimo evento lesivo.

*Cassazione civile, Sez. III, 5 dicembre 2013, n. 27285*

Nel giudizio avente ad oggetto il risarcimento del danno c.d. da nascita indesiderata (ricorrente quando, a causa del mancato rilievo da parte del sanitario dell'esi-

stenza di malformazioni congenite del feto, la gestante perda la possibilità di abortire) è onere della parte attrice allegare e dimostrare che, se fosse stata informata delle malformazioni del concepito, avrebbe interrotto la gravidanza, poiché tale prova non può essere desunta dal solo fatto della richiesta di sottoporsi ad esami volti ad accertare l'esistenza di eventuali anomalie del feto.

*Cassazione civile, Sez. III, 30 maggio 2014, n. 12264*

La Terza Sezione Civile ha rimesso al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, le questioni, oggetto di contrasto, collegate al danno da nascita indesiderata per mancata informazione sull'esistenza di malformazioni congenite del feto, e relative all'onere di allegazione e al contenuto della prova a carico della gestante, nonché alla legittimazione, o meno, del nato a pretendere il risarcimento del danno

*Cassazione civile, Sez. III, ordinanza, 23 febbraio 2015, n. 3569*

## 8.5. L'istituto

### 8.5.1. La responsabilità del medico

Il rapporto tra il paziente ed il medico e/o la struttura ospedaliera dove si è svolta la prestazione sanitaria viene oggi ricondotto nell'ampio ambito della responsabilità medica, relativamente al quale è opportuno procedere ad una breve ricostruzione per tentare di fare il punto in ordine alla natura della responsabilità della struttura sanitaria e del medico, alla ripartizione dell'onere probatorio ed infine al contenuto della prova liberatoria.

La giurisprudenza del Supremo Collegio, dal 1999 in poi, è stata costante nel riconoscere, alla responsabilità del medico nei confronti del paziente, natura contrattuale, fondata sul contatto sociale, qualora non sussistesse già un rapporto preesistente o di fiducia tra medico e paziente.

Tale inquadramento ha comportato numerosi effetti positivi per i danneggiati, quali l'applicazione del più favorevole termine di prescrizione decennale, anziché di quello quinquennale previsto per l'illecito aquiliano, o il contenuto attenuato dell'onere probatorio posto in capo al paziente; a tale situazione, fa da contraltare l'inasprimento della posizione del medico, che nel tempo è progressivamente aumentato.

Per quanto concerne il contenuto della responsabilità, la giurisprudenza ha infatti accentuato nel corso degli anni il peso dei carichi probatori gravanti sul professionista, per consentire una migliore tutela del paziente. Al professionista, invero, è richiesta la diligenza qualificata di cui al comma II dell'art. 1176<sup>1</sup>; il medico, infatti, nell'adempimento delle obbligazioni contrattuali inerenti alla propria attività professionale, è tenuto ad una diligenza che non è quella standard del buon padre di famiglia, di cui all'art. 1176, I comma, cod. civ., ma è quella specifica del debitore qualificato di cui al II comma della succitata norma, la quale comporta il

<sup>1</sup> **Art. 1176 c.c. Diligenza nell'adempimento.** – Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata.



577 dell'11 gennaio 2008, hanno stabilito che il paziente – creditore non è tenuto a provare in modo rigoroso il nesso causale intercorrente tra l'aggravamento della propria patologia e la condotta negligente od imperita del sanitario, essendo sufficiente allegare "un inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato. Competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante".

Il riparto probatorio che fa riferimento alle regole generali viene giustificato anche in relazione al principio di vicinanza alla prova: in queste obbligazioni, in cui l'oggetto consiste nello svolgimento di un'attività, e nelle quali l'inadempimento coincide con il difetto di diligenza, la prova è più vicina a chi ha eseguito la prestazione, tanto più quando si tratti di un'obbligazione a carico di un professionista, in cui il difetto di diligenza consiste nell'inosservanza delle regole tecniche che governano il tipo di attività cui è tenuto il debitore.

#### *8.5.2. L'intervento della Legge Balduzzi*

In tale contesto, è intervenuto l'art. 3, comma 1, del d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (recante "Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello della salute", convertito nella Legge 8 novembre 2012, n. 189), che così recita: "l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo".

Dalla lettura della disposizione, emerge la volontà del legislatore di attribuire alla condotta del medico una rilevanza diversa ai fini del giudizio di responsabilità.

Se, da una parte, si assiste, infatti, alla depenalizzazione della responsabilità medica in caso di colpa lieve (sempre che l'esercente l'attività sanitaria si sia attenuto a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica), dall'altra, invece, l'esimente penale non elide l'illecito civile, lasciando fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.

A tal proposito, occorre valutare l'incidenza dell'art. 3 in commento sulla materia della responsabilità del medico.

Tale dibattito si è incentrato, in particolare, sul secondo inciso della norma ("In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile") ed è caratterizzato da opinioni contrapposte, che si rispecchiano in numerose decisioni di merito.

La contrapposizione emersa in giurisprudenza può essere ben rappresentata dalle seguenti pronunce.

Secondo il Tribunale di Milano (sezione I civile, 23 luglio 2014, n. 9693 e, da ultimo, 2 dicembre 2014) 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 professioni sanitarie) per condotte che non costituiscono inadempimento di un contratto d'opera (diverso dal contratto concluso