

## LA RESPONSABILITA' DEL MEDICO NELL'AMBITO DELLA STRUTTURA OSPEDALIERA

### A) Excursus giurisprudenziale

Il medico, da sempre, è considerato una figura preminente della società, esplicando per antonomasia la più delicata, ricadendo direttamente sul bene primario dell'uomo: quello della vita e dell'incolumità psico-fisica.

Ne consegue che sin dai tempi del **codice di Hammurabi** (Babilonia 1792-1750 a.C.) fino ai nostri giorni, per espletare detta missione, occorre accettare un ragionevole livello di rischio la cui soglia, oggi, si è elevata in modo esponenziale. Molteplici sono le ragioni: la maggiore efficienza dell'attività medica che, nelle sue manifestazioni ha guadagnato in precisione, grazie al progresso tecnologico che ha prodotto l'aumento delle patologie curate dai sanitari (oggi si curano anche le più gravi) e quindi l'evoluzione dei mezzi di cura e diagnosi; l'attività di sensibilizzazione costante delle associazioni a difesa dei diritti del malato; la maggiore presa di coscienza dei propri diritti da parte del cittadino; l'allungamento della vita media dell'uomo; la pressione dei mass – media; non ultimi, la stessa evoluzione del concetto e delle funzioni della responsabilità civile e, soprattutto, l'istinto predatorio, poco apprezzabile sul piano morale e deontologico, di molti addetti ai lavori, che, in presenza di enti e compagnie assicurative tenute a risarcire ed in grado di soddisfare esigenze economiche, incardinano giudizi civili spesso infondati, quasi sempre dal petitum lievitato in modo esponenziale. Conseguenza inevitabile di tutto ciò è che, giustamente, le Compagnie di Assicurazione sono sempre più restie ad assumere rischi legati alla professione medica sia con riferimento alle strutture sanitarie, sia con riferimento allo stesso professionista. E' questa una delle questioni più scottanti del momento, non solo nella nostra Nazione, ma in tutto il mondo Occidentale e negli Stati Uniti in particolare. Oggi è difficile trovare sul mercato una Compagnia di assicurazioni che faccia salti di gioia per assicurare una struttura ospedaliera ovvero un sanitario. Tant'è vero che le polizze hanno inevitabilmente costi elevati, in Italia ancora relativi ma in USA si arriva a pagare un premio annuo di \$ 200.000- e quando si determinano di acconsentire, pongono clausole limitative e comunque facoltà di recesso *ad nutum* nonché franchigie molto elevate.

In Italia, gli stessi medici si sono organizzati creando l'**A.M.A.M.I.**, Associazione dei medici accusati ingiustamente di mal pratica, nata grazie al genio professionale del **dr. Maurizio Maggiorotti**; detta associazione, proprio per la delicatezza della situazione è divenuta "*in un lampo*" di estremissima attualità, proponendo a livello istituzionale l'introduzione della **c.d. clausola arbitrale**.

Tutto ciò evidenzia un certo disagio da parte della società civile nell'affrontare il problema della responsabilità giuridica del medico.

\* \* \*

Il giurista non può non chiedersi quale sia il contributo di dottrina e giurisprudenza dinanzi a questa delicata problematica e soprattutto quali siano gli orizzonti per la risoluzione della vicenda.

Il fondamento normativo della fattispecie lo si ha ancora soprattutto nella **Carta Costituzionale all'art. 32**, coniato dai padri costituenti al fine di assicurare la piena ed effettiva tutela della salute degli individui; a questa norma-chiave sono collegate da un lato disposizioni normative contenute nel codice civile tra le quali gli **artt. 2229 c.c.** e segg. (contratto d'opera), **2236 c.c.** (responsabilità del prestatore d'opera), **2232 c.c.** (esecuzione dell'opera), **2228 c.c.** (impossibilità sopravvenuta dell'esecuzione dell'opera), **1256 c.c.** (impossibilità definitiva della prestazione per causa non imputabile al debitore e quindi conseguente estinzione dell'obbligazione contrattuale); **1218 c.c.** (mancata esatta esecuzione della prestazione dovuta e conseguente risarcimento del danno), **1325 e 1326 c.c.** (consenso medico-elemento fondamentale del contratto), **1418 c.c.** (nullità), **1427 e 1441 c.c.** (annullabilità) ovvero alcune leggi ad hoc, tra le quali **l'art. 4 L. 26.6.67 n. 458** (trapianto del rene tra viventi), **l'art. 14 L. 22.5.78 n. 194** (interruzione volontaria della

gravidanza), **art. 33 1<sup>a</sup> e 5<sup>a</sup> c. L. 23.12.78 n. 833** (istituzione del Servizio Sanitario Nazionale), **art. 2 L. 14.4.82 n. 164** (rettificazione in materia di attribuzione di sesso) e più recentemente nell'**art. 5, 3<sup>a</sup> e 4<sup>a</sup> c. L. 5.6.90 n. 135** (prevenzione e lotta contro l'AIDS) e **artt. 29 e 34 Codice Deontologico della Federazione Nazionale dell'Ordine dei Medici e degli Odontoiatri approvato il 25.6.95** ed altre più recenti. Non è questa la sede per sterili disquisizioni dottrinarie sulla applicabilità da caso a caso della casistica contrattuale o aquiliana, ma, obiettivamente, almeno nel caso di specie, il legislatore è stato, una volta tanto, seppur prolifico, abbastanza chiaro.

Nell'ambito giurisprudenziale, invece, la fattispecie si presenta più frastagliata e meno lineare, tante sono le oscillazioni e le contraddizioni.

Infatti, l'analisi della giurisprudenza di merito e di legittimità dell'ultimo quarto di secolo ed in particolare dell'ultimo lustro, fa emergere un orientamento tutt'altro che unitario circa la natura della responsabilità del medico e della struttura ospedaliera.

Oggi si versa in un contesto anarchico, quanto meno manca quell'osmosi di un regime unitario accettabile. Rimane più che mai attuale l'affermazione coniata anni fa dall'amico prof. Busnelli, dopo l'avvento con la sentenza n.184/86 Corte Cost. del danno biologico: "*anarchia del dopo principio*".

Sin dall'epoca della sentenza **n. 1716/79 Cass.**, si stagliano tre figure di rapporti che hanno rilevanza giuridica: 1) quello contrattuale fra medico e struttura; 2) quello contrattuale altresì fra struttura e paziente (prestazione d'opera professionale); 3) quello extra-contrattuale fra medico e paziente. Poi alcuni anni dopo, con la sentenza **n. 6707/87 Cass.**, il panorama si evolve e, pur definendosi contrattuale la responsabilità dell'ente, nella specie dovuta a carenze organizzative, non si escludono profili diversi ("la responsabilità dell'ente, anche nell'eventuale profilo aquiliano..."). Le sentenze **n. 2144/88** e **n. 589/99 Cass.** inaugurano una diversa prospettazione, dal momento che qualificano come contrattuali entrambe le responsabilità, teorizzando che si viene a creare un rapporto giuridico di natura pubblicistica nel momento in cui il privato fa richiesta di una prestazione e automaticamente produce per sé un diritto soggettivo ad ottenerla. La S. C., in tal modo, supera l'artificialità di un orientamento che vedeva al contempo il medico sia "organo dell'ente e quindi in esso immedesimato, sia come terzo che lede in via aquiliana il diritto del paziente". Si assiste così alla creazione della natura atipica e composita del contratto di ospedalità. Uno spunto interessante è contenuto nella sentenza **n. 9705/97 Cass.** che, in un caso di mancata richiesta di consenso al trattamento, rinviene un'ipotesi di responsabilità contrattuale ritenendo il contratto d'opera già perfezionatosi al momento della fase preliminare di anamnesi e diagnosi precedente l'operazione. Il fatto che il consenso sia richiesto ai fini della liceità del trattamento, tuttavia, potrebbe lasciare immaginare che il perfezionamento avvenga solo con la sua prestazione, e che quindi o anamnesi e diagnosi sarebbero oggetto di un autonomo e distinto contratto, oppure attività preliminare alla stipulazione di quello "principale", con conseguente *culpa in contrahendo* e responsabilità aquiliana. L'opposta ricostruzione è sostenuta, a sua volta, da una molteplicità di sentenze: la **n. 8286/96 Cass.** che, richiamando l'**art. 2049 c.c.**, coinvolge la responsabilità dell'ospedale, individuando nella carenza organizzativa una ulteriore causa della responsabilità (seguita dalla sentenza **n. 9374/97 Cass.** che, ancora una volta, applica l'**art. 2043 c.c.** anche all'ente ospedaliero). Inizia così ad assumere rilievo giuridico l'inadeguata dotazione della struttura sanitaria. Parlo di oscillazioni giurisprudenziali ... La sentenza **n. 9911/98 Cass.**, invece, ritiene responsabile extra-contrattualmente l'ente solo nel caso in cui il danno sia causato da un fattore del tutto estraneo al rapporto contrattuale. Con la sentenza **n. 11743/98 Cass.**, non si precisa il titolo di responsabilità dell'ente, limitandosi tuttavia a ritenere tenuto ex art. 2043 c.c. il medico al risarcimento dei danni. Nelle recenti pronunce giurisprudenziali si attenuano, sul tema, le incongruenze dettate dalle profonde oscillazioni giurisprudenziali: viene ad emergere l'aumento nel ricorso alla figura della responsabilità contrattuale. Si fa luce la tendenza al superamento delle distinzioni fra i due tipi di responsabilità, tendenza che nel campo dell'attività medica è sempre stata molto forte. Lo strumento utilizzato per agevolare l'attrazione della responsabilità medica nell'ambito contrattuale è stato, fra gli altri, il cumulo, soprattutto improprio che si è reso possibile per l'identità delle parti nei rapporti debitore/creditore e danneggiato/danneggiante. Non v'è

dubbio che i confini tra responsabilità contrattuale ed aquiliana, nello specifico, siano talmente labili da differenziarsi esclusivamente per il diverso termine prescrizione. La stessa sentenza **n. 2750/98 Cass.** ipotizza un cumulo di responsabilità sulla base di titoli diversi in capo al medico: aquiliana per lo specifico evento dannoso; contrattuale per il pregresso rapporto fiduciario. Proprio quest'aspetto è sottolineato dalla sentenza **n. 6318/2000 Cass.** che precisa che l'eventuale rapporto professionale preesistente non si estingue *ipso iure* con il ricovero presso la struttura ospedaliera pubblica, soprattutto se di essa fa parte lo stesso medico curante. E' chiara la differenza con la sentenza **n. 589/99 Cass.** che nega che la responsabilità del medico derivi dall'art. 2043 c.c. perché altrimenti sarebbe limitata all'ipotesi che dall'effettuazione delle cure mediche sia derivata una *reformatio in peius* del quadro clinico del paziente e che afferma che l'asserita natura contrattuale di detta responsabilità attiene esclusivamente al contenuto, non alla fonte.

L'obiettivo è quello di meglio tutelare il paziente rimasto vittima di *medical malpractice*, ma la strada prescelta non è quella di sostenerne la natura contrattuale solo richiamandosi a quella dell'ente gestore del servizio per poi appellarsi alla responsabilità diretta **ex art. 28 Cost.** Tale norma, infatti, rinvia alle leggi penali, civili ed amministrative per stabilire la natura della responsabilità, per cui tale richiamo sarebbe in pratica privo di contenuto. Con le sentenze **n. 6318/2000, 4852/99, 7336/98 Cass.** si approfondisce il tema della dotazione inadeguata, sottolineando come costituisca violazione dell'**art. 1176, 2° comma c.c.** da parte del medico non aver "stornato" il paziente presso altra struttura, ove ciò sia possibile, nel caso in cui le lacune del nosocomio siano tali da metterne a repentaglio l'integrità fisica. Lo stesso dicasi per il medico di fiducia (per il quale il rapporto contrattuale con l'assistito non si estingue, come detto, con il semplice ingresso nell'ospedale) nel non aver informato il paziente delle carenze. In entrambi i casi si può parlare di imprudenza. La sentenza **n. 6318/2000 Cass.**, in particolare, nega l'esclusione della responsabilità del sanitario a causa di carenze organizzative poiché il medico avrebbe dovuto porre in essere una condotta atta ad evitare il rischio.

Se frastagliata - e comunque non univoca - è la giurisprudenza in tema di qualificazione della natura della responsabilità medica, tale comunque, da generare, obiettivamente, serie preoccupazioni negli addetti ai lavori, negli operatori e soprattutto nelle compagnie di assicurazioni, che vedono sempre più allontanarsi l'orizzonte della conoscenza della incidenza del rischio, sia relativamente alla configurazione di una polizza specifica per l'ente ospedaliero sia per il professionista, altrettanto distonica è la giurisprudenza in tema di nesso eziologico.

Sul fronte del nesso causale, a dire il vero, nell'ultimo lustro, vi sono state pronunce della Suprema Corte che hanno schiarito appena appena il panorama, tutt'ora, comunque, tutt'altro che limpido.

Meritevoli di menzione sono le sentenze **n. 6220/88, 11743/98 e 12103/2000 Cass.** Le quali sanciscono la rilevanza di un criterio meramente probabilistico. La sentenza **n. 6220/88 Cass.** onera il convenuto di provare che eventi imprevedibili abbiano deviato il normale decorso dell'operazione. Viene invece esclusa la rilevanza delle concause con le sentenze **n. 10987/96 e 5923/95 Cass.** La sentenza **n. 12103/2000 Cass.**, a sua volta, esclusa l'applicabilità dell'**art. 2236 c.c.**, mancando il presupposto della particolare difficoltà, una volta provata dall'attore la routinaria esecuzione della prestazione, onera il convenuto di provare la diligenza nell'adempimento.

Ma aldilà di questo, i Giudici di merito non sempre recepiscono il monito di sceverare le singole condotte incriminate, valutandole caso per caso, al fine di discriminare le differenti posizioni processuali. Accade di sovente che interi reparti medici vengano trascinati in giudizio, peraltro annoso, senza che siano valutate *ab initio* le singole condotte, in taluni casi scevre da responsabilità per la maggior parte dei sanitari costituenti il reparto. Ovvero accade che più reparti vengano incriminati senza alcun elemento di reità se non a capo di un singolo soggetto, magari di tutt'altro reparto.

Ciò accade proprio per la mancata iniziale valutazione del nesso eziologico o causale in tutta la sua complessa poliedricità.

Sotto questo profilo meritevole di menzione è la **sentenza n. 371/03 del Tribunale di Lecce**, emessa da un giovane e brillante Magistrato, il **dr. Paolo Moroni**.

Delibando in tema di nesso eziologico, nei confronti di una lunga serie di imputati, il Magistrato ha scomposto le differenti posizioni processuali, valutando ogni singolo comportamento *ab initio* e confezionando una sentenza che, a mio parere, è meritevole di pregio giurisprudenziale e che traccia un solco nell'universo risarcitorio, quanto meno in tema di nesso causale.

Tra l'altro nella stessa si recita ...”è bene osservare come sul punto in questione l'orientamento della Suprema Corte sia del tutto granitico, con poche aperture, teso a sostenere che l'errore commesso dai sanitari nei confronti di un soggetto vittima di incidente stradale non è idoneo ad escludere il nesso eziologico tra la condotta lesiva dell'agente che ha provocato il sinistro e l'evento morte del soggetto, non potendo considerarsi un siffatto errore come causa sopravvenuta da sola sufficiente a produrre l'esito letale, e cioè come avvenimento atipico ed eccezionale rispetto al comportamento dell'agente che, provocando il fatto lesivo, ha dato luogo all'intervento dei medici (cfr. Cass. sez. IV 86/172309)”. Non condividendo “di questo rigoroso orientamento interpretativo le ragioni che vengono addotte a giustificare l'assunto, non adeguate sul piano logico e giuridico a dare conto del perché debba essere considerata equivalente la condotta...” di un soggetto “orientata solo a provocare lesioni e quella dei sanitari intervenuti successivamente...”, l'arguto Magistrato censura la Suprema Corte in quanto “...con una discutibile contaminazione tra profili oggettivi e soggettivi del reato, e fuoriuscendo, dunque, dai confini di uno scrupoloso ragionamento ... è giunta ad affermare che la negligenza o la imperizia dei sanitari non costituisce di per sé un fatto imprevedibile ed atipico rispetto alla serie causale precedente ( e cioè rispetto all'incidente stradale) di cui costituisce uno sviluppo evolutivo, anche se non immancabile..., aggiungendo, con valutazioni parimenti non condivisibili, perché oltre ad essere caratterizzata dallo stesso vizio di tipo ermeneutica, scinde sul piano logico-giuridico l'indagine sui processi causali commissivi da quelli omissivi”.

In tema di nesso causale – e mi limito ad un accenno per non fuoriuscire dal tema del convegno – molto spesso la Corte di legittimità ha omesso, a differenza di alcuni zelanti Magistrati di merito, come il dr. Moroni, di sceverare, in presenza di più imputati, le differenti fattispecie per valutare singolarmente comportamenti ed eventuali responsabilità. Del resto, non è concepibile che, in tema di omicidio colposo da colpa medica, essendo veicolato il de cuius dal reparto di anestesia, il primario di quel reparto puntualmente venga incriminato per poi essere, altrettanto puntualmente – eccetto alcuni casi – scagionato. Differentemente dallo psichiatra che raramente viene incriminato di responsabilità professionale (forse ancora per poco ...).

\* \* \*

Con il sintagma “*responsabilità medica*” si intende quell'aspetto di tutela della salute del cittadino in relazione ai rischi che lo stesso corre allorché si sottopone ad un trattamento sanitario, intendendosi per tale qualunque attività volta a prevenire e curare il suo stato di malattia.

Gli obblighi fondamentali a carico del medico sono due: il primo, è quello di informare il paziente in modo chiaro ed esaustivo sulla natura e sui rischi dell'intervento; il secondo, è quello di eseguire una prestazione professionalmente corretta e diligente.

In riferimento all'obbligo di informazione, il fondamento normativo dello stesso si ancora nella Carta Costituzionale agli artt. 13 e 32, ma anche in numerose disposizioni normative, tra le quali l'art. 4 L. 26.6.67 n. 458 (trapianto del rene tra viventi), l'art. 14 L. 22.5.78 n. 194 (interruzione volontaria della gravidanza), art. 33 1<sup>a</sup> e 5<sup>a</sup> c. L. 23.12.78 n. 833 (istituzione del Servizio Sanitario Nazionale), art. 2 L. 14.4.82 n. 164 (rettificazione in materia di attribuzione di sesso) e più recentemente nell'art. 5, 3<sup>a</sup> e 4<sup>a</sup> c. L. 5.6.90 n. 135 (prevenzione e lotta contro l'AIDS) e artt. 29 e 34 Codice Deontologico della Federazione Nazionale dell'Ordine dei Medici e degli Odontoiatri approvato il 25.6.95 ed altre.

L'obbligo per il medico di informare il paziente preesiste alla conclusione del contratto di formazione d'opera professionale, trovando il proprio “*archè*” sia nella norma costituzionale sia nella legge ordinaria. L'informazione che il medico deve fornire al paziente deve contenere la natura e la portata dell'intervento, i rischi dello stesso, la percentuale verosimile di successo. In concreto, il paziente deve essere messo in condizioni di valutare i

rischi prevedibili (quelli imprevedibili non hanno alcun rilievo, secondo l'antico principio giuridico del *id quo plerumque accidit*) e le alternative praticabili.

La violazione dell'obbligo di completa informazione espone il medico a responsabilità, nell'eventualità di insuccesso dell'intervento. Vi sono casi nei quali il dovere di informazione in capo al professionista è più ampio, in quanto l'informazione deve essere più esaustiva, costante e completa (si pensi al chirurgo estetico).

Una volta assolto correttamente l'obbligo di informazione, il medico deve ottemperare al secondo obbligo, quello di eseguire una prestazione professionalmente corretta e diligente. Detto obbligo si estrinseca nel rispetto scrupoloso e zelante delle regole di buona pratica sanitaria, di compiere qualunque attività anche ulteriore e non prevista necessaria al conseguimento del risultato e, non ultimo, di aggiornarsi costantemente per garantire al paziente un trattamento moderno e sicuro. Il medico è colposamente inadempiente quando spende una condotta imprudente, imperita e negligente, ovvero non osserva leggi, regolamenti, ordini o disciplina. Sebbene la responsabilità per colpa venga mitigata dall'art. 2236 c.c. (se la prestazione implica problemi tecnici di particolare gravità, il medico non risponde dei danni se non per dolo o colpa grave), la giurisprudenza di legittimità ha affermato che detta fattispecie non opera in tutte le ipotesi di colpa professionale, ma solo in quelle di colpa consistita in imperizia; allorché la cattiva riuscita della prestazione è dovuta, invece, ad imprudenza o negligenza, la ciambella di salvataggio dell'art. 2236 c.c. non opera ed il medico risponderà anche solo per colpa lieve. In sostanza, il professionista chiamato a risolvere un caso di particolare complessità è responsabile solo per dolo o colpa grave; se l'intervento invece non è particolarmente difficile risponde secondo i canoni tipologici più lievi della colpa.

Pertanto, se l'intervento è semplice, la non riuscita pone a carico del medico una responsabilità presunta in re ipsa e, se lo stesso spera di andare assolto, deve provare che l'insuccesso va ascritto a complicazioni imprevedibili insorte; se l'intervento è complesso la sua non riuscita non è sufficiente ad assurgere a responsabilità perché, in questo caso, il medico non è responsabile se prova che l'intervento era complesso, mentre il paziente se vuole ottenere la condanna del professionista deve provare che nonostante la complessità dell'intervento, l'insuccesso è ascrivibile esclusivamente ad imprudenza o negligenza del medico.

Informato correttamente il cliente ed eseguito diligentemente l'intervento, il medico ha adempiuto alle obbligazioni che informano il contratto di prestazione d'opera professionale eccetto che per un caso: allorché ha garantito al paziente il conseguimento di un determinato risultato (si pensi alla chirurgia estetica e, sotto certi profili, anche agli interventi nell'ambito della medicina sportiva).

La più recente dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che in capo al chirurgo estetico esista sia un'obbligazione di mezzi sia una di risultato, vuoi che l'operazione sia finalizzata a scopo terapeutico, vuoi che lo sia a scopo voluttuario. La gradualità della colpa, infatti, non può assumere una valenza diversa a seconda della finalità dell'intervento e se il professionista garantisce un risultato, questo deve essere raggiunto affinché l'operazione sia definita congrua.

In conclusione, il medico ha necessariamente due obblighi e, solo eventualmente (chirurgo estetico) tre. Ha sempre e comunque quello di informare il paziente e di eseguire la prestazione con perizia e diligenza. Solo allorché assume l'obbligo di garantire un determinato risultato, ha l'ulteriore terzo obbligo di conseguirlo.

Da queste brevi considerazioni sulla materia, emerge, naturale, una riflessione dottrina: la responsabilità professionale del medico è contrattuale o aquiliana?

Nella maggior parte dei casi, il medico risponde in via contrattuale, ex art. 1218 c.c. per l'inadempimento della prestazione. Risponde, invece, ex art. 2043 c.c., qualora non abbia alcun rapporto contrattuale col paziente, vale a dire quando presti soccorso a favore di un soggetto, a prescindere da qualsiasi richiesta da parte di costui; ovvero, nel caso in cui il paziente stipuli il contratto di cura con un terzo – ente presso il quale il medico svolge la sua attività.

Oltre a questa scolastica, duplice bipartizione di responsabilità vi è l'ipotesi di concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: si versa in questa ipotesi quando il medico

è autore di un fatto contemporaneamente qualificabile sia come fatto illecito ex art. 2043 c.c. sia come inadempimento contrattuale ex art. 1218 c.c.; può aversi inoltre concorso anche allorquando la responsabilità contrattuale di un soggetto, l'ente ad esempio, concorre con quella extracontrattuale di altro soggetto ed il medico non legato da alcun contratto al paziente. In quest'ultimo caso, le due fattispecie, sebbene rispondenti a forme di concorso diverso, proprie ed improprie, saranno sceverate entrambe per valutare il concorso delle rispettive responsabilità in capo ai soggetti destinatari.

Se l'attività medica è collocata tradizionalmente quale attività che conduce ad una obbligazione di mezzi e non di risultato, altrettanto non può dirsi per la chirurgia estetica.

\*\*\*\*\*

## **B) LA RESPONSABILITÀ DEL CHIRURGO ESTETICO**

Discorso a parte, ben più delicato, meritano infatti le ipotesi di chirurgia estetica.

Nei casi di interventi con esito inferiore alle attese, la giurisprudenza già con la sentenza **n. 10014/94 Cass.** ammette che in questa branca della medicina vi possa essere una conversione da obbligazione di mezzo a obbligazione di risultato, avuto peraltro riguardo alle pregresse condizioni del paziente e allo stato dell'arte. Il problema allora assume valenza limitatamente all'aspetto puramente probatorio e onera l'attore a provare il fatto costitutivo del suo (preteso) diritto (l'inadempimento), salvo che la domanda sia volta ad ottenere l'adempimento, nel qual caso sarà sufficiente la mera prova del titolo. In sostanza, non si danno inversioni dell'onere probatorio. Con la sentenza **n. 11743/98 Cass.**, nell'affermare l'inapplicabilità dell'art. 2236 c.c., si precisa che la valutazione della facilità della prestazione deve effettuarsi avuto riguardo altresì al grado di specializzazione della struttura. La sentenza **n. 5005/96 Cass.**, partendo dall'utilizzo da parte della norma codicistica del termine "prestazione", ritiene necessario che l'accertamento concerna "il caso concreto, con tutte le sue peculiarità applicative, e non l'intervento astrattamente considerato". Con la sentenza **n. 12621/99 Cass.**, si teorizza che lo stato di necessità esclude la responsabilità anche per colpa lieve per mancata richiesta del consenso (si pensi al paziente in stato di incoscienza).

Ma che si versi nel terreno minato di una (estremamente) *vexata complessita* lo si deduce dall'esame di una recentissima **sentenza**, pubblicata nei giorni scorsi, in data **21.09.04**, che ha dato il *la* ad un dibattito molto complesso e controverso. La Corte di Cassazione ha ribaltato la sentenza emessa dalla Corte d'Appello di Roma che aveva stabilito che il chirurgo estetico al quale una paziente si era rivolta doveva restituire alla stessa solo il prezzo della parcella intascata, dal momento che la "mastoplastica riduttiva" non aveva sortito gli effetti sperati. La donna aveva spiegato ricorso contro la sentenza di merito, facendo presente che "l'intervento male eseguito aveva non solo lasciato inalterata la malformazione, per la quale aveva deciso di operarsi, ma aveva causato un ulteriore danno estetico rendendo così necessaria una seconda operazione" chiedendo ai Giudici di Legittimità di ribaltare il trend in forza del quale sulla scorta di un contratto del tipo "soddisfatti o rimborsati", il giudice di merito aveva condannato il medico alla sola restituzione della parcella. La Suprema Corte ha condiviso il punto di vista della ricorrente giudicando "fondato" il suo ricorso, rilevando che "ogni qualvolta sia accertato l'inadempimento del medico, ci deve essere il risarcimento del danno sia morale che patrimoniale". E nel caso specifico i giudici hanno detto che "il danno c'è stato perché l'intervento non ha dato il risultato estetico atteso, perché vi è stato inutile dispendio di denaro e di tempo, perché la paziente ha subito inutilmente un grave stress psicofisico in anestesia generale". Ma la S.C. è andata al di là aggiungendo che un altro danno si aggiunge agli altri perché "la paziente dovrà subire un ulteriore intervento, con inevitabile stress psicofisico, nel tentativo di veder conseguito, da parte di altro professionista estetico, quello che il precedente medico non era stato capace di fare". La corte ha così accolto il ricorso sul presupposto che "ogni qualvolta viene accertato l'inadempimento di un medico ci deve essere il risarcimento del danno sia morale che patrimoniale".

Al di là della vicenda, è una sentenza forte e sotto un certo profilo pericolosa perché schiude orizzonti illimitati. Infatti, fino a ieri, in dottrina e giurisprudenza, presupposto perché ci fosse il risarcimento era l'esistenza comprovata di un vero e proprio danno. In sostanza, in assenza di danno, non vi era risarcimento e meno che mai risarcimento patrimoniale. Non solo: il risarcimento, sotto il profilo patrimoniale, è soggetto ad una prova rigorosa costituita dalla coeva esistenza di due presupposti: la *reductio patrimonii* (prova fiscale di riduzione della curva dei redditi nell'ultimo triennio, sovrapponendo i "740" dei rispettivi anni) e la *riduzione della capacità lavorativa specifica*, medicalmente accertata. Oggi, con questa pronuncia, vi è il rischio che il risarcimento scatti ipso iure, cioè come conseguenza naturale, magari liquidato, magari cumulativamente con il biologico, in via equitativa dal giudice di merito. Ma la sentenza è pericolosa soprattutto sotto il profilo del danno morale. Già questa categoria aveva visto di recente un vero e proprio ribaltamento epocale della giurisprudenza (sentenze n. 7283 del 12 maggio 2003 e le sentenze c.d. "gemelle" del 31 maggio 2003 nn. 8827 e 8828 avallate dalla sentenza "supina" della Corte Costituzionale n. 233 dell'11 luglio 2003) avendo affermato, i giudici della S.C., che «l'intervento non ha dato il risultato estetico atteso, perché vi è stato inutile dispendio di denaro e di tempo, perché la paziente ha subito inutilmente un grave stress psicofisico in anestesia generale», di fatto si sono improvvisamente schiuse nel panorama risarcitorio italiano in materia, praterie di eventi risarcibili subordinati allo stress psico-fisico (l'affermazione grave è soggettiva e varia da soggetto a soggetto) e allo stesso valore del tempo, che viene valutato in chiave economica soggetta ad una entità risarcibile. In conclusione, la S.C. ha previsto un risarcimento in re ipsa ogni qualvolta vi è errore medico, indipendentemente dal danno e ha statuito che il danneggiato ha sempre diritto al risarcimento del danno patrimoniale e del danno morale.

\*\*\*\*\*

Questo lo stato dell'arte. Cosa accadrà ora?

E' difficile ipotizzarlo. Si avverte, infatti, più che mai l'esigenza di ridisegnare il codice civile, accentrandolo sulla persona umana, proprio come quello del 1865 venne accentrato sulla proprietà e quello del 1942 sui contratti. Ciò al fine di delineare un quadro legislativo coerente e chiaro e favorire nel giudice di legittimità pronunce costantemente ed equamente univoche. E si sente soprattutto l'esigenza di certezza del diritto in materia, tale da permettere, da un lato, al medico di esplicitare l'antica e nobile arte della medicina con serenità, senza tentazioni di interventi alternativi di limitazione ingiustificata del rischio con coeva massima garanzia per la struttura ospedaliera e, dall'altro, al paziente di ricevere adeguata e sufficiente tutela sia nell'ambito strettamente medico, sia in quello eventuale giudiziario.

Una chiara delimitazione degli ambiti favorirebbe anche le Compagnie di Assicurazioni che sarebbero così nelle condizioni di confezionare due polizze distinte, una per il professionista e l'altra per la struttura sanitaria.

In assenza di una legislazione uniforme e chiara, l'auspicio è che i giudici di merito utilizzino il monito della Cassazione *cum grano salis*, applicando il risarcimento ogni qualvolta ci sia colpa medica ed il danno sia concreto, evidenziando soltanto le singole categorie di danno interessate, senza dicotomie, duplicazioni, sperequazioni.