

**Alma Mater Studiorum – Università di Bologna**

**DOTTORATO DI RICERCA IN  
SCIENZE MEDICHE GENERALI E SCIENZE DEI SERVIZI**

**Ciclo XXIII**

**Settore Concorsuale di afferenza:  
IUS 01 – DIRITTO PRIVATO**

**TITOLO TESI**

**La responsabilità civile nelle attività sanitarie**

**Presentata da: Dott. Cesare Miriello**

**Coordinatore Dottorato**

**Relatore**

**Prof. Maria Pia Fantini**

**Prof. Massimo Franzoni**

**Esame finale anno 2012**

## INDICE – SOMMARIO

### Capitolo 1

#### LA RESPONSABILITÀ MEDICA NELLO SPECCHIO DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE

1. La responsabilità civile in ambito sanitario	pag. 3
2. La responsabilità della struttura sanitaria	pag. 4
3. Responsabilità del medico dipendente	pag. 5
4. La responsabilità medica in ambito ostetrico-ginecologico	pag. 8
5. Equiparazione tra struttura sanitaria pubblica e struttura sanitaria privata in punto di responsabilità civile	pag. 13
6. Applicabilità del codice del consumo al rapporto utente-servizio sanitario e foro del consumatore	pag. 15

### Capitolo 2

#### IL NESSO CAUSALE NELLA RESPONSABILITÀ CONSEGUENTE AD ATTIVITÀ SANITARIE

1. Il vuoto normativo	pag. 17
2. La sentenza Franzese e il nuovo corso della causalità civile	pag. 20
3. La cd. perdita di chance	pag. 24
4. La probabilità logica nella responsabilità del professionista	pag. 27
5. La prova del nesso causale nella responsabilità medica	pag. 28
6. La sentenza n. 577/2008 delle Sez. Un. della Cassazione	pag. 31

### **Capitolo 3**

#### **IL CONSENSO DEL PAZIENTE AI TRATTAMENTI SANITARI**

1. Il consenso informato come presupposto di legittimazione del trattamento sanitario pag. 41
2. Autonomia tra il diritto all'autodeterminazione e il diritto alla salute pag. 45
3. Rifiuto delle cure salvavita pag. 47
4. Consenso informato e responsabilità civile del medico pag. 53

### **Capitolo 4**

#### **CONTRIBUTO ALLO STUDIO DEL DIRITTO COMPARATO DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE IN SANITÀ: IL CASO SPAGNOLO**

1. Premessa: la prospettiva civilistica della responsabilità sanitaria nell'ordinamento spagnolo pag. 57
2. La normativa applicabile pag. 58
3. La progressiva soggettivazione della responsabilità sanitaria pag. 60
4. Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale da trattamenti sanitari pag. 62
5. Colpa e nesso causale pag. 64
6. Oggetto della prestazione sanitaria e onere della prova pag. 65
- 6.1 Segue. L'inversione dell'onere della prova pag. 67
- 6.2 Segue. La prova per presunzioni pag. 68

- BIBLIOGRAFIA** pag. 71

# Capitolo 1

## LA RESPONSABILITÀ MEDICA NELLO SPECCHIO DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE

### Sommario:

1. La responsabilità civile in ambito sanitario – 2. La responsabilità della struttura sanitaria – 3. Responsabilità del medico dipendente – 4. La responsabilità medica in ambito ostetrico ginecologico – 5. Equiparazione tra struttura sanitaria pubblica e struttura sanitaria privata in punto di responsabilità civile – 6. Applicabilità del codice del consumo al rapporto utente servizio sanitario e foro del consumatore

### 1. La responsabilità civile in ambito sanitario

La materia della responsabilità medico-sanitaria è stata interessata nell'ultimo decennio da significative innovazioni, innescate da diversi fattori, quali gli eccezionali progressi scientifici e tecnologici, l'influenza dei diritti stranieri e, in particolare, quello di fonte comunitaria<sup>1</sup>. Tale fenomeno trascende il rapporto diretto medico-paziente e coinvolge la struttura sanitaria e la dimensione organizzativa della stessa.

Sintomatica di tali innovazioni è la profonda evoluzione terminologica. Attualmente, infatti, si fa riferimento alla responsabilità medica o medico-sanitaria e non più alla responsabilità del medico, in quanto non può trascurarsi l'indispensabile apporto del personale infermieristico, delle ostetriche, degli assistenti sanitari e dei tecnici delle diverse branche della medicina.

Si assiste, pertanto, ad un fenomeno di «spersonalizzazione» ed aggravamento della complessità dell'attività sanitaria: al trattamento propriamente diagnostico e terapeutico, si

---

<sup>1</sup> Mi siano consentiti i rinvii a MIRIELLO e SARICA, *La responsabilità medico-sanitaria*, in MIRIELLO, *Le aziende sanitarie pubbliche*, in GALGANO (diretto da), *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. ec.*, Padova, 2009, 215 ss.; MIRIELLO e SARICA, *Le mobili frontiere della responsabilità sanitaria*, in *Sanità pubbl. e privata*, 2010, 1.

affiancano altre attività, di tipo informativo, alberghiero, assistenziale, così come nuove tipologie di trattamenti, quali la chirurgia estetica e ricostruttiva, il potenziamento fisico e muscolare, la sterilizzazione, la modificazione dei caratteri sessuali esterni.

Ultimamente, poi, l'attenzione si è spostata sul destinatario dell'attività medica e, in particolar modo, sul consenso informato ai trattamenti sanitari e, soprattutto, alle modalità in cui lo stesso viene prestato. Al contempo, sono emersi aspetti di diritto costituzionale, attinenti alla tutela della persona, dei dati personali e sensibili, al diritto alla salute, concepito come diritto dell'essere umano in quanto tale, a prescindere dal requisito della cittadinanza, di diritto amministrativo, riguardanti l'organizzazione delle strutture sanitarie, di diritto penale e di deontologia professionale.

All'incedere dei progressi scientifici e tecnologici raggiunti, tuttavia, corrisponde l'accanito desiderio di rivalsa in caso di fallimento delle cure e dei trattamenti o di esiti nefasti degli stessi, la quale ha condotto ad una sensibile accentuazione dei giudizi di responsabilità in campo medico. Basti pensare che, nell'ultimo decennio, i processi civili sono addirittura triplicati per il concatenarsi di molteplici concause: l'aumento delle patologie curate, l'evoluzione qualitativa dei mezzi di cura, la sensibilizzazione delle associazioni a difesa dei diritti del malato, l'allungamento della vita media dell'uomo, la pressione dei *mass-media*, la maggior consapevolezza dei propri diritti da parte del cittadino, la stessa evoluzione della responsabilità civile e delle sue funzioni.

Ciò ha comportato, tra l'altro, un certo grado di uniformità nella disciplina applicabile agli illeciti, a prescindere dal titolo contrattuale o extracontrattuale della responsabilità<sup>2</sup>.

## **2. La responsabilità della struttura sanitaria**

È istituzionale l'insegnamento in base al quale la responsabilità medica ruota intorno a due fondamentali poli: la responsabilità della struttura sanitaria, da un lato, e la responsabilità del medico dipendente, dall'altro.

---

<sup>2</sup> Così FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2010, 258 che sottolinea, tuttavia, la prevalenza di una responsabilità contrattuale fondata sul contatto sociale fra paziente, ente ospedaliero e medico.

Per quanto concerne il primo versante, in passato, si era affermata la tesi della natura speculare della responsabilità della struttura pubblica e del sanitario suo dipendente, in quanto fondate su un fatto illecito comune: la non diligente esecuzione della prestazione da parte del secondo.

In tal caso, tuttavia, la responsabilità dell'ente avrebbe rivestito natura indiretta, giacché riconducibile al fatto doloso o colposo dell'ausiliario.

Tale inquadramento è stato debellato per far posto alla tesi della «*doppia responsabilità diretta*»<sup>3</sup>, sia del medico dipendente, che della struttura sanitaria, cui si imputa il difetto di organizzazione.

Di recente, infatti, la Corte di cassazione insiste sul concetto di «colpa di apparato», mutuato dalla responsabilità delle persone giuridiche per fatto di reato commesso nel loro interesse o vantaggio dalle persone fisiche, ed esteso all'ambito della responsabilità della pubblica amministrazione in generale e, da ultimo, della struttura sanitaria.

Anche alla luce di tali assunti, si è giunti – come vedremo a breve – ad affermare un modello unitario di responsabilità per le strutture sanitarie pubbliche e private, stante la valenza assorbente della dimensione organizzativa, quale elemento caratterizzante la causa del contratto di assistenza sanitaria<sup>4</sup>.

### **3. Responsabilità del medico dipendente**

Per ciò che concerne il secondo aspetto della tematica in esame, ovvero la responsabilità del medico dipendente dall'azienda sanitaria, si è parlato, addirittura, di «sottosistema della responsabilità civile»<sup>5</sup>, alla luce dell'evoluzione che ha interessato tale ambito e della peculiarità delle regole di natura legislativa e giurisprudenziale vigenti.

---

<sup>3</sup> DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, in GALGANO (diretto da), *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. ec.*, XLVI, Padova, 2007.

<sup>4</sup> Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *La responsabilità civile*, 2009, 221, con nota di MIRIELLO, *Le nuove vecchie certezze sulla responsabilità medica*.

<sup>5</sup> DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995.

In materia di regime della responsabilità, sono enucleabili cinque ipotesi fondamentali: la prestazione del medico libero professionista, la prestazione del medico dipendente dall'amministrazione sanitaria, la prestazione del medico universitario, la prestazione del medico operante presso cliniche private, la prestazione del medico convenzionato con l'amministrazione sanitaria.

Tali ipotesi, tuttavia, sono agevolmente riconducibili a due: o il medico esegue la prestazione quale diretto contraente del paziente, secondo lo schema del contratto d'opera intellettuale, oppure la esegue in adempimento della relazione di servizio con la struttura sanitaria, a sua volta, diretto contraente del paziente<sup>6</sup>.

L'analisi della tematica della responsabilità medico-sanitaria, impone un accenno alla *vexata quaestio* della natura della responsabilità del medico dipendente.

Sul punto, intorno agli anni '70, era invalsa la tesi della natura extracontrattuale di tale responsabilità e ciò in base all'assunto che l'accettazione del paziente in ospedale per un ricovero o una visita ambulatoriale, avrebbe comportato la conclusione di un contratto d'opera intellettuale tra paziente ed ente ospedaliero, il quale assumeva effettivamente su di sé l'obbligazione di compiere l'attività diagnostica e terapeutica<sup>7</sup>.

A tale rapporto contrattuale, tuttavia, rimaneva estraneo proprio il medico che, quale organo dell'ente, eseguiva concretamente tali attività e, pertanto, la natura della relativa responsabilità nei confronti del paziente, dovuta ad un suo errore diagnostico o terapeutico, avrebbe dovuto necessariamente rivestire natura aquiliana.

Tale orientamento non è rimasto esente da critiche<sup>8</sup>. A tal proposito, si contestava la semplicistica assimilazione del medico al *quisque de populo*, considerato alla stregua di un passante che avesse casualmente arrecato danni a terzi, poiché soggetto al generico dovere del *neminem laedere*, con inevitabile frattura tra realtà materiale e sovrastruttura giuridica.

In secondo luogo, si è obiettato, che, in base a tale tesi, il paziente avrebbe potuto lamentare solo il peggioramento delle sue condizioni di salute rispetto allo *status quo ante* e

---

<sup>6</sup> GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 720.

<sup>7</sup> Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Foro it.*, 1979, I, 4; Id., 24 marzo 1979, n. 1716, in *Giust. civ.*, 1979, I, 1440.

<sup>8</sup> Cass., 4 giugno 1979, n. 3158, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce «Prescrizione e decadenza», n. 123.

non anche la mancata guarigione, in quanto non sufficiente a configurare un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale se non accompagnata da una lesione della salute.

Come noto, con la celebre sentenza n. 589/1999<sup>9</sup>, la Cassazione sposa la tesi della responsabilità contrattuale del medico dipendente, appellandosi al c.d. contatto sociale. I giudici di legittimità prendono le mosse da una tesi mutuata dall'esperienza tedesca, la quale configura in capo al medico dipendente «un'obbligazione senza prestazione, ai confini tra contratto e torto»<sup>10</sup>: la tesi vuole che l'assenza di un obbligo di prestazione assunto dal medico non ne neutralizza la professionalità ed implica comunque l'adempimento di obblighi di protezione della sfera giuridica altrui, che derivano dall'affidamento risposto nella professionalità del medico<sup>11</sup>.

Si giunge in tal modo alla conclusione che un vincolo tra paziente e medico, pur in assenza di un contratto vero e proprio, sussiste sempre. Esso non genera a un obbligo di prestazione, bensì un obbligo di conservazione della sfera giuridica altrui, la cui violazione dà luogo ad una responsabilità contrattuale per *culpa in non faciendo*.

La riconduzione della responsabilità del medico dipendente in ambito contrattuale ha determinato implicazioni pratiche di non poco conto, sotto il profilo del termine di prescrizione, decennale, anziché quinquennale, e del regime dell'onere probatorio, in quanto sarà il medico a dover provare che la mancata o inesatta esecuzione della prestazione è derivata da impossibilità sopravvenuta a lui non imputabile<sup>12</sup>.

Sgombrato così il campo, dall'idea che soltanto la volontà (il contratto) o la colpa (il fatto illecito) possano produrre obbligazioni, si ritiene oggi legittimo che in un numero molteplice di casi l'obbligo possa nascere anche da un contatto qualificato tra soggetti,

---

<sup>9</sup> Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Danno e resp.*, 1999, 294 ss., con commento di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*.

<sup>10</sup> CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione: ai confini tra contratto e torto*, in ID., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, *passim*.

<sup>11</sup> IAMICELI, *La responsabilità del medico*, in CENDON (a cura di), *La responsabilità civile*, IV, Torino, 1998, 312 ss.

<sup>12</sup> Tra i molti che si sono occupati della materia cfr. FRANZONI, *L'illecito*, cit., 1255 ss.; SARICA, *Il contatto sociale tra le fonti della responsabilità civile: recenti equivoci nella giurisprudenza di merito*, in *Contr. e Imp.*, 2005, 97 ss.



oppure da una particolare posizione che un soggetto assume nei confronti di un altro, come appunto il caso del medico strutturato in un'organizzazione ospedaliera<sup>13</sup>.

In ogni caso, appare inopportuno un utilizzo arbitrario della figura del contatto sociale, al solo scopo di tramutare un'ipotesi di responsabilità *ex art. 2043 c.c.* in responsabilità *ex art. 1218 c.c.*

Altrettanto erronea appare l'equiparazione tra contatto sociale e rapporti contrattuali di fatto: il primo è un fatto giuridico, fonte di un dovere di protezione; il secondo è un vero e proprio contratto, che si caratterizza semplicemente per il particolare *modus concludendi*.

#### **4. La responsabilità medica in ambito ostetrico-ginecologico**

A questo punto, appare doveroso il riferimento alla responsabilità medica in ambito ostetrico-ginecologico, in quanto ben un terzo delle sentenze della Corte di cassazione in materia afferiscono proprio a tale branca<sup>14</sup>.

A tal proposito, sovente si ricorre all'espressione «danno da nascita indesiderata», la quale designa tre ipotesi di illecito: l'intervento di interruzione della gravidanza non riuscito, la fallita sterilizzazione maschile, la nascita di un bambino affetto da gravi malformazioni non preventivamente diagnosticate<sup>15</sup>.

Nel primo caso, il medico ha omesso di prescrivere alla donna un esame istologico, onde verificare l'effettiva interruzione della gravidanza (nascita non evitata); nella seconda ipotesi, il professionista non ha informato adeguatamente il paziente circa la condotta da tenere durante il decorso post-operatorio, onde evitare il concepimento dovuto alla naturale reversibilità dei dotti referenti (nascita non programmata); nel terzo caso, propriamente

---

<sup>13</sup> Cfr. FRANZONI, *L'illecito*, cit., 1263.

<sup>14</sup> Cfr. QUADRI, *Profili della responsabilità medica, con particolare riguardo alla ginecologia ed ostetricia: esperienze recenti e prospettive*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 319.

<sup>15</sup> A tali temi è dedicato il lavoro di FACCI, *La legittimazione al risarcimento in caso di danno da vita indesiderata*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 325.

inquadrabile quale «danno da nascita indesiderata», la madre è stata privata del diritto di ricorrere all'interruzione volontaria della gravidanza<sup>16</sup>.

In tale ultima evenienza, i genitori lamentano non solo la malattia del figlio, ma la sua stessa nascita, denunciando la violazione del dovere d'informazione circa l'esito di analisi cliniche, i rischi connessi ad un intervento terapeutico, o conseguenti ad una patologia da cui uno o entrambi i genitori erano affetti all'epoca del concepimento<sup>17</sup>.

In Italia si registrano sul punto due orientamenti giurisprudenziali: alcune sentenze, infatti, postulano che il danno da nascita indesiderata costituisca un danno solo se corrispondente ad una compromissione della salute della donna<sup>18</sup>; molte altre, invece, rinvencono un'autonoma ipotesi di danno, consistente nella violazione del diritto ad una procreazione cosciente e responsabile<sup>19</sup>.

Il diritto di autodeterminazione, infatti, si distingue tanto dal diritto alla vita, quanto dal diritto alla salute.

Ad una più attenta analisi, infatti, emerge che la fonte di danno non è il figlio in quanto tale, ma la decisione dei genitori di non averlo, tanto che parte della dottrina ha qualificato l'oggetto di tali fattispecie in termini di «diritto del desiderio», ponendo l'accento sull'interesse della coppia a pianificare le dimensioni della propria famiglia.

La complessa questione del danno da nascita indesiderata deve essere analizzata anche alla luce di alcuni dati essenziali, quali la l. 405/1975, istitutiva dei consultori familiari e la l. 194/1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza, che tutela la vita umana sin dal suo concepimento, contemperando il diritto alla vita con il diritto alla salute psico-fisico della donna.

---

<sup>16</sup> GORGONI, *Il contratto tra la gestante ed il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, I, 134 ss.

<sup>17</sup> FRANZONI, *L'illecito*, cit., 1017 ss.

<sup>18</sup> Trib. Padova, 9 agosto 1985, in *Foro it.*, 1986, I, 1995, con nota di ZENO ZENCOVICH; in *Nuova giur. comm.*, 1986, I, 115, con nota di ZATTI.

<sup>19</sup> Cfr. *ex multis* Trib. Genova, 28 settembre 2002, in *Famiglia*, 2003, 1178, con nota di D'USSEAU, *Insuccesso dell'intervento di interruzione della gravidanza e risarcimento del danno*; Trib. Busto Arsizio, 17 luglio 2001, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 441, con nota di BILOTTA, *La nascita non programmata di un figlio e il conseguente danno esistenziale*.

Nel nostro Paese, tuttavia, si registrano maggiori azioni promosse dai genitori per nascita indesiderata, rispetto a quelle intentate dal figlio per vita indesiderata.

Nel lontano 1950, il Tribunale di Piacenza ha accolto la pretesa risarcitoria avanzata da una minore eredoluetica nei confronti dei genitori per averle trasmesso la patologia da cui erano affetti all'epoca del concepimento<sup>20</sup>.

I giudici di merito argomentarono che la vita è un dono di incommensurabile valore che, per effetto della trasmissione di una grave malattia, è suscettibile di trasformarsi in un'immensa infelicità.

Altra parte della giurisprudenza, negli anni, ha palesato un atteggiamento più restrittivo, negando la titolarità del diritto in capo al nascituro, stante l'ostacolo rappresentato dall'art. 1 c.c., che fa coincidere la nascita con l'acquisto della capacità giuridica<sup>21</sup>.

La sentenza n. 12195/1998<sup>22</sup> del Supremo Collegio, *leading case* in materia di nascita indesiderata, pone l'accento sul criterio della valutazione prognostica circa l'esercizio da parte della gestante del diritto all'aborto, ove resa edotta circa le malformazioni del feto. Tale impostazione è stata oggetto di drastiche critiche, dovute al carattere arduo di tale prova, fondata su un accertamento meramente ipotetico<sup>23</sup>.

A tal proposito, è stato suggerito di ricorrere ad elementi indiziari, quali la volontà eventualmente manifestata dalla gestante in sede di esame e le personali convinzioni politiche, etiche, religiose, fermo restando che nulla impedisce ad una donna, da sempre fermamente contraria all'aborto, di mutare radicalmente opinione posta di fronte all'eventualità di dare alla luce un figlio gravemente malato<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> Trib. Piacenza, 31 luglio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, 987 ss.

<sup>21</sup> Cass., 28 dicembre 1973, n. 3467, in *Foro it.*, I, 1, 668 e in *Giur. it.*, 1974, I, 1, 1930.

<sup>22</sup> Cass., 1° dicembre 1998, n. 12195, in *Giur. it.*, 1999, 2038; in *Danno e resp.*, 1999, 515.

<sup>23</sup> CARNELUTTI, *La prova civile*, Milano, 1992, 94; PONCIBÒ, *La nascita indesiderata tra Francia e Italia*, in *Giur. it.*, 2003, 886.

<sup>24</sup> SIMONE, *Danno alla persona per nascita indesiderata*, in *Danno e resp.*, 2002, 469 ss.

Si registra, in verità, una pronuncia di merito<sup>25</sup> che ha scomposto in due fasi l'accertamento del nesso causale: *ex ante*, occorre vagliare la possibilità di prevedere l'insorgere dello stato patologico legittimante l'aborto; *ex post*, è necessario verificare la contiguità dei sintomi depressivi rispetto al parto.

Altra importante pronuncia, ricca di argomentazioni e di interessanti spunti ricostruttivi, è la n. 14488/2004<sup>26</sup> in materia di legittimazione al risarcimento del danno in capo al minore affetto da *handicaps* non diagnosticati.

A fronte di un errore in sede di consulenza genetica prenatale, si ripropone la spinosa questione della legittimazione al risarcimento del minore costretto ad una vita handicappata e della sussistenza del diritto a non nascere se non sani.

I giudici della Suprema Corte concludono per l'inammissibilità di tale diritto e, conseguentemente, negano il risarcimento del danno *iure proprio* al figlio per mancato aborto della madre.

Tra le motivazioni addotte dalla Corte a sostegno di tale assunto, innanzitutto, la circostanza per cui il diritto a nascere sani, sotto il profilo privatistico, corrisponde al divieto di provocare al nascituro lesioni o malattie con comportamenti attivi, omissivi, dolosi o colposi; sotto il profilo pubblicistico, invece, esso si sostanzia nella previsione di istituti normativi e strutture preposte a fornire assistenza alla maternità, al fine di garantire la nascita sana.

In secondo luogo, il diritto a non nascere sarebbe un diritto adespota, idoneo a rinvenire un titolare solo al momento della sua violazione, dal momento che l'art. 1 c.c. collega l'acquisto della capacità giuridica all'evento nascita.

Inoltre, proseguono i giudici di legittimità, il riconoscimento di un diritto a non nascere se non sani legittimerebbe un principio di eugenesi prenatale, in aperto contrasto con gli artt. 2 e 5 Cost.

---

<sup>25</sup> Trib. Locri, 6 ottobre 2000, in *Giur. it.*, 2001, 734 ss.

<sup>26</sup> Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, in *Fam. e dir.*, 2004, 559, con nota di FACCI, *Wrongful life: a chi spetta il risarcimento del danno*; in *Dir. e giust.*, 2004, 33, 8, con nota di GIACOBBE, *Wrongful life e problematiche connesse*; in *Foro it.*, 2004, 12, 3328, con nota di BITETTO, *Il diritto a «nascere sani»*.

Da ultimo, nel nostro ordinamento si nega la sussistenza di un autonomo diritto all'aborto, in quanto esso è strumentale unicamente alla tutela della salute psico-fisica della donna.

Anche la sentenza in questione non è sfuggita ad aspre critiche da parte di chi ha denunciato un ritorno alla semplicistica equiparazione tra danno ingiusto e diritto soggettivo perfetto, ormai debellata dalla celebre sentenza delle Sez. Un. della Cassazione, n.500/1999<sup>27</sup>.

Parte della dottrina, infatti, sostiene che il danno non deriva dal fatto in sé della nascita, bensì dalla forzata convivenza con una gravissima malattia e, pertanto, ravvisa un nesso di causalità per così dire «allargato» tra l'errata consulenza genetica prenatale e la malformazione, in quanto, eliminando mentalmente la colpa medica, la malattia non si sarebbe verificata, in quanto la donna avrebbe praticato l'aborto<sup>28</sup>.

Aderendo alla suddetta impostazione, tuttavia, l'accertamento della colpa medica e del nesso causale sarebbe il frutto di astratte deduzioni logiche e non certo di concrete indagini fattuali, per far fronte ad esigenze di giustizia sostanziale, condivisibili da un lato, ma opinabili dall'altro per le inevitabili ripercussioni sull'espletamento della professione sanitaria e sul rapporto fiduciario medico-paziente.

Poco più tardi, la sentenza n. 20320/2005<sup>29</sup> ha riconosciuto la legittimazione al risarcimento del danno anche al padre, attraverso il richiamo al contratto con effetti protettivi nei confronti di terzi e alla figura del danno «di riflesso» o «di rimbalzo»<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Danno e resp.*, 1999, 965 ss., con note di CARBONE, MONATERI, PALMIERI, PARDOLESI, PONZANELLI, ROPPO.

<sup>28</sup> MONATERI, La marque de Cain: *la vita sbagliata, la vita indesiderata e le reazioni del comparatista al distillato dell'alambicco*, in AA.VV., *Un bambino non voluto è un danno risarcibile*, Milano, 1999, 289.

<sup>29</sup> Cass., 20 ottobre 2005, n. 20320, in *Fam. e dir.*, 2006, 253.

<sup>30</sup> Sul punto cfr. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in FRANZONI (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2010, 71.

## **5. Equiparazione tra struttura sanitaria pubblica e struttura sanitaria privata in punto di responsabilità civile**

Solo di recente le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno affermato la completa equiparazione della struttura privata a quella pubblica quanto al regime della responsabilità civile, e ciò soprattutto «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»<sup>31</sup>.

Viene a sciogliersi in tal modo uno dei controversi nodi caratterizzanti la materia della responsabilità medica, e ciò sul presupposto della sostanziale equivalenza degli obblighi che a livello normativo gravano sui due tipi di strutture (casa di cura privata – struttura ospedaliera pubblica) verso i fruitori dei relativi servizi (pazienti).

Alcuna rilevanza viene inoltre riconosciuta, ai fini dell'individuazione della natura della responsabilità della struttura sanitaria, al fatto che il paziente si sia rivolto direttamente ad una struttura sanitaria pubblica, oppure ad una struttura privata o se, invece, si sia rivolto ad un medico di fiducia che ha effettuato l'intervento presso una struttura privata, risultando, comunque, in tutte tali ipotesi, ipotizzabile la responsabilità dell'ente.

Se la responsabilità della struttura pubblica veniva fondata fino ad oggi sul fatto illecito del medico tanto da essere attratta al regime della responsabilità del professionista intellettuale, la responsabilità della struttura sanitaria privata veniva individuata, in virtù dei servizi di tipo alberghiero offerti al paziente in essa ricoverato, come responsabilità autonoma da quella del medico giungendosi fino a decretare una sorta di irresponsabilità della stessa per il fatto del medico operante al suo interno. Ciò spiega perché la struttura pubblica sia stata sempre giudicata in base a modelli

---

<sup>31</sup> Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 221, con nota di MIRIELLO.

di responsabilità adeguati alla natura «professionale» dell'attività, ad essa ritenuta direttamente imputabile sulla base del rapporto di immedesimazione organica, ritenuto sussistente tra ente pubblico e medici dipendenti, in tal modo giustificandosi anche il ricorso alla disciplina del contratto d'opera intellettuale; la diversa impostazione seguita per la responsabilità delle strutture sanitarie private, diversamente parificate ad imprese che offrono servizi sanitari inseguendo logiche di «mercato» e di «profitto», rende invece ragione del come e del perché esse siano state attratte al modello della responsabilità di impresa<sup>32</sup>.

La recente giurisprudenza si muove quindi tra i due diversi modelli di responsabilità alla ricerca di un loro possibile contemperamento, avvertendo, nella prospettazione di un modello unitario di responsabilità valevole per le strutture pubbliche e per quelle private, la necessità di procedere attraverso completa equiparazione delle due tipologie di strutture sanitarie come fatto che oramai si impone base di quel tessuto normativo di obblighi che debbono rispettare coloro che esercitano un'attività di cura della salute del cittadino<sup>33</sup>.

Così la giurisprudenza uniforma sotto la medesima disciplina le diverse tipologie di responsabilità delle strutture sanitarie, in una prospettiva volta ad accreditare un modello unitario di responsabilità che sia indifferente alla diversa natura, pubblica o privata, della struttura sanitaria.

---

<sup>32</sup> Così DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari*, cit., 206 ss.

<sup>33</sup> La dottrina si era già mossa in tal senso: la stessa De Matteis *op. loc. cit.* alla nota precedente ha avanzato un modello di responsabilità unitario per le strutture sanitarie, pubbliche e private che fa leva sulla natura dell'attività, come attività che, diretta alla cura della salute della persona, pone la propria organizzazione al servizio della stessa sulla base della rilevanza costituzionale dell'interesse perseguito nell'esercizio di tali attività. Viene cioè affrontato il problema della responsabilità delle strutture sanitarie, non più nell'ottica della opposizione tra attività professionale e attività di impresa, ma facendo capo ad una disciplina in cui l'interesse da proteggere non è quello di chi esercita l'attività bensì quello di chi è destinatario della stessa.

## 6. Applicabilità del codice del consumo al rapporto utente-servizio sanitario e foro del consumatore

Di recente la Cassazione ha affrontato la questione dell'applicabilità del codice del consumo agli utenti dei servizi sanitari<sup>34</sup>.

La Corte afferma che le singole tutele apprestate dal codice sono applicabili in linea di principio ai rapporti di pubblica utenza, salvo che ciò sia impossibile perché manchino ulteriori presupposti oggettivi richiesti per l'applicazione di un determinato rimedio.

La giurisprudenza di legittimità, per la prima volta, condivide l'assunto secondo cui la posizione giuridica dell'utente è tendenzialmente identica a quella del consumatore, anche se il servizio erogato presenta le caratteristiche proprie di un «pubblico servizio», e a prescindere dalla qualità (pubblica o privata) del soggetto che lo eroghi<sup>35</sup>.

In relazione al privilegio consistente nel c.d. foro del consumatore, la Corte opta per la sua non operatività, con una motivazione articolata su tre punti.

Nel primo passaggio, la motivazione parifica soggettivamente l'utente al consumatore, di cui può esercitare i medesimi diritti e rimedi. Nel secondo passaggio, poi, si afferma che la struttura che eroga il servizio, non può rientrare nella categoria «professionisti», perché l'attività non è gestita secondo criteri imprenditoriali e di economicità. Infine, si esclude l'operatività del foro del consumatore, in quanto il servizio è organizzato secondo criteri che prescindono dalla residenza degli utenti.

In sostanza, il rapporto fra l'organizzazione del servizio, strutturata su base territoriale, ed il diritto alla fruizione da parte dell'utente, che non è ancorato all'articolazione territoriale di residenza,

---

<sup>34</sup> Cass., (ord.) 2 aprile 2009, n. 8093, in *Danno e resp.*, 2010, 56, con nota di BENEDETTI e BARTOLINI.

<sup>35</sup> Tra coloro che avevano sostenuto l'equiparabilità tra consumatori e utenti, cfr. PIRRUPPATO, *Profili di tutela del «diritto alla qualità» dei servizi destinati ai consumatori-utenti*, in PERLINGIERI e CATERINI, *Il diritto dei consumi*, Napoli, 2007, 398 ss.



evidenzierrebbe una circostanza che pone l'utente, quando si rivolge ad una articolazione diversa dal suo luogo di residenza, in una posizione che non è apparentabile a quella del consumatore di cui all'art. 33, lett. u), cod. cons. Il collegamento della struttura ad un certo territorio, ove posto in relazione con la libera scelta dell'utente di fruire del servizio al di fuori dell'ambito dell'articolazione

del suo luogo di residenza, palesa cioè una situazione nella quale, essendo frutto di una scelta dell'utente fruire del servizio al di fuori dell'ambito riferibile al suo luogo di residenza, il responsabile della radicazione della vicenda all'ambito territoriale della struttura cui si è rivolto è esclusivamente l'utente, il quale, d'altro canto, è pienamente consapevole che l'articolazione cui si è rivolto è predisposta per operare in un certo ambito territoriale<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Cfr. NARDI, *Il foro competente per la lite tra struttura sanitaria pubblica e paziente*, in *La responsabilità civile*, 2009, 918.

## Capitolo 2

# IL NESSO CAUSALE NELLA RESPONSABILITÀ CONSEGUENTE AD ATTIVITÀ SANITARIE

### Sommario

1. Il vuoto normativo – 2. La sentenza Franzese e il nuovo corso della causalità civile – 3. La cd. perdita di chance. – 4. La probabilità logica nella responsabilità del professionista. – 5. La prova del nesso causale nella responsabilità medica – 6. La sentenza n. 577/2008 delle Sez. Un. della Cassazione.

### 1. Il vuoto normativo

Le norme del codice civile postulano il nesso causale tra gli elementi delle fattispecie risarcitorie, senza soffermarsi ad indicare i criteri che devono presiedere all'accertamento dello stesso<sup>37</sup>. Al silenzio legislativo, poi, è corrisposto lo scarso interesse dei giuristi, che non hanno posto il nesso causale al centro delle proprie riflessioni, a differenza di tanti altri elementi del fatto illecito<sup>38</sup>. Nel corso degli ultimi anni, tuttavia, la giurisprudenza e la dottrina hanno tentato di colmare, non senza difficoltà e contrasti, tale lacuna normativa<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Per una efficace ricostruzione dello stato dell'arte in materia v. SARICA, *Il nesso causale nella responsabilità medica*, in *Le responsabilità nei servizi sanitari*, diretto da FRANZONI, Bologna, 2011, 101 ss.

<sup>38</sup> RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 32; GERI, *Il rapporto di causalità in diritto civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1983, 187.

<sup>39</sup> È interessante notare che le difficoltà rilevate in sede di accertamento del nesso causale hanno indotto la Cass., 18 aprile 2005, n. 7997, in *Corr. giur.*, 2006, 257 ss., ad affermare che: «(...) nulla di definito emerge dalle fonti legislative, penali e civili, sul tema della causalità (...) e che, in realtà, quello del nesso causale, problema ermeneutico, pressoché insolubile sul piano della dogmatica giuridica pura, pare destinato inevitabilmente a risolversi entro i (più pragmatici) confini di una dimensione 'storica', o, se si vuole, di politica del diritto».

Una tesi<sup>40</sup>, rimasta isolata, ritiene che dal combinato disposto degli artt. 1221, 1227 e 2055 c.c. sia desumibile l'adesione del legislatore del 1942 alla teoria della *condicio sine qua non*, in base alla quale la causa di un evento coincide con tutti gli antecedenti senza i quali lo stesso non si sarebbe verificato.

La norma codicistica su cui si basa maggiormente l'accertamento del nesso causale e si incentra il relativo dibattito è l'art. 1223 c.c., dedicato al risarcimento del danno, che pone il c.d. criterio delle conseguenze immediate e dirette («Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta»).

Per quanto concerne l'ambito di applicazione di tale disposizione, la cui funzione consiste principalmente nel limitare il danno risarcibile all'ambito della responsabilità contrattuale, è noto che la stessa sia applicabile anche nel campo della responsabilità extracontrattuale, in virtù del richiamo effettuato dall'art. 2056 c.c.

Nell'ambito della responsabilità da fatto illecito, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie scindono l'indagine sul nesso causale in due fasi distinte e separate: la «causalità materiale» (naturale o di fatto) e la «causalità giuridica»<sup>41</sup>. La prima espressione designa la relazione intercorrente tra la condotta lesiva e l'evento di danno da essa cagionato, e, pertanto, tale accertamento riguarda l'*an* del risarcimento e viene solitamente condotto ricorrendo al combinato disposto degli artt. 40 e 41 c.p. La locuzione «causalità giuridica», invece, indica il rapporto tra evento di danno e conseguenze pregiudizievoli ad esso riconducibili e, quindi, attiene al *quantum* risarcibile, determinabile proprio in base all'art. 1223 c.c., che pone il limite delle «conseguenze immediate e dirette».

---

<sup>40</sup> FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nella responsabilità civile*, Padova, 1960, 72.

<sup>41</sup> FRANZONI, *Fatti illeciti*, in *Commentario c.c. Scialoja Branca*, sub art. 2043, 2056-2059, Bologna-Roma, 2004, 22 ss.; ALPA, BESSONE, ZENO ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, in *Tratt. Rescigno*, 14, Torino, 1999, 63 ss.; ALPA, *La responsabilità civile*, Milano, 1999, 316 ss.; VISINTINI, *Trattato breve delle responsabilità civile*, Padova, 1999, 589 ss.; CAPECCHI, *Il nesso di causalità materiale e il concorso di cause*, in VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999, 301 ss.; VENEZIANO e GIANCOTTI, *La causalità nella responsabilità nella responsabilità extracontrattuale*, in CENDON (a cura di), *La responsabilità civile*, IX, Torino, 1998, 1 ss.; GIANCOTTI, *La causalità nelle responsabilità speciali*, *ivi*, 63 ss.

In sostanza, la causalità materiale è insita nel fatto illecito, mentre la causalità giuridica collega quest'ultimo con un fattore esterno, ovvero con le conseguenze pregiudizievoli che dall'illecito derivano<sup>42</sup>.

È evidente come le due causalità assolvano a finalità diverse: alla prima si farà riferimento quando occorra esaminare il collegamento tra gli elementi dell'illecito, alla seconda, invece, si dovrà far capo ogniqualvolta debba quantificarsi il danno risarcibile<sup>43</sup>.

La diversità di funzioni cui rispondono la causalità materiale e la causalità giuridica non esclude la comunanza di regole applicative, quali: le massime di esperienza, la regolarità statistica, il calcolo delle probabilità, *l'id quod plerumque accidit*, in quanto, in entrambi i casi, si pone la necessità di giustificare il collegamento tra un antecedente ed un fattore ad esso conseguente<sup>44</sup>.

L'individuazione del *discrimen* tra le due relazioni riveste notevole importanza pratica, in quanto: la causalità materiale rappresenta il criterio di imputazione della responsabilità, rispondendo all'interrogativo «chi è stato?»; la causalità giuridica, invece, funge da criterio di selezione delle conseguenze risarcibili, consentendo di fornire una risposta alla domanda «quali tra i danni derivanti dall'illecito possono essere addebitati al soggetto agente?»<sup>45</sup>.

Sulla scia della prassi giurisprudenziale penalistica, alcuni Autori hanno interpretato la distinzione in esame in un'accezione diversa, intendendo la causalità materiale, quale causalità nella natura, nella realtà fenomenica, e la causalità giuridica, quale causalità rilevante per il mondo del diritto<sup>46</sup>.

Con specifico riferimento alla causalità giuridica, parte della dottrina esclude si tratti di un accertamento causale vero e proprio, ravvisando, piuttosto, un mero giudizio di valore,

---

<sup>42</sup> CAPECCHI, *Il nesso di causalità materiale e il concorso di cause*, in VISINTINI (a cura di), *Risarcimento*, cit., 23

<sup>43</sup> FRANZONI, *L'illecito*, in FRANZONI (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2010, 67.

<sup>44</sup> FRANZONI, *L'illecito*, cit., 67

<sup>45</sup> PUCELLA, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007, 214 ss.

<sup>46</sup> DE CUPIS, *Il danno*, I, Milano, 1979, 114; FORCHIELLI, *La responsabilità civile. Lezioni*, Padova, 1968, 45; LUMINOSO, *Possibilità o necessità della relazione causale*, in *Riv. giur. sarda*, 1991, 559; SCOGNAMIGLIO, voce «Responsabilità civile», in *Novissimo Dig.*, XV, Torino, 1969, 651.

che mette in relazione due entità (danno evento e conseguenze risarcibili) che non esistono in natura, ma solo in virtù di una valutazione giuridico-economica<sup>47</sup>.

Secondo un diverso orientamento, invece, anche la causalità giuridica darebbe luogo ad un'indagine causale di tipo naturale<sup>48</sup>.

D'altra parte, non è mancato chi ha evidenziato i limiti della distinzione in esame, consistenti nella difficoltosa individuazione dell'anello della catena causale che funge da spartiacque tra causalità materiale e causalità giuridica, in quanto una scorretta scomposizione della sequenza causale sarebbe foriera di un'indebita riduzione o di un indebito aumento della responsabilità del danneggiante<sup>49</sup>. Altri Autori sostengono che il nesso causale costituisca un *unicum*<sup>50</sup>.

È stato opportunamente sottolineato come, in realtà, sia la tesi a sostegno della distinzione in parola, sia l'opposto indirizzo che propugna l'unicità del nesso causale siano accomunate dal necessario accertamento del rapporto causale inteso in senso naturalistico tra condotta del soggetto agente e modificazione della realtà esterna<sup>51</sup>.

## 2. La sentenza Franzese e il nuovo corso della causalità civile

Come noto, la sentenza Franzese<sup>52</sup> resa dalle Sezioni Unite penali della Cassazione l'11 settembre 2002 rappresenta un *leading case* nell'ambito della responsabilità medica e

---

<sup>47</sup> REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, 81; CARBONE, *Il rapporto di causalità*, in ALPA e BESSONE (a cura di), *La responsabilità civile*, Torino, 1997, 51; LASCIALFARI, *Causalità scientifica e causalità giuridica tra imputazione del fatto e risarcimento del danno*, in *Corr. giur.*, 2000, 917.

<sup>48</sup> DE CUPIS, *Il danno*, cit., 201; BIANCA, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, Milano, 1994, 254.

<sup>49</sup> CAPECCHI, *Il nesso di causalità materiale e il concorso di cause*, in VISINTINI (a cura di), *Risarcimento*, cit., 30.

<sup>50</sup> CARNELUTTI, *Perseverare diabolicum (a proposito del limite della responsabilità per danni)*, in *Foro it.*, 1952, IV, 97; SCOGNAMIGLIO, voce «Responsabilità civile», cit., 628; PATTI, voce «Danno patrimoniale», in *Digesto/civ.*, V, Torino, 1989, 90.

<sup>51</sup> CAPECCHI, *Il nesso di causalità materiale e il concorso di cause*, in VISINTINI (a cura di), *Risarcimento*, cit., 34.

<sup>52</sup> Cass., Sez. Un., 11 settembre 2002, n. 30328, in *Foro it.*, 2002, II, 601, con commento di DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle Sezioni Unite*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 707,

della causalità omissiva in generale. In tale occasione, il Supremo Collegio ha preso le distanze sia dall'indirizzo giurisprudenziale più flessibile (del «più probabile che non»), che dall'orientamento più restrittivo (del coefficiente probabilistico prossimo a cento) ed, al contempo, ha enunciato una serie di principi di fondamentale importanza.

Dopo aver ribadito il carattere ipotetico di ogni giudizio causale e la necessità di impiegare l'esperienza e le leggi scientifiche di copertura, mitigate dalla clausola *ceteris paribus*, le Sezioni Unite ripudiano il criterio delle «serie ed apprezzabili probabilità di successo», in quanto ritenute lesive dei principi di legalità, tassatività e garanzia di responsabilità personale. Viene inoltre escluso che, ai fini della sussistenza del nesso causale, sia sufficiente la sterile applicazione del coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica, in quanto, in ogni caso, occorre sottoporlo ad una «prova di resistenza», vagliandone la validità in seno al caso concreto. Se, da un lato, infatti, la conferma dell'esistenza del rapporto causale non può dedursi automaticamente nemmeno da leggi universali o statistiche che esprimano coefficienti probabilistici prossimi a cento, i quali richiedono comunque una verifica concreta, dall'altro, la «certezza processuale» può derivare anche da coefficienti medio-bassi di probabilità, quando possa escludersi l'incidenza di altri fattori interagenti. In sostanza, le Sezioni Unite, collocandosi in posizione intermedia rispetto agli eccessi delle tesi precedentemente in voga, asseriscono che il nesso causale potrà ritenersi accertato solo ove il Giudice, alla luce del bagaglio probatorio a sua disposizione, esclusa la concorrenza di fattori alternativi dotati di autonoma efficacia causale, riterrà che l'evento sia conseguenza della condotta con alto grado di probabilità logica o di credibilità razionale.

Con tale espressione, infatti, «non si intende fare riferimento al parametro nomologico utilizzato per la copertura della spiegazione, indicante una mera relazione quantitativa entro generi di eventi ripetibili e inerente come tale alla struttura interna del rapporto di causalità, bensì ai profili inferenziali della verifica probatoria di quel nesso

---

con commento di STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*; in *Cass. pen.*, 2002, 3661, con nota di MASSA, *Le Sezioni Unite davanti a «nuvole e orologi»: osservazioni sparse sul principio di causalità*.

rispetto all'evidenza disponibile e alle circostanze del caso concreto». Ne deriva una marcata distinzione tra la probabilità statistica e la probabilità logica.

Alla luce di tale ricostruzione, non può che concludersi che l'incertezza e la contraddittorietà del quadro probatorio circa il nesso causale e, quindi, la permanenza del ragionevole dubbio circa l'esistenza dello stesso determineranno una pronuncia assolutoria. Invero, in un passo fondamentale della sentenza Franzese, si legge che le esigenze processuali e le eventuali difficoltà di prova non «potranno legittimare un'attenuazione del rigore nell'accertamento del nesso di condizionamento necessario e con esso una nozione "debole" di causalità», con ciò determinando un'abnorme espansione dell'area della responsabilità.

In definitiva, le Sezioni Unite, attraverso tale pronuncia, realizzano un equo contemperamento tra le esigenze imposte dalla repressione penale ed i principi costituzionali alla base di un diritto penale moderno<sup>53</sup>, dimostrando di aderire al c.d. «terzo orientamento».

Il pregio della pronuncia risiede nell'aver fornito agli operatori un decalogo di principi valevoli non soltanto nell'ambito della responsabilità medica omissiva, ma applicabili anche ad altri settori della responsabilità penale in cui vengano in rilievo danni alla persona, come l'ambito degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali<sup>54</sup>.

All'indomani della sentenza Franzese<sup>55</sup> è sorto spontaneo l'interrogativo circa l'applicabilità o meno di tale assunto al diritto civile.

Da una parte è stata sostenuta l'identità concettuale tra causalità penale e civile, in quanto, anche in ambito civilistico, l'affermazione della responsabilità postula la prova che, sia pur in base al parametro della probabilità logica, l'errore sia la ragione logicamente più

---

<sup>53</sup> IADECOLA, *In tema di verifica della causalità omissiva nell'attività medicochirurgica in recenti interventi della Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2002, 180.

<sup>54</sup> BONA, *Il nesso di causa nella responsabilità civile a confronto con il decalogo delle Sezioni Unite penali in Franzese: vecchi e nuovi confini tra causalità civile e causalità penale alla luce della sentenza Cass. civ., sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400 sul danno da perdita di chance*, in AA.VV., *Il nesso di causa nel danno alla persona*, Milano, 2005.

<sup>55</sup> Cass. Pen., Sez. Un., 10 luglio 2002-11 settembre 2002, n. 30328, in *Corr. giur.*, 2003, 348, con nota di VITO; in *Danno e resp.*, 2003, 195, con nota di CACACE; in *Dir. pen. proc.*, 2003, con nota di MACRÌ.

probabile dell'evento ed il permanere di un margine di dubbio debba condurre ad escludere la sussistenza del nesso causale. In realtà, appare opportuno astenersi da una trasposizione acritica ed automatica dei relativi enunciati in un ambito dai contorni non del tutto coincidenti.

La giurisprudenza di legittimità, infatti, in due diverse sentenze in tema di responsabilità medica<sup>56</sup>, ha sancito espressamente che la sentenza Franzese non sia estensibile al diritto civile, a causa delle peculiarità che esso presenta rispetto al diritto penale.

Il sistema penale, infatti, oltre a rispondere a logiche sue proprie, di impronta garantista (presunzione d'innocenza, funzione rieducativa della pena, personalità della responsabilità), assolve ad una funzione essenzialmente sanzionatoria e, pertanto, la pena della privazione della libertà personale può comminarsi solo nel caso si raggiunga la piena prova della colpa e della causalità, senza che residui alcuno spazio per forme di responsabilità oggettiva.

Il sistema della responsabilità civile, invece, riveste funzione riparatoria, ruota attorno alla vittima del danno, non sul colpevole, ed ammette anche ipotesi di responsabilità oggettiva, oltre a meccanismi presuntivi.

Anche le Corti di merito nutrono l'opinione secondo cui non siano applicabili in sede civile i principi valevoli per l'accertamento del nesso causale in ambito penale e, in particolare, quelli enunciati dalle Sezioni Unite nel caso Franzese, proprio in considerazione delle diverse funzioni cui sono preposte responsabilità civile e penale<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Cass., 19 maggio 2006, n. 11755, in *Danno e resp.*, 2006, 12, 1238, con nota di NOCCO; Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Danno e resp.*, 2008, 1, 43, con nota di PUCCELLA.

<sup>57</sup> Il riferimento è a Trib. Palmi, 11 febbraio 2006, n. 86, in *Danno e resp.*, 2007, 319 ss., la cui massima afferma che: «In materia di colpa medica omissiva, la sussistenza del nesso causale ai fini dell'affermazione della responsabilità penale va accertata verificando se l'omessa o errata diagnosi del sanitario ha provocato l'evento lesivo con 'alto o elevato grado di credibilità razionale' o 'probabilità logica', mentre ai fini dell'affermazione della responsabilità civile è sufficiente accertare se l'omissione o l'errore hanno diminuito o azzerato le possibilità del paziente di ottenere la guarigione. Ne consegue che in sede civile è configurabile un nesso causale fra il comportamento del sanitario ed il pregiudizio subito da un paziente, qualora, attraverso un criterio necessariamente probabilistico, si ritenga che l'opera del professionista, se correttamente e prontamente



Il diritto penale, inoltre, appresta tutela a beni giuridici predeterminati, mentre il sistema civile presenta una maggiore elasticità e ciò trova conferma nella nuova figura del danno da perdita di *chance*.

Il sistema penale ed il sistema civile<sup>58</sup>, inoltre, rispondono ad esigenze differenti. Il primo, infatti, incentrato sulla figura del reo e sull'applicazione di una sanzione restrittiva della libertà personale e, in ogni caso, della reputazione di costui, impone un accertamento causale severo e garantista, volto a dichiarare la responsabilità dell'imputato solo ove essa risulti «oltre ogni ragionevole dubbio». Tale necessità induce ad evitare un'indagine sul nesso causale improntata a sterili automatismi o al criterio dell'aumento del rischio, in quanto ciò tramuterebbe la fattispecie del reato omissivo improprio in un reato di pericolo o di mera condotta<sup>59</sup>.

Tali problematiche non si rinvergono nel sistema civile, imperniato sulla persona del danneggiato e, conseguentemente, sull'equa allocazione dei costi risarcitori, in una logica in cui spesso dominano ragioni di politica del diritto. L'ambito della responsabilità civile, inoltre, è aperto ai contributi provenienti da altre branche del sapere, quali le scienze economiche e sociali, nonché dalle esperienze straniere e la causalità assume sembianze diverse a seconda delle differenti fattispecie di responsabilità e dalla tipologia di danno che viene di volta in volta presa in considerazione.

### **3. La cd. perdita di chance**

Con riferimento al rapporto tra danno e causa, l'accertamento di quest'ultimo, che nel sistema penale verte sulla condotta tenuta dal soggetto agente, nella prospettiva del

---

svolta, avrebbe avuto serie ed apprezzabili possibilità di evitare il danno verificatosi: in particolare, la sussistenza del nesso causale va affermata laddove, secondo le statistiche cliniche, la probabilità che dalla condotta del convenuto sia derivato l'evento lesivo sussiste nel 50% +1 dei casi».

<sup>58</sup> BONA, *Il nesso di causa nella responsabilità civile a confronto con il decalogo delle Sezioni Unite penali in Franzese: vecchi e nuovi confini tra causalità civile e causalità penale alla luce della sentenza Cass. civ., sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400 sul danno da perdita di chance*, in AA.VV., *Il nesso di causa nel danno alla persona*, cit., 107.

<sup>59</sup> Così SARICA, *Il nesso causale nella responsabilità medica*, cit., 109.

civilista, ruota attorno alla lesione subita dal danneggiato, anche in termini di perdita di *chance*.

Anche le interazioni tra prova e causa muovono da presupposti diversi, in quanto, in sede civile trovano spazio meccanismi presuntivi non ammissibili in sede penale e l'onere di dimostrare il nesso causale viene fatto gravare essenzialmente sul convenuto.

Specie nel campo della responsabilità medica, eventuali deficit probatori riconducibili al sanitario o alla struttura sanitaria, quali smarrimenti di referti o la redazione lacunosa delle cartelle cliniche, sovente ricadono sul convenuto, condannato al risarcimento del danno pur in assenza di un puntuale accertamento del nesso causale.

La sentenza della Cassazione, n. 4400 del 2004, enucleando un secondo criterio di imputazione del danno, quale il danno da perdita di *chance* di salute, la cui domanda risulta ontologicamente distinta dalla domanda di risarcimento del danno da lesione del bene salute, conferma la discrepanze esistenti tra causalità penale e civile, la quale si presenta a doppio binario<sup>60</sup>.

Nello specifico ambito della responsabilità sanitaria, infatti, il diritto civile, oltre alla vita ed all'integrità psico-fisica del paziente, preservati dal diritto penale, accorda tutela giuridica anche alla *chance*, quale «entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione (quale) perdita della possibilità di conseguire qualsivoglia risultato utile»<sup>61</sup>. Nel caso di errata diagnosi cui sia seguito il decesso del paziente, la *chance* non viene fatta coincidere con l'evento morte o con la perdita dell'invalidità permanente in una determinata percentuale, bensì con la perdita della possibilità di ottenere la guarigione.

È lampante come tali beni giuridici non possano ricondursi ad un tutto indistinto, dal momento che, nel primo caso, la *chance* è l'oggetto stesso del danno, mentre, nella seconda

---

<sup>60</sup> BONA, *Il nesso di causa nella responsabilità civile a confronto con il decalogo delle Sezioni Unite penali in Franzese: vecchi e nuovi confini tra causalità civile e causalità penale alla luce della sentenza Cass. civ., sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400 sul danno da perdita di chance*, in AA.VV., *Il nesso di causa nel danno alla persona*, cit., 123 ss.

<sup>61</sup> Cass., 18 marzo 2003, n. 3999, in *Giur. it.*, 2003, 1783, con nota di SUPPA.

ipotesi, dalla *chance* si evince la sussistenza del nesso eziologico. Rispetto ad essi, inoltre, anche l'art. 1223 c.c. gioca un ruolo differente<sup>62</sup>.

Per quanto concerne la perdita di *chance*, è stato osservato che la stessa non si limiti ad individuare una particolare qualità della perdita, ma specifichi il modo in cui deve operare la causalità giuridica per stimare il danno risarcibile<sup>63</sup>. Da un lato, si colloca la possibilità di conseguire il risultato utile, che, al fine di accertare la sussistenza del danno da perdita di *chance*, si ritiene debba essere superiore al 50%, dall'altro, il criterio per liquidare il danno, in quanto l'oggetto del risarcimento non corrisponde all'equivalente monetario del risultato non ottenuto<sup>64</sup>.

Emerge, pertanto, come la perdita della *chance* integri un danno non consistente «in un lucro cessante, bensì nel danno emergente da perdita di possibilità attuale, e non di un futuro risultato»<sup>65</sup>. Ne consegue che la *chance* debba rappresentare un danno certo, risarcibile in base al parametro della causalità giuridica, solo ove il danneggiato riesca a provare, anche attraverso presunzioni, ed in base alle circostanze del caso concreto, «la sussistenza di un valido elemento causale tra il fatto e la ragionevole probabilità della verifica futura del danno»<sup>66</sup>.

Il criterio utilizzato dalla giurisprudenza di legittimità per liquidare la posta di danno in questione è quello equitativo, basato su una valutazione prognostica delle concrete possibilità di raggiungere un risultato favorevole e sul risultato economico complessivamente conseguibile dalla vittima, diminuito di un coefficiente proporzionato alle probabilità di ottenerlo.

---

<sup>62</sup> Così SARICA, *loc. ult. cit.*

<sup>63</sup> Per una completa disamina sul punto, cfr. FRANZONI, *La chance, il danno non patrimoniale e il caso Mondadori*, in *Contr. e Imp.*, 2009, 1179 ss.

<sup>64</sup> Così FRANZONI, *La chance*, cit., 1188.

<sup>65</sup> Cass., 21 luglio 2003, n. 11322, in *Foro it.*, 2004, I, 155, con nota di FAELLA.

<sup>66</sup> 27 Cass., 27 luglio 2001, n. 10291, in *Foro it. on line*, 2001, Cass., 25 settembre 1998, n. 9598, in *Danno e resp.*, 1999, 534, con nota di VIOLANTE.

Alla luce di tali rilievi, la dottrina<sup>67</sup> conclude nel senso che il decalogo fornito dalle Sezioni Unite penali nella sentenza Franzese può senz'altro fornire un utile spunto di riflessione al civilista, senza dimenticare che i principi ivi dettati necessitano di essere opportunamente adattati alle esigenze ed alle particolarità della responsabilità civile, specie nei settori in cui dominano criteri oggettivi di imputazione o doveri di protezione.

Non è mancato, chi ha suggerito di procedere ad un «ripensamento radicale il cui esito sia costituito dalla rinuncia alle sentenze di condanna nella gran parte dei processi penali per l'attività medico-chirurgica e al tempo stesso da un rilancio in grande stile della responsabilità civile»<sup>68</sup>.

#### **4. La probabilità logica nella responsabilità del professionista**

Nell'ambito della responsabilità civile e, in particolare, della *malpractice medica*, il modello probabilistico odierno approda grazie alla sopra citata sentenza della Corte di cassazione, n. 4400 del 2004<sup>69</sup>, in cui si afferma che: «(...) il rapporto causale sussiste anche quando l'opera del professionista, se correttamente e prontamente svolta, avrebbe avuto non già la certezza, bensì serie ed apprezzabili possibilità di successo».

In particolare, la Cassazione rileva la necessità di superare il parametro della certezza, sostituendolo con il criterio della probabilità e dell'idoneità della condotta a produrre il danno («criterio per il quale il rapporto causale può e deve essere riconosciuto anche quando si possa fondatamente ritenere che l'adempimento dell'obbligazione, ove correttamente e tempestivamente intervenuto, avrebbe influito sulla situazione, connessa al

---

<sup>67</sup> SARICA, *Il nesso di causalità nella responsabilità medica*, cit., 111

<sup>68</sup> STELLA, *La vitalità del modello della sussunzione sotto leggi. A confronto il pensiero di Wright e di Mackie*, in STELLA (a cura di), *I saperi del giudice. La causalità e il ragionevole dubbio*, Milano, 2004, 23.

<sup>69</sup> Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, in *Danno e resp.*, 2005, 45, con nota di FEOLA e NOCCO; in *Foro it.*, 2004, I, 1403; in *Contratti*, 2004, 1091, con nota di LISI; in *Corr. giur.*, 2004, 1018, con nota di VITI; in *Resp. civ. prev.*, 2004, 3, 204, con nota di PARTISANI; in *Riv. it. med. leg.*, 2004, 789, con nota di NORELLI; FIORI; CASCINI e AUSANIA; in *Cass. pen.*, 2004, 2537, con nota di D'ALESSANDRO.

rapporto, del creditore della prestazione, in guisa che la realizzazione dell'interesse perseguito con il contratto si sarebbe presentata in termini non necessariamente d'assoluta certezza ma anche solo di ragionevole probabilità, non essendo dato esprimere, in relazione ad un evento esterno già verificatosi, oppure ormai non più suscettibile di verificarsi, 'certezze' di sorta, nemmeno di segno 'morale', ma solo semplici probabilità di un'eventuale diversa evoluzione della situazione stessa»).

Il merito di tale pronuncia è di aver sostituito il criterio della «elevata credibilità razionale», vigente in ambito penale, con quello della «ragionevole probabilità» del nesso eziologico.

La corte, infatti, ripudia l'automatica conclusione circa la ricorrenza o meno del nesso causale in base al coefficiente di probabilità statistica, auspicando, invece, un giudizio improntato al caso concreto ed alle circostanze differenziali che esso presenta rispetto alla vicenda astratta presa in considerazione dalla legge statistica. Il nesso causale, quindi, può ritenersi accertato se, esclusa la preesistenza, concomitanza o sopravvenienza di fattori alternativi, la condotta dell'agente risulti «condizione necessaria dell'evento lesivo con elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica».

#### **4. La prova del nesso causale nella responsabilità medica**

In punto di onere della prova del nesso causale, la consolidata regola secondo cui la medesima prova debba incombere sul soggetto che assume di essere stato danneggiato, è stata sovente ridimensionata dalla prassi giurisprudenziale<sup>70</sup>.

La nota sentenza n. 13533 del 2001 delle Sezioni Unite della Cassazione<sup>71</sup>, infatti, ha sancito che il regime probatorio in caso di inadempimento delle obbligazioni sia il medesimo, a prescindere dal tipo di rimedio azionato (azione di esatto adempimento, risoluzione,

---

<sup>70</sup> BONA, *Il nesso di causa nella responsabilità civile del medico*, cit., 399.

<sup>71</sup> Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, 12, 1565, con nota di MARICONDA; in *Contratti*, 2002, 113, con nota di CARNEVALI.

azione risarcitoria). In sostanza, al creditore è richiesto di fornire una duplice prova, avente ad oggetto: la fonte del diritto fatto valere (contratto, contatto sociale), eccettuato il caso di ricognizione di debito o di promessa di pagamento, ove opera l'inversione ad opera dell'art. 1988 c.c., il danno patrimoniale e non patrimoniale conseguente ed il nesso causale tra inadempimento e danno.

Secondo la Cassazione, il danneggiato è esonerato dal dimostrare l'inadempimento del debitore, ma deve limitarsi ad un onere di allegazione.

Applicando il principio di vicinanza della prova, in base al quale risulta più agevole provare il fatto positivo dell'adempimento, piuttosto che la circostanza negativa dell'inadempimento, ed al principio delle persistenza presuntiva del diritto fino a che non se ne dimostri l'estinzione per effetto del pagamento, la prova dell'adempimento graverà sul debitore<sup>72</sup>. Tale assunto, inoltre, vale per tutte le obbligazioni, fatta eccezione che per quelle negative, ove è più semplice dimostrare l'inadempimento, nonché per tutte le tipologie di inadempimento (totale, inesatto, tardivo, avente ad oggetto l'obbligazione principale o accessoria).

Nel delicato ambito della responsabilità medica, pertanto, si assiste ad un'attenuazione del carico probatorio per il paziente, il quale non è tenuto necessariamente a dimostrare la causa precisa che ha determinato il danno sofferto, bensì il rapporto eziologico tra la lesione riportata e la prestazione sanitaria ricevuta<sup>73</sup>. Attraverso tale *modus operandi*, unitamente al criterio della probabilità logica, si è giunti progressivamente ad una prova presuntiva del nesso causale, in quanto saranno il medico o la struttura sanitaria a

---

<sup>72</sup> Tale ragionamento è condiviso da Cass., 10 ottobre 2007, n. 21140, in *Foro it. on line*, la quale afferma che: «sia nell'ipotesi di responsabilità extracontrattuale, sia in quella di responsabilità contrattuale, spetta al danneggiato fornire la prova dell'esistenza del danno lamentato, e della sua riconducibilità al fatto del debitore(...)».

<sup>73</sup> A tale conclusione è giunto Franzoni, sostenendo che: «L'onere della prova del danneggiato è molto più agevole rispetto a quello del danneggiante. Non solo perché la prova del fatto positivo, ovvero la dimostrazione che senza quell'antecedente il risultato non si sarebbe raggiunto, può essere data per presunzioni o addirittura può essere soltanto allegato, ma soprattutto perché il principio generale della materia è quello dell'equivalenza tra tutti i fattori antecedenti alla produzione dell'evento di danno», FRANZONI, *L'illecito*, cit., 75.

dover dimostrare che l'evento dannoso è stato prodotto da un evento sopravvenuto imprevedibile o dalle particolari condizioni del paziente non precedentemente emerse.

Anche la giurisprudenza di merito, sia in materia di danni da trasfusioni<sup>74</sup> che nei casi di infezioni post-chirurgiche da agenti biologici<sup>75</sup>, sembra condividere l'impostazione in base alla quale non può farsi gravare sul danneggiato che riesca a dimostrare la riferibilità, in termini di idoneità lesiva, del danno all'attività del convenuto, l'onere di provare circostanze che solo controparte è in grado di fornire<sup>76</sup>, in base alla regola del «danno evidenziale»<sup>77</sup> o «della prossimità alla fonte di prova». In sostanza, le lacune probatorie imputabili al convenuto non possono assolutamente farsi ricadere sulla vittima del danno, secondo scelte appartenenti alla politica del diritto.

I ragionamenti in tema di prova dell'inadempimento hanno ingenerato lo spinoso interrogativo circa la natura della prova della causalità, sul quale si sono fronteggiati orientamenti contrastanti.

Secondo la tesi minoritaria, la prova della causalità coinciderebbe con la prova dell'errore medico: il paziente, quindi, dovrebbe limitarsi a provare il titolo del diritto ed il danno e ad allegare l'inadempimento, mentre il sanitario dovrebbe dimostrare di non aver commesso alcun errore, ovvero che lo stesso non sia comunque ricollegabile al danno. Tale ragionamento determina un profondo solco tra causalità civile e penale.

L'opposto indirizzo<sup>78</sup>, invece, reputa che il regime della causalità sia unico, alla luce degli artt. 40 e 41 c.p. e che, dunque, la prova della causalità si risolva nella prova del danno ex artt. 1223, 1225, 1227 c.c.

---

<sup>74</sup> Trib. Palermo, 29 marzo 2005, n. 1117, G.U. Jannelli, inedita.

<sup>75</sup> Trib. Alba, sez. distaccata di Bra, 19 gennaio 2005, n. 4, G.U. Solombrino, inedita.

<sup>76</sup> Cass., 13 settembre 2000, n. 12103, in *Dir. e giust.*, 2000, n. 34, 33; Cass., 21 luglio 2003, n. 11316, in *Foro it.*, 2003, I, 2970. Un approfondita disamina della tematica in esame si deve a BONA, *Responsabilità da attività medico-sanitarie e responsabilità del datore di lavoro: la causalità civile alle prese con la gestione della prova e dell'onus probandi*, in AA.VV., *Il nesso di causa nel danno alla persona*, cit., 186 ss.

<sup>77</sup> IZZO, *Il danno da contagio post-trasfusionale come «danno evidenziale»? Regole e concetti in tema di presunzioni e responsabilità*, in *Danno e resp.*, 2001, 255; ID., *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova, 2004, 148 ss.

<sup>78</sup> Cass., 18 aprile 2005, n. 7997, in *Corr. giur.*, 2006, 257, con nota di ROLFI.

Le regole dettate dal Supremo Collegio nel 2001 non sono estensibili alla prova del nesso causale, in quanto afferiscono alla prova dell'inadempimento e non del danno cagionato da quell'inadempimento.

Tali conclusioni vengono motivate con l'esigenza di non contaminare il profilo della causalità, che rappresenta un giudizio oggettivo, con quello della colpa, benché la relativa indagine verta, oltre che su parametri soggettivi, anche su criteri normativi.

Nel nostro ordinamento, invero, non è ammessa una presunzione di causalità, similmente a quella di colpevolezza e, dunque, il paziente danneggiato potrà limitarsi ad allegare l'errore, ma dovrà senz'altro fornire la prova del nesso casuale tra l'errore ed il danno lamentato.

## **5. La sentenza n. 577/2008 delle Sez. Un. della Cassazione**

La vera svolta in tema di nesso eziologico – definito forse a buon ragione come «il profilo più tormentato di tutta la problematica della responsabilità civile»<sup>79</sup> –, si deve alle Sezioni Unite della Corte di cassazione che, nella seduta del 20 novembre 2007, hanno reso ben dieci importanti decisioni, depositate tutte l'11 gennaio 2008, facendo chiarezza sugli aspetti maggiormente dibattuti in tema di responsabilità medica, con specifico riguardo ai casi di contagio da emotrasfusioni. Molte di tali pronunce, infatti, si soffermano sull'accertamento del nesso causale e sulla relativa prova, fornendo, nel complesso, una compiuta analisi teorica del problema della responsabilità civile.

In particolare, la già citata sentenza n. 577 dell'11 gennaio 2008<sup>80</sup> prende le mosse dalla vicenda di un paziente, il quale assumeva di aver contratto l'epatite C in conseguenza delle trasfusioni praticategli in una clinica privata in occasione di un intervento chirurgico. Sia il Tribunale, che la Corte d'appello di Roma rigettavano le domande attoree, adducendo per mancanza di prova circa la ricorrenza del nesso causale tra l'emotrasfusione e l'epatite C

---

<sup>79</sup> PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, 88.

<sup>80</sup> Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, 455.



contratta. In particolare, la Corte di merito riteneva che l'attore non fosse riuscito a dimostrare, mediante documentazione tempestivamente prodotta, che, alla data del ricovero, non fosse già affetto dalla patologia, non potendosi tenere in considerazione i risultati degli esami ematici prodotti in primo grado dopo la scadenza dei termini previsti dall'art. 184 c.p.c. e riprodotti in sede di gravame, né del verbale della Commissione medico-ospedaliera che aveva a suo tempo accertato il rapporto di causalità.

Avverso tale sentenza, parte attrice presentava ricorso per cassazione, adducendone l'erroneità nella parte in cui addossava al paziente danneggiato l'onere della prova del nesso causale tra l'emotrasfusione e l'epatite C contratta, nonché della circostanza di non essere già portatore della malattia all'epoca del ricovero.

La causa veniva rimessa alle Sezioni Unite proprio in virtù della delicatezza e particolare rilevanza delle questioni da affrontare.

Innanzitutto, il Supremo Collegio conferma il carattere contrattuale della responsabilità del medico, in virtù del c.d. «contatto sociale»<sup>81</sup> e della struttura sanitaria, in base al c.d. «contratto di ospedalità» o «di assistenza sanitaria», che, oltre all'obbligazione principale, consistente nella messa a disposizione del personale medico e paramedico, comporta una serie di obbligazioni di protezione e accessorie, come le prestazioni di carattere alberghiero, nonché l'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche al fine di fronteggiare eventuali emergenze<sup>82</sup>. In secondo luogo, la pronuncia in esame afferma

---

<sup>81</sup> Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Danno e resp.*, 1999, 294 ss., con commento di CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*.

<sup>82</sup> In tema di responsabilità sanitaria, si segnalano: GALGANO *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 720 ss.; DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995; ID., *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, in GALGANO (diretto da), *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. ec.*, XLVI, Padova, 2007; IAMICELI, *La responsabilità del medico*, in CENDON (a cura di), *La responsabilità civile*, IV, Torino, 1998, 312 ss.; MIRIELLO e SARICA, *La responsabilità medico-sanitaria*, in MIRIELLO, *Le aziende sanitarie pubbliche*, in GALGANO (diretto da), *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. ec.*, Padova, 2009, 133; MIRIELLO e SARICA, *Le mobili frontiere della responsabilità sanitaria*, in *Sanità pubblica e privata*, 2010, 1, 5; SARICA, *Il contatto sociale tra le fonti delle responsabilità civile: recenti equivoci nella giurisprudenza di merito*, in *Contr. e Imp.*, 2005, 101.

la totale equiparazione della struttura sanitaria privata a quella pubblica sotto il profilo del regime della responsabilità civile, in quanto, trattandosi di violazioni incidenti sul diritto costituzionalmente garantito alla salute, la diversa natura della struttura non può minimamente incidere sulla responsabilità o sul *quantum* risarcitorio. Ne consegue che, oltre alla responsabilità della struttura per il fatto del personale medico ed ausiliario suo dipendente ex art. 1228 c.c., è configurabile una responsabilità autonoma dell'ente per inadempimento di obbligazioni ad esso direttamente riferibili (insufficiente o inadeguata organizzazione), fondata sull'art. 1218 c.c., del tutto svincolata da un'eventuale responsabilità del personale sanitario.

Sulla scia di tali doverose premesse, i giudici di legittimità si soffermano sull'aspetto della ripartizione dell'onere probatorio nel peculiare ambito della responsabilità sanitaria. A tal riguardo, la Corte fa propri i principi statuiti precedentemente in termini generali dalle stesse Sezioni Unite, con la sentenza n. 13533 del 2001, secondo cui, in materia contrattuale spetta al creditore fornire la prova del proprio diritto, limitandosi ad allegare la circostanza dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento, gravando sul convenuto debitore l'onere di provare il fatto estintivo o costitutivo dell'adempimento o l'avvenuto esatto adempimento.

Il Supremo Collegio, inoltre, contesta la prassi adottata dalle Sezioni semplici della Cassazione, consistente nel far gravare sul paziente danneggiato l'onere di provare il nesso di causalità tra l'azione o l'omissione del debitore ed il danno sofferto, in virtù della tradizionale ed ormai superata distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato.

Si riteneva, infatti, che, nel primo tipo di obbligazioni, il creditore fosse tenuto a dimostrare la riconducibilità del mancato risultato allo scarso livello di diligenza impiegato, mentre nella seconda ipotesi, era il debitore a dover provare la dipendenza del mancato risultato ad una causa a lui non imputabile. In realtà, secondo le Sezioni Unite, l'art. 2697 c.c. contempla un unico criterio di riparto dell'*onus probandi*, senza che possa incidere minimamente la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Ciò che conta è che il

---

creditore allegghi non un qualsiasi inadempimento, ma un inadempimento «qualificato», ovvero astrattamente idoneo a cagionare il danno.

In sostanza, viene richiamato il principio delle riferibilità o vicinanza della prova, secondo cui il relativo onere va posto a carico del soggetto nella cui sfera si è prodotto l'adempimento e che, quindi, è in possesso degli elementi utili a paralizzare la pretesa del creditore<sup>83</sup>. Il principio di diritto cristallizzato in tale arresto giurisprudenziale delle Sezioni Unite è che: «In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio, l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare il contratto (o il contatto sociale) e l'aggravamento della patologia o l'insorgenza di un'affezione ed allegare l'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».

Sul paziente, quindi, incomberà l'onere di allegare l'inadempimento e sul sanitario, invece, l'onere di provare l'esatta esecuzione della prestazione terapeutica, unitamente all'osservanza delle regole di diligenza richieste dall'*ars medica*.

Anche la distinzione tra interventi routinari e complessi non rileva sotto il profilo dell'onere probatorio – identico in entrambe le ipotesi –, bensì ai soli fini della valutazione della controprova.

È stato osservato, peraltro, che, a fronte dell'aggravamento della posizione del medico risultante dal quadro delineato dalle Sezioni Unite nel 2001 e nel 2008, da parte del paziente dovrebbe quanto meno pretendersi un'allegazione specifica dell'errore medico, comprensiva dell'indicazione del relativo ambito di incidenza (informazione, diagnosi, intervento, negligenza, imprudenza, imperizia), in modo da rendere chiaro al convenuto l'oggetto della controprova da fornire.

In definitiva, pur non essendo esigibile dal profano la risoluzione di problemi tecnico-scientifici, appare equo richiedere un onere di allegazione dotato del grado massimo di

---

<sup>83</sup> MIRIELLO, *op. cit.*, 221.

chiarezza compatibile con le cognizioni non professionali dello stesso. La prova liberatoria richiesta al professionista verte sul rispetto di tutte le regole di diligenza durante l'esecuzione della prestazione e non anche sulle ragioni che hanno effettivamente cagionato l'esito infausto, in quanto l'ignoto non è posto a carico della classe medica, altrimenti la responsabilità contrattuale si tramuterebbe in responsabilità oggettiva.

Altrettanto meritevole di pregio appare la sentenza n. 581 del 2008<sup>84</sup>, a cui si deve, tra l'altro, l'enunciazione di un importantissimo principio di diritto, secondo cui il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da contagio emotrasfusionale decorre dal momento in cui la malattia viene o può essere percepita quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l'ordinaria diligenza ed in base alla diffusione delle conoscenze scientifiche.

Oltre alla questione del termine prescrizione, le Sezioni Unite affrontano il complesso tema degli aspetti applicativi del nesso eziologico nell'accertamento della colpa civile, effettuando un raffronto con la medesima indagine condotta in sede penale. A tal proposito, vengono richiamate le diversità strutturali dell'accertamento della colpa nei due giudizi, riconducibili alla centralità della figura del danneggiato in sede civile ed a quella del *reo* in ambito penale e al criterio di imputazione che, nella responsabilità civile, a differenza che in quella penale, non necessariamente presuppone una condotta colpevole.

La sentenza in epigrafe rammenta la tradizionale bipartizione del giudizio aquiliano tra causalità materiale, in cui il danno rappresenta l'evento lesivo e causalità giuridica, in cui il danno rileva quale insieme delle conseguenze risarcibili e la norma di riferimento è l'art. 1223 c.c. Tale distinzione è cristallizzata nell'art. 1227 c.c., il cui 1° co. inerisce al concorso del creditore nella produzione del danno ed il secondo attiene al rapporto evento-danno conseguenza.

Come già accennato, nell'alveo della responsabilità aquiliana, alla causalità materiale si ritiene applicabile la teoria della *condicio sine qua non*, desumibile dal combinato disposto degli artt. 40 e 41 c.p., secondo cui un fatto può essere ritenuto causa di un evento, ove, rimanendo immutate le altre condizioni, quest'ultimo non si sarebbe verificato in assenza del

---

<sup>84</sup> Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Foro it.*, 2008, I, 451 ss., con nota di PALMIERI, in *Guida dir.*, 2008, 6, con nota di MARTINI

primo. In particolare, l'art. 41 c.p. postula il necessario temperamento tra il principio dell'equivalenza delle cause, enunciato dal 1° co. in base al quale, se un evento appare riconducibile a più azioni od omissioni, ad ognuna di esse deve attribuirsi efficacia causale, ed il principio della causalità efficiente, di cui al 2° co. a mente del quale, il danno può essere ricondotto all'autore della condotta sopravvenuta, solo ove la stessa sia in grado di elidere la rilevanza degli altri fattori preesistenti.

Ancora, proseguono le Sezioni Unite, tali conclusioni devono conformarsi alla teoria della c.d. causalità adeguata o regolarità causale, secondo cui un fatto può considerarsi giuridicamente causa di un evento se questo, alla stregua di un giudizio di probabilità *ex ante*, poteva risultare quale conseguenza prevedibile ed evitabile di quel fatto [«(...) ciascuno è responsabile soltanto delle conseguenze della sua condotta, attiva o omissiva, che appaiono sufficientemente prevedibili al momento nel quale ha agito, escludendosi in tal modo la responsabilità per tutte le conseguenze assolutamente atipiche o imprevedibili (...) e tale prevedibilità obiettiva va esaminata in astratto e non in concreto ed il metro di valutazione da adottare non è quello della conoscenza dell'uomo medio, ma delle migliori conoscenze scientifiche del momento (poiché non si tratta di accertare l'elemento soggettivo, ma il nesso causale)»]. Tale ragionamento porta ad escludere radicalmente un giudizio di responsabilità per eventi del tutto atipici o imprevedibili.

L'arresto giurisprudenziale in esame si sofferma poi sulla causalità di tipo omissivo, mostrando di aderire alla tesi della causalità normativa, improntata sull'equiparazione di cui al capoverso dell'art. 40 c.p. L'indagine che il giudice è chiamato ad effettuare, infatti, è di tipo controfattuale, in quanto occorre accertare che l'evento dannoso non si sarebbe verificato se l'agente avesse posto in essere il comportamento impostogli da una norma specifica, ovvero il generico dovere d'intervento volto ad impedire quel determinato evento (c.d. causalità ipotetica), esclusa la ricorrenza di fattori alternativi.

In generale, le Sezioni Unite, nell'ambito della fondamentale funzione nomofilattica loro riconosciuta, negano che sussista un'autonoma teoria della causalità dell'illecito civile, statuendo che:«(...) i principi generali che regolano la causalità di fatto sono, anche in materia civile, quelli delineati dagli artt. 40 e 41 c.p. e temperati dalla 'regolarità causale', in assenza di altre norme nell'ordinamento in tema di nesso eziologico ed integrando essi

principi di tipo logico e conformi a massime di esperienza. Tali norme, però, vanno adeguate alla specificità della responsabilità civile, rispetto a quella penale, perché muta la regola probatoria: mentre nel processo penale vige la regola della prova 'oltre il ragionevole dubbio', nel processo civile vige la regola della preponderanza dell'evidenza, o del 'più probabile che non'».

La specificità della responsabilità civile cui la sentenza fa riferimento emerge con maggiore evidenza nelle ipotesi di responsabilità oggettiva, ove il nesso causale non va rintracciato tra il danno e la condotta del soggetto agente, bensì tra il danno ed il diverso elemento preso in considerazione dal criterio d'imputazione, benché i criteri di accertamento rimangano quelli di cui agli artt. 40 e 41 c.p. Il Supremo Collegio rammenta, altresì, che l'attendibilità dei risultati dell'indagine eziologica debba essere valutata non soltanto in base al principio di certezza probabilistica, ovvero a dati meramente quantitativi-statistici, che potrebbero anche difettare, bensì alla luce degli elementi di conferma presenti nel caso concreto (c.d. probabilità logica), similmente agli ordinamenti di *common law*.

In conclusione, le Sezioni Unite richiamano anche la posizione espressa dalla Corte di Giustizia CE in tema di tutela della concorrenza, confermando che le concatenazioni causa-effetto rispondono a logiche necessariamente probabilistiche<sup>85</sup>.

Dopo aver ripercorso le tappe principali del percorso condotto dalla giurisprudenza di legittimità in tema di causalità civile, appare evidente come il nesso eziologico possa ritenersi accertato non solo quando il danno rappresenti una conseguenza inevitabile e certa della condotta, ma anche qualora risulti una conseguenza altamente probabile e verosimile della stessa<sup>86</sup>.

A completamento del *trend* giurisprudenziale in tema di nesso causale, si segnala la sentenza n. 23676 del 2008, la quale si occupa anche della questione del consenso informato, nel delicato caso di rifiuto di cure salvavita<sup>87</sup>. Nonostante venga proclamato il

---

<sup>85</sup> C. Giust. CE, 13 luglio 2006, n. 295/04, in *Danno e resp.*, 2007, 1, 19, con note di AFFERNI e CARPAGNANO.

<sup>86</sup> LUPI e ASSOCIATI, commento a sent. SS.UU. Cass., n. 581 dell'11 gennaio 2008.

<sup>87</sup> Cass., 15 settembre 2008, n. 23676, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 11, 947; in *Nuova giur. comm.*, 2009, 2, 1, 170, con nota di CRICENTI; in *Foro it.*, 2009, 1, 1, 36, con nota di CASABURI.

diritto di scegliere tra la salvezza del corpo e quella dell'anima, in virtù del quale l'Autorità non può imporre un trattamento sanitario, i giudici di legittimità precisano che, nel caso di pericolo grave ed immediato per la vita del paziente, il dissenso debba essere espresso, inequivoco, attuale ed informato. Trasponendo tali principi nella vicenda concreta, viene ritenuta irrilevante la manifestazione del dissenso espressa tramite un cartellino recante la dicitura «niente sangue». Benché il d.m. sanità 15 gennaio 1991 richieda che la trasfusione sia preceduta da un consenso informato ed espresso per iscritto e la l. 145/2001 preveda che, al fine di ottenere un consenso libero ed informato in emergenza, si debbano considerare anche desideri precedentemente espressi, il cartellino non rappresenta una volontà concreta, ma astratta, aspecifica, ideologica, non informata e non attuale.

La Suprema Corte ha prospettato, quindi, due soluzioni alternative: o il paziente reca con sé un'articolata, espressa e puntuale dichiarazione dalla quale emerga inequivocabilmente la volontà di rifiutare la trasfusione anche in ipotesi estreme di pericolo di vita, oppure il paziente nomina un rappresentante *ad acta* che confermi tale dissenso una volta ricevuta l'informazione da parte del medico.

Nella parte finale della sentenza, poi, i giudici si pronunciano in punto di nesso causale tra la trasfusione praticata al paziente ed il contagio da epatite B, la cui sussistenza, secondo il ricorrente era stata negata dalla Corte d'appello di Trieste, alla luce delle sole attestazioni circa la qualità dei donatori provenienti dalla stessa Azienda sanitaria. La Corte, dopo aver richiamato gli assunti di cui alle sentenze, n. 21619/2007 della terza sezione e n. 581/2008 delle Sezioni Unite, accoglie le doglianze del ricorrente, statuendo che:«(...) la regola probatoria *in subiecta materia* non può essere considerata quella dell'alto grado di probabilità logica e di credenza razionale, bensì quella del 'più probabile che non'.

Nel caso di specie, è del tutto evidente che la relazione probabilistica tra i fatti di trasfusione e l'evento di danno costituito dal contagio del virus dell'epatite B sia assai più alta rispetto a tutte le ipotesi individuate come possibili (ma, in realtà, assai improbabili, oltre che oggetto di mere ed indimostrate congetture del giudice del merito) dalla sentenza impugnata, la cui contraddittorietà emerge altresì dall'aver, da un canto, considerata decisiva la circostanza nella negatività sierologia dei donatori, e dall'altro omissso del tutto di valutare che tale negatività (come la stessa sentenza riconosce al folio 17) non desse alcuna

garanzia di non infettività, esistendo una 'finestra diagnostica' corrispondente ad un periodo variabile da 6 a 12 mesi (mentre l'insorgenza del virus nel G. seguì di soli 2 mesi la vicenda trasfusionale)».





## Capitolo 3

### IL CONSENSO DEL PAZIENTE AI TRATTAMENTI SANITARI

#### Sommario

1. Il consenso informato come presupposto di legittimazione del trattamento sanitario – 2. Autonomia tra il diritto all'autodeterminazione e il diritto alla salute. – 3. Rifiuto delle cure salvavita. – 4. Consenso informato e responsabilità civile del medico.

#### 1. Il consenso come presupposto di legittimazione del trattamento sanitario

Costituiscono oggetto di un continuo dibattito giuridico il fondamento giuridico e la legittimazione del trattamento sanitario e delle attività medico-chirurgiche<sup>88</sup>.

In base a una vecchia tesi, il trattamento sanitario si autogiustificherebbe, in quanto attività di elevato valore sociale, funzionale alla salvaguardia di beni di altissimo rango costituzionale quali la salute e la vita stessa del paziente<sup>89</sup>. Questa tesi è stata superata dalla

---

<sup>88</sup> Cfr. FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2004, 1059 s.; ID., *Il danno risarcibile*, Milano, 2004, 309 ss.; ID., *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione o all'eutanasia?*, in *Contr. e Imp.*, 2009, 255 ss.; RICCIO, *Il consenso e l'autodeterminazione nell'attività sanitaria*, in *La responsabilità nei servizi sanitari*, diretto da FRANZONI, Bologna, 2011, 243 ss.; DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, in GALGANO (diretto da), *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. ec.*, XLVI, Padova, 2007, 309 ss.; PINNA, *Autodeterminazione e consenso: da regola per i trattamenti sanitari a principio generale*, in *Contr. e Imp.*, 2006, 589 ss.; FACCI, *Il rifiuto del trattamento sanitario: validità e limiti*, in *Contr. e Imp.*, 2006, 1671 ss.

<sup>89</sup> Cfr. Cass., 15 gennaio 1997, n. 364, in *Danno e resp.*, 1997, 178, con nota di CARBONE; Cass. Pen., sez. I, 29 maggio 2002, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 609. Per una adeguata critica si cfr. VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 167.

successiva giurisprudenza, come è chiaramente emerso sia nel caso Welby<sup>90</sup>, sia nel caso Englaro<sup>91</sup>, sia dal caso Grassato-Testimoni di Geova<sup>92</sup>.

Dal divieto di trattamenti sanitari obbligatori, salvo i casi previsti dalla legge, secondo quanto previsto dall'art. 32, 2° co., Cost. e dal diritto alla salute, inteso come libertà di curarsi, discende che il presupposto indefettibile che «giustifica» il trattamento sanitario va rinvenuto nella scelta, libera e consapevole – salvo i casi di necessità e di incapacità di manifestare il proprio volere – della persona che a quel trattamento si sottopone. Presupposto, anche questo, che rinvia base precettiva, e, per così dire, «costitutiva», negli stessi principi dettati dalla Carta fondamentale.

Sul punto, basterà richiamare una recentissima pronuncia della Corte costituzionale<sup>93</sup>, nella quale la tematica del consenso informato è stata scandagliata *ex professo*, offrendosi dell'istituto del consenso al trattamento medico un quadro definitorio dettagliato e del tutto sintonico con gli approdi cui era già pervenuta, come si è fatto cenno,

---

<sup>90</sup> Cfr. Trib. Roma, 23 luglio 2007, in *Dir. pen e proc.*, 2008, 59, con nota di VALLINI. Si cfr. DONINI, *IL caso Welby e le tentazioni pericolose di uno spazio libero dal diritto*, in *Cass. pen.*, 2007, 909; PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 1217.

<sup>91</sup> Cfr. Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Fam. e dir.*, 2008, 129, con nota di CAMPIONE. Su questo caso cfr. VIGANÒ, *Riflessioni sul caso Englaro*, in *Riv. dir. pen e proc.*, 2008, 1035 ss.; SANTOSUOSSO, *Sulla conclusione del caso Englaro*, in *Nuova giur. comm.*, 2009, II, 127 ss.; BUSNELLI, *Il caso Englaro in Cassazione*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2008, 966 ss. In argomento si v., da ultimo, COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita (con qualche considerazione penalistica)*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 485 ss.

<sup>92</sup> Cfr. Cass., 15 settembre 2008, n. 23676, in *Corr. giur.*, 2008, 1671. In argomento si cfr. FACCI, *I medici, i testimoni di Geova e le trasfusioni di sangue*, in *La responsabilità civile*, 2006, 932; ID., *I testimoni di Geova ed il «dissenso» all'atto medico (Nota a G.i.p. T. Roma, 16 gennaio 2006)*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 116; ID., *Le trasfusioni dei testimoni di Geova arrivano in cassazione (ma la Suprema Corte non decide) (Nota a Cass., 23 febbraio 2007, n. 4211,)*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1885.

<sup>93</sup> Cfr. C. Cost., 23 dicembre 2008, n. 438; già C. Cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in *Foro it.*, 1991, I, 13, nel sostenere il fondamento costituzionale del consenso informato, aveva tramite l'art. 13 Cost. individuato la libertà di ciascuno di disporre del proprio corpo. In argomento si cfr. ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto attivo e in quello passivo*, in *Foro it.*, 2001, I, 17; MUSUMECI, *Dal potere alla libertà di disporre del proprio corpo*, in *Giur. cost.*, 1991, 626 ss.

la giurisprudenza della Cassazione. Il Giudice delle leggi ha infatti avuto modo di puntualizzare che il «consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 Cost., i quali stabiliscono, rispettivamente, che «la libertà personale è inviolabile», e che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». D'altra parte, ha osservato la Corte, anche numerose fonti internazionali prevedono la necessità del consenso informato del paziente nell'ambito dei trattamenti sanitari. Così, «l'art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, premesso che gli Stati aderenti “riconoscono il diritto del minore di godere del miglior stato di salute possibile e di beneficiare di servizi medici e di riabilitazione”, dispone che ‘tutti i gruppi della società in particolare i genitori ed i minori ricevano informazioni sulla salute e sulla nutrizione del minore’». A sua volta, ha rammentato ancora la Corte, «l'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145, prevede che “un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato”; l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, sancisce, poi, che “ogni individuo ha il diritto alla propria integrità fisica e psichica” e che nell'ambito della medicina e della biologia deve essere in particolare rispettato, tra gli altri, “il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge”». «La necessità che il paziente sia posto in condizione di conoscere il percorso terapeutico – ha ancora precisato la Corte – si evince, altresì, da diverse leggi nazionali che disciplinano specifiche attività mediche: ad esempio, dall'art. 3 della legge 21 ottobre 2005, n. 219 (Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale di emoderivati), dall'art. 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nonché dall'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), il quale prevede che le cure sono di norma

volontarie e nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario se ciò non è previsto dalla legge».

I principi enunciati dalla Corte costituzionale, scolpiti, alla luce della pluralità di fonti che concorrono a rafforzarne gli enunciati, rappresentano, dunque, la ineludibile base precettiva sulla quale poter configurare la legittimità del trattamento sanitario in genere e della attività medico chirurgica in specie: con l'ovvia conseguenza che, ove manchi o sia viziato il consenso «informato» del paziente, e non si versi in situazione di incapacità di manifestazione del volere ed in un quadro riconducibile allo stato di necessità, il trattamento sanitario risulterebbe *eo ipso* invasivo rispetto

al diritto della persona di prescegliere se, come, dove e da chi farsi curare. Ed è proprio in quest'ultima prospettiva che assume uno specifico risalto la normativa – non poco evolutasi nel corso del tempo – elaborata dagli organismi professionali in campo di deontologia medica; giacché da essa, per un verso, si chiarisce la portata del «circuitto informativo» che deve collegare fra loro medico e paziente, in vista di un risultato che – riguardando diritti fondamentali – non può non essere condiviso; e, dall'altro lato, è destinata a concretare, sul terreno del diritto positivo, le regole che costituiscono il «prescrizionale» per il medico, e la cui inosservanza è fonte di responsabilità, non necessariamente di tipo penale. A seguito, infatti, della Convenzione di Oviedo, anche il codice deontologico, approvato dal Consiglio nazionale della Federazione italiana degli Ordini dei medici chirurghi e odontoiatri il 3 ottobre 1998, ha proceduto ad una revisione del concetto di consenso informato, elaborando una definizione dello stesso più in linea con i parametri interpretativi suggeriti dalla stessa Convenzione.

L'art. 30 del nuovo codice, infatti, ha previsto che il medico debba fornire al paziente «la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate». Dietro esplicita richiesta del paziente, inoltre, il medico dovrà fornire tutte le ulteriori informazioni che gli siano richieste. L'art. 32 ha a sua volta stabilito che il medico non debba intraprendere alcuna attività diagnostica o terapeutica senza l'acquisizione del consenso informato del paziente; con l'ulteriore necessità della forma scritta per la manifestazione di tale consenso nell'ipotesi in cui la prestazione da eseguire comporti possibili rischi per

l'integrità fisica del soggetto. L'art. 34 ha infine stabilito che il «medico deve attenersi, nel rispetto della dignità, della libertà e dell'indipendenza professionale, alla volontà di curarsi, liberamente espressa dalla persona». Da simili principi, profondamente innovativi rispetto a quelli enunciati nel precedente codice del 1995, si è tratto, quindi, il convincimento che fosse ormai superata la configurazione della attività del medico come promanante da soggetto detentore di una «potestà» di curare, dovendosi invece inquadrare il rapporto medico-paziente (al di fuori di qualsiasi visione paternalistica) nel contesto di quella che è stata definita come una sorta di «alleanza terapeutica»; in sintonia, d'altra parte con una più moderna concezione della salute, che trascende dalla sfera della mera dimensione fisica dell'individuo per ricomprendere anche la sua sfera psichica. Simili risultati sono stati poi ribaditi anche nel successivo codice deontologico, approvato dalla medesima Federazione il 16 dicembre 2006, ed il cui art. 35 conferma, appunto, che il «medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente», aggiungendo – quale ulteriore conferma del principio della rilevanza della volontà del paziente come limite ultimo dell'esercizio della attività medica – che «in presenza di un documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona».

## **2. Autonomia tra il diritto all'autodeterminazione e il diritto alla salute**

La circostanza, dunque, che il consenso informato trovi il suo fondamento direttamente nella Costituzione, e segnatamente negli artt. 2, 13 e 32 della Carta, pone in risalto – secondo il Giudice delle leggi – la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: «quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio per garantire la libera e consapevole scelta da parte

del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione».

Ciò che più rileva nel suddetto passo riportato, non è tanto l'affermazione dell'autonomia del diritto al consenso informato rispetto al diritto ad essere curati, distinzione che già si ritrova nella giurisprudenza della Cassazione<sup>94</sup> e di merito<sup>95</sup>, quanto piuttosto il fatto che per la prima volta il Giudice delle leggi affermi l'esistenza di un autonomo diritto all'autodeterminazione in ordine alla propria salute, distinto dal diritto alla salute stesso.

Prendendo posizione nell'attuale dibattito, si rileva che, qualora le pratiche di nutrizione e idratazione artificiale, o gli altri interventi sostitutivi di funzioni compromesse, mediante c.d. presidio sanitario, non si volessero fare ragionevolmente rientrare nel divieto dei trattamenti sanitari di cui all'art. 32 Cost., così come ha correttamente ritenuto la Cassazione<sup>96</sup>, non vi è dubbio che, in forza dell'esistenza del suddetto autonomo diritto all'autodeterminazione, tali pratiche, se in contrasto con la volontà del destinatario, o del suo legale rappresentante, o

---

<sup>94</sup> Cfr. Cass., sez. III, 14 marzo 2006, n. 5444, in *Giur. it.*, 2007, 343, con nota adesiva di PETRI e critica di MEANI, *Sul danno risarcibile in caso di mancato consenso all'intervento eseguito correttamente*, in *Corr. giur.*, 2006, 1244. Sulla responsabilità penale e civile del medico in assenza di consenso informato si cfr. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente*, Milano, 2008, 185 ss. In argomento si cfr. PINNA, *Autodeterminazione e consenso*, cit., 589 ss. Da ultimo si voce Cass., Sez. Un., 13 novembre 2008, n. 27145, in *Foro it. on line*, che parla «del diritto all'autodeterminazione terapeutica in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale», quale «diritto personalissimo del soggetto di spessore costituzionale».

<sup>95</sup> Cfr. Trib. Milano, sez. V, 4 marzo 2008, n. 2847, in *La responsabilità civile*, 2009, 75, con nota di FANTETTI, *Diritto di autodeterminazione e danno esistenziale alla luce della recente pronuncia delle sez. un. della Cassazione*, secondo cui il diritto all'autodeterminazione «appartiene ai diritti inviolabili della persona, ed è espressione del diritto all'autodeterminazione in ordine a tutte le sfere ed ambiti in cui si svolge la personalità dell'uomo, fino a ricomprendere anche la consapevole adesione al trattamento sanitario, con la legittima facoltà di rifiutare quegli interventi e cure che addirittura possano salvare la vita del soggetto»; Trib. Milano, sez. V, 16 dicembre 2008, in *Corr. merito*, 2009, 493 ss., con nota di BUSI.

<sup>96</sup> Cfr. Cass., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Quad. cost.*, 2008, 545 ss., con commento di CASONATO; e in *Dir. pubbl.*, 2008, 85 ss., con nota di G.U. RESCIGNO. In senso conforme, FRANZONI, *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione*, cit., 268.

del suo tutore, o dell'amministratore di sostegno, sarebbero comunque illegittime per violazione dell'art. 13 Cost.<sup>97</sup>.

### 3. Diritto a rifiutare le cure salvavita.

Dunque, salvo i casi eccezionali di trattamento sanitario obbligatorio<sup>98</sup> e di trattamento sanitario esercitato in presenza di uno stato di necessità (art. 54 c.p.), il consenso informato del paziente costituisce il fondamento e la legittimazione dell'attività medica, la quale, in assenza del consenso informato, configura tendenzialmente un illecito civile. L'art. 32 Cost., che vieta a chiare lettere l'imposizione coattiva di un qualsiasi trattamento sanitario, rappresenta una *species* del più generale diritto di non subire intromissioni sul corpo<sup>99</sup>, quale espressione minima di quella inviolabile libertà personale attribuita dall'art. 13 Cost. a chiunque e, dunque, anche al morente. L'individuo ha diritto a rifiutare anche un trattamento sanitario salvavita, sia in forza della libertà negativa riconosciuta dall'art. 32, 2° co., Cost., sia in forza della libertà positiva di scelta e di autodeterminazione riconosciuta dall'art. 13 Cost.

La Cassazione civile, sulla scia della sentenza del caso Englaro, con qualche significativa precisazione, ha recentemente statuito che «il paziente ha sempre diritto di rifiutare le cure mediche che gli vengono somministrate, anche quando tale rifiuto possa

---

<sup>97</sup> Cfr. VALLINI, *Rifiuto di cure salvavita e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen e proc.*, 2008, 70.

<sup>98</sup> Cfr. FRANZONI, *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione*, cit., 261, nota 9; l. 13 marzo 1978, n. 180; l. 27 maggio 1991, n. 165; l. 4 febbraio 1966, n. 51; l. 6 giugno 1939, n. 89; l. 5 marzo 1963, n. 292; r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, art. 254 (t.u. san.); r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, art. 286 (T.U. sanità); l. 25 luglio 1965, n. 837, art. 6; C. Cost., 22 giugno 1990, n. 307, in *Foro it.*, 1990, I, 2694, con nota di PONZANELLI; C. Cost., 18 aprile 1996, n. 118, in *Foro it.*, 1996, I, 2326, con nota di PONZANELLI; C. Cost., 23 giugno 1994, n. 258, in *Foro it.*, 1995, I, 1451. I trattamenti obbligatori, in nessun caso, non possono violare il limite imposto dal rispetto della persona umana. In argomento si cfr. FACCI, *Il rifiuto del trattamento sanitario*, cit., 1671 ss.

<sup>99</sup> Cfr. SANTOSUOSSO, *Autodeterminazione e diritto alla salute: da compagni di viaggio a difficili conviventi*, in *Notizie di Politeia*, 1997, 47.



causarne la morte; tuttavia, il dissenso alle cure mediche, per essere valido ed esonerare così il medico dal potere-dovere di intervenire, deve essere espresso, inequivoco ed attuale: non è sufficiente, dunque, una generica manifestazione di dissenso formulata «*ex ante*» ed in un momento in cui il paziente non era in pericolo di vita, ma è necessario che il dissenso sia manifestato *ex post*, ovvero dopo che il paziente sia stato pienamente informato sulla gravità della propria situazione e sui rischi derivanti dal rifiuto delle cure»<sup>100</sup>. La Cassazione ha inoltre statuito che, «il paziente che, per motivi religiosi (o per altra diversa natura), intendesse far constatare il proprio dissenso alla sottoposizione a determinate cure mediche, per l'ipotesi in cui dovesse trovarsi in stato di incapacità naturale, ha l'onere di conferire ad un terzo una procura *ad hoc* nelle forme di legge, ovvero manifestare la propria volontà attraverso una dichiarazione scritta che sia puntuale ed inequivoca, nella quale affermi espressamente di volere rifiutare le cure quand'anche venisse a trovarsi in pericolo di vita»<sup>101</sup>.

Si deve, dunque, considerare superato il primo orientamento che, richiamandosi alla posizione di garanzia propria del sanitario ed alla concezione della vita come bene indisponibile, ritiene che, tutte le volte in cui ricorra il pericolo della morte o anche di un pregiudizio alla salute, imminente ed irreparabile, il medico debba comunque effettuare il trattamento, anche quando il paziente, in condizione di piena capacità, lo rifiuti espressamente<sup>102</sup>.

Si deve, inoltre, considerare parzialmente superato anche il secondo ed intermedio orientamento che configura in favore del solo paziente cosciente e consapevole, il diritto di rifiutare qualsiasi tipo di cure, mentre nella ipotesi in cui il paziente sia in stato di incoscienza e la sua integrità fisica versi in grave ed irreparabile pericolo, il medico sarebbe sempre

---

<sup>100</sup> Cfr. Cass., 15 settembre 2008, n. 23676, in *Foro it.*, 2009, I, 36; in *Corr. giur.*, 2008, 1671; in *Resp. civ. prev.*, 2009, 126, con nota di GORGONI.

<sup>101</sup> Cfr. Cass., 15 settembre 2008, n. 23676, cit.

<sup>102</sup> 15 Cfr. FIORI, *Il caso Welby, i medici, i pesi e le misure*, in *Medicina e morale*, 2007, 9; IADECOLA e FIORI, *Stato di necessità medica, consenso del paziente e dei familiari, cosiddetto diritto di morire, criteri per l'accertamento del nesso di causalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, I, 302; IADECOLA, *In tema di rilevanza penale - come delitto doloso contro la vita e l'incolumità individuale - del trattamento medico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. medicina legale*, 2001, 219.

tenuto ad intervenire, senza che la sua condotta possa essere fonte di responsabilità penale o civile, anche quando il dissenso del paziente sia deducibile da preventive manifestazioni di volontà<sup>103</sup>. Secondo questo indirizzo, infatti, il rifiuto al trattamento, per essere valido, dovrebbe essere inequivoco, attuale, effettivo e consapevole, ovvero dovrebbe essere riferito alle specifiche condizioni di salute in cui il paziente versa nel momento in cui lo esprime e dovrebbe essere basato su informazioni complete e dettagliate, in modo che il soggetto possa rendersi conto, completamente, della sorte a cui andrà incontro<sup>104</sup>.

Il terzo ed ultimo orientamento<sup>105</sup>, invece, è incentrato sul consenso informato quale istituto a tutela della libertà assoluta ed imprescindibile di autodeterminazione del paziente, il quale ha il pieno diritto a rifiutare anche un trattamento sanitario salvavita, con possibilità di manifestare il proprio dissenso alla terapia attraverso l'utilizzo di direttive anticipate<sup>106</sup>, mediante procura *ad hoc*<sup>107</sup>, o testamento biologico<sup>108</sup>, o amministratore di sostegno *ex art.*

---

<sup>103</sup> 16 Cfr. Cass., 23 febbraio 2007, n. 4211, in *Foro it.*, 2008, I, 1711, con nota di CASABURI; in *Danno e resp.*, 2008, 1, 27, con nota di GUERRA; in *Resp. civ.*, 2007, II, 1885, con nota di FACCI; App. Trento, 19 dicembre 2003, in *Nuova giur. comm.*, I, 145; App. Trieste, 25 ottobre 2003, in *Nuova giur. comm.*, I, 145; Trib. Roma, 16 gennaio 2006, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1, 114. In argomento si cfr. BUSI, *Sangue o non sangue?*, cit., 1671 ss.

<sup>104</sup> Pertanto, secondo questo orientamento, il tesserino «non sangue» o qualunque altro atto o documento e/o direttiva anticipata attestanti il rifiuto ai trattamenti trasfusionali, che in genere i testimoni di Geova portano con sé, sono quindi non idonei a manifestare il dissenso: essi infatti esprimono una volontà non concreta, ma astratta, non specifica, ma programmatica, non informata, ma ideologica e, soprattutto, passata, preventiva e non attuale.

<sup>105</sup> Cfr. Cass., 15 settembre 2008, n. 23676, cit.; Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.; Cass. Pen., Sez. Un., 21 gennaio 2009, n. 2437, cit.

<sup>106</sup> Con riferimento al dibattito sulle direttive di trattamento si cfr. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008.

<sup>107</sup> Cfr. Cass., 15 settembre 2008, n. 23676, cit.

<sup>108</sup> Cfr. FRANZONI, *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione*, cit., 255 ss.; AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, a cura della Fondazione Veronesi, Milano, 2006, tra cui gli interventi di FERRANDO, SESTA, PATTI, RESCIGNO, ALPA, BALESTRA, BONILINI, DE TILLA, CECCHI, VICENTI AMATO. In argomento

si cfr. SESTA, *Riflessioni sul testamento biologico*, in *Fam. e dir.*, 2008, 407; ALPA, *Il principio di autodeterminazione e il testamento biologico*, in *Vita notar.*, 2007, 3; PATTI, *La fine della vita e la dignità della morte*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, 390; BALLARINO, *Eutanasia e testamento biologico nel conflitto*

408 c.c.<sup>109</sup>, o tutore<sup>110</sup>, il quale potrà, sia farsi porta voce della volontà manifestata dal paziente prima della perdita della capacità, sia ricostruire la volontà dell'ammalato sulla base della sua personalità, del suo stile di vita e dei suoi convincimenti<sup>111</sup>.

Il diritto dell'individuo a rifiutare un trattamento sanitario salvavita, non può portare ad ammettere che nel nostro ordinamento esista il diritto a morire<sup>112</sup>. Il rifiuto di cure salvavita, tuttavia, anche laddove conduca alla morte, non può essere configurato alla stregua di una fattispecie di eutanasia penalmente rilevante<sup>113</sup>.

Il giudizio di liceità dell'eutanasia passiva, a differenza della eutanasia attiva, si basa sulla natura omissiva del comportamento tenuto dal medico, che rende possibile qualificare come causa della morte direttamente la malattia anziché la condotta umana<sup>114</sup>: il medico non «cagiona la morte», bensì «lascia morire», non potendo intervenire contro la volontà del paziente<sup>115</sup>. In questi casi è preferibile parlare di astensione terapeutica, piuttosto che di eutanasia.

Inoltre, sarebbe opportuno non utilizzare il termine eutanasia, nei casi di sospensione delle cure da parte del medico per sopravvenuta revoca del consenso e contestuale rifiuto

---

di leggi, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 69; DE TILLA, *Testamento biologico*, in *Il diritto-Enc. giur.*, Milano, 2007, XV, 622; BALESTRA, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, in *Famiglia*, 2006, 435.

<sup>109</sup> Cfr. FRANZONI, *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione*, cit., 276; CALÒ, *L'amministratore di sostegno*. L. 9 gennaio 2004, n. 6, Milano, 2004, 106.

<sup>110</sup> Cfr. Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

<sup>111</sup> In argomento si cfr. GORGONI, *La rilevanza giuridica della volontà sulla fine della vita non formalizzata nel testamento biologico*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2008, 508.

<sup>112</sup> Cfr. FRANZONI, *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione*, cit., 255, il quale mette in evidenza che nella maggior parte dei Paesi del mondo esiste il diritto di vivere, non anche quello a morire.

<sup>113</sup> Cfr. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, in CADOPPI, CANESTRARI, PAPA (diretto da), *I reati contro la persona*, I, *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 2006, 120.

<sup>114</sup> Cfr. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, in CADOPPI, CANESTRARI, PAPA (diretto da), *op. cit.* 120. L'A. mette in evidenza la irrilevanza penale dell'omissione o dell'interruzione delle cure nel caso sia lo stesso malato a rifiutare l'intervento medico. In argomento si cfr. STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, 1018 ss.; SEMINARA, *Riflessioni in tema di omicidio e eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 692 ss.

<sup>115</sup> Cfr. VALLINI, *Lasciar morire, lasciarsi morire*, cit., 540 ss

alle successive cure salvavita. Se il medico, per mantenere in vita il paziente, magari in stato vegetativo persistente, aveva fatto ricorso all'impiego di apparecchi meccanici oppure alla nutrizione totale mediante sonda o fleboclisi o entrambi i mezzi, per effetto del successivo dissenso, sarà tenuto a sospendere dette cure o tecniche mediante interruzione dell'indesiderato presidio sanitario.

Anche in questo caso, il paziente è «lasciato morire», e la condotta del medico, visto il contesto in cui si colloca, non dovrebbe considerarsi commissiva, limitandosi il medico a sospendere le cure che aveva iniziato<sup>116</sup>.

Con il rifiuto di cure salvavita, non si dispone della integrità fisica e della vita, intesa come una sorta di entità esterna all'uomo, tutelata quale principio di ordine pubblico<sup>117</sup>, bensì si esercita, oltre al diritto all'autodeterminazione, il diritto all'integrità del corpo e a non subire interventi invasivi indesiderati<sup>118</sup>: diritto relativo a come vivere, e non un paradossale diritto di morire o di ammalarsi, ma diritto di vivere, sostanziato dalla autonomia e dignità di uomini liberi<sup>119</sup>, che trae con sé il dovere dei terzi di rispettare scelte esistenziali che riguardano innanzi tutto il come vivere, e il come morire quale aspetto del come vivere<sup>120</sup>. Si tratta di libertà negativa imprescindibile riconosciuta quale area di libertà o di autonomia della persona nelle scelte che più intimamente la riguardano, tra le quali non possono non annoverarsi le scelte concernenti la propria salute, ma anche quale sfera di

---

<sup>116</sup> Sul punto voce C. Dir. Uomo, 29 aprile 2002, 2346, caso Pretty contro Regno Unito, in *Foro it.*, 2003, IV, 57, con nota di BARBISAN, *Sacralità della vita e bilanciamento nella giurisprudenza inglese ed in quella della Corte europea di Strasburgo*.

<sup>117</sup> Cfr. EUSEBI, *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e le dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*, in *Criminalia*, 2006, 253 s., il quale afferma la indisponibilità giuridica della vita.

<sup>118</sup> Cfr. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà*, cit., 486 s. Significativo è al riguardo il caso Welby-Riccio, di cui alla sentenza Trib. Roma, 23 luglio 2007, in *Dir.pen. proc.*, 2008, 59, con nota di VALLINI.

<sup>119</sup> Cfr. App. Milano, sez. I, decr., 25 giugno 2008, in *Corr. merito*, 2008, 1031, con nota di MARRA.

<sup>120</sup> Cfr. PULITANÒ e CECCARELLI, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 331; COCCO, *Un punto sul diritto di libertà*, cit., 486 ss.

inviolabilità dello spazio fisico, corporeo: che è concepito come una sorta di sacro recinto, che nessuno può invadere senza il consenso del suo titolare<sup>121</sup>.

Anche il rifiuto di cure, dunque, è una scelta di vita. Nei casi in cui non siano accettati trattamenti ritenuti necessari, il rispetto dell'autonomia della persona acquista la consistenza di diritti di *habeas corpus*<sup>122</sup>: diritti di inviolabilità del proprio corpo, del proprio essere vivente<sup>123</sup>. È in questo caso che, paradossalmente ed eccezionalmente, il diritto di vivere finisce per includere anche il diritto di morire: non come disposizione dell'indisponibile diritto di vita, ma come disposizione su come vivere quel che resta da vivere, sorretta dal diritto a non sottostare all'intrusione di terzi sul proprio corpo<sup>124</sup>.

Orbene, la Suprema Corte ha chiaramente condiviso questa impostazione, avendo statuito che «il rifiuto delle terapie medicochirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da

parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale»<sup>125</sup>, e che «il consenso afferisce alla libertà morale del soggetto ed alla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporea, le quali sono tutte profili della libertà personale proclamata inviolabile dall'art.13 Cost.»<sup>126</sup>.

Ne deriva che, non risponde di omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), per avere agito nell'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.), il medico che sospende il trattamento sanitario che tiene in vita il paziente, su richiesta consapevole di questi, costituendo tale

---

<sup>121</sup> Cfr. VIGANÒ, *Esiste un diritto a essere lasciati morire in pace? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 6; COCCO, *Un punto sul diritto di libertà*, cit., 486 s.

<sup>122</sup> Cfr. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, 32 ss.; ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *Nuova giur.comm.*, 2007, II, 1 ss.; MARANDOLA, *Habeas corpus*, in *Il diritto-Enc. giur.*, VII, Milano, 2007, 223.

<sup>123</sup> Cfr. COCCO, *Un punto sul diritto di libertà*, cit., 486 s.

<sup>124</sup> PULITANÒ, *Doveri del medico*, cit., 1198.

<sup>125</sup> Cfr. Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1117, con nota di GENNARI

<sup>126</sup> Cfr. tra la giurisprudenza penale: Cass. Pen., sez. IV, 14 marzo 2008, n. 11335, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 66; Id., 4 dicembre 2008, n. 45126; Cass. Pen., Sez. Un., 21 gennaio 2009, n. 2437, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 447 ss., con nota di PELISSERO.

richiesta esercizio del diritto di rifiutare le cure (art. 32, 2° co., Cost.) – cui corrisponde un divieto di attuare o proseguire gli interventi non voluti – prevalente sul diritto alla vita<sup>127</sup>, quand’anche si intendesse quest’ultimo come indisponibile<sup>128</sup>.

## 5. Consenso informato e responsabilità civile del medico

A differenza della responsabilità penale, ai fini della responsabilità civile si può affermare che il medico che sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico in assenza di consenso informato, ovvero diverso o ulteriore rispetto a quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato<sup>129</sup>, nel caso in cui l’intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, si sia concluso con esito fausto, sarà comunque tenuto al risarcimento dei danni conseguenti<sup>130</sup>, patrimoniali e non patrimoniali, anche da perdita di *chance*<sup>131</sup>, in solido con la struttura sanitaria<sup>132</sup>, ai sensi dell’art. 1218 c.c.<sup>133</sup>, qualora il

---

<sup>127</sup> Cfr. VALLINI, *Lasciar morire, lasciarsi morire*, cit., 540.

<sup>128</sup> Cfr. Trib. Roma, 23 luglio 2007, in *Dir. pen proc.*, 2008, 59, con nota di VALLINI.

<sup>129</sup> Cfr. Cass., 2 luglio 2010, n. 15698, in *Giust. civ.*, 2010, I, 2149, seconda la quale il medico-chirurgo viene meno all’obbligo di informare adeguatamente il paziente ed ottenerne il consenso all’atto medico, ove non gli fornisca, in modo completo ed esaustivo, tutte le informazioni scientificamente possibili riguardanti le terapie che intende praticare o l’intervento chirurgico che intende eseguire, con le relative modalità. Ne consegue che è responsabile il medico che non ha informato il paziente delle variazioni del programma operatorio.

<sup>130</sup> In argomento si cfr. PINNA, *Autodeterminazione e consenso*, cit., 598 ss.; FACCI, *Il dovere di informazione del sanitario*, cit., 617 ss.; ID., *Violazione del dovere di informazione e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 409 ss.; GENNARI, *Il consenso informato come espressione di libertà*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2135 ss.

<sup>131</sup> Sulla perdita di *chance* si cfr. FRANZONI, *La chance, il danno non patrimoniale e il caso Mondadori*, in *Contr. e Imp.*, 2009, 1169 ss.; ID., *Fatti illeciti*, in *Comm. c.c. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1993, 821 ss.; ID., *La perdita di chance*, in FRANZONI (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, II, Milano, 2004; CHINDEMI, *Danno non patrimoniale da perdita di chance, nesso causale e criteri risarcitori*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1169; ID., *Il danno da perdita di chance*, Milano, 2007, 10 ss..

<sup>132</sup> Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975.

<sup>133</sup> Cfr. Cass., 28 novembre 2007, n. 24742, in *Foro it. on line*, la quale ha statuito che «la responsabilità del medico per violazione dell’obbligo contrattuale di porre il paziente nelle condizioni di esprimere un valido ed efficace consenso informato è ravvisabile sia quando le informazioni siano assenti od insufficienti, sia quando vengano fornite assicurazioni errate in ordine all’assenza di rischi o complicazioni derivanti da un intervento

paziente provi, anche mediante presunzioni semplici, che avrebbe rifiutato quel determinato intervento se fosse stato adeguatamente informato.

Ai fini della configurazione della responsabilità del medico per omessa o inesatta informazione, infatti, è del tutto indifferente che il trattamento medico sia stato eseguito correttamente o meno, dato che lo stesso trattamento è stato comunque eseguito in violazione tanto dell'art. 32, 2<sup>o</sup> co., Cost., quanto dell'art. 13 Cost. e dell'art. 33, l. 23 dicembre 1978, n. 833<sup>134</sup>, e il paziente ha conseguentemente perso il diritto inviolabile di accettare o rifiutare il trattamento, quale manifestazione di libertà<sup>135</sup>. L'obbligo di informazione, infatti, è volto a tutelare direttamente l'autodeterminazione e la libertà del paziente. Orbene, se il consenso informato è presupposto di legittimazione del trattamento medico, e se il diritto all'autodeterminazione è autonomo e distinto dal diritto alla salute, non vi è dubbio che la violazione del dovere di informazione e di autodeterminazione, anche nel caso in cui l'intervento chirurgico abbia avuto un esito fausto, nonostante l'assenza di un danno biologico<sup>136</sup>, determina comunque il risarcimento del danno sia per la privazione o la compromissione della libertà di autodeterminazione del paziente<sup>137</sup>, che comporta quasi sempre una con sequenza pregiudizievole nella sfera dell'individuo, sia per l'eventuale

---

chirurgico necessariamente da eseguire, estendendosi l'inadempimento contrattuale anche alle informazioni non veritiere»; Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 769; Cass., 23 maggio 2001, n. 7027, in *Foro it.*, 2001, I, 2504.

<sup>134</sup> Cfr. Cass., 14 marzo 2006, n. 6444, in *Giur. it.*, 2007, 343, con nota di PETRI.

<sup>135</sup> Cfr. GENNARI, *Il consenso informato come espressione di libertà*, cit., 2140, secondo cui il diritto all'autodeterminazione è lesa non perché è stata pregiudicata l'integrità fisica ma perché il paziente non è stato posto nelle condizioni di decidere come preservare la propria integrità fisica.

<sup>136</sup> In precedenza la giurisprudenza affermava che l'inadempimento all'obbligo informativo non era idoneo, da solo, a fare sorgere l'obbligazione risarcitoria. A tal fine si riteneva necessario che alla lesione dell'interesse, costituzionalmente rilevante, all'autodeterminazione, si accompagnasse una lesione alla salute. Così Trib. Roma, 10 maggio 2005, in *Resp. civ. prev.*, 2006, I, 149 ss., con nota di FACCI.

<sup>137</sup> Cfr. Trib. Genova, 10 gennaio 2006, in *Danno e resp.*, 2006, 551, con nota di LANOTTE; App. Venezia, 4 ottobre 2004, in *Danno e resp.*, 2005, 863, con nota di CACACE e GUERRA; Trib. Viterbo, 27 novembre 2006, in *Resp. civ.*, 2007, 184; Trib. Milano, 14 maggio 1998, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 1623; Id., 4 marzo 2008, n. 2847, in *La responsabilità civile*, 2009, 75, con nota di ROMANA FANTELLI, la quale precisa il dovere di allegare e provare anche con presunzioni il pregiudizio non patrimoniale derivante dalla lesione del diritto all'autodeterminazione.

ed ulteriore pregiudizio al completo stato di benessere fisico, mentale e sociale<sup>138</sup>. Nell'ottica della funzione riparatoria delle responsabilità civili<sup>139</sup>, se è vero che dalla lesione dell'interesse tutelato deve scaturire una perdita, una privazione di un valore non economico<sup>140</sup>, non vi è dubbio che per effetto della violazione del dovere di informazione, il paziente subisce una perdita della propria autodeterminazione, con conseguente privazione della libertà<sup>141</sup> anche di decidere se e quando e da chi sottoporsi all'intervento, nonché, in presenza di alternative diagnostiche o terapeutiche, di rifiutare ovvero differire nel tempo la scelta della terapia da seguire<sup>142</sup>.

---

<sup>138</sup> cfr. GENNARI, *Il consenso informato come espressione di libertà*, cit., 2135 ss.; FACCI, *Violazione del dovere di informazione*, cit., 421 ss.

<sup>139</sup> Cfr. FRANZONI, *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contr. e Imp.*, 2009, 11; FACCI, *Violazione del dovere di informazione*, cit., 421 ss.

<sup>140</sup> Cfr. Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Corr. giur.*, 2003, 1017, con nota di FRANZONI; Cass., Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 839.

<sup>141</sup> Può trattarsi anche di libertà religiosa. È il caso del trattamento sanitario eseguito nonostante il legittimo rifiuto del paziente, Testimone di Geova, per motivi religiosi: si v. Trib. Milano, sez. V, 16 dicembre 2008, in *Corr. merito*, 2009, 493 ss., con nota di BUSI; In argomento si cfr. FACCI, *Il rifiuto del trattamento sanitario*, cit., 1671 ss.

<sup>142</sup> Cfr. Trib. Genova, 10 gennaio 2006, in *Danno e resp.*, 2006, 551, con nota di LANOTTE.





## **Capitolo 4**

# **CONTRIBUTO ALLO STUDIO DEL DIRITTO COMPARATO DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE IN SANITÀ: IL CASO SPAGNOLO**

### **Sommario:**

1. Premessa: la prospettiva civilistica della responsabilità sanitaria nell'ordinamento spagnolo – 2. La normativa applicabile. – 3. La progressiva soggettivazione della responsabilità sanitaria. – 4. Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale da trattamenti sanitari. 5. Colpa e nesso causale. – 6. Oggetto della prestazione sanitaria e onere della prova. – 6.1 Segue. L'inversione dell'onere della prova. – 6.2 Segue. La prova per presunzioni.

### **1. Premessa: la prospettiva civilistica della responsabilità sanitaria nell'ordinamento spagnolo**

Così come in Italia, anche in Spagna nell'ultimo decennio si registra un consistente aumento dei ricorsi promossi dai fruitori dei servizi sanitari volti ad ottenere, dai competenti tribunali, tutela risarcitoria in conseguenza di casi di negligenza professionale: l'aumento riguarda circa diecimila nuove contese giudiziali ogni anno tra pazienti, medici e centri sanitari. Spesso, la risoluzione degli stessi nel paese iberico risulta particolarmente complicata per le difficoltà legate all'applicazione combinata delle norme contenute nel codice civile spagnolo, inerenti la responsabilità del medico, e di quelle relative alla responsabilità patrimoniale (così denominata dalla legge) dell'Amministrazione Pubblica Sanitaria, settori contraddistinti da un regime e un trattamento estremamente differenti.

È evidente in tutti i paesi occidentalizzati che uno degli ambiti dove proliferano maggiormente i conflitti giudiziari è quello dei contenziosi originati da danni sofferti in occasione della prestazione di un servizio medico o, in senso più ampio, sanitario che in paesi con servizi sanitari avanzati, con mezzi diagnostici e di trattamenti di ultima

generazione, altamente sofisticati, i quali comportano necessariamente maggiori rischi. A tutto ciò va aggiunta una maggiore preoccupazione legale, giudiziaria e sociale, per tali servizi e, certamente, per l'adeguata difesa dei diritti dei consumatori e dei fruitori degli stessi servizi, con una più ampia informazione generale, inclusa quella proveniente dai mezzi di informazione di massa.

È interessante analizzare la questione dalla prospettiva particolare della responsabilità civile, generalmente denominata nella giurisprudenza spagnola "responsabilità extracontrattuale del medico", conseguente agli obblighi derivanti dall'esercizio della professione sanitaria, e dei centri medici anche al di fuori dal Sistema Sanitario Nazionale.

Locuzione fuorviante, soprattutto se si considera che le sentenze della Sezione Civile del Tribunale Supremo, corrispondente alla nostra Corte di Cassazione, come vedremo insistono nel riconoscimento dell'obbligazione del medico sia in termini di risultati che di mezzi – sia che ciò discenda da un contratto sia che derivi da una relazione diversa – e, quindi, di fatto di obbligazioni di tipo contrattuale<sup>143</sup>.

Per il resto, anche in Spagna si assiste ad un mutamento di prospettiva della responsabilità degli operatori del settore sanitario, che non sono soliti lavorare isolatamente ma, al contrario, risultano spesso inseriti nell'ambito di una struttura sanitaria, pubblica o privata, in forza del cui servizio possono nascere profili di responsabilità del titolare della struttura in questione.

Ma andiamo per gradi.

## **2. La normativa applicabile**

Quanto alla normativa sulla quale si poggia questo importante e delicato settore della responsabilità civile non essendo presente, come nel nostro ordinamento una legge specifica

---

<sup>143</sup> Cfr. ASÚA GONZÁLEZ, *Responsabilidad civil médica*, in *Tratado de Responsabilidad civil*, coordinato da REGLERO CAMPOS, , 2007, 1178 ss., che chiarifica, con precisione, che la stipula di un contratto con un chirurgo comporta un'obbligazione di mezzi, ma se il chirurgo è indipendente dalla clinica, l'obbligazione è a carico di questa.

sulla responsabilità sanitaria, risultano applicabili i precetti base del codice civile, principalmente gli articoli 1902 e 1903 per quanto riguarda l'ambito extracontrattuale e gli articoli 1101 e seguenti per quanto riguarda l'ambito della responsabilità contrattuale.

Da non sottovalutare ovviamente i precetti costituzionali: il punto di partenza è individuabile nell'articolo 43 che riconosce il diritto alla protezione della salute e attribuisce ai poteri pubblici il compito di organizzare e tutelare la salute pubblica attraverso misure preventive, le prestazioni e i servizi sanitari.

La stessa Costituzione, all'articolo 51 dispone poi che *"i poteri pubblici garantiranno la difesa dei consumatori, proteggendo, attraverso procedimenti efficaci, la sicurezza, la salute e i legittimi interessi economici degli stessi"*; continua affermando, poi, che nell'ambito sanitario si distinguono soggetti differenti a seconda delle situazioni personali (menomati fisici, mentali, articolo 49), persone anziane (articolo 50) o il settore della Previdenza Sociale (articolo 129).

Tali precetti sono in parte, resi cogenti nella Legge Generale per la Difesa dei Consumatori del 19 luglio 1984, (si veda in particolare, il regime di responsabilità previsto nel suo articolo 28 riguardante i servizi sanitari) e dalla Legge di regolamentazione della responsabilità per i prodotti difettosi del 6 luglio 1994, derivante dall'adattamento nel diritto interno spagnolo della Direttiva Europea del 25 luglio 1985.

Meritano particolare menzione, poi, la Legge Generale della Sanità del 25 aprile 1986, che si riferisce all'esercizio delle azioni che permettono di rendere effettivo il diritto alla protezione della salute, riconosciuto nel già citato articolo 43 della Costituzione, così come la legge di estrazione e trapianto degli organi del 27 ottobre 1979 (attualmente Decreto Reale 2070/1999, del 30 dicembre), il Decreto del 25 agosto 1978 riguardante le garanzie dei fruitori dei servizi ospedalieri, la Legge sui Farmaci del 20 dicembre 1990, la Legge sulle Tecniche di Fecondazione Assistita del 22 novembre 1988 e non ultime le norme regolatrici dei doveri etici contenute nel cosiddetto Codice Deontologico Medico Spagnolo del 1990 e la Legge fondamentale regolatrice dell'autonomia del paziente e dei diritti e delle obbligazioni in materia di informazione e documentazione clinica del 14 novembre 2002, che ha emendato i corrispondenti articoli sull'obbligo di informazione e consenso informato della Legge Generale sulla Sanità.

Un ultimo riferimento, infine all'articolo 121 del Codice Penale del 1995 in materia di responsabilità civile conseguente ad un delitto, in virtù del quale le Amministrazioni Pubbliche in generale, incluso lo Stato, le Comunità Autonome, i Municipi e gli Enti Pubblici, a seconda dei casi, rispondono sussidiariamente per i danni derivati da delitti dolosi o colposi, qualora siano causati da autorità, agenti o soggetti dell'Amministrazione stessa, nello svolgimento delle proprie funzioni, sempre che la lesione sia conseguenza diretta delle prestazioni dei servizi pubblici di competenza dell'Amministrazione in questione. La norma lascia inalterata la possibilità di far valere direttamente la responsabilità patrimoniale derivante dal funzionamento normale o anormale di tali servizi, esigibile conformemente alle norme del procedimento amministrativo, vietando ovviamente la possibilità di ottenere un duplice risarcimento.

### **3. La progressiva soggettivazione della responsabilità sanitaria**

In punto di responsabilità civile extracontrattuale, il codice civile spagnolo consacra, all'articolo 1902, il principio generale per cui chiunque risponde dei danni che, "per azione od omissione", causi ad altri "per colpa o negligenza", stabilendo poi, con l'articolo seguente, che questa responsabilità "sussiste non solo nei confronti di atti od omissioni proprie, bensì anche per quelli posti in essere dalle persone per le quali si è tenuti a rispondere".

Nel testo di quest'ultimo articolo – vigente fino alla riforma operata dalla legge n. 1 del 7 gennaio 1991 – si specificava: "lo Stato è responsabile in via indiretta quando opera tramite la mediazione di un agente speciale, ma non quando il danno risulta cagionato da un funzionario nello svolgimento delle proprie competenze, nel cui caso saranno applicabili le disposizioni dell'articolo precedente".

Ora, indipendentemente dalla scarsa fortuna avuta dalla figura dell'agente speciale (che non ha mai trovato applicazione nella prassi giudiziaria) ciò che risultava effettivamente singolare – senza che fosse possibile riscontrare analogie negli ordinamenti giuridici affini a quello spagnolo – era il carattere generale e oggettivo della responsabilità dell'Amministrazione Sanitaria per i danni causati al paziente in conseguenza dell'esercizio

delle attività mediche, che esulava totalmente dal requisito della colpa o negligenza (in questo caso di *culpa in vigilando o in eligendo*), fondandosi, invece, nel concetto di “lesione che il paziente non deve sopportare”<sup>144</sup>.

Un primo cambio di rotta del Tribunale Supremo si ha in una serie di sentenze dove viene in rilievo ai fini dell'ascrizione della responsabilità l'impiego della «tecnica medica adeguata»<sup>145</sup>. Successivamente al 2005, la giurisprudenza si orienta, comunque, in maniera piuttosto nitida, verso una chiara evoluzione a favore della soggettivizzazione della responsabilità del medico, abbandonando progressivamente, l'utilizzo di criteri di imputazione oggettiva quali quello del cd. “danno sproporzionato” che omettevano qualunque riferimento alla colpa o negligenza del professionista<sup>146</sup>. Solo quindi dalla metà dello scorso decennio si prende atto dell'imprescindibilità dell'esistenza della colpa o della negligenza per accertare la responsabilità medica.

La tendenza colpevolista di cui si è appena detto si adegua perfettamente alla tesi portata avanti dalla giurisprudenza maggioritaria secondo cui, come regola generale, l'obbligo del medico trova la propria origine nell'attività, non nel risultato, di modo che gli obblighi siano adempiuti attraverso lo svolgimento dell'attività medesima, sempre che questa porti a termine una prestazione medico-professionale da ritenersi “ordinaria”

---

<sup>144</sup> Si veda in tal senso ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el derecho español. Introduccion al estudio jurisprudencial*, Madrid, 1977 con ampia bibliografia ed esaustivo indice di sentenze fino alla data della sua pubblicazione.

<sup>145</sup> Cfr. *ex multis*, Tribunale Supremo del 30 ottobre del 2007, Sezione VI nella quale si precisa che, quando si tratti di lamentele derivanti dall'attività medica o sanitaria, non è sufficiente la esistenza di una lesione (che porterebbe la responsabilità oggettiva molto più in là dei limiti della ragione), ma è invece necessario prendere in considerazione il criterio della *lex artis*, quale strumento di valutazione della condotta medica, indipendentemente dal risultato prodotto circa la salute o la vita del paziente, giacché né la scienza né l'Amministrazione sono in grado di garantire la salute del paziente, essendo esigibile, solo l'applicazione delle tecniche sanitarie in funzione delle conoscenze acquisite dalla pratica medica.

<sup>146</sup> In tal modo, si arrivava a considerare sufficiente provare l'esistenza del danno e la relazione causale con l'atto medico per ricevere il risarcimento. Il *leading case* è costituito dalla sentenza del 24 maggio 2005, con la quale la Sezione Civile del Tribunale Supremo ha affermato *expressis verbis* che l'obbligo del medico non è quello di ottenere risultati ma un obbligo di mezzi, anche se sottintende che il medico debba accertarsi che non ci sia infrazione della *Lex Artis* dal momento che si trova in una migliore situazione probatoria del paziente.

nell'ambito concreto della specialità in cui opera. Così si può chiaramente distinguere tra gli interventi nei quali risulta impossibile garantire l'efficacia del risultato – il che abitualmente accade con gli interventi di chirurgia curativa o assistenza medica – dagli interventi routinari, e in genere quelli non indispensabili (volti, ad esempio, ad apportare miglioramenti estetici).

Vediamo quindi come si atteggia il nuovo corso della responsabilità civile in medicina nella giurisprudenza spagnola in relazione ai vari istituti giuridici coinvolti in questo particolare settore.

#### **4. Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale da trattamenti sanitari**

Nella dottrina spagnola è pacifico che tra medico e paziente intercorra un contratto di servizio, in forma espressa o tacita, in modo tale che i possibili danni derivanti dal trattamento o dall'intervento chirurgico in questione, derivano dal non assolvimento o dall'assolvimento parziale di tale accordo negoziale, al quale risultano di conseguenza applicabili l'articolo 1101 e seguenti del codice civile.

Tuttavia, dinanzi alla varietà dei casi che si presentano nella pratica, i danni subiti dai pazienti vengono frequentemente considerati di tipo extracontrattuale, con applicazione dell'articolo 1902, il che, provoca spesso problemi di non scarsa importanza soprattutto se si considerano i differenti regimi dei termini di prescrizione, l'onere della prova, il nesso causale ecc.

Proprio prendendo atto di tale confusione di piani, soprattutto in relazione ad un'efficace tutela degli utenti dei servizi sanitari, il Tribunale Supremo, con una sentenza del 6 maggio 1998, apre le porte alla cosiddetta teoria della "unità della colpa civile", che permette in determinate occasioni – e sempre che i fatti dedotti in causa possano fungere da base per entrambe le azioni (quella della responsabilità contrattuale e quella della responsabilità extracontrattuale) –, di intraprendere l'una o l'altra azione, anche qualora non sia stata qualificata correttamente nella citazione; poiché ciò che è importante ed immutabile, a giudizio del Tribunale Supremo, sono i fatti, dal momento che la citazione

legale è modificabile per il principio contenuto nella massima giuridica *da mihi factum, dabo tibi ius*.

Ovviamente per arrivare a tale conclusione la giurisprudenza di legittimità spagnola, seguita da quasi unanime dottrina, non può fare a meno di rilevare che non tutti i comportamenti che causano danni si presentano con la stessa fisionomia, né s'incorniciano nelle stesse realtà sociali soprattutto se si tratta di responsabilità medica<sup>147</sup>. E per tale ragione si distinguono da un lato gli atti che consistono nel non rispetto degli accordi, come gli quelli presi tra medico e paziente; dall'altro lato gli atti che concernono qualsiasi attività umana indipendente della relazione giuridica precedente tra il fautore del danno e la vittima, (nel nostro caso colui che presta servizio medico e il paziente), dai quali può derivare la lesione dei diritti che si configurano come assoluti, trattandosi di salute, integrità fisica o la stessa vita umana.

Nel primo caso l'obbligo di risarcire deriva dal dovere di sottostare ai patti che non è stato rispettato; nel secondo caso, l'obbligo di indennizzare sorge per la sola produzione del danno, dal momento che una persona ha infranto le norme generali del rispetto verso gli altri.

Non mancano naturalmente voci in disaccordo con questa distinzione, le quali ritengono che tale distinzione si basi su condizionamenti puramente storici e che propendono, invece, per la costruzione di una teoria unitaria sulla responsabilità. Esse ritengono che in entrambi i casi si debba riparare al danno all'altrui patrimonio causato dalla condotta giuridica dell'obbligato, indipendentemente dalle circostanze del caso.

Risulta evidente che, come costruzione teorica e astratta, questa teoria unitaria sia molto valida pur in assenza nell'ordinamento spagnolo di una norma analoga al nostro 1173 c.c., fermo restando però che legislazione iberica attribuisce decisamente un diverso peso all'insolvenza di un accordo e al fatto di causare un danno a prescindere da una già stabilita relazione giuridica. La conseguenza più importante di questa distinzione è la prescrizione estintiva, poiché le azioni derivate dai contratti prescrivono in quindici anni mentre invece l'azione sorta da un danno extracontrattuale prescrive in un anno.

---

<sup>147</sup> Così BELLO JANEIRO, *La responsabilidad sanitaria*, in *Cuestiones actuales de responsabilidad civil*, coordinato da BELLO JANEIRO, Madrid, 2009, 230 ss.



## 5. Colpa e nesso causale

Come anticipato all'inizio del presente lavoro, a partire dal 2005 nella giurisprudenza del Tribunale Supremo spagnolo è pacifico che la responsabilità del personale medico sanitario, di qualsiasi tipo (contrattuale o extracontrattuale), debba basarsi su di un rimprovero di colpevolezza, posto soprattutto che, nella pratica medica confluiscono troppi elementi aleatori perchè si possano continuare a configurare forme di responsabilità oggettiva, che porterebbe i medici e il resto del personale sanitario ad esercitare un tipo di medicina difensiva che pregiudicherebbe solo i pazienti<sup>148</sup>. In tal modo la Spagna si avvicina ai paesi di cultura giuridica affine, allontanandosi definitivamente dalle vecchie teorie<sup>149</sup> della medesima corte che prediligevano forme di oggettivizzazione della responsabilità medesima.

Ma la giurisprudenza spagnola è andata ancora avanti e oggi la moderna interpretazione del concetto di responsabilità civile medica, alla luce delle disposizioni contenute nell'art. 1902 del Codice Civile, si rinviene nella sentenza della Sala Civile del Tribunale Supremo num. 843/2008, del 17 settembre, nella quale partendo dal presupposto che l'obbligazione del medico è un'obbligazione di mezzi e non di risultato<sup>150</sup>, si afferma – tra l'altro – che il mero indice statistico delle complicazioni derivate da un intervento non permette di concludere che qualunque conseguenza dannosa sia giuridicamente esonerabile per il semplice fatto di trovarsi all'interno della percentuale ragionevole di rischio, giacchè le

---

<sup>148</sup> Tribunale Supremo, Sezione Civile, 24 novembre 2005.

<sup>149</sup> A supporto di tale approccio giurisprudenziale si citano sentenze che vanno da quella del 14 giugno 1984 a quelle più recenti del 23 gennaio 1996, 8 ottobre 1996, 21 gennaio 2000, 9 ottobre 2000 e 24 gennaio 2002.

<sup>150</sup> In concreto, si ripete che il medico assume un'obbligazione di mezzi e come tale si obbliga non solo ad utilizzare le tecniche previste per la patologia che viene sottoposta al suo vaglio, ma anche ad usarle nella maniera adeguata secondo lo stato della scienza e della tecnica e con l'attenzione e la precisione richieste dal caso di specie. In definitiva, si tratta di ciò che è conosciuto come la *lex artis ad hoc*, da utilizzare per ottenere un risultato che possa soddisfare le aspettative di cura del paziente che si rivolge al medico, pur non garantendolo.

statistiche non escludono che dentro di tale percentuale non possano rientrare condotte mediche deficitarie<sup>151</sup>.

## 6. Oggetto della prestazione sanitaria e onere della prova

Dunque, solo in tempi recenti nella giurisprudenza del Tribunale Supremo, si afferma l'idea che l'obbligazione del medico è un'obbligazione di prestazione o di mezzi e non di risultato, e non ha come oggetto la cura, in ogni caso e ad ogni costo, del paziente ma ha ad oggetto il "fare" tutto quanto è possibile per alleviare o eliminare la malattia o, più correttamente, fornire al malato le cure e l'attenzione richieste dal caso di specie, sulla base di quello che è lo stato della scienza.

Il medico, quindi, non è obbligato a raggiungere un risultato totalmente positivo, ma deve agire sempre in maniera conforme alla *lex artis*, e cioè, secondo una condotta professionale che rientri negli standard previsti da quella specializzazione medica<sup>152</sup>.

In tal senso<sup>153</sup>, si specifica che la *lex artis* esigibile in qualunque attività medica non è nulla più che un criterio di valutazione dell'attività del medico e aggiunge che tra gli elementi fondamentali di questa *lex artis* vi è l'informazione al paziente<sup>154</sup>.

---

<sup>151</sup> Tra le ultime sentenze emanate in questo settore, la sentenza della sala civile del Tribunale Supremo del 4 luglio 2007 è molto chiara per quanto riguarda i requisiti della responsabilità del medico, specialmente in punto di nesso causale e di colpa.

<sup>152</sup> Così, nella sentenza del 3 settembre 2004 della Sezione Civile del Tribunale Supremo, si stabilì la responsabilità medica per comportamento negligente del medico in campo diagnostico, che provocò la morte del paziente, tutto ciò sulla base di un ragionamento che aveva posto in luce come si trattasse di un'obbligazione di mezzi e soggettiva e non di risultato e oggettiva. La colpa del medico venne affermata per mancanza di prove necessarie per stabilire l'effettiva correttezza dell'attività diagnostica inerente ad un carcinoma mammario che causò la morte della paziente, di modi che la condotta del professionista venne giudicata contraria alla *lex artis*.

<sup>153</sup> Tribunale Supremo, 16 gennaio 2008.

<sup>154</sup> Tribunale Supremo, 18 giugno del 2008.

Dall'assunto secondo cui l'obbligazione sanitaria si configura come obbligazione di mezzi si distaccano casi eccezionali nell'ambito dei quali l'attività medica deriva da un contratto di opera, come nei casi di chirurgia estetica, odontoiatria, analisi cliniche<sup>155</sup> e così via.

Prendendo come punto di partenza, la circostanza che si tratta di obbligazione di mezzi e in particolare di obbligazione di prestare un'attività diligente, il dibattito si incentra di conseguenza sulla prova del tipo di attività posta in essere, essendo compito del paziente provare che l'inadempimento sia imputabile al medico sulla base di una condotta negligente dello stesso, mentre il professionista dimostrando l'effettivo adempimento dell'obbligazione assunta in modo diligente e in assenza di un qualsiasi tipo di colpa.

Anzitutto, dopo il cambiamento di rotta operato dal Tribunale supremo nel 2005 che ha scartato qualunque forma di responsabilità oggettiva, non viene più ammessa in questo settore l'inversione dell'onere della prova, pur permanendo in altri settori del diritto civile; compete, perciò, al ricorrente, l'onere della prova dell'esistenza della colpa così come del nesso causale tra questa e l'effetto dannoso.

Più recentemente, un importante filone giurisprudenziale<sup>156</sup>, dopo aver enunciato che l'obbligazione del medico è, in generale un'obbligazione di mezzi e non di risultato, arriva ad affermare che tale obbligazione si traduce sostanzialmente nella necessità che il medico produca tutte le prove diagnostiche necessarie al miglior trattamento possibile del caso di specie nel momento in cui si rende necessaria la prestazione.

---

<sup>155</sup> Così, a titolo esemplificativo, in radiologia appare abbastanza ragionevole la configurabilità di un comportamento professionale derivante da un'obbligazione di risultato nella misura in cui, l'attività in questione consiste nell'analisi delle lastre radiologiche utilizzate a fini diagnostici e non nell'affrontare circostanze biologiche incontrollabili, ecco perché il professionista sembra avere l'obbligo di porre in essere una corretta lettura di quanto riportato nella lastra medesima.

<sup>156</sup> Tribunale Supremo, Sezione Civile, 10 giugno 2008.

### **6.1 Segue. L'inversione dell'onere della prova**

Come già accennato, nella moderna giurisprudenza spagnola in materia di responsabilità sanitaria, il ricorso all'utilizzo dell'istituto dell'inversione dell'onere della prova è eccezionale, esigendo – ad esempio – la sussistenza di un ostacolo alla produzione della prova o quando le parti non cooperano, secondo buona fede, alla produzione delle prove medesime. In tali casi può attenuarsi il principio per cui l'onere della prova dei fatti dedotti in causa ricade sull'attore, spostandola sulla parte che si trovi in una “miglior” posizione probatoria, anche se si tratti del convenuto, magari per la sua maggiore libertà di accesso ai mezzi di prova.

Tra i casi eccezionali inerenti l'inversione dell'onere della prova, si può citare quello del medico anestesista, che provoca un gravissimo stato di atrofia cerebrale del paziente e il suo stato vegetativo<sup>157</sup>. Ancora, il caso di intervento chirurgico di asportazione dell'utero per un carcinoma maligno, si chiede al medico convenuto di portare nel processo la propria prova liberatoria, data la propria migliore posizione relativa alla sua migliore conoscenza della disciplina medica.

Fermo restando che tali ipotesi rivestono carattere di eccezionalità e che, di regola, incombe sul paziente produrre le prove di quanto lamenta (in particolare la relazione eziologica tra l'azione del medico e l'evento dannoso che colpisce il paziente), si chiede comunque sempre al medico di contribuire attivamente a provare che non sia esistita negligenza o imperizia nella sua attività in dato che il paziente non deve ritenersi obbligato a provare quali fatti sarebbero in grado di esonerare il medico da ogni responsabilità, come ad esempio il caso fortuito, e dovrà esser questo ad introdurre in tale ipotesi la propria prova liberatoria nel processo, data la propria migliore posizione relativa alla sua migliore conoscenza della disciplina medica.

---

<sup>157</sup> Tribunale Supremo, Sezione Civile, 12 dicembre 1998.

## **6.2 Segue. Prova per presunzioni**

Ricorre nella giurisprudenza si legittimità spagnola l'affermazione secondo cui il giudice può arrivare alla conclusione che il medico sia responsabile attraverso delle prove presuntive sulle quali, peraltro ci sono diversi orientamenti giurisprudenziali.

Così in un caso di per lesione durante il parto, si è affermato che la presunzione ha un carattere residuale rispetto agli altri mezzi di prova, affermazione che viene argomentata richiamando una costante giurisprudenza che trovava la propria base giuridica nel vecchio articolo 1703 del codice civile, oggi abrogato dalla legge 1/2000 del 7 gennaio, il quale autorizzava, pur senza obbligare, a utilizzare la prova per presunzioni<sup>158</sup>.

Seguendo questa logica, si avrà colpa non solo quando questa sarà comprovata effettivamente, ma anche se si dimostra che tra l'attività del medico e il risultato dannoso non risultino intervenire agenti esterni in grado di interrompere il naturale decorso degli eventi, nel rispetto del nesso causale.

Per contro<sup>159</sup> si è concluso affermando l'insussistenza di responsabilità (data la mancanza di nesso causale tra l'attività del medico e il danno cagionato), in un caso in cui di paziente rivoltosi ad un centro ospedaliero per dolori addominali e che muore successivamente a causa di un infarto del miocardio. La motivazione per la quale non viene configurata una responsabilità del medico, in questo caso, era stata la circostanza che la non adeguatezza del trattamento sanitario aveva trovato la propria origine nella non chiarezza dei sintomi mostrati dal paziente.

In sostanza si afferma che, quando i sintomi della infermità non sono chiari, o risultano nascosti da altri più evidenti e caratteristici di altre malattie, non può configurarsi una colpa del professionista.

Infine, il fatto che la prova del nesso causale ricada sul ricorrente, ciò non significa in valore assoluto che si esiga da parte sua, un più intenso sforzo probatorio, data la possibilità di ricorrere alla prova per presunzioni, come affermato dalla sentenza in riferimento ai "decorsi causali non verificabili" intesi come casi nei quali il nesso di causalità esistente tra

---

<sup>158</sup> Tribunale Supremo, Sezione Civile, 30 gennaio del 2003

<sup>159</sup> Tribunale Supremo, Sezione Civile, 6 ottobre 2005

due fatti (comportamento del medico e evento dannoso), non sia suscettibile di dimostrazione tecnico scientifica<sup>160</sup>.

---

<sup>160</sup> Tribunale Supremo, Sezione Civile , 12 maggio 1986



## BIBLIOGRAFIA

### A

ALPA, *La responsabilità civile*, Milano, 1999, 316

ALPA, BESSONE, ZENO ZENCOVICH, *I fatti illeciti*, in *Tratt. Rescigno*, 14, Torino, 1999, 63

ASÚA GONZÁLEZ, *Responsabilidad civil médica*, in *Tratado de Responsabilidad civil*, coordinato da REGLERO CAMPOS, , 2007, 1178 ss.

### B

BALESTRA, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, in *Familia*, 2006, 435

BALLARINO, *Eutanasia e testamento biologico nel conflitto di leggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 69

BELLO JANEIRO, *La responsabilidad sanitaria*, in *Cuestiones actuales de responsabilidad civil*, coordinato da BELLO JANEIRO, Madrid, 2009

BIANCA, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, Milano, 1994, 254

BONA, *Il nesso di causa nella responsabilità civile a confronto con il decalogo delle Sezioni Unite penali in Francese: vecchi e nuovi confini tra causalità civile e causalità penale alla luce della sentenza Cass. civ., sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400 sul danno da perdita di chance*, in AA.VV., *Il nesso di causa nel danno alla persona*, Milano, 2005



BUSNELLI, *Il caso Englaro in Cassazione*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2008, 966

## C

CALÒ, *L'amministratore di sostegno. L. 9 gennaio 2004, n. 6*, Milano, 2004, 106

CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia*, in CADOPPI, CANESTRARI, PAPA (diretto da), *I reati contro la persona, I, Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 2006, 120

CAPECCHI, *Il nesso di causalità materiale e il concorso di cause*, in VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999, 301

CARBONE, *Il rapporto di causalità*, in ALPA e BESSONE (a cura di), *La responsabilità civile*, Torino, 1997, 51

CARNELUTTI, *La prova civile*, Milano, 1992

CARNELUTTI, *Perseverare diabolicum (a proposito del limite della responsabilità per danni)*, in *Foro it.*, 1952, IV, 97

CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione: ai confini tra contratto e torto*, in ID., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997

CHINDEMI, *Danno non patrimoniale da perdita di chance, nesso causale e criteri risarcitori*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1169

CHINDEMI, *Il danno da perdita di chance*, Milano, 2007

COCCO, *Un punto sul diritto di libertà di rifiutare terapie mediche anche salvavita (con qualche considerazione penalistica)*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 485

## D

DE CUPIS, *Il danno*, I, Milano, 1979, 114

DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995

DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, in GALGANO (diretto da), *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. ec.*, Padova, 2007

DE TILLA, *Testamento biologico*, in *Il diritto-Enc. giur.*, Milano, 2007, XV, 622

DONINI, *IL caso Welby e le tentazioni pericolose di uno spazio libero dal diritto*, in *Cass. pen.*, 2007, 909

## E

EUSEBI, *Note sui disegni di legge concernenti il consenso informato e le dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari*, in *Criminalia*, 2006, 253

## F

FACCI, *I medici, i testimoni di Geova e le trasfusioni di sangue*, in *La responsabilità civile*, 2006, 932

FACCI, *Il rifiuto del trattamento sanitario: validità e limiti*, in *Contr. e Imp.*, 2006, 1671

FACCI, *I testimoni di Geova ed il «dissenso» all'atto medico (Nota a G.i.p. T. Roma, 16 gennaio 2006)*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 116

FACCI, *La legittimazione al risarcimento in caso di danno da vita indesiderata*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 325

FACCI, *Le trasfusioni dei testimoni di Geova arrivano in cassazione (ma la Suprema Corte non decide)*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1885

FIORI, *Il caso Welby, i medici, i pesi e le misure*, in *Medicina e morale*, 2007, 9

FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nella responsabilità civile*, Padova, 1960, 72

FORCHIELLI, *La responsabilità civile. Lezioni*, Padova, 1968, 45; LUMINOSO, *Possibilità o necessità della relazione causale*, in *Riv. giur. sarda*, 1991, 559

FRANZONI, *La chance, il danno non patrimoniale e il caso Mondadori*, in *Contr. e Imp.*, 2009, 1179

FRANZONI, *Fatti illeciti*, in *Commentario c.c. Scialoja Branca*, sub art. 2043, 2056-2059, Bologna-Roma, 2004, 22

FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in FRANZONI (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2010

FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2010

FRANZONI, *Testamento biologico come diritto all'autodeterminazione o all'eutanasia?*, in *Contr. e Imp.*, 2009, 255 ss.

## G

GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 720

GENNARI, *Il consenso informato come espressione di libertà*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2135

GERI, *Il rapporto di causalità in diritto civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1983, 187

GIANCOTTI; *La causalità nelle responsabilità speciali*, in CENDON (a cura di), *La responsabilità civile*, IX, Torino, 1998, 63

GORGONI, *Il contratto tra la gestante ed il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, I, 134

GORGONI, *La rilevanza giuridica della volontà sulla fine della vita non formalizzata nel testamento biologico*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2008, 508

## I

IADECOLA, *In tema di verifica della causalità omissiva nell'attività medicochirurgica in recenti interventi della Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2002, 180

IADECOLA, *In tema di rilevanza penale -come delitto doloso contro la vita e l'incolumità individuale – del trattamento medico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. medicina legale*, 2001, 219

IADECOLA e FIORI, *Stato di necessità medica, consenso del paziente e dei familiari, cosiddetto diritto di morire, criteri per l'accertamento del nesso di causalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, I, 302

IAMICELI, *La responsabilità del medico*, in CENDON (a cura di), *La responsabilità civile*, IV, Torino, 1998, 312

IZZO, *Il danno da contagio post-trasfusionale come «danno evidenziale»? Regole e concetti in tema di presunzioni e responsabilità*, in *Danno e resp.*, 2001, 255

IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova, 2004, 148

## L

LASCIALFARI, *Causalità scientifica e causalità giuridica tra imputazione del fatto e risarcimento del danno*, in *Corr. giur.*, 2000, 917

## M

MIRIELLO e SARICA, *La responsabilità medico-sanitaria*, in MIRIELLO, *Le aziende sanitarie pubbliche*, in GALGANO (diretto da), *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. ec.*, Padova, 2009, 215

MIRIELLO e SARICA, *Le mobili frontiere della responsabilità sanitaria*, in *Sanità pubbl. e privata*, 2010, 1

MONATERI, *La marque de Caïn: la vita sbagliata, la vita indesiderata e le reazioni del comparatista al distillato dell'alambicco*, in AA.VV., *Un bambino non voluto è un danno risarcibile*, Milano, 1999, 289

MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente*, Milano, 2008

MUSUMECI, *Dal potere alla libertà di disporre del proprio corpo*, in *Giur. cost.*, 1991, 626

## N

NARDI, *Il foro competente per la lite tra struttura sanitaria pubblica e paziente*, in *La responsabilità civile*, 2009, 918

## P

PATTI, *La fine della vita e la dignità della morte*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, 390

PATTI, voce «*Danno patrimoniale*», in *Digesto/civ.*, V, Torino, 1989, 90

PINNA, *Autodeterminazione e consenso: da regola per i trattamenti sanitari a principio generale*, in *Contr. e Imp.*, 2006, 589

PIRRUPPATO, *Profili di tutela del «diritto alla qualità» dei servizi destinati ai consumatori-utenti*, in PERLINGIERI e CATERINI, *Il diritto dei consumi*, Napoli, 2007, 398

PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, 2008

PONCIBÒ, *La nascita indesiderata tra Francia e Italia*, in *Giur. it.*, 2003, 886

PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992

PUCELLA, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007, 214

PULITANÒ, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 1217

PULITANÒ e CECCARELLI, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 331

## Q

QUADRI, *Profili della responsabilità medica, con particolare riguardo alla ginecologia ed ostetricia: esperienze recenti e prospettive*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 319

## R

REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, 81

RICCIO, *Il consenso e l'autodeterminazione nell'attività sanitaria*, in *La responsabilità nei servizi sanitari*, diretto da FRANZONI, Bologna, 2011, 243

RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007

RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964

ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el derecho espanol. Introduccion al estudio jurisprudencial*, Madrid, 1977

ROMBOLI, *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto attivo e in quello passivo*, in *Foro it.*, 2001, I, 17

## S

SANTOSUOSSO, *Autodeterminazione e diritto alla salute: da compagni di viaggio a difficili conviventi*, in *Notizie di Politeia*, 1997, 47

SANTOSUOSSO, *Sulla conclusione del caso Englaro*, in *Nuova giur. comm.*, 2009, II, 127

SARICA, *Il contatto sociale tra le fonti della responsabilità civile: recenti equivoci nella giurisprudenza di merito*, in *Contr. e Imp.*, 2005, 97

SARICA, *Il nesso causale nella responsabilità medica*, in *Le responsabilità nei servizi sanitari*, diretto da FRANZONI, Bologna, 2011, 101

SCOGNAMIGLIO, voce «Responsabilità civile», in *Novissimo Dig.*, XV, Torino, 1969, 651

SEMINARA, *Riflessioni in tema di omicidio e eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 692

SESTA, *Riflessioni sul testamento biologico*, in *Fam. e dir.*, 2008, 407; ALPA, *Il principio di autodeterminazione e il testamento biologico*, in *Vita notar.*, 2007, 3

SIMONE, *Danno alla persona per nascita indesiderata*, in *Danno e resp.*, 2002, 469

STELLA, *Il problema giuridico dell'eutanasia: l'interruzione e l'abbandono delle cure mediche*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, 1018

STELLA, *La vitalità del modello della sussunzione sotto leggi. A confronto il pensiero di Wright e di Mackie*, in STELLA (a cura di), *I saperi del giudice. La causalità e il ragionevole dubbio*, Milano, 2004, 23

## V

VALLINI, *Rifiuto di cure salvavita e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen e proc.*, 2008, 70

VENEZIANO e GIANCOTTI, *La causalità nella responsabilità nella responsabilità extracontrattuale*, in CENDON (a cura di), *La responsabilità civile*, IX, Torino, 1998, 1

VIGANÒ, *Esiste un diritto a essere lasciati morire in pace? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 6

VIGANÒ, *Riflessioni sul caso Englaro*, in *Riv. dir. pen e proc.*, 2008, 1035

VISINTINI, *Trattato breve delle responsabilità civili*, Padova, 1999, 589



## Z

ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *Nuova giur.comm.*, 2007, II, 1