Tribunale di Milano, sez. V civile – 22/04/2008, n. 5305. Est. Spera.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione ritualmente notificato il 03.07.2002, O.G. conveniva in giudizio la CASA DI CURA (OMISSIS) di Milano, al fine di vederne accertata la responsabilità per un'asserita mancanza di consenso all'operazione chirurgica subita presso la medesima, e per la carenza di strutture idonee a far fronte alle possibili complicanze dell'intervento eseguito.

Riferiva l'attore di essere stato ricoverato il 12.10.1999 presso il Reparto di Chirurgia Vascolare della citata CASA DI CURA. A seguito di esami di accertamento, gli veniva prospettata la necessità di procedere a un intervento di tromboendoartiectomia per stenosi suboccludente della carotide interna sinistra.

L'operazione chirurgica veniva eseguita il 15.10.1999, in anestesia generale e con intubazione oro-tracheale; due ore dopo la conclusione dell'intervento, il paziente veniva nuovamente operato per "*ematoma al collo in operato TEA carotide sinistra*"; a seguito della seconda operazione, l'attore si presentava in "*stato di agitazione psicomotoria periodica, dubbia esecuzione di comandi semplici; afasico. Permane emiplegia completa a destra, capo ruotato a sinistra*".

Nei due giorni successivi all'intervento, crisi convulsive generalizzate resero necessarie l'intubazione e la somministrazione di sedativi. La TC eseguita il 18.10.1999 evidenziava una "*lesione ischemica nel territorio della cerebrale media ed un quadro clinico di emiplegia destra, moderatamente ipotonica*".

Stante il persistere delle complicanze, il 19.10.1999 il sig. G. veniva trasferito presso il Reparto di Neurorianimazione dell'Ospedale San Raffaele di Milano, con diagnosi di "*ischemia cerebrale, post-tea carotide sinistra, insufficienza respiratoria, tracheotomia, emisindrome destra*". Il 27.10.1999 il paziente presentava ancora una "*franca emisindrome destra associata ad apasia di tipo misto, motilità emisoma sinistro*

conservata" ed eseguiva, "*per stimolo vertebrale ripetuto per imitazione, compiti motori semplici*".

I medici curanti concludevano con una prognosi di sessanta giorni per il recupero funzionale e prescrivevano la programmazione di un trattamento rieducativo presso una struttura riabilitativa.

Lamenta l'attore di aver subito, nel complesso, un danno biologico permanente pari al 60%, nonché un danno biologico temporaneo parziale di quasi un anno, conseguente alla necessità di sottoporsi a un prolungato ciclo di FKT riabilitativa.

Secondo l'assunto attoreo, la responsabilità per il danno patito sarebbe da addebitarsi alla casa di cura convenuta in quanto, da un lato, la stessa avrebbe omesso di informare compiutamente il paziente sui rischi e sulle possibili complicanze dell'intervento programmato, dall'altro, non avrebbe garantito una struttura sanitaria idonea alla tempestiva gestione di qualsivoglia situazione di emergenza.

Parte attrice concludeva affermando che la negligenza della CASA DI CURA (OMISSIS) sarebbe stata all'origine dell'insorgenza di postumi maggiormente gravi e invalidanti rispetto a quelli che sarebbero conseguiti a cure più adeguate e solerti.

Tutto quanto premesso, il sig. O.G. chiedeva accertarsi la responsabilità della struttura sanitaria e, conseguentemente, condannare la stessa al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali subiti, quantificati in Euro 330.858,84, oltre al rimborso delle spese mediche documentate.

Si costituiva in giudizio la CASA DI CURA (OMISSIS) la quale, contestando la fondatezza delle domande attoree, ne chiedeva l'integrale rigetto. Pregiudizialmente, la convenuta eccepiva la propria carenza di legittimazione passiva, assumendo l'insussistenza di un qualsiasi rapporto contrattuale con l'attore: sarebbe esistito soltanto un rapporto fiduciario tra l'attore e il medico-chirurgo materiale esecutore dell'intervento (dott. C.), al quale la struttura sanitaria - senza alcun vincolo di dipendenza e/o

collaborazione - avrebbe messo a disposizione la struttura sanitaria e garantito l'assistenza richiesta senza alcuna interferenza sull'iter diagnostico e terapeutico.

All'udienza di ammissione delle istanze istruttorie, il G.I. ammetteva la prova per testi e l'interrogatorio formale del legale rappresentante della convenuta. Il 18.02.2005, ritenutane l'opportunità, il Giudice disponeva CTU medico-legale sull'idoneità della struttura sanitaria a far fronte all'intervento ed a ogni sua possibile complicanza.

Depositata la CTU e ritenuta la causa matura per la decisione, all'udienza del 15.03.2007 il G.U. invitava le parti a precisare le conclusioni.

All'udienza così fissata, assegnati alle parti i termini per il deposito delle comparse conclusionali, il Giudice rinviava, *ex* art. 281*quinquies*, cpv., c.p.c., al 12.10.2007 per la discussione orale. All'esito della stessa invitava le parti a conciliare la lite, fissando l'udienza del 23.01.2008 per l'ulteriore discussione.

In quest'ultima udienza, su istanza congiunta dei procuratori delle parti, il Giudice tratteneva la causa in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. La legittimazione passiva della convenuta

Sulla questione pregiudiziale inerente al difetto di legittimazione passiva della convenuta, si ritiene opportuno richiamare l'orientamento della Suprema Corte di Cassazione.

Le Sezioni Unite, con sentenza 11 gennaio 2008, n. 577, hanno ribadito che "*per quanto concerne la responsabilità della struttura sanitaria nei confronti del paziente 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 una 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 della 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. Questa Corte ha costantemente inquadrato la responsabilità della struttura sanitaria nella responsabilità 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".

Nello specifico, il rapporto che si instaura tra il paziente e la casa di cura (o l'ente ospedaliero) "*ha fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo... insorgono a carico della casa di cura (o dell'ente), accanto a quelli di tipo "lato sensu" alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze*" (Cass. Civ.,14 luglio 2004, n. 13066).

Ne deriva, allora, che la responsabilità della casa di cura nei confronti del paziente ha natura contrattuale ai sensi dell'art. 1218 c.c. e può conseguire sia all'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico che, *ex* art. 1228 c.c., all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario "*quale suo ausiliario necessario, pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale*" (Cass. Civ., n. 13066/2004).

Rispetto a quanto sin qui premesso, a nulla rileva l'eventuale rapporto fiduciario sussistente tra medico curante e paziente, poiché "*la prestazione dell'ausiliario, cioè del medico, è necessaria per l'esecuzione della prestazione della casa di cura, che si obbliga alla messa a disposizione del personale medico, paramedico e dell'attrezzature necessarie per l'intervento e, dunque, si avvale del medico, sia pure di fiducia anche del paziente*" (ancora, Cass. Civ., n. 13066/2004).

Precedentemente, le Sezioni Unite della Suprema Corte (sentenza, 1 luglio 2002, n. 9556) avevano già ritenuto la casa di cura responsabile *ex* art. 1218 c.c. per inadempimento dell'obbligazione - assunta nei confronti del paziente - di prestare la propria organizzazione aziendale per l'esecuzione dell'intervento richiesto.

D'altronde, l'adempimento della predetta obbligazione è titolo per la pretesa creditoria della stessa struttura sanitaria, nella cui remunerazione deve intendersi incluso anche il costo dell'assunzione del rischio specifico inerente all'esercizio dell'attività di impresa della casa di cura: tale rischio è naturalmente comprensivo anche di quello relativo alla distribuzione delle competenze tra i vari operatori, per i quali l'impresa risponde ai sensi dell'art. 1228 c.c.

L'eccezione di carenza legittimazione passiva della convenuta è dunque infondata.

2. La responsabilità contrattuale della struttura ospedaliera

La responsabilità della struttura è contrattuale, poiché l'accettazione del paziente ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale comporta la conclusione di un contratto autonomo rispetto al rapporto medico-paziente.

A sua volta, anche l'obbligazione del medico dipendente dalla struttura sanitaria nei confronti del paziente ha natura contrattuale, ancorché non fondata su un contratto, bensì sul contatto sociale (vedi Cass. Civ., n. 589/1999).

Più esattamente, giova rammentare come le SS. UU., con sentenza n. 577/2008, abbiano evidenziato il radicale abbandono dell'orientamento volto a far coincidere la responsabilità della casa di cura con quella del medico professionista presso la stessa operante. Secondo questa impostazione, presupposto sufficiente per l'affermazione della responsabilità contrattuale della prima risultava essere il mero accertamento di un comportamento colposo del secondo.

Riconsiderati invece in termini di autonomia i rapporti medico/paziente e struttura/paziente - quest'ultimo, delineato nello schema del cosiddetto "contratto di spedalità" -, si è pervenuti a un'autonoma valutazione della responsabilità della struttura

sanitaria, la cui fonte non è più da ricercarsi nell'eventuale negligenza dei singoli operatori, bensì nell'inadempimento delle obbligazioni specificamente dedotte nel contratto di cui la medesima è diretta parte contraente.

Trattasi di un'impostazione atta a valorizzare "*la complessità e l'atipicità del legame che si instaura, che va ben oltre la fornitura di prestazioni alberghiere, comprendendo anche la messa a disposizione di personale medico ausiliario, paramedico, l'apprestamento di medicinali e di tutte le attrezzature necessarie anche per eventuali complicazioni*", poiché "*in virtù del contratto, la struttura deve quindi fornire al paziente una prestazione assai articolata, definita genericamente di "assistenza sanitaria", che ingloba al suo interno, oltre alla prestazione principale medica, anche una serie di obblighi c.d. di protezione ed accessori*" (Cass. Civ., n. 577/2008).

Da tale orientamento consegue che la responsabilità contrattuale della struttura nei confronti del paziente danneggiato, non solo potrà ricorrere per il fatto del personale medico dipendente o del personale ausiliario, ma altresì potrà essere affermata per l'eventuale insufficienza o inidoneità dell'organizzazione della struttura stessa, a prescindere dalla responsabilità o dall'eventuale mancanza di responsabilità del medico.

3.1. La diligenza e l'onere della prova nella sentenza Cass. Civ. n. 8826/2007

La Suprema Corte (Cass. Civ., n. 8826/2007) aveva già posto in evidenza la valutazione della diligenza e il riparto dell'onere della prova, statuendo, tra l'altro, quanto segue.

"*In quanto la diligenza (che, come posto in rilievo anche in dottrina, si specifica nei profili della cura, della cautela, della perizia e della legalità, la perizia in particolare sostanziandosi nell'impiego delle abilità e delle appropriate nozioni tecniche peculiari dell'attività esercitata, con l'uso degli strumenti normalmente adeguati; ossia con l'uso degli strumenti comunemente impiegati, in relazione all'assunta obbligazione, nel tipo di attività professionale o imprenditoriale in cui rientra la prestazione dovuta: v. Cass., 31/5/2006, n. 12995) deve valutarsi avuto riguardo alla natura dell'attività esercitata (art. 1176 c.c., comma 2), al professionista, e a fortiori allo specialista, è richiesta una*

diligenza particolarmente qualificata dalla perizia e dall'impiego di strumenti tecnici adeguati al tipo di attività da espletarsi...

L'onere della prova è stato ripartito tra le parti nel senso che spetta al medico provare che il caso è di particolare difficoltà, e al paziente quali siano state le modalità di esecuzione inidonee; ovvero a quest'ultimo spetta provare che l'intervento è di facile esecuzione e al medico che l'insuccesso non sia dipeso da suo difetto di diligenza (v. Cass., 19/4/2006, n. 9085; Cass., 11/11/2005, n. 22894; Cass., 28/5/2004, n. 10297; Cass., 21/6/2004, n. 11488; Cass., 16/2/2001, n. 2335; Cass., 19/5/1999, n. 4852; Cass., 4/2/1998, n. 1127; Cass., 30/5/1996, n. 5005; Cass., 16/11/1988, n. 6220).

Questa Corte è peraltro recentemente pervenuta ad affermare che la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà non può valere come criterio di distribuzione dell'onere della prova, bensì solamente ai fini della valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa riferibile al sanitario.

All'art. 2236 c.c. non va conseguentemente assegnata rilevanza alcuna ai 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 (v. Cass., 28/5/2004, n. 10297; Cass., 21/6/2004, n. 11488).

Tale soluzione si palesa infatti ingiustificatamente gravatoria per il paziente, in contrasto invero con il principio di generale favor per il creditore-danneggiato cui l'ordinamento è informato (cfr. Cass. 20/2/2006, n. 3651). In tali circostanze è infatti indubitabilmente il medico specialista a conoscere le regole dell'arte e la situazione specifica - anche in considerazione delle condizioni del paziente - del caso concreto, avendo pertanto la possibilità di assolvere all'onere di provare l'osservanza delle prime e di motivare in ordine alle scelte operate in ipotesi in cui maggiore è la discrezionalità rispetto a procedure standardizzate.

È allora da superarsi, sotto il profilo della ripartizione degli oneri probatori, ogni distinzione tra interventi "facili" e "difficili", in quanto l'allocazione del rischio non può essere rimessa alla maggiore o minore difficoltà della prestazione, l'art. 2236 c.c. dovendo essere inteso come contemplante una regola di mera valutazione della condotta diligente del debitore (v. Cass. 28/5/2004, n. 10297; Cass. 21/6/2004, n. 11488). Va quindi conseguentemente affermato che in ogni caso di "insuccesso" incombe al medico dare la prova della particolare difficoltà della prestazione (v. Cass., 28/5/2004, n. 10297; Cass., 21/6/2004, n. 11488).

Come questa Corte ha avuto anche recentemente modo di precisare, in tema di responsabilità del medico per i danni causati al paziente l'inadempimento del professionista alla propria obbligazione non può essere desunto, ipso facto, dal mancato raggiungimento del risultato utile avuto di mira dal cliente, ma deve essere valutato alla stregua dei doveri inerenti allo svolgimento dell'attività professionale (v. Cass., 9/11/2006, n. 23918).

L'inadempimento consegue infatti alla prestazione negligente, ovvero non improntata alla dovuta diligenza da parte del professionista (e/o della struttura sanitaria) ai sensi dell'art. 1176 c.c., comma 2, adeguata alla natura dell'attività esercitata e alle circostanze concrete del caso.

Secondo la regola sopra ribadita in tema di ripartizione dell'onere probatorio, provati dal paziente la sussistenza ed il contenuto del contratto, se la prestazione dell'attività non consegue il risultato normalmente ottenibile in relazione alle circostanze concrete del caso incombe invero al medico (a fortiori ove trattisi di intervento semplice o routinario) dare la prova del verificarsi di un evento imprevedibile e non superabile con l'adeguata diligenza che lo stesso ha impedito di ottenere. E laddove tale prova non riesca a dare, secondo la regola generale ex artt. 1218 e 2697 c.c. il medesimo rimane soccombente.

In caso di mancata o inesatta realizzazione di tale intervento il medico e la struttura sono conseguentemente tenuti a dare la prova che il risultato "anomalo" o anormale rispetto al

convenuto esito dell'intervento o della cura, e quindi dello scostamento da una legge di regolarità causale fondata sull'esperienza, dipende da fatto a sé non imputabile, in quanto non ascrivibile alla condotta mantenuta in conformità alla diligenza dovuta, in relazione alle specifiche circostanze del caso concreto.

Risultato "anomalo" che deve in realtà ravvisarsi non solo allorquando alla prestazione medica consegua l'aggravamento dello stato morboso o l'insorgenza di nuova patologia, ma anche quando l'esito risulti come nella specie caratterizzato da inalterazione rispetto alla situazione che l'intervento medico-chirurgico ha appunto reso necessario.

Lo stato di inalterazione si sostanzia nel mancato miglioramento (nel caso, funzionale) costituente oggetto della prestazione cui il medico-specialista è tenuto, e che il paziente può legittimamente attendersi quale normale esito della diligente esecuzione della prestazione convenuta professionale.

Deve dunque conclusivamente affermarsi che il danneggiato è tenuto a provare il contratto e ad allegare la difformità della prestazione ricevuta rispetto al modello normalmente realizzato da una condotta improntata alla dovuta diligenza. Mentre al debitore, presunta la colpa, incombe l'onere di provare che l'inesattezza della prestazione dipende da causa a lui non imputabile, e cioè la prova del fatto impeditivo (v. Cass., 2875/2004, n. 10297; Cass., 21/6/2004, n. 11488)".

3.2. Superamento della distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato, e l'onere della prova nella sentenza della Cass. SS. UU., 11 gennaio 2008, n. 577

Nella sentenza n. 577/2008 il paziente aveva citato in giudizio la casa di cura, assumendo di aver contratto l'epatite C con le trasfusioni praticategli in occasione di un intervento chirurgico.

Secondo le SS.UU. n. 13533/2001, il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno o per l'adempimento deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto é gravato dell'onere

della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento. Parimenti, in caso di inesatto adempimento, al creditore istante é sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione dei doveri accessori - come quello di informazione -, o per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), mentre sul debitore grava l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento.

Successivamente la Cassazione, applicando all'onere della prova nelle cause di responsabilità professionale del medico i principi della sentenza n. 13533/2001, ha ritenuto che gravasse sull'attore (il paziente danneggiato), oltre alla prova del contratto, anche quella dell'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie, nonché la prova del nesso di causalità tra l'azione o l'omissione del debitore e tale evento dannoso, allegando solo l'inadempimento del sanitario, mentre che restasse a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento, cioè di aver tenuto un comportamento diligente.

Relativamente alla prova del nesso di causalità le SS.UU. del gennaio 2008 non condividono tale impostazione, ritengono infatti che esso risenta implicitamente della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, che "*se può avere una funzione descrittiva, è dogmaticamente superata, quanto meno in tema di riparto dell'onere probatorio dalla predetta sentenza delle S.U. n. 13533/2001*". Invero, queste ultime hanno affermato che il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c. in materia di responsabilità contrattuale é identico, sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione ex art. 1453 c.c., sia che domandi il risarcimento per inadempimento contrattuale *ex* art. 1218 c.c., senza richiamare in alcun modo la distinzione in esame.

Comunque, secondo la definizione tradizionale, nelle obbligazioni di mezzi la prestazione dovuta prescinde da un particolare esito positivo dell'attività del debitore, che adempie esattamente se svolge l'attività richiesta secondo le modalità esigibili.

Pertanto, in tali ipotesi, è il comportamento del debitore ad essere in obbligazione, nel senso che la diligenza è considerata quale criterio determinativo del contenuto del vincolo, mentre il risultato è caratterizzato dall'aleatorietà perché dipende, oltre che dal comportamento del debitore, da altri fattori esterni oggettivi o soggettivi.

Viceversa, nelle obbligazioni di risultato ciò che importa è il conseguimento del risultato stesso, mentre è indifferente il mezzo utilizzato per raggiungerlo, qui la diligenza opera solo come criterio di controllo e valutazione del comportamento del debitore. In altri termini, è il risultato cui mira il creditore, e non il comportamento del debitore, ad essere direttamente in obbligazione.

Per le Sezioni Unite (sentenza n. 577/2008) questa distinzione non è immune da profili problematici, specialmente se viene applicata alle ipotesi di prestazione d'opera intellettuale, data la struttura del rapporto obbligatorio e dato anche che un risultato è dovuto in tutte le obbligazioni.

Infatti in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile.

Ai fini del giudizio di responsabilità, per ampliare la responsabilità contrattuale del professionista si è operata in seno alla giurisprudenza una sorta di metamorfosi dell'obbligazione di mezzi in quella di risultato, attraverso l'individuazione di doveri di informazione e di avviso, definiti accessori, ma integrativi dell'obbligo primario della prestazione, e ancorati a principi di buona fede, quali obblighi di protezione indispensabili per il corretto adempimento della prestazione professionale in senso proprio.

Inoltre, sotto il profilo dell'onere della prova, la distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato è stata utilizzata per sostenere che, mentre nelle prime, essendo aleatorio il risultato, sul creditore incombesse l'onere della prova che il mancato risultato fosse dipeso da scarsa diligenza, nelle seconde, sul debitore incombesse l'onere della prova che il mancato risultato fosse dipeso da causa a lui non imputabile.

Tutto ciò per le Sezioni Unite va respinto.

Infatti, l'inadempimento rilevante nell'ambito dell'azione di responsabilità per risarcimento del danno nelle obbligazioni di comportamento "*non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno. Ciò comporta che l'allegazione del creditore non può attenere ad un inadempimento, qualunque esso sia, ma ad un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno*" (Cass. Civ., n. 577/2008). Resta onere del debitore dimostrare che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur ricorrendo, non assurge a causa del danno nel caso specifico.

Nella fattispecie esaminata dalle Sezioni Unite, avendo l'attore provato il contratto relativo alla prestazione sanitaria e il danno assunto (epatite), e avendo allegato l'inadempimento dei convenuti, che lo avevano sottoposto ad emotrasfusione con sangue infetto, a questi ultimi competeva fornire la prova che tale inadempimento non vi era stato, perché non era stata effettuata una trasfusione con sangue infetto, oppure che, pur esistendo l'inadempimento, esso non era eziologicamente rilevante nell'azione risarcitoria proposta, per una qualunque ragione (ad esempio, perché l'affezione era già in atto al momento del ricovero).

4. Osservazioni critiche sulle due citate sentenze

Ma queste soluzioni sono del tutto appaganti? Sono coerenti nel risolvere, in generale, le problematiche attinenti all'onere della prova nell'adempimento delle obbligazioni? Non c'è il rischio per l'interprete di trarre conclusioni un po' affrettate ritenendo generica una fattispecie che, invece, rappresenta un'ipotesi specifica?

E' opportuno evidenziare che il caso posto all'esame delle Sezioni Unite (sentenza n. 577/2008) ha ad oggetto la contestazione del paziente di aver contratto l'epatite C a seguito dell'emotrasfusione effettuata nel corso di un intervento chirurgico. Ebbene, quella fattispecie consentiva di accertare univocamente sia l'adempimento (con la prova

di aver trasfuso sangue sano) che l'inadempimento (con la prova di aver trasfuso sangue infetto) e il rapporto di causalità con l'evento dannoso (epatite C).

Ma il principio di diritto enunciato dalla sentenza n. 577/2008 è suscettibile in concreto di una applicazione valida per tutte le possibili fattispecie di obbligazioni di comportamento? E con quali conseguenze in relazione all'onere di contestazione, all'onere della prova e al danno risarcibile?

In tutte le obbligazioni di comportamento l'attore-creditore (paziente o cliente dell'avvocato) agisce per la declaratoria della responsabilità contrattuale del convenuto-debitore (medico e/o struttura oppure avvocato), oltre al risarcimento del danno.

E' opportuno tuttavia distinguere le varie ipotesi, tralasciando quella in cui nel processo civile si raggiunga in concreto la prova della mancanza di danno risarcibile: in questo caso, *nulla quaestio*, il giudice rigetterà la domanda.

Ma *quid iuris* se vi è prova del danno dell'attore nelle ipotesi che seguono *sub* 4.1 e 4.2?

4.1. Se risulta in concreto provato l'inadempimento o non vi è prova dell'adempimento

Può darsi che già prima del giudizio (ad es. per confessione del medico e/o della struttura o dell'avvocato) ovvero nel corso del giudizio (ad es. mediante C.T.U.) risulti in concreto provato l'inadempimento del convenuto: è stato trasfuso sangue infetto, oppure è stato somministrato l'antibiotico non indicato, oppure non è stata depositata dall'avvocato la memoria istruttoria nel termine perentorio.

Può darsi ancora che, esaurita l'istruttoria, il debitore non riesca a provare l'esatto adempimento: il medico non prova di aver somministrato sangue sano (fattispecie della citata sentenza n. 577/2008) oppure l'avvocato non prova di aver informato il cliente sui rischi circa l'esito della lite.

Sia la prova dell'inadempimento che la mancata prova dell'esatto adempimento sono direttamente riconducibili nell'alveo dell'art. 1218 c.c.

4.1.1. *Obbligazione di mezzi e di risultato: funzione descrittiva?*

La sentenza n. 577/2008, in via di principio, supera questa distinzione, assegnando ad essa una mera "*funzione descrittiva*", facendola rientrare nel più ampio *genus* "*obbligazioni di comportamento*", e così (ri)affermando (implicitamente):

-che l'obbligo del medico non è guarire, ma curare;

-che l'obbligo dell'avvocato non è vincere la causa, ma difendere con diligenza;

-che entrambi detti professionisti, nelle varie fasi dell'adempimento dell'obbligazione assunta, sono tenuti ad eseguire correttamente tante condotte che, a loro volta, costituiscono tanti (intermedi) risultati.

4.1.2. ... *o perdurante utilità?*

In concreto, tuttavia, il debitore dovrebbe contestare il mancato raggiungimento del risultato finale: il peggioramento della salute o l'inutilità della cure ricevute, ovvero la perdita della causa.

Del resto, in relazione a specifici inadempimenti intermedi, il creditore potrebbe anche non essere portatore di un interesse giuridico concreto ed attuale, se comunque il risultato fosse stato raggiunto. Se il cliente ha vinto la causa nonostante il mancato deposito della memoria istruttoria, non può che contestare la congruità del corrispettivo richiesto dall'avvocato, ma non l'inadempimento cui non è conseguito alcun danno; la stessa soluzione si impone se il medico non ha somministrato l'anticoagulante, ma non si è verificato, in concreto, il temuto embolo.

Del resto solo se il debitore si obbliga al raggiungimento del risultato finale non c'è differenza tra l'obbligazione dell'appaltatore che si obbliga al compimento di un'opera (da un lato) e del chirurgo che garantisce la guarigione del paziente o un determinato risultato estetico e dell'avvocato che si obbliga a vincere la causa (dall'altro). In tutti questi casi il creditore insoddisfatto ha solo l'onere di contestare l'inadempimento (mancata realizzazione dell'opera, mancata guarigione o risultato estetico, soccombenza nella lite) e sul debitore grava, invece, l'onere di provare o l'adempimento o altra causa estintiva dell'obbligazione ed, in mancanza, è tenuto al risarcimento del danno.

4.1.3. *La vicinanza della prova*

Ma la sentenza n. 577/2008 deve essere oggetto di riflessione critica anche nelle fattispecie (assolutamente prevalenti) in cui il debitore (medico e/o struttura o avvocato) non garantisca alcun risultato.

La sentenza in esame impone al creditore l'onere di allegare e contestare un "*inadempimento qualificato astrattamente efficiente alla produzione del danno*", ma questa statuizione non configura una (possibile) sconfessione del principio della "*vicinanza della prova*", applicato dalle stesse Sezioni Unite (v. sentenza n. 13533/2001)?

Infatti il creditore di regola non conosce tutte le condotte, che, eseguite in applicazione delle accreditate *leges artis* in materia, integrano il corretto adempimento dell'obbligazione assunta dal debitore-professionista intellettuale: per eseguire una buona difesa tecnica l'avvocato deve esaminare la fattispecie concreta, studiare ed applicare la giurisprudenza più aggiornata, partecipare alle udienze, redigere tempestivamente gli atti, ecc.; per curare bene il medico deve effettuare una buona anamnesi, diagnosi, terapia, ecc.

Ebbene l'attore-creditore che contesti la colpa professionale, potrebbe non conoscere affatto (prima dell'istruttoria che verrà svolta nel giudizio civile) quale sia l'inadempimento in concreto verificatosi e, per altro verso, ogni condotta (intermedia) rientrante nel più ampio oggetto dell'obbligazione di comportamento può essere "*astrattamente efficiente alla produzione del danno*" (a meno che il creditore non chieda, con lite temeraria, il risarcimento del danno subito ad un braccio se tutte le prestazioni sanitarie ricevute abbiano investito esclusivamente un arto inferiore).

E allora, delle due l'una:

a) o il creditore può sempre contestare il mancato raggiungimento del risultato (peggioramento della salute o inutilità delle cure, oppure la soccombenza nella lite), con la necessaria ma contraddittoria conclusione che tutte le obbligazioni di comportamento

finiscono per essere assoggettate al regime (contestato in radice dalle Sezioni Unite) proprio delle obbligazioni di risultato;

b) oppure, più esattamente, gli oneri delle parti si articolano come in una partita di tennis:

1. il creditore (paziente o cliente) deve prima contestare al debitore, con modalità assolutamente generiche, il mancato adempimento dell'obbligazione assunta (al pari del creditore-venditore che contesti al debitore-acquirente il mancato pagamento della merce venduta);

2. il debitore (impregiudicato l'assolvimento degli obblighi di informazione "preventiva", cui è comunque tenuto prima dell'esecuzione della prestazione) spiegherà dettagliatamente il contenuto e le modalità di esecuzione dell'obbligazione assunta: il medico dirà come ha curato il paziente e quale protocollo ha adottato; l'avvocato illustrerà la strategia processuale adottata nelle difese assunte, come e quando ha partecipato alle udienze e quali scritti difensivi ha redatto;

3. solo a questo punto il creditore potrà contestare che taluna di queste condotte non sia stata conforme alle *leges artis*: il farmaco somministrato non era indicato, oppure il protocollo adottato è superato o presenta controindicazioni non acconsentite, o vi erano alternative terapeutiche più accredidate e con migliori probabilità di successo, ovvero il mancato deposito della memoria istruttoria è stato causa efficiente della perdita della causa;

4. il debitore, quindi, dovrà provare:

- l'esatto adempimento dell'obbligazione assunta: il protocollo seguito dal medico era il migliore all'epoca dell'intervento, quest'ultimo è stato correttamente eseguito, è stato trasfuso sangue sano e non infetto, la giurisprudenza e le norme invocate dall'avvocato nel giudizio erano quelle più pertinenti al caso concreto (v., *amplius*, più avanti *sub* 4.2);

-se è invece provato l'inadempimento o non è provato l'adempimento, il debitore dovrà provare che "*l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione, derivante da causa a lui non imputabile*" (*ex* art. 1218 c.c.).

Incombe sul debitore, in definitiva, l'onere di provare l'estinzione dell'obbligazione assunta o mediante la prova dell'adempimento dell'obbligazione o in conseguenza dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore medesimo (art. 1256 c.c.): un fulmine ha poco prima dell'intervento chirurgico distrutto tutti gli anticoagulanti, oppure la chiusura della cancelleria per uno sciopero selvaggio ha impedito all'avvocato il deposito della memoria istruttoria ed il giudice ha tuttavia negato la rimessione in termini, *ex* art. 184 *bis* c.p.c.

4.1.4. *Prova del nesso di causalità materiale e risarcimento del danno-conseguenza (causalità giuridica)*

In tutte le ipotesi in cui non sia stata invece provata l'estinzione dell'obbligazione e cioè, in altri termini, vi sia in concreto la prova dell'inadempimento o manchi la prova dell'adempimento dell'obbligazione, si pone il problema, necessariamente successivo, del risarcimento del danno subito dal creditore della prestazione (*ex* art. 1218 c.c.).

Ma, a questi fini, il debitore inadempiente potrà ancora liberarsi dall'obbligazione risarcitoria, ove riesca a provare che manca il nesso di causalità materiale tra il proprio inadempimento e l'evento dannoso - contrazione dell'epatite C, soccombenza nella lite - (già) provato dall'attore-creditore: la somministrazione del sangue infetto non ha cagionato l'epatite, perché il paziente ne era già affetto (a questi fini il debitore non può avvalersi delle carenze della cartella clinica, che ha invece il preciso dovere di redigere con accuratezza, come stigmatizzato nella sentenza n. 577/2008); l'omesso deposito della memoria istruttoria, nel termine perentorio concesso dal giudice, è irrilevante perché la mancanza di testi (sulle circostanze decisive) non avrebbe comunque mutato l'esito negativo della lite.

Ma *quid iuris* nei casi più controversi?

Nella responsabilità extracontrattuale incombe sul creditore-danneggiato l'onere di provare tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito: condotta illecita dell'agente (mancata somministrazione dell'anticoagulante), lesione dell'interesse protetto (danno alla salute cagionato dall'embolo, che ha determinato l'emiparesi cerebrale) il nesso di causalità tra la condotta e l'evento dannoso.

La Cassazione (v. sentenza SS. UU. civili, n. 581/2008) ha affermato che, per il giudizio civile, non vale la regola della prova che la condotta dovuta, se non fosse stata omessa, avrebbe impedito l'evento dannoso "*oltre il ragionevole dubbio*" - prova che vige invece solo nel processo penale (cfr. Cass. Pen., SS.UU., n. 30328/2002, Franzese) - bensì "*la regola della preponderanza dell'evidenza o del più probabile che non*".

Nel giudizio avente ad oggetto l'accertamento della responsabilità extracontrattuale, dunque, il creditore dovrà provare con questo criterio il nesso di causalità materiale tra il fatto illecito e l'evento dannoso verificatosi.

Nell'ambito della responsabilità contrattuale, invece, il creditore si limiterà a contestare che l'accertato inadempimento abbia determinato l'evento dannoso (peggioramento della salute o soccombenza nella causa civile).

Incomberà sul debitore l'onere di provare che non sussiste il nesso di causalità tra l'inadempimento e l'evento dannoso (il paziente aveva, precedentemente, già contratto l'epatite C) ovvero che "*è più probabile che non*" che l'esatto adempimento non avrebbe comunque impedito l'evento dannoso: "*è più probabile che non*" che anche la somministrazione dell'anticoagulante non avrebbe impedito la formazione dell'embolo; che anche il deposito tempestivo della memoria avrebbe determinato la perdita della causa.

Consegue alla corretta applicazione della disciplina sull'onere della prova nella responsabilità contrattuale che, ove residuasse il dubbio su detto nesso di causalità materiale (nel processo non è stato chiarito se *"è più probabile che non" o se "nonè più*

probabile che non") il debitore risponde dell'evento indesiderato ed è condannato al risarcimento del danno.

Incombe infine sempre sul creditore - anche nell'ambito della responsabilità contrattuale - l'onere di provare il danno-conseguenza, *ex* artt. 1223 e ss. c.c. e art. 2059 c.c., in applicazione del principio dell'onere della prova sul nesso di causalità giuridica tra l'evento dannoso determinatosi (l'emiparesi, l'epatite C, la perdita della causa) e le conseguenze pregiudizievoli risarcibili, che ne siano conseguenza immediata e diretta: danno patrimoniale, danno biologico-esistenziale, danno morale soggettivo, ecc.

In quest'ambito, il creditore potrà anche chiedere e provare il risarcimento della perdita di *chance*: "*la chance, o concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato, non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a se stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, onde la sua perdita,* id est *la perdita della possibilità consistente di conseguire risultato utile del quale risulti provata la sussistenza, configura un danno concreto ed attuale (ex pluribus Cass., 10 novembre 1998, n. 11340; Cass., 15 marzo 1996, n. 2167; Cass., 19 dicembre 1985, n. 6506). Siffatto, danno, non meramente ipotetico o eventuale (quale sarebbe stato se correlato al raggiungimento del risultato utile), bensì concreto ed attuale (perdita di una consistente possibilità di conseguire quel risultato), non va commisurato alla perdita del risultato, ma alla mera possibilità di conseguirlo*" (Cass. Civ., 4 marzo 2004, n. 4400).

Più analiticamente, in relazione al danno da perdita di *chance*, alla luce della sentenza n. 581/2008, possono prospettarsi tre possibili soluzioni:

- sul presupposto che questo danno non sia altro che l'equivalente patrimoniale delle probabilità di successo che il creditore ha perso per effetto dell'inadempimento, si potrebbe ritenere che questo criterio sia ormai superato dalla citata sentenza n. 581/2008 ed il creditore: o ottiene l'integrale risarcimento del danno "*se è più probabile che non*"

l'esistenza del nesso causale predetto, o non potrà più chiedere il ristoro di una frazione dello stesso danno se questo nesso causale "*non è più probabile che non*";

- oppure, si dovrebbe ritenere che il criterio del "*è più probabile che non*" attenga al nesso di casualità materiale ed il criterio della perdita di *chance*, lungi dall'essere superato, rimanga ancora applicabile nel diverso ambito della causalità giuridica e quindi del danno patrimoniale risarcibile *ex* art. 1223 citato: se (in conseguenza dell'accertata colpa medica) il paziente non avesse subito l'emiparesi (conseguenza causale eventualmente accertata in base al criterio del "*è più probabile che non*"), avrebbe potuto partecipare al concorso, nel quale avrebbe avuto una certa percentuale di *chance* di successo. La perdita di questa *chance* costituisce il danno patrimoniale-conseguenza risarcibile, sebbene le *chances* di vincere il concorso non fossero prevalenti su quelle di perderlo, ma purché fossero comunque di apprezzabile entità;

- infine, più plausibilmente, potrebbe concludersi che il criterio del "*è più probabile che non*" attenga al nesso di causalità materiale nel solo ambito della responsabilità extracontrattuale e invece, nell'ambito della responsabilità contrattuale, continui ad applicarsi il criterio della perdita di *chance*, di cui alla citata sentenza n. 4400/2004. Del resto, sarebbe iniquo se fosse integralmente negato il risarcimento al paziente che sia stato privato della possibilità di avvalersi di una *chance* apprezzabile, seppur non ancora integrante il criterio del "*più probabile che non*", con la conseguenza che all'acclarato inadempimento contrattuale non conseguirebbe alcun danno risarcibile e con il rischio che l'obbligo di diligenza del sanitario si attenui in previsione di una *chance* ridotta (e quindi) non risarcibile. La recentissima sentenza della Cassazione del 17 gennaio 2008, n. 867, sembra aderire alla soluzione qui accolta: "*è configurabile il nesso causale fra il comportamento omissivo del medico ed il pregiudizio subito dal paziente qualora attraverso un criterio necessariamente probabilistico si ritenga che l'opera del medico, se correttamente e prontamente prestata, avrebbe avuto serie ed apprezzabili possibilità di evitare il danno verificatosi (Cass. 4.3.2004, n. 4400; Cass. 23.9.2004, n. 19133;*

Cass. 11.11.2005, n. 22894; Cass. 21.1.2000, n. 632)" (nella specie si è ritenuto che l'omissione del monitoraggio della partoriente per circa un'ora era privo di rilevanza, in quanto l'evento lesivo si sarebbe verificato anche se il monitoraggio vi fosse stato).

4.2. Se il debitore ha agito con diligenza ma si verifica ugualmente l'evento dannoso

Più in particolare, in cosa consiste esattamente l'onere della prova dell'esatto adempimento dell'obbligazione assunta, gravante sul debitore della prestazione intellettuale?

4.2.1. *La dottrina francese e la dottrina italiana*

E' opportuno premettere un breve richiamo ai precedenti orientamenti dottrinali francesi e italiani in tema di obbligazioni di mezzi e di risultato.

Il *discrimen* tra l'uno e l'altro indirizzo risiede nella diversa interpretazione del canone della diligenza, mentre il postulato comune é quello del superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, sulla base del rilievo per cui non avrebbe senso un'obbligazione in cui non sia dedotto un comportamento produttivo di un'utilità destinata al creditore.

Secondo i teorici francesi, la diligenza non consiste in un'azione, ma in un modo di agire e dunque nella misura di una prestazione. Nell'ambito delle obbligazioni di mezzi, allora, la prestazione concreta consiste proprio nel dovere di agire diligentemente in vista di un dato scopo, che si identifica nell'utilità finale presente nella mente del creditore, la quale tuttavia non entra nell'oggetto dell'obbligazione, poiché il suo raggiungimento dipende anche da condizioni ulteriori, estranee alla sfera del vincolo ed indipendenti dal comportamento del debitore.

Ciò risulta particolarmente apprezzabile nelle obbligazioni di opera professionale: il medico adempie la propria obbligazione non quando il paziente guarisce o migliora, ma quando lo cura bene, cioè con la diligenza misurata sulla base delle *leges artis*; l'avvocato non è obbligato a vincere la causa, ma a un'assistenza legale diligente.

La diligenza, in definitiva, viene qui riferita all'adempimento, col quale si identifica e nel cui ambito opera, per cui può ben dirsi che l'art. 1176 c.c. incide sull'adempimento, mentre l'art. 1218 c.c. disciplina l'inadempimento.

Al contrario, ad avviso della prevalente dottrina italiana la buona fede, che nelle attività tecniche significa esecuzione esperta (artt. 1176, co. 2, c.c. e art. 2236 c.c.), riguarda la conservazione della possibilità di adempiere e non l'adempimento, che rinviene il proprio momento determinante nel raggiungimento dell'*utilitas* concreta da parte del creditore. Anche nelle obbligazioni di mezzi, l'oggetto della prestazione non si identifica nel mero dovere di sforzo per riuscire a far bene. In un ordinamento come il nostro, che riconosce come unico limite alla responsabilità del debitore il caso fortuito, la diligenza viene in considerazione soltanto nell'ipotesi di sopravvenuta impossibilità oggettiva dell'adempimento, nel senso che solo in questo caso importa accertare se e quanto il debitore si sia sforzato per non lasciare inappagata l'aspettativa del creditore.

In questo senso, viene superata la dicotomia - solo apparente - tra l'art. 1176 c.c. e l'art. 1218 c.c., dal momento che si riconosce che entrambi operano nello stesso ambito, e che il primo è un criterio generale di imputabilità dell'impossibilità sopravvenuta, nel senso che sarà imputabile al debitore l'impossibilità derivante da una causa evitabile con l'ordinaria diligenza (o con quella richiesta dalle *leges artis*). Deve dirsi allora che l'art. 1176 c.c. non si oppone all'art. 1218 c.c., ma lo integra, proprio perché la diligenza viene intesa come sforzo diretto a evitare il *casus culpa determinatus*. Pertanto l'impossibilità dell'adempimento della prestazione, vale a dire del raggiungimento dell'*utilita*s, deve valutarsi relativamente ai mezzi che, secondo la buona fede, sono compresi nella sfera dell'obbligo, cosicché si ha vera impossibilità, non solo quando lo scopo è divenuto in sé impossibile, ma anche quando, per circostanze sopravvenute, il risultato non potrebbe essere realizzato se non con mezzi anormali rispetto al tipo di rapporto obbligatorio considerato, cioè con mezzi all'impiego dei quali il debitore non può dirsi in buona fede impegnato.

In definitiva, il binomio composto da impossibilità sopravvenuta della prestazione ed assenza di colpa del debitore estingue l'obbligazione.

Questa ricostruzione, se considerata sotto il profilo dell'onere della prova, comporta che il creditore che agisce *ex* art. 1218 c.c. debba contestare l'inadempimento, che identifica il fatto costitutivo della pretesa, mentre il debitore sia onerato della prova del fatto estintivo diverso dall'adempimento e consistente nel caso fortuito, che integra il presupposto dell'impossibilità non imputabile della prestazione.

Nel caso della responsabilità medica, ad esempio, il creditore-paziente deve provare il peggioramento del proprio stato di salute, o la mancata guarigione dalla malattia, mentre il debitore-medico deve provare l'impossibilità sopravvenuta, a sé non imputabile, del miglioramento o della guarigione.

4.2.2. *La prova dell'adempimento*

Ritiene il Tribunale di riprendere le mosse dalla dottrina francese.

L'obbligazione contrattuale è fonte di responsabilità nel momento in cui la stessa non è adempiuta: non incombe sul creditore insoddisfatto l'onere di provare la negligenza del debitore, come invece accade nelle ipotesi di responsabilità extracontrattuale, ma è il debitore che deve provare che l'inadempimento è dovuto ad un impedimento che, a sua volta, non gli sia imputabile.

L'art. 1218 c.c. citato prevede infatti che il debitore può esonerarsi dalla responsabilità se prova una impossibilità derivante da causa a lui non imputabile; la colpa non è costitutiva della responsabilità contrattuale, ma non è neppure immediatamente impeditiva: prima occorre provare l'impossibilità, e poi che questa non dipende da colpa.

L'art. 1176 c.c., invocato in particolare per la disciplina della responsabilità del professionista, è norma che disciplina l'adempimento e non l'inadempimento.

Consegue allora che il debitore, chiamato a rispondere dell'inadempimento dell'obbligazione, dovrà provare di avere adottato tutte le misure di diligenza, prudenza e perizia nell'eseguire la prestazione, qualunque sia il grado di difficoltà della stessa, per

evitare offese ad interessi diversi del creditore; ma, assolvendo tale onere (diversamente dalle regole sulla responsabilità aquiliana in genere), non avrà provato la mancanza di colpa, bensì il suo adempimento, cioè avrà provato di avere esattamente eseguito la sua prestazione. Ad esonerarlo dalla responsabilità non è dunque la mancanza di colpa, bensì l'adempimento dell'obbligazione.

È di tutta evidenza che, allorquando il medico (o la struttura ospedaliera) ha provato di aver esattamente adempiuto la propria obbligazione, e cioè di aver rispettato tutte le norme di prudenza, diligenza e perizia, i protocolli e le linee-guida più accreditate nel proprio settore di competenza, il paziente non può invocare l'art. 1218 c.c., neppure in presenza di un acclarato peggioramento delle proprie condizioni di salute in rapporto di causalità con la prestazione sanitaria.

L'art. 1218 c.c. infatti presuppone l'inadempimento dell'obbligazione assunta, inadempimento che non sussiste quando vi è in concreto la prova positiva dell'adoperata diligenza.

Consegue altresì che il medico diligente, cioè adempiente, non è neppure gravato dall'onere della prova del caso fortuito, vale a dire dell'evento imprevisto e imprevedibile che abbia determinato l'insuccesso o l'inutilità della prestazione sanitaria; tale onere presuppone infatti, in applicazione dell'art. 1218 c.c., non il mero insuccesso, ma l'insuccesso determinato da inadempimento dell'obbligazione assunta.

A ben riflettere, l'orientamento giurisprudenziale qui criticato comporta che gravi sul medico (e/o sulla struttura) adempiente il rischio statistico, determinato da complicanze conosciute dalla scienza medica o addirittura eccezionali e ancora ignote, e tale conclusione certamente non è accettabile.

Coerentemente con questa prospettazione, dovrebbe essere sottoposto a rivisitazione critica anche l'indirizzo della Cassazione secondo cui l'art. 2236 c.c. inerisca alla diligenza e, quindi, determini le modalità e il contenuto della prestazione: "*la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi*

tecnici di particolare difficoltà non rileva dunque più quale criterio di distribuzione dell'onere della prova, ma dovrà essere apprezzata per la valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, restando comunque a carico del sanitario la prova che la prestazione era di particolare difficoltà" (Cass. Civ., n. 10297/2004).

Ancora una volta si evoca una commistione tra elementi oggettivi e soggettivi, non richiesta dalla legge, ai fini della prova dell'adempimento dell'obbligazione contrattuale.

Ed invece l'art. 2236 c.c., anche nel suo tenore letterale, esclude nei casi previsti l'obbligazione risarcitoria, se il debitore versi in colpa lieve (e solo) per imperizia. In definitiva, l'art. 2236 c.c. trova applicazione solo quando sia stato già provato l'inadempimento o, più precisamente, il debitore non abbia provato l'esatto adempimento, ai sensi dell'art. 1218 c.c.

Tuttavia, mentre di regola la colpa lieve non esclude l'obbligazione risarcitoria, quest'ultima viene meno se il debitore provi la particolare complessità della propria prestazione e che versi in colpa lieve.

In conclusione, il creditore (paziente, o cliente dell'avvocato) non ha neppure l'onere di allegare e contestare che la prestazione non implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, ma, solo sul debitore (medico e/o struttura, avvocato), che ne invochi la disciplina, grava il conseguente onere della prova: complessità della prestazione e colpa lieve.

4.2.3. *Ma quid iuris nell'ipotesi di causa ignota (alla scienza medica) del peggioramento o della mancata guarigione?*

In tale evenienza questo Giudice aderisce a un orientamento dottrinario che fa leva sulla rilevanza generale delle presunzioni semplici per evitare al debitore di subire il rischio della causa estintiva non imputabile ma ignota.

Secondo la dottrina tradizionale, infatti, soltanto la prova dello specifico fatto estintivo (cioè del singolo caso fortuito concreto) scongiura il pericolo che il debitore si liberi invocando un comportamento genericamente diligente.

Ciò è tuttavia sconfessato da quest'ultimo indirizzo, che obietta che così si assegna all'art. 1218 c.c. una funzione di deroga tacita al sistema delle presunzioni semplici, che invece esige una disposizione espressa in tal senso.

Allora nel caso del chirurgo che ha formulato una corretta diagnosi, individuato la terapia più consona, eseguito l'intervento secondo i migliori protocolli operatori e monitorato il paziente nella fase successiva, si può presumere un'anomalia congenita ed occulta del paziente, che abbia determinato il decorso anomalo dell'intervento stesso.

In definitiva il debitore, che abbia adottato i protocolli più accreditati ed abbia agito secondo la diligenza richiesta dalle *leges artis*, prova in tal modo, mediante presunzioni semplici (artt. 2727 e ss. c.c.), che l'evento non desiderato non è a sé imputabile e che l'obbligazione assunta è estinta per impossibilità sopravvenuta della prestazione.

4.3. Conclusioni

Le soluzioni qui accolte potrebbero tuttavia non essere appaganti da un punto di vista di giustizia sociale, nel senso che rimarrebbero a carico del paziente esiti pregiudizievoli causalmente riconducibili alle prestazioni sanitarie, ma dei quali non sia stata accertata - né positivamente né negativamente - l'imputabilità al medico.

Anche la Cassazione ha infatti recentemente ribadito che "*il sistema della responsabilità civile diventa, così come acutamente osservato, un'opera di ingegneria sociale, commissionata quasi interamente agli interpreti, il cui compito diviene, allora, lo studio dei criteri di traslazione del danno*" (Cass. Civ., n. 9471/2004).

Ciononostante, occorre ricordare che la regola di responsabilità, come ogni altra regola giuridica, è soluzione di conflitti di interessi, e in ciascuno di questi quanto si accresce a una parte si toglie all'altra, e non è detto che la posizione del danneggiato sia sempre da privilegiare rispetto a quella del presunto danneggiante.

Ove poi fosse accertata una lacuna normativa, si imporrebbe un intervento del legislatore, rimanendo altrimenti il giudice soggetto alla legge attualmente vigente.

5. La fattispecie concreta

Alla luce delle statuizioni che precedono possono più agevolmente risolversi le questioni poste dall'attore nel presente giudizio.

L'attore ha individuato due differenti profili di inadempimento della struttura sanitaria: l'insufficienza delle informazioni inerenti alla natura e ai rischi connessi all'intervento programmato, così che il consenso da questo prestato non possa considerarsi validamente dato; l'assenza di una struttura sanitaria idonea a consentire tempestivi e mirati interventi d'urgenza nel caso di complicazioni conseguenti all'operazione chirurgica. Trattasi di doglianze relative ad obbligazioni "qualificate" della controparte e, come tali, idonee a introdurre un giudizio di responsabilità nei confronti della convenuta.

Alla luce delle risultanze di causa, tuttavia, ritiene questo Giudice che nessun rimprovero possa essere mosso alla casa di cura, e che nessun margine di negligenza o imperizia possa essere ravvisato nella complessiva gestione del ricovero, dell'intervento e della degenza post-operatoria del sig. O.G.

5.1. Il consenso informato

Per quel che attiene al consenso informato, lamenta il sig. G. di non aver ricevuto dai medici curanti una "*completa, esaustiva e intelligibile informazione*" (vedi atto di citazione) sulla specifica tipologia dell'intervento programmato e sui rischi connessi al medesimo. A fondamento della propria doglianza, allega il modulo all'uopo sottoscritto (doc. 8, fascicolo attoreo), adducendo la sua estrema sinteticità a prova dell'omissione informativa.

E' principio consolidato che il medico non possa più intervenire sul paziente senza averne ricevuto prima il consenso, presupposto indefettibile per un corretto esercizio dell'*ars medica*.

L'adesione del paziente alla prestazione sanitaria deve partecipare del requisito della piena e adeguata consapevolezza circa la natura e le potenziali conseguenze della stessa:

si tratta di un diritto di immediata e concreta attuazione dei principi di cui all'art. 32 della Costituzione; diritto a fronte del quale sorge - ineludibile - l'obbligo del medico curante di fornire al paziente ogni elemento utile alla manifestazione cosciente del consenso richiesto.

L'omessa informazione, impedendo al paziente di esercitare il diritto di rifiutare l'intervento, vale quale antecedente causale dell'eventuale evento dannoso che concretizza un tipico illecito del medico curante.

L'informazione nei confronti del paziente deve concernere la "*natura dell'intervento medico e chirurgico, alla sua portata ed estensione, ai rischi, ai risultati conseguibili, alle possibili conseguenze negative, alla possibilità di conseguire il medesimo risultato attraverso altri interventi e ai rischi di questi ultimi*" (Cass. Civ., 15 gennaio 1997, n. 364). Si richiede, nello specifico, che il paziente sia posto nelle condizioni di conoscere ogni rischio dell'intervento prospettato, così come ogni possibile alternativa allo stesso: lungi dall'essere un mero atto formale, la ricezione del consenso è condizione imprescindibile per trasformare un atto intrinsecamente illecito (la violazione dell'integrità psico-fisica) in atto lecito.

Giurisprudenza costante pone a carico del medico di provare l'esatto adempimento di questa specifica obbligazione (Cass. Civ., 23 maggio 2001, n. 7027), secondo un riparto del relativo onere che è permeato dai principi generali in materia, che già si è avuto modo di anticipare col richiamo alle Sezioni Unite n. 13533/2001.

La violazione del dovere di informazione da parte del medico dà luogo ad un'ipotesi di inadempimento contrattuale e, precisamente, dell'obbligazione accessoria di informazione.

Nel caso di specie è stato allegato dall'attore proprio tale inadempimento, avendo i medici omesso di informarlo di tutte le conseguenze possibili e di tutti i rischi relativi all'intervento chirurgico cui sarebbe stato sottoposto. Tuttavia, lo stesso attore versa in

atti un modulo, da lui stesso sottoscritto presso la CASA DI CURA (OMISSIS) il 12.10.1999, dalla lettera del quale risulta che :

-il paziente è stato "*informato sull'iter diagnostico e sulle modalità di esecuzione delle indagini e sui rischi ad essi connessi*";

-il paziente è stato "*informato sull'intervento chirurgico e sugli eventuali rischi*".

Trattasi di una dichiarazione a mezzo della quale il sig. G. dà atto di aver ricevuto le predette informazioni dal medico curante. Di tale modulo l'attore eccepisce l'estrema sinteticità, inidonea a soddisfare l'onere della prova dell'adempimento dell'obbligo di informazione. Non sarebbe infatti possibile ricavare dallo stesso alcun elemento specifico circa la natura e le caratteristiche dell'operazione chirurgica da eseguirsi, così come dei rischi alla medesima connessi: l'assenza di tali indicazioni impedirebbe al citato modulo di valere quale dichiarazione dell'informazione ricevuta, o quale dichiarazione di consenso alla specifica prestazione sanitaria.

È da condividersi l'assunto secondo cui, in mancanza di una dichiarazione sottoscritta dal paziente contenente tutte le informazioni del caso e dunque attestante che le informazioni ricevute sono idonee, complete, chiare e perfettamente intelligibili dal paziente, l'onere della prova gravante sul medico non può ritenersi assolto per mezzo della mera produzione documentale.

Deve peraltro rilevarsi che nel corso di giudizio, in punto di consenso, entrambe le parti hanno richiesto di essere ammesse alla prova testimoniale.

Astrattamente, non vi sono limiti normativi per l'ammissibilità della prova testimoniale diretta a contrastare e/o integrare le circostanze risultanti dal modulo di consenso, per quanto resti comunque rimessa al Giudice la valutazione sulla rilevanza della prova testimoniale (tale rilevanza non è stata ritenuta dalla giurisprudenza di merito allorché il modulo sia completo, ma in pari tempo chiaro ed assolutamente intelligibile dall'uomo medio), o sulla sua idoneità a comprovare circostanze diverse e/o ulteriori rispetto a quelle contenute nel documento sottoscritto.

Nel caso *de quo*, sia le prove testimoniali e per interrogatorio formale richieste dall'attore sul capitolo 5 della propria memoria istruttoria (dep. il 30.01.2004), sia la prova contraria richiesta da parte convenuta, anche a mezzo di quanto capitolato ai punti 1 e 2 della memoria *ex* art. 184 (dep. il 28.02.2004) sono state ritenute ammissibili.

Chiamato a deporre all'udienza del 29.10.2004, il dott. M. riferì di aver avuto personalmente un colloquio con il sig. G., unitamente al dott. C., in occasione del quale i medici spiegarono al paziente "*la procedura chirurgica e tutte le possibili complicanze, sia generali che particolari. Quelle particolari riguardavano il flusso di sangue dalla carotide al cervello quelle generali riguardavano aspetti cardiocircolatori e cardiopolmonari. Ricordo con esattezza che trattavasi di un caso di importante quadro clinico con possibili complicanze che furono evidenziate al paziente. Il caso non si poteva trattare farmacologicamente e necessitava di intervento chirurgico. Confermo, altresì, che all'esito del colloquio con il paziente il G. comprese la gravità della sua situazione clinica, e anche dei rischi generali e particolari relativi all'intervento chirurgico e quindi diede il suo consenso all'urgente trattamento chirurgico*" (vedi verbale udienza). Trattasi di circostanze riferite con puntualità e precisione, il cui tenore risulta peraltro concordare con quanto emerge dal modulo di consenso in ordine ai tempi e al contenuto delle informazioni date.

Rispetto alla predetta testimonianza la prova contraria, introdotta da parte attrice a mezzo della dichiarazioni della teste D.C., non pare provvista dei caratteri della chiarezza, della precisione e della concordanza necessari a promuovere un giudizio positivo di attendibilità.

Alla medesima udienza del 29.10.2004, infatti, la teste - moglie dell'attore - riferiva: "*ero presente quando mio marito fu visitato dal dott. C., se ben ricordo il nome. Del rischio relativo all'intervento si parlò molto poco. Ricordo in particolare che nelle prime visite non si parlò affatto di rischio da intervento. Nei giorni successivi mio marito fu sottoposto a varie visite da parte di diversi medici, i quali dicevano che era un*

intervento di routine e che i rischi erano minimi e che 3 o 4 giorni dopo l'intervento mio marito sarebbe ritornato a casa".

Si ritiene che la testimonianza non possa essere considerata attendibile per le ragioni di seguito enunciate.

In primo luogo, il teste M. ha riferito che il consenso informato non fu ricevuto da lui soltanto, bensì congiuntamente al dott. C., circostanza che la teste non riporta, non rammentando nemmeno la presenza del dott. M. Risulta documentalmente provato che il consenso fu prestato il giorno stesso del ricovero, 12.10.1999, circostanza che risulta negata dal tenore delle dichiarazioni della sig.ra C. ("*nelle prime visite non si parlò affatto di rischio da intervento*").

Infine, le dichiarazioni inerenti alla specifica questione del rischio da intervento risultano essere del tutto generiche e insufficienti, in quanto la teste riferisce che del "*rischio relativo all'intervento si parlò molto poco"*: il profilo rilevante ai fini del giudizio tuttavia non è quello quantitativo, bensì quello qualitativo, ossia quello relativo all'oggetto (al contenuto) delle informazioni trasmesse al paziente al momento della manifestazione del consenso. Sul punto nulla è dato.

Alla luce delle considerazioni che precedono, segnatamente, a seguito della valutazione del modulo di consenso allegato in atti, del suo contenuto, di quanto introdotto dalla testimonianza del dott. M., nonché del tenore di quanto contestato a mezzo della deposizione della sig.ra C., può dunque muoversi un giudizio positivo sul consenso prestato. Può certamente affermarsi che l'attore avesse concretamente ricevuto le opportune delucidazioni riguardo all'intervento, che avesse effettivamente compreso le informazioni ricevute e che, consapevolmente, avesse aderito all'intervento programmato.

5.2. L'idoneità della struttura sanitaria a far fronte ad eventuali complicanze

Relativamente alle lamentate carenze della struttura sanitaria.

La Cassazione nella sentenza n. 11316/2003 ha ritenuto che incombe sul medico e sulla struttura ospedaliera l'obbligo di informare il paziente dell'eventuale, anche solo contingente, inadeguatezza della struttura nella quale il paziente è ricoverato a far fronte ad eventuali complicanze che si possano verificare durante l'intervento.

Il giudizio sull'eventuale omissione di tale obbligo informativo, tuttavia, non può prescindere da una valutazione preliminare della stessa struttura sanitaria - *rectius* - della sua adeguatezza e/o idoneità a far fronte a ogni possibile complicazione dell'intervento chirurgico programmato.

Sul punto, il Giudice ritiene di far proprie le argomentazioni e le conclusioni cui è pervenuto il CTU con metodo corretto e immune da vizi logici, o di qualsivoglia altra natura.

Quanto alle complicanze, questo Giudice condivide il rilievo in perizia circa la potenziale ricorrenza di un "*numero sterminato*" di possibili evenienze indesiderate in ogni attività chirurgica che abbia natura invasiva, alcune delle quali si connotano per un carattere di aspecificità rispetto alla peculiare natura dell'intervento eseguito ovvero alle terapie ad esso fisiologicamente connesse (es. i trattamenti anestesiologici), e altre invece risultano specificamente connesse con il tipo di intervento cui il paziente viene sottoposto.

Ricorrendo una di tali evenienze, diviene fondamentale la valutazione circa la diligenza e la tempestività con le quali la stessa viene affrontata in sede di trattamento sanitario.

Nello sviluppo dell'elaborato peritale, il CTU ha ritenuto di evidenziare sin dal principio come non sussistesse "*alcun dubbio sulla integrale adeguatezza strutturale del materiale operatorio e chirurgico necessario per eseguire una tromboendoarteriectomia carotidea come quella che fu eseguita*", anche in considerazione del fatto che - oltre a un elettroencefalografo utile alla continua registrazione dell'attività cerebrale - "*la tecnica chirurgica in questione non prevede l'adozione o l'impiego di presidi particolari oltre quelli routinariamente utilizzati nell'ordinaria terapia chirurgica*".

In astratto, dunque, può muoversi un giudizio positivo circa l'adeguatezza dell'apparato strumentale messo a disposizione dalla CASA DI CURA (OMISSIS).

Certo è che l'idoneità della struttura sanitaria - lungi dal poter essere valutata genericamente e astrattamente - necessita invece di una ponderazione che dia puntualmente conto della specifica complicazione insorta, nel caso *de quo*, una "*ischemia cerebrale emisferica sinistra nel territorio di irrorazione cerebrale media con emiplegia destra*": trattasi dell'evento indesiderato di maggiore gravità specificamente connesso con il particolare intervento cui il sig. G. era stato sottoposto.

Dagli atti di causa emerge chiaramente che la complicanza fu documentata al risveglio del paziente, così come fu tempestivamente affrontata a mezzo della permanenza del paziente presso l'Unità di Terapia Intensiva Post-operatoria.

Lo stesso perito sottolinea che fu "*prontamente ed efficacemente affrontata con i mezzi adeguati disponibili, che coincidono con parte di quelli già necessari per l'espletamento dell'intervento chirurgico*".

In astratto tale evenienza, in termini di necessità clinico-assistenziali, avrebbe richiesto: sorveglianza clinica costante del paziente; assistenza alla funzione respiratoria; costante verifica delle condizioni pressorie e cardiocircolatorie; tempestivo intervento nelle eventuali espressioni acute dell'insulto ischemica cerebrale; monitoraggio costante del quadro generale a mezzo di esami di laboratorio (con peculiare attenzione agli scambi respiratori); terapia anti-recidiva e di contenimento del danno cerebrale.

Come evidenziato dal CTU, tutto quanto ora premesso fu "*quanto si realizzò presso l'Unità di Terapia Intensiva della casa di cura*". Segnatamente, "*fu approntata una sorveglianza continua dei parametri cardiocircolatori e respiratori con frequenti esecuzioni di emogasanalisi per monitorare anche l'ossigenazione la quale, grazie all'efficacia dei presidi, non presentò mai alterazioni. Ciò è attestato dal fatto che la funzione respiratoria, in questi casi sempre molto delicata, venne sostenuta e regolarizzata precocemente ad ogni suo accenno di variazione: si procedette ad*

intubazione e ventilazione assistita quando ve ne furono i presupposti e si ottenne costantemente la regolarizzazione del quadro respiratorio in tempi rapidi; ogni variazione pressoria arteriosa venne registrata all'inizio del suo manifestarsi e corretta con modulazione terapeutica. Le crisi comiziali che si manifestarono furono risolte con la somministrazione di Gardenale oltre i dosaggi di mantenimento".

La complessiva analisi del quadro medico, per come emergente dalla cartella clinica versata in atti, consente dunque di concludere che: "*la terapia instaurata, e di volta in volta modulata, corrispose a consolidati parametri per casi consimili includenti tutte le necessità previste. E nel caso in esame furono attuate con regolarità tutte le rilevazioni di laboratorio che, oltre a documentare lo stato, sono indirizzate a prevenire quanto più precocemente le possibili ulteriori complicanze, soprattutto infettive. Fu assiduo il controllo di specialisti neurologi stanti le caratteristiche del quadro clinico*".

Nel caso di specie, tuttavia, non era soltanto rilevante l'aspetto strutturale, ma altresì la diligenza e la perizia nella condotta posta in essere da quanti erano chiamati a prestare assistenza al sig. G.

Anche sotto questo punto di vista, il Tribunale ritiene di far proprie le conclusioni del CTU nel punto in cui considera che "*nella corretta gestione del paziente, come in tutti i casi consimili, gli aspetti strutturali (qui del tutto soddisfatti) rappresentano una componente di non primaria rilevanza quanto invece la condotta di assistenza ed azione clinica che dipendano dalla competenza e dalla decisionalità sanitaria*".

Su questo fondamentale aspetto, deve concludersi che "*anche queste, nel caso in esame, corrispondono in tutto quanto ci si attende per le esigenze presentatesi. E ciò trova conferma nel fatto che non vi furono concrete variazioni nella modalità e nel tipo di assistenza e sorveglianza cliniche anche nella sede di neurorianimatoria ove il sig. G. fu trasferito dopo la degenza presso la casa di cura: e il suo decorso clinico, comprensivo dei successivi trattamenti riabilitativi, fu del tutto sovrapponibile a quello che si realizza in tutti i casi consimili*".

Alla luce di quanto esposto, consegue che nella fattispecie in esame risulta provato che la convenuta abbia adempiuto diligentemente le proprie obbligazioni, e che pertanto deve escludersi in radice ogni ulteriore indagine circa i danni conseguenti alle insorte complicanze, atteso che per la complicanza oggetto di causa - così come per le conseguenze che ne sono derivate - è assorbente la prova in concreto dell'adempimento diligente.

L'incertezza oggettiva delle implicazioni giuridiche proprie della vicenda di cui è causa ha giustificato l'azione promossa dall'attore nel presente giudizio e, sotto questo profilo, si reputano dunque sussistere motivi sufficienti per compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

Quanto esposto è assorbente rispetto alle altre eccezioni e alle istanze istruttorie proposte dalle parti.

P.Q.M.

Il Giudice Unico, definitivamente pronunciando e *contrariis rejectis*, così provvede:

- rigetta la domanda attorea;
- dichiara integralmente compensate tra le parti le spese processuali;
- dichiara la sentenza provvisoriamente esecutiva *ex lege*.

Milano, il 22 aprile 2008

Il Giudice Istruttore
in funzione di Giudice Unico
dott. Damiano Spera