

Andrea Parziale

---

**NOTA REDAZIONALE**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

**4. Responsabilità della struttura sanitaria - Natura contrattuale - Contratto di ospedalità - Responsabilità dei medici dipendenti - Responsabilità per fatto degli ausiliari.**

**Responsabilità della struttura sanitaria - Natura contrattuale - Onere della prova - Presunzione di colpa.**

**Responsabilità medica - Lavoro di équipe - Responsabilità dei componenti - Esclusione - Limiti.**

**Danni - Valutazione e liquidazione - Invalidità permanente - Danni non superiori al 10% (c.d. micropermanenti) - Danno patrimoniale - Onere della prova.**

*Artt. 1176, 1218, 1223, 1226 e 1228 c.c.*

**TRIBUNALE DI BARI**, Sezione II, sentenza del 16 aprile 2012.

*Il rapporto tra paziente e struttura sanitaria trova fondamento in un contratto atipico, inquadrabile nella categoria della locatio operis, definito come contratto di ospedalità (o contratto di assistenza sanitaria), per il cui adempimento si applicano le regole fissate dall'art. 1218 cc. Conseguentemente, la responsabilità dell'ente per il fatto dei medici propri ausiliari si fonda sulla previsione dell'art. 1228 cc, in forza del quale il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi risponde dei fatti dolosi o colposi di costoro (1).*

*In tema di responsabilità professionale da contatto sociale, così come peraltro per la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, ai fini del riparto dell'onere probatorio, l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare il contratto o 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, senza possibilità di limitazione di responsabilità o differenze risarcitorie a seconda della diversa natura, pubblica o privata della struttura sanitaria. Competerà al debitore dimostrare o che l'inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, non è stato eziologicamente rilevante. Quanto all'accertamento del nesso causale in ambito civile, va compiuto secondo*

*criteri di probabilità scientifica e dunque, in caso di divergenze, secondo le ipotesi aventi maggiore validità scientifica, e, ove le stesse non siano esaustive, secondo criteri di probabilità logica, tesa a chiarire se, probabilmente, ovvero secondo quello che accade nella gran parte dei casi, l'evento si sarebbe avverato anche se il comportamento omissivo fosse stato posto in essere (2).*

*In base al c.d. "principio di affidamento", ogni soggetto componente l'équipe medica non dovrà ritenersi obbligato a delineare il proprio comportamento in funzione del rischio di condotte colpose altrui, ma potrà sempre fare affidamento sul fatto che gli altri soggetti agiscano nell'osservanza delle regole di diligenza proprie, salvo il dovere di sorveglianza di chi riveste la posizione apicale all'interno del gruppo. Laddove, però, la colpa attenga all'inosservanza di obblighi comuni o indivisi tra i vari operatori, permane l'obbligo per i vari componenti dell'équipe di attivarsi per integrare o correggere l'operato altrui, in caso di necessità (3).*

*I postumi d'invalidità personale di piccola entità (c.d. micropermanente) — in quanto non superiori al 10 per cento — non incidendo sulla capacità del danneggiato di produrre reddito, non hanno rilevanza sul danno di natura patrimoniale, ma riguardano la menomazione del bene salute, possono essere valutati soltanto sotto l'aspet-*

*to del danno biologico, salva la prova contraria, fondata su specifiche circostanze, che essi abbiano prodotto conseguenze anche sulla capacità lavorativa specifica e, quindi, anche un danno patrimoniale, il quale, però, non può essere allegato con argomentazioni apodittiche ed astratte e, come tali, inammissibili (4).*

#### *Svolgimento del processo*

*(Omissis)*

La parte attrice così ha riassunto i fatti di causa nella citazione: a) - che sin dall'ottobre del 2001 il Signor A.F. avrebbe lamentato dolore addominale con sede elettiva all'ipocondrio dx e vomito, secondo la diagnosi espressa presso il P.O. di Terlizzi a seguito del ricovero del 18 ottobre 2001 come da cartella clinica in copia conforme all'originale depositata in copia conforme all'originale; b) - che sulla base di tali risultati diagnostici in data 27 gennaio 2001 A. F. sarebbe stato ricoverato presso la Sezione di Chirurgia Generale e Trapianto di Fegato dell'Unità Operativa di Chirurgia Generale dell'Ospedale Consorziale di Bari, con all'ingresso diagnosi di sospetto "Ca. della colicisti a fronte di mancato riscontro di ittero e correlato aumento di valori della bilirubina" espressa dalla équipe medicadiretta da Prof. V. M. e composta di dott. A.G. e dal Prof. L.L. che conseguentemente avrebbero consigliato ai paziente di sottoporsi a terapia chirurgica mediante intervento di "laparotomia esplorativa" *(Omissis)*; g) - che successivi esami TAC, effettuati in data 20 maggio 2002 e 31 ottobre 2002 presso l'O.C. di Terlizzi - Unità Operativa Diagnostica per Immagini, avrebbero escluso, a totale confutazione delle drammatiche diagnosi e terapie invasive poste in precedenza, la presenza di lesioni locali a carico del fegato *(Omissis)*; n) - che quindi sarebbero ravvisabili, nella vicenda in esame, consistenti profili di colpa medica nella condotta dei sa-

nitari dell'Azienda Ospedaliera - Ospedale Policlinico Consorziale di Bari, sicché l'A. avrebbe diritto al conseguire il risarcimento di tutti i danni sofferti in conseguenza della pretesa errata diagnosi a lui formulata.

*(Omissis)*

#### *Motivi della decisione*

*(Omissis)*

Preliminarmente, ai fini della compiuta valutazione nel merito del caso, vanno richiamati i principi di legittimità che disciplinano la responsabilità della struttura sanitaria e del medico nei confronti del paziente. L'oggetto dell'obbligazione assunta dalla prima non è costituito semplicemente dalla prestazione medica dei propri dipendenti, ma da una più complessa prestazione, definita come "assistenza sanitaria", oggetto di un contratto atipico, inquadrabile nella categoria della locatio operis. A carico della struttura sanitaria gravano, infatti, prestazioni non solo di diagnosi e cura, ma anche di tipo organizzativo, connesse all'assistenza post-operatorie, alla sicurezza delle attrezzature, dei macchinari, alla vigilanza ed alla custodia dei pazienti, oltre prestazioni più propriamente riconducibili al contratto d'albergo (cfr. Cass S.U. n. 577/2008). L'attività del medico costituisce quindi solo un momento di una più complessa prestazione ed il danno non sempre è conseguenza dell'errore del singolo operatore, ma talvolta anche del comportamento di più soggetti. Il rapporto fra paziente e struttura trova quindi fondamento in un contratto autonomo ed atipico, definito come contratto di spedalità o contratto di assistenza sanitaria, per il cui inadempimento si applicano le regole fissate dall'art. 1218 c.c. (si vedano Cass. s.u. n. 9556/2002; Cass. n. 571/2005, Cass. sez. III, n. 1698/2006; Cass. sez. III, n.

8826/2007). Conseguentemente la responsabilità dell'ente per il fatto dei propri medici ausiliari si fonda sulla previsione dell'art.1228 c.c., in forza del quale il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro. Al riguardo la Cassazione ha peraltro precisato che è irrilevante che si tratti di una casa di cura privata o di un ospedale pubblico, in quanto sono sostanzialmente equivalenti a livello normativo gli obblighi dei due tipi di strutture verso il fruitore dei servizi. In entrambi i casi le violazioni incidono sul bene della salute, tutelato quale diritto fondamentale della costituzione, senza possibilità di limitazione di responsabilità o differenze risarcitorie a seconda della diversa natura, pubblica o privata della struttura sanitaria (cfr. Cass. S.U. n. 577/2008; Cass. n. 4058/2005). In tema di responsabilità professionale da contatto sociale (così come peraltro per la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria) la più recente Giurisprudenza della Suprema Corte ha delineato il seguente principio: ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare il contratto o 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. (Cass. Sez. Un., Sentenza n. 577 dell'11 gennaio 2008 Rv. 600903). Quanto all'accertamento del nesso causale in ambito civile va compiuto secondo criteri di probabilità scientifica e dunque, in caso di divergenze, secondo le ipotesi aventi maggiore validità scientifica, e, ove le stesse non siano esaustive, secondo criteri di pro-

babilità logica, tesa a chiarire se, probabilmente, ovvero secondo quello che accade nella gran parte dei casi, l'evento si sarebbe avverato anche se il comportamento omesso fosse stato posto in essere. (*Omissis*)

La difesa del convenuto L. si fonda principalmente sul ruolo marginale ricoperto dallo stesso, mero componente dell'equipe operatoria (*Omissis*). Gli orientamenti costanti, elaborati soprattutto dalla giurisprudenza penale ma sostanzialmente recepiti in ambito civilistico, in materia di responsabilità di équipe si fondano sul c.d. "principio di affidamento", in base al quale ogni soggetto non dovrà ritenersi obbligato a delineare il proprio comportamento in funzione del rischio di condotte colpose altrui, ma potrà sempre fare affidamento, appunto, sul fatto che gli altri soggetti agiscano nell'osservanza delle regole di diligenza proprie, salvo il dovere di sorveglianza di chi riveste la posizione apicale all'interno del gruppo. Laddove però, come nel caso in questione, la colpa attenga all'inoservanza di obblighi "comuni" o "indivisi" tra i vari operatori (che ricoprivano il ruolo di primo operatore e di aiuto) che hanno errato nella diagnosi ed hanno omesso di effettuare il prelievo finalizzato alla biopsia in fase di intervento, con condotta pacificamente riconducibile ad entrambi gli operatori, ambedue saranno da considerare responsabili in concorso perché permane l'obbligo dei vari componenti dell'equipe di attivarsi per integrare o correggere l'operato altrui, in caso di necessità. Pertanto non avendo manifestato il proprio dissenso, ed anzi avendo coadiuvato il G. nella prestazione, anche il convenuto L. deve ritenersi partecipe delle errate scelte diagnostiche e sanitarie poste in essere nell'ambito del lavoro di équipe. Né può giovare alla tesi di tale convenuto il richiamo giurisprudenziale (Cass. 6502/01), operato negli

scritti conclusionali, al vincolo dell'assistente di uniformarsi alla scelte terapeutiche ed alle istruzioni del primario, per la semplice ragione che proprio dalla lettura integrale della massima della sentenza si coglie che il pensiero dei Giudici di legittimità è stato riportato solo parzialmente, nella parte utile alla dimostrazione di una tesi del tutto diversa da quella in effetti affermata, che, invece, in conformità, con gli orientamenti citati alla nota 4, fa salvo l'onere di perizia e diligenza ed il dovere di esprimere il proprio dissenso a fronte di scelte errate.

(*Omissis*)

La Giurisprudenza della Suprema Corte, però, in mancanza di prova contraria da offrire sulla base di criteri rigorosi, ritiene che “i postumi d'invalidità personale di piccola entità (c.d. micropermanente) – in quanto non superiori al 10 per cento – non incidendo sulla capacità del danneggiato di produrre reddito, non hanno rilevanza sul danno di natura patrimoniale, ma riguardando la me-

nomazione del bene salute possono essere valutati soltanto sotto l'aspetto del danno biologico, salva la prova contraria, fondata su specifiche circostanze, che essi abbiano prodotto conseguenze anche sulla capacità lavorativa specifica e, quindi, anche un danno patrimoniale, il quale, però, non può essere allegato con argomentazioni apodittiche ed astratte e, come tali, inammissibili” (cfr. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 13431 del 01/06/2010 Rv. 613026). Nel caso di specie (*Omissis*) non possono essere accolte le istanze dell'attrice del riconoscimento di ulteriori voci di danno patrimoniale (al di là delle spese documentate per Euro.1.398,52 + Euro.298,69) per le sopra richiamate considerazioni in termini di lesioni, quale la presente, di lieve entità ed in difetto della positiva dimostrazione da parte dell'attore di tali ulteriori e specifiche circostanze incidenti sulla capacità lavorativa specifica.

(*Omissis*)

\*\*\*\*\*

(1-2) La pronuncia in esame inquadra la responsabilità della struttura sanitaria in ambito contrattuale, secondo un orientamento ormai consolidato in giurisprudenza (*ex plurimis*, Cass. civ., sez. III, 3 febbraio 2012, n. 1620, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 2, p. 124; Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Giust. civ.*, 2009, 11, 1, p. 2577; Cass. civ., sez. III, 14 giugno 2007, n. 13953, in *Foro it.*, 2008, 6, I, c. 1990; Cass. civ., sez. II, n. 1698, in questa *Rivista*, 2006, 6, p. 1223), il quale, superando, da un lato, la tradizionale collocazione aquiliana della responsabilità della struttura sanitaria, prevalente prima della c.d. Riforma sanitaria, operata dalla l. n. 833/1978 (*ex multis*, Cass. civ., 5 gennaio 1979, n. 31, in *Giust. civ. Mass.* 1979, p. 15; Cass. civ., sez. un., 6 maggio 1971, n. 1282, in *Giur. merito*, 2009, 6, p. 1550; Cass. civ., sez. III, 18 marzo 1968, n. 822, in *Foro it.rep.*, 1969, voce *Resp. civ.*, n. 211; Cass. civ., sez. un., 20 dicembre 1967, n. 2981, in *Foro it.*, 1968, I, c. 1009; Cass. civ., sez. un., 25 luglio 1966, n. 2039, in *Foro it.*, 1967, I, c. 1004), e contestando, dall'altro lato, la convinzione che il rapporto contrattuale tra struttura sanitaria e paziente trovi fondamento nello schema tipizzato del contratto di prestazione d'opera intellettuale (Cass. civ., sez. III, 2 febbraio 2005, n. 2042, in *Sanità pubbl.*, 2005, 4, p. 68; Cass. civ., sez. III, 11 marzo

2002, n. 3492, in *Danno e resp.*, 2002, 7, p. 791; Cass. civ., sez. III, 27 luglio 1998, n. 7336, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 996), sostiene che « l'accettazione del paziente in una struttura deputata a fornire assistenza medico ospedaliera [...] comporta la conclusione di un contratto di prestazione d'opera atipico di ospedalità, in base al quale essa è tenuta ad una prestazione complessa, che non si esaurisce nella effettuazione delle cure mediche [...], ma si estende ad una serie di altre prestazioni, quali la messa a disposizione del personale medico e paramedico (del cui fatto dovrà poi rispondere), di medicinali, e di tutte le attrezzature tecniche necessarie, nonché di quelle *lato sensu* alberghiere » (Cass. civ., sez. III, 26 giugno 2012, n. 10630, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 8-9, p. 627; Cass. civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, in *Danno e Resp.*, 2007, 7, p. 811). Nei rapporti tra paziente e struttura sanitaria, il “passaggio” dal contratto tipico di prestazione d'opera intellettuale a quello innominato, ma ormai socialmente tipizzato, di ospedalità (o di assistenza sanitaria) è giustificato dal fatto che manca, nel contratto che il paziente conclude con la struttura ospedaliera, pubblica o privata che sia, l'elemento dell'*intuitus personae*; viceversa, il rapporto contrattuale che lega il paziente al medico libero professionista continua a trovare fondamento, per l'opposto motivo, nel contratto di prestazione d'opera intellettuale (Trib. Spoleto, 18 marzo 1999, in *Danno e Resp.*, 1999, p. 1247, con nota di F. DI CIOMMO, “Uno, nessuno e centomila”: troppe ipotesi ricostruttive (e poche certezze) intorno alla responsabilità del medico ospedaliero; Cass. civ., sez. III, 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, p. 953). In contrasto con la tendenziale contrattualizzazione della responsabilità sanitaria in generale, il c.d. decreto Balduzzi (d.l. n. 158/2012), convertito in legge il 31 ottobre 2012, prevede, nondimeno, che « l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile » (art. 3, co. 1, l. n. 189/2012). Per quel che attiene ai rapporti tra paziente e medico dipendente, si è registrata un'evoluzione dai caratteri analoghi, atteso che, allo scopo di alleggerire l'onere probatorio a carico del soggetto danneggiato, le elaborazioni dottrinarie e giurisprudenziali descrivono una parabola dall'art. 2043 c.c. all'art. 1218 c.c., seguendo peraltro un percorso graduale. Se, infatti, in un primo momento, è prevalsa in giurisprudenza la teoria del c.d. cumulo improprio, in base alla quale struttura sanitaria e medico da essa dipendente rispondono verso il paziente in solidarietà passiva, la prima a titolo contrattuale, il secondo a titolo aquiliano (M. DE LUCA, *La responsabilità medica*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2004, pp. 123-124; P. STANZIONE - V. ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 157 ss.), sono state prospettate ricostruzioni interpretative diverse (C. AMODIO, voce *Responsabilità medica*, *Dig. disc. priv.*, sez. civ., *Aggiornamento*, tomo II, UTET, TORINO, 2003, p. 1177), atte ad attirare la responsabilità del medico dipendente nell'alveo dell'art. 1218 c.c., dapprima affermando che la responsabilità degli enti pubblici e dei medici dipendenti trova una « comune radice » nell'art. 28 Cost. (tale orientamento è stato tuttavia rigettato dalla Suprema Corte, atteso che opera un mero

rinvio alle « leggi penali, civili e amministrative », che contemplano entrambi i tipi di responsabilità: Cass. civ., sez. III, 1° marzo 1988, n. 2144, in *Giur. it.*, 1989, I,1, p. 300), per poi basare la legittimazione del paziente all'*actio ex contractu*, alternativamente, sull'istituto del contratto a favore di terzo, limitatamente però alla figura del contratto di assistenza al parto, (ma tale soluzione è stata scartata dal Supremo Collegio, dato che « il soggetto danneggiato non aziona il contratto esistente tra l'ente e il medico [...], ma aziona il diverso contratto intervenuto tra lui e l'ente gestore per ottenere la prestazione sanitaria... »; cfr. *Dig.*, cit., p. 1179) ovvero, più in generale, sullo schema del contratto con effetti protettivi a favore di terzo (v., in termini prevalentemente critici, Cass. civ., sez. III, 15 maggio 2012, n. 7549, in *Guida al dir.*, 2012, 32, p. 75; Cass. civ., sez. III, 3 febbraio 2012, n. 1620, cit.; Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3332). A queste ricostruzioni, sostanzialmente rimaste confinate in dottrina, deve affiancarsi la teoria del contatto sociale (C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.* 2011, 1, p. 55; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 3, pp. 679 ss.; ID., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in ID. (a cura di), *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006; ID., *Profili della responsabilità medica*, in *Vita notarile*, 1997, 3, pp. 1222-1237; ID., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, pp. 132 ss.), secondo cui la responsabilità contrattuale del medico dipendente verso il paziente trova fondamento in un contatto sociale qualificato, che viene ad instaurarsi tra di essi nel momento in cui il paziente ripone un affidamento nelle capacità professionali del medico, con la conseguente configurazione, in capo a quest'ultimo, di obblighi accessori di protezione nei confronti del diritto alla salute del paziente, scaturenti dalla clausola generale di correttezza-buona fede, obblighi che non sono genericamente individuati, bensì coincidenti con le prestazioni di assistenza sanitaria che formano oggetto del diverso contratto di ospedalità che lega il paziente alla struttura sanitaria (C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., p. 679). La teoria del contatto sociale, sebbene abbia ricevuto e continui a ricevere serrate critiche da chi, non ammettendo la configurabilità di « obbligazioni senza prestazione », propone ricostruzioni ermeneutiche ispirate alla dogmatica classica del diritto delle obbligazioni (E. NAVARRETTA, *L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 7-8, pp. 1453-1464; EAD., *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in N. LIPARI e P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, vol. IV, tomo III, Giuffrè, Milano 2009, pp. 233 ss.), è stata peraltro recepita dalla Corte di Cassazione (Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in questa *Rivista*, 2001, 4-5, p. 831, con nota di A. FIORI e E. D'ALOJA, *La responsabilità professionale dei medici dipendenti del servizio sanitario nazionale dopo la sentenza della Cassazione civile n. 589/1999 detta del "contatto sociale"*). Rappresenta, pertanto, un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato che « l'ospedale risponde a titolo contrattuale dei danni patiti dal paziente, per fatto proprio, ex art. 1218 c.c. [...] ovvero per fatto altrui, ex art. 1228 c.c., ove siano dipesi dalla colpa

dei sanitari di cui l'ospedale si avvale » (Cass. civ., sez. III, 3 febbraio 2012, n. 1620, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 2, p. 124; Cass. civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, in *Danno e Resp.*, 2007, 7, p. 811; Cass. civ., sez. III, 14 giugno 2007, n. 13953 in *Foro It.*, 2008, 6, 1, c. 1990; Cass. civ., sez. III, 2 febbraio 2005, n. 2042, in *Danno e Resp.*, 2005, 4, p. 441; Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2004, n. 13066, in *Danno e Resp.*, 2005, 5, p. 537; Cass. civ., sez. III, 20 aprile 1989, n. 1855, in *Foro It.*, 1990, I, c. 1970), non trovando applicazione l'art. 2049 c.c., che disciplina ipotesi di responsabilità extracontrattuale (U. RUFFOLO (a cura di), *La responsabilità medica*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 114-124), né rilevando, in proposito, alcuna distinzione a seconda che il medico sia legato alla struttura sanitaria da un contratto di lavoro subordinato, da un contratto di prestazione d'opera intellettuale, o che questi sia semplicemente medico di fiducia del paziente (Cass. civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, in *Giur. It.*, 2008, 1, p. 63; Cass. civ., sez. III, 14 giugno 2007 n. 13953, in *Foro It.*, 2008, 6, 1, c. 1990; Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2004 n. 13066, in *Arch. Giur. Circolaz.*, 2005, p. 632; Cass. civ., sez. III, 25 febbraio 2005, n. 4058 in *Guida al dir.*, 2005, 16, p. 67; Cass. civ., sez. un., 28 luglio 2005, n. 15781, in *Giur. It.*, 2006, 7, p. 1380), così come è da tempo venuta meno qualsiasi diversità di trattamento, in materia di responsabilità medica, tra strutture sanitarie pubbliche e case di cura private (Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 11, 1, p. 2576; Cass. civ., sez. III, 25 febbraio 2005, n. 4058, in questa *Rivista*, 2005, p. 943; Cass. civ., sez. III, 16 maggio 2000 n. 6318, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p. 940, con nota di M. GORGONI, *L'incidenza delle disfunzioni della struttura ospedaliera sulla responsabilità "sanitaria"*). Dall'inquadramento contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria, fondato su un contratto vero e proprio ovvero su un mero contatto sociale, la pronuncia in esame fa discendere un regime di ripartizione dell'onere della prova in armonia con la previsione dell'art. 1218 c.c., nel senso che « l'onere probatorio non grava sul soggetto che si afferma danneggiato, che deve limitarsi a dimostrare l'esistenza del contratto (o del contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia, allegando poi l'inadempimento del debitore come astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, bensì sul convenuto tenuto a dimostrare che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur essendo, esso non è stato eziologicamente rilevante » (Cass. civ., sez. III, 21 luglio 2011, n. 15993, in *Giust. civ. mass.*, 2011, 9, p. 1219; Cass. civ., sez. III, 30 giugno 2011, n. 14405, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 12, p. 2525, con nota di L. GAVAZZI, *La responsabilità della struttura sanitaria e del medico dipendente: breve excursus sulle evoluzioni giurisprudenziali che hanno caratterizzato la materia*; Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 4, p. 849), laddove un orientamento giurisprudenziale precedente, pur nella cornice dell'inversione dell'onere della prova dell'imputabilità dell'inadempimento in favore del danneggiato, faceva gravare sullo stesso la prova del nesso di causalità (*ex multis*, Cass. civ., sez. II, 31 luglio 2006, n. 17306, in *Mass. giur. it.*, 2006; Cass. civ., sez. III, 18 aprile 2005, n. 7997, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 5, p. 402; Cass. civ., sez. III, 23 febbraio 2000, n. 2044, in *Giur. It.*, 2000, p. 2015). Infatti, si affermava, « in base al principio di riferibilità o vicinanza della



prova compete al medico, che è in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore, provare l'incolpevolezza dell'inadempimento (ossia della impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore) e la diligenza nell'adempimento, tanto più se l'esecuzione della prestazione consista nell'applicazione di regole tecniche, sconosciute al creditore in quanto estranee al bagaglio della comune esperienza e specificamente proprie di quello del debitore: mentre compete al paziente l'onere di allegare l'inesattezza dell'adempimento » (Cass. civ., sez. III, 21 giugno 2004, n. 11488, in *Danno e Resp.*, 2005, p. 23; Cass. civ., sez. III, 8 ottobre 2004, n. 20073, in *Giust. civ. mass.*, 2004, p. 10; Cass. civ., sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297, in questa *Rivista*, 2005, p. 1273). Presupposto logico di tale inversione di rotta in materia di prova del nesso causale è la negazione della distinzione tra obbligazioni di mezzo ed obbligazioni di risultato con riguardo alla distribuzione dell'*onus probandi* (Cass. civ., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 04, p. 856, con nota di M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo / risultato*; Cass. civ., sez. un., 28 luglio 2005, in *Contratti*, 2006, p. 349). E la verifica della sussistenza del nesso causale deve essere affidata non allo standard penalistico dell'« andare oltre ogni ragionevole dubbio », bensì a quello del « più probabile che non », secondo un orientamento della giurisprudenza di legittimità ormai consolidato (Cass. civ., sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2, p. 323; Cass. civ., sez. III, 21 settembre 2012, n. 16047; Cass. civ., sez. III, 26 luglio 2012, n. 13214, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, p. 78; Cass. civ., sez. III, 17 luglio 2012, n. 12217; Cass. civ., sez. III, 18 giugno 2012, n. 9927). Al riguardo, la giurisprudenza ha ulteriormente specificato che il criterio della *condicio sine qua non*, con il giudizio controfattuale che lo sostanzia, deve essere corretto da quello della causalità adeguata (Cass. civ., sez. III, 9 ottobre 2012, n. 17143, in *Diritto e Giust.*, 2012, 10 ottobre, p. 816; Cass. civ., sez. lav., 27 aprile 2012, n. 6562, in *Diritto e Giust.*, 2012, 3 maggio, p. 472; Trib. Bari, Sez. III, 19 febbraio 2008), ancorato a « criteri di probabilità scientifica e, ove questi non risultino esaustivi, di probabilità logica, tesa a chiarire se, probabilmente, ovvero secondo quello che accade nella gran parte dei casi, l'evento si sarebbe avverato anche se il comportamento omesso fosse stato posto in essere » (*ex plurimis*, L. NOCCO, *Il nesso di causalità ed il concorso di cause nella responsabilità sanitaria*, in G. COMANDÉ, *Persona e tutele giuridiche*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 251-291; Cass. civ., sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21617, in *Resp. civ. prev.* 2008, 2, p. 323, con nota di L. LOCATELLI, *Causalità omissiva e responsabilità civile del medico: credibilità razionale o regola del "più probabile che non"?*; Trib. Bari, sez. II, 21 novembre 2011, n. 3708; Trib. Bari, 7 novembre 2011, n. 3467; Trib. Modena, sez. I, 6 ottobre 2011, n. 1533; Trib. Catanzaro, sez. II, 29 agosto 2011; Trib. Udine, 27 luglio 2011).

(3) La pronuncia in esame, nell'affrontare il problema, privo di una casistica giurisprudenziale profonda in ambito civilistico (M. QUADRELLI, *Le responsabilità nell'esercizio dell'attività sanitario-infermieristica e della caposala*, in *Sanità Pubbl.*, 2010, 6, pp. 34-48),

dell'imputazione della responsabilità in capo ai singoli componenti dell'*équipe* medica autrice dell'errore diagnostico, segue l'orientamento stabilito da una decisione della Cassazione nel 2001 (Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2001, n. 6502, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 6, p. 1173, con nota di M. GORGONI, *Il consolidamento di una generica esigenza equitativa alla base dell'affermazione della responsabilità sanitaria*), secondo cui il c.d. principio di affidamento, che vale ad escludere che il membro dell'*équipe* possa essere chiamato a rispondere per il fatto dell'altro, deve essere opportunamente integrato dal diverso principio delle « responsabilità di tutti i soggetti in un quadro operativo che presuppone programmazione, controllo e non cieca esecuzione di ordini » (G. BONILINI, *Codice ipertestuale*, cit., p. 660; M. DE LUCA, *La responsabilità medica*, cit., pp. 140-141). Tale integrazione, che la sentenza n. 6502/2001 recepisce dalla giurisprudenza penalistica (Cass. pen., sez. IV, 17 novembre 1999, n. 556, in *Dir. Pen. e Processo*, 2000, p. 1626; Cass. pen., sez. IV, 28 giugno 1996, n. 7363, in questa *Rivista*, 1998, p. 169), deve considerarsi tanto con riguardo alla dimensione verticale dell'*équipe* chirurgica, relativa ai rapporti gerarchici tra capo-*équipe* e sottoposti, quanto con riferimento alla sua dimensione orizzontale, relativa cioè ai rapporti tra medici di diversa specializzazione, ma operanti su di un piano di parità (G. BONILINI, *op. cit.*, p. 659; F. AMBROSETTI *et al.*, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, UTET, Torino 2003, 111; M. GORGONI, *L'incidenza delle disfunzioni della struttura ospedaliera sulla responsabilità "sanitaria"*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 959; M. DE LUCA, *op. cit.*, p. 141). A rilevare, nel caso in esame, è la dimensione verticale, che chiama in causa la responsabilità del capo-*équipe* (nella specie, il primario), autore della errata scelta all'origine del danno subito dal paziente. In proposito, devono ritenersi responsabili dell'errore diagnostico-terapeutico anche i restanti membri dell'*équipe* chirurgica, atteso che questi non hanno manifestato il proprio dissenso in ordine alle decisioni del primario. Infatti, tanto nel civile quanto nel penale, « nel caso di lavoro in *équipe*, ad una responsabilità di tipo apicale incombente sul primario, se ne affianca un'altra che colpisce tutti gli operatori a vario titolo, e per quanto di competenza, partecipanti all'intervento chirurgico » (A. IACHINO, *Sulla responsabilità medica: note a margine di Cass. pen., sez. IV, 18 maggio 2005 n. 1856*, in *Rass. giur. san.*, 2006, pp. 398-402). Se, infatti, l'attività dei sottoposti è vincolata alle istruzioni del capo-*équipe*, è peraltro altrettanto vero che, a carico dei primi, è "fatto salvo l'onere di perizia e diligenza e il dovere di manifestare il proprio dissenso a fronte di scelte errate" (Cass. civ., 10 maggio 2001, n. 6502, cit.). Da un lato, pertanto, sulla base del « principio di affidamento », ciascun componente è tenuto ad eseguire con la massima diligenza le proprie funzioni, non dovendo essere ritenuto responsabile per fatti attinenti le competenze di altri specialisti; per cui solo a chi spetta sorvegliare l'attività altrui può competere tale operato, mentre gli altri sono tenuti a svolgere al meglio il proprio lavoro. Dall'altro lato, sulla base del c.d. « principio delle responsabilità », nel perseguire un fine comune, tutti i membri dell'*équipe* sono tenuti ad assolvere agli obblighi posti in funzione del perseguimento del fine stesso, tra i quali

rientra pienamente il dovere di esprimere il proprio dissenso, basato sulla necessaria perizia e diligenza, verso le scelte terapeutiche dei membri sovraordinati dell'*équipe* chirurgica (F. FRÈ, *Responsabilità professionale del medico dipendente del S.S.N.*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2007, 7, pp. 727-736). Infatti, l'orientamento giurisprudenziale che ha sempre considerato con una certa severità la responsabilità del primario e del capo-*équipe*, cui è attribuita una posizione di garanzia nei confronti del paziente (Cass. civ., sez. III, 29 novembre 2010, n. 24144, in *Giust. civ. mass.*, 2010, 11, p. 1523; Cass. civ., sez. III, 30 giugno 2005, n. 13979, in *Rass. giu. san.*, 2006, 261-262, p. 437; Cass. civ., sez. III, 25 febbraio 2005, n. 4058, in *Guida al dir.*, 2005, 16, p. 67; Cass. civ., sez. III, 16 maggio 2000, n. 6318, in questa *Rivista*, 2001, p. 189; Cass. civ., 26 agosto 1987, n. 7030, in *Informazione prev.*, 1988, p. 480), è integrato, nel caso di specie, dalla posizione di chi intende affiancare accanto alla responsabilità del capo-*équipe*, quella dei compartecipi delle sue decisioni diagnostico-terapeutiche rivelatesi errate (Cass. civ. Sez. III, 27 febbraio 2004, n. 4013, in *Danno e resp.*, 2004, 10, p. 1015; Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2001, n. 6502, in questa *Rivista*, 2002, p. 631); per cui, il rispetto delle direttive impartite dal superiore non legittima in ogni caso la condotta dei soggetti preposti. Di conseguenza, la giurisprudenza di merito ha precisato che « il rapporto di subordinazione tra due sanitari, quali il primario di una divisione ospedaliera e l'assistente, non può essere in nessun caso considerato tanto assoluto e vincolante da far ritenere che il sottoposto, nell'uniformarsi alle disposizioni del superiore, che concretizzano una condotta colposa, non vi cooperi volontariamente, e da esonerarlo, conseguentemente, dalla responsabilità per l'evento derivante da quella condotta » (App. Caltanissetta, 15 gennaio 2003, in *Foro it.*, 2005, II, c. 621).

(4) La pronuncia in esame, sullo sfondo di una concezione unitaria del danno non patrimoniale fondata sulla lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cc, in conformità con l'indirizzo espresso dalle cc.dd. « sentenze di San Martino » (Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972/5, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1, p. 38; in *Foro it.*, 2009, 1, I, c. 120; in *Danno e resp.*, 2009, 1, p. 19; sul rapporto tra le componenti del “nuovo” danno non patrimoniale unitario, v. E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1, p. 63), accede alla distinzione, sorta in campo medico-legale ed elaborata dalla dottrina (F. BUZZI, *Unitarietà o dicotomia per la medicina legale nel sottosistema della RCA?*, in questa *Rivista*, 2012, 1, pp. 1-14), tra macropermanenti e micropermanenti, ossia tra danni alla salute, rispettivamente, superiori ed inferiori alla soglia del 10% nella scala dei punti d'invalidità permanente medicalmente accertati (*ibid.*). La distinzione in esame, che costituisce ormai parte integrante della giurisprudenza di legittimità in materia di liquidazione del risarcimento del danno alla persona (Cass. civ., sez. III, 1° giugno 2010, n. 13431, cit.; Cass. civ., sez. III, 8 novembre 2007, n. 23293, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2, p. 295, con nota di D. CHINDEMI, *Incapacità lavorativa specifica e prova del danno*; Cass. civ., 9 gennaio 2001,

n. 239, in *Giust. civ. mass.*, 2001, p. 591, con nota di C. CICERO, *I postumi invalidanti c.d. micropermanenti nella giurisprudenza della Suprema Corte*; Cass. civ., sez. III, 20 gennaio 1997, n. 535, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 162, con nota di G. GIANNINI, *Micropermanenti e così sia*), ha trovato, altresì, uno sbocco sul piano legislativo con l'emanazione di tabelle indicative di legge in ambito RCA, in cui peraltro la soglia distintiva è abbassata al 9% (l. n. 57/2001 e seguente d.m. del 3 luglio 2003; d.lgs. n. 209/2005, c.d. "Codice delle assicurazioni private" e seguente d.m. del 17 giugno 2011), al fine di promuovere una maggiore certezza nella liquidazione del risarcimento. Le tabelle, tuttavia, hanno attirato le critiche tanto del Consiglio di Stato (parere n. 4209 del 17 novembre 2011, come citato in F. BUZZI, *Unitarietà o dicotomia*, cit., pp. 1-2) quanto di parte della dottrina (U. BRECCIA *et al.*, *Diritto privato*, tomo II, UTET, Milano 2001, p. 679; G. PONZANELLI, *Micropermanenti, "undercompensation" e censure di incostituzionalità*, in *Danno e Resp.*, 2002, p. 313; A. NANNIPIERI, *La nuova legge sulle microinvalidità: una soluzione inadeguata da rivedere*, in *Danno e Resp.*, 2001, p. 573; G. PONZANELLI, *La nuova disciplina delle micropermanenti*, in *Danno e Resp.*, 2001, p. 453). Il legislatore, infatti, non avrebbe tenuto conto, in concreto, della disposizione normativa contenuta nell'art. 138, co. 2°, lett. c, cod. ass., secondo cui « l'incidenza della menomazione sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato cresce in modo più che proporzionale rispetto all'aumento percentuale assegnato ai postumi », con la conseguenza che « un eventuale scostamento del testo regolamentare dal criterio previsto espressamente dalla legge autorizzativa provocherebbe con molta probabilità la disapplicazione della norma regolamentare da parte del giudice civile investito dalla domanda risarcitoria » (G. COMANDÉ, *La "nuova" valutazione delle macropermanenti*, in G. COMANDÉ e R. DOMENICI (a cura di), *La valutazione delle macropermanenti. Profili pratici e di comparazione*, Edizioni ETS, Pisa, 2005, pp. 165 ss.; M. BARGAGNA e F.D. BUSNELLI, *La valutazione del danno alla salute: profili giuridici, medicolegali e assicurativi*, CEDAM, Padova, 2001, *passim*). In ogni caso, la distinzione tra danno biologico di lieve e di non lieve entità trova fondamento nella volontà di favorire le vittime di macrolesioni nella ripartizione del totale risarcibile, anche al fine di contenere gli elevati costi assicurativi legati ai rispettivi sinistri (G. PONZANELLI, *Il problema delle microlesioni: uguaglianza nella diversità o diversità nell'uguaglianza?*, in G. COMANDÉ e R. DOMENICI, *La valutazione delle macropermanenti*, cit., pp. 9-14). Non è un caso, infatti, che in sede di contrattazione politica del sistema di tabellazione summenzionato la distinzione tra macro e micropermanenti sia stata innalzata dal 3-4% al 9%, in contrasto con la precedente prassi medico-legale e con la consolidata disciplina dell'infortunistica del lavoro (P. ARBARELLO, *Postilla*, in questa *Rivista*, 2012, 1, p. 30). Dalla *ratio* che ispira la distinzione discende, infatti, una ripartizione dell'onere probatorio, in materia di risarcimento del danno patrimoniale da lucro cessante, che si atteggia diversamente a seconda che il soggetto danneggiato abbia subito lesioni di lieve ovvero di non lieve entità. I pregiudizi permanenti di modesta entità, non traducendosi, di regola, in una contrazione

della capacità di produrre reddito, danno origine a soli danni non patrimoniali, a meno che il danneggiato non sia in possesso di elementi concreti atti a vincere tale presunzione giudiziale (Cass. civ., sez. III, 1° giugno 2010, n. 13431, in *Giust. civ. Mass.* 2010, 6, p. 861; Cass. civ., sez. III, 20 ottobre 2005, n. 20317, in *Nuova Giur. Civ.*, 2006, 10, p. 1076; Cass. civ., se. III, 10 agosto 2004, n. 15418, in *Arch. Giur. Circolaz.*, 2005, p. 220; Cass. civ., sez. III, 8 marzo 2002, n. 3434, in *Giust. civ. mass.*, 2002, p. 427; L. DI BONA, *La valutazione delle "micropermanenti" tra capacità lavorativa e danno biologico: il punto della Cassazione*, in *Danno e Resp.*, 2003, p. 874; G. DE MARZO, *Il risarcimento delle lesioni di lieve entità*, in *Danno e Resp.*, 2001, p. 456). Da pregiudizi permanenti di una certa entità, viceversa, pur sempre « sulla base di specifiche allegazioni », possono derivare menomazioni nella capacità reddituale, spettando, se del caso, al responsabile, l'onere di provare che, a onta della gravità del pregiudizio, non sussiste, in concreto, alcun danno di natura patrimoniale (D. POLETTI, *Il danno risarcibile*, cit., p. 391). A questa impostazione, c.d. *funzionalista*, che intende « redistribuire il risarcimento globalmente disponibile, soprattutto a favore dei macrolesi » (F. BUZZI, *Unitarietà o dicotomia*, cit., p.10), si contrappone la ricostruzione di chi, contestando la logica sottesa alla distinzione tra micro e macrolesioni, prospetta una tesi c.d. *panriparatoria*, favorevole « ad un risarcimento che assicuri un'integrale riparazione del danno anche alle piccole lesioni » (*ibid.*), sulla base del carattere unitario del bene salute naturalisticamente inteso. Le vicende della liquidazione del danno non patrimoniale sono venute ulteriormente ad intricarsi il 31 ottobre 2012, data della conversione in legge del c.d. decreto Balduzzi (d.l. n. 158/2012); il quale prevede, nella sua formulazione attuale, che « il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria » sia risarcito « sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 »; con la conseguenza che anche il settore della responsabilità medica, oltre ad essere singolarmente ricondotto *ex lege* sotto l'art. 2043 c.c. (art. 3, co. 1), viene sottoposto a quel sostanziale "calmiere" che era originariamente predisposto per la sola responsabilità civile automobilistica, suggellando così la crisi definitiva della « vocazione nazionale » delle tabelle milanesi, peraltro già revocata in dubbio dalla giurisprudenza sia di legittimità (Cass. civ., sez. lav., 2 agosto 2011, n. 16866) sia di merito, soprattutto da parte del Tribunale di Roma (Trib. Roma, 13 luglio 2012, n. 14648; Trib. Roma, 22 febbraio 2012; Trib. Roma, 4 gennaio 2012, n. 163; Trib. Roma, 2 gennaio 2012, n. 44; Trib. Roma, 25 ottobre 2011, in *Foro it.*, 2011, 11, I, c. 3159. Si veda inoltre, per ulteriori riferimenti, [www.lider-lab.org](http://www.lider-lab.org)).

ANDREA PARZIALE