

Il tramonto di un “sottosistema” della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*

Umberto Izzo**

Ricercatore di Diritto Privato Comparato – Università di Trento

Il saggio esamina in chiave critica la più recente evoluzione giurisprudenziale della responsabilità medica, attraverso l'analisi di quattro importanti sentenze di legittimità emanate nella primavera del 2004 dalla III Sezione della S.C. Emerge da questo studio che la configurazione delle regole operazionali oggi avviate a governare l'accertamento della causalità e del criterio di imputazione nella r.c. medica revochi in dubbio l'esistenza di una specificità propria di questo “sottosistema di regole”, atta ad interpretare la peculiarità fenomenologica che caratterizza la tipologia di attività da cui promana il contenzioso medico-paziente.

Nell'ambito della responsabilità civile, un sistema di regole giurisprudenziali deputate all'aggiudicazione di una specifica tipologia di azioni risarcitorie entra in crisi quando è dato constatare che le soluzioni su cui viene plasmata l'operatività delle regole, che nella *law in action* dei tribunali si rivelano determinanti per orientare l'esito di quella data categoria di controversie, si evolvono omettendo di considerare la specificità fenomenologica che contraddistingue la tipologia di attività da cui trae origine il contenzioso, e su cui quella evoluzione, invariabilmente, manifesta i suoi effetti.

In casi del genere, ovviamente, parlare di “crisi di un sistema di regole” è solo un espediente, al più una metafora allusiva. Perché le regole, evolvendosi, non entrano mai in crisi. La crisi invece invariabilmente cattura quanti operano nella consapevolezza di essere sottoposti alle regole operazionali di responsabilità che esiteranno da quella evoluzione, se è vero che ogni singola aggiudicazione processuale – che sotto i riflettori del processo presenta caratteristiche e specificità intraducibili (e quindi destinate a rimanere inesprese) nella massima destinata ad inserire e tramandare il senso dell'aggiudicazione così effettuata nel sistema dei precedenti, per poi propiziare nuove proposte sistematico-ricostruttive da parte degli studiosi – innesca un meccanismo di retroazione socio-comportamentale che non tarda mai a manifestarsi fra quanti operano nel settore di attività interessato da quella decisione¹.

Cosa sta accadendo in quel sottosistema della responsabilità civile che una voce dottrinale tempo fa ha provveduto ad individuare, battezzandolo con il fortunato

* Il saggio rielabora il testo di una relazione svolta dall'autore nell'ambito dell'incontro di studio “La responsabilità penale e civile del medico”, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura -- Ufficio dei Referenti per la Formazione Decentrata del Distretto della Corte di Appello di Napoli, a Napoli, Castel Capuano, il 28 ottobre 2004.

**E-mail: izzo@jus.unitn.it

¹ Sulle virtù della c.d. *context specific tort analysis* si rinvia alle considerazioni svolte in U. Izzo, *La precauzione nella responsabilità civile. Analisi di un concetto sul tema del danno trasfusionale*, Padova, 2004, 83 ss.

sintagma (nominale) “responsabilità medica”²? I tempi, come si vedrà, sembrano essere ormai maturi per imbastire sul tema una riflessione che – parafrasando il titolo di un bel saggio monografico apparso un paio di lustri fa in dottrina – esplori le “sorti del medico” al cospetto di un giudizio di responsabilità civile, per domandarsi (senza nutrire soverchie illusioni) quante chances di rimanere indenne dalla declaratoria di responsabilità egli possa ragionevolmente coltivare al termine del processo che l’ha visto coinvolto.

La tesi che vorrei dimostrare in questa riflessione muove proprio dal significato sistematico a cui in dottrina qualche anno fa si è voluto alludere, coniando il sintagma appena ricordato: nel far ciò, infatti, si mirava a mettere in esponente come, ad una certissima disamina della casistica stratificatasi in materia, l’evoluzione giurisprudenziale mostrasse d’aver modificato l’operatività delle “comuni” regole di r.c. tutte le volte in cui accadeva che queste ultime fossero applicate ad uno specifico settore di attività, latamente individuato dal fatto di avere ad oggetto lo svolgimento di un servizio professionale volto a ristabilire o migliorare la salute. Si enfatizzava, così facendo³, il riscontro di una specificità propria della responsabilità medica rispetto alla “responsabilità civile generale”, verificando e mettendo in evidenza come in tale settore le corti avessero finito per distillare ed applicare regole operazionali disegnate *ad hoc* per far sì che i temi probatori assegnati alle parti protagoniste di questa particolare tipologia di contenzioso tenessero conto della specificità e della caleidoscopica varietà di situazioni in cui la specialità (e le peculiari caratteristiche) dell’atto medico poteva(no) reificarsi in concreto, in un contesto segnato dall’incessante sviluppo delle conoscenze scientifiche e tecnologiche.

Ecco dunque enucleata sul campo - si soggiungeva - la riprova che, con riferimento al “sottosistema” responsabilità medica, la distinzione fra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale mostrasse d’essere entrata in crisi, o non fosse più attuale, ovvero che, in ogni caso, questo “sottosistema” potesse descriversi nei termini di un regime di regole transtipiche, ibride rispetto alle implicazioni probatorie tradizionalmente scaturenti dal rispetto della collocazione della regola di responsabilità formalmente applicata all’interno della *summa divisio* “contratto/fatto illecito” predisposta dalla tradizione e recepita dalla struttura del codice civile⁴.

Svolgere il ragionamento annunciato dal titolo di queste pagine implica passare in rassegna un gruppo di sentenze particolarmente coeso e recente (di queste pronunce, la prima è stata depositata ad aprile, la seconda e la terza a maggio, l’ultima nel giugno del 2004) con le quali la terza sessione della Corte di Cassazione, disvelando gli esiti di una risoluta opera di nomofilachia interna, sembra aver voluto scolpire i tratti che

² R. De Matteis, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, *passim*.

³ De Matteis, *La responsabilità medica. Un sottosistema*, *op. cit.*, 394, “emerge così un quadro, nell’ambito della responsabilità medica, variamente articolato in una serie di regole di origine giurisprudenziale; regole, certamente introdotte per reagire alle implicazioni che sul piano probatorio venivano fatte discendere dall’adesione incondizionata alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, ma che di fatto vanificano il senso di questa distinzione, cui negli enunciati viene pur sempre attribuito formale ossequio”.

⁴ De Matteis, *La responsabilità medica*, *op. cit.*, 46, ricordando G. Visintini, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (Una distinzione in crisi?)*, *Rass. dir. civ.*, 1983, 1077; F. Giardina, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 79; e V. Roppo, *La responsabilità civile dell’impresa nel settore dei servizi innovativi*, *Contratto e impr.*, 1993, 891, spec. 893.

caratterizzeranno la fisionomia della responsabilità medica destinata ad essere applicata nei prossimi anni dai tribunali della penisola⁵.

Protagonisti di questa analisi saranno i due fattori chiave del “sottosistema” su cui riflettiamo, ovvero le regole operazionali che governano l’accertamento della causalità e del criterio di imputazione nella r.c. medica, elementi al cui positivo riscontro processuale consegue invariabilmente l’ascrizione del danno lamentato dal paziente alla responsabilità (del professionista o più spesso) dell’ente sanitario di turno.

La perdita di chance nella causalità medica

Cominciamo dalla causalità. Sembra essere lei la protagonista di Cass. 4400/2004, la sentenza che – come rilevano i primi, entusiastici, commenti⁶ -- completa il trionfo di una voce dottrinale che, muovendo dalla visuale del diritto penale e propugnando in quella sede con successo la necessità di serrare le maglie dell’accertamento della causalità entro i rigorosi confini segnati da (ciò che le S.U. penali, accogliendo la tesi, hanno poi provveduto a definire) un “alto o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica”⁷, aveva apertamente imputato il distorto ricorso alla tutela penale al fatto che il diritto civile italiano non si fosse attrezzato di teorie in grado di rispondere efficacemente all’esigenza di tutela delle vittime. L’incapacità di soddisfare attese di giustizia (altrimenti destinate ad incanalarsi in sede penale) avrebbe potuto essere superata facendo proprie in sede civile soluzioni innovative e coraggiose accolte in altre esperienze giuridiche (ed in particolare in quelle di common law), ove la domanda di giustizia delle vittime è abituata a fare i conti col fatto che l’accertamento delle condizioni che governano la concessione processuale della tutela penale si svolge tradizionalmente alla luce del severo prisma probatorio dell’ “oltre ogni ragionevole

⁵ Si tratta della quaterna composta da Cass. 4 marzo 2004, n. 4400 (pubblicata in questa *Rivista*, 2005, 1, con commenti di M. Feola, *Il danno da perdita di chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*, e L. Nocco, *La “probabilità logica” del nesso causale approda in sede civile*); Cass. 19 maggio 2004, n. 9471; Cass. 28 maggio 2004, n. 10297; Cass. 21 giugno 2004, n. 11488 (pubblicate in questa *Rivista*, 2005, 23, con commento di R. De Matteis, *La responsabilità medica ad una svolta?*, dei cui passi salienti si darà ampio conto nel prosieguo di questa riflessione).

⁶ Si veda soprattutto A. D’Alessandro, *La perdita di chances secondo la Cassazione civile: una tutela della “vittima” effettiva e praticabile*, nota a Cass. 4 marzo 2004, n. 4400, *Cass. Pen.*, 2004, 883, ma anche i due commentatori della sentenza indicati alla nota che precede.

⁷ Cass. Sez. Un. pen., 11 settembre 2002, Franzese, n. 30328, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1133; su cui la lucida analisi critica di R. Blaiotta, *La causalità nella responsabilità professionale. Tra teoria e prassi*, Milano 2004, 68 ss. e 201 ss. Mette conto rilevare che la sentenza di cui stiamo cominciando a discutere, nell’economia della sua motivazione, mostra di prestare ossequio al precedente di legittimità penale: “ciò che va specificato, applicando anche in questa sede civile risarcitoria, i principi già espressi in sede penale (Cass. Pen. S.U. 11.9.2002, n. 30328, Franzese), tenuto conto che il nesso di causalità materiale va determinato a norma degli artt. 40 e 41 c.p., è che non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell’ipotesi dell’esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell’evidenza disponibile, così che, all’esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l’esistenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva o in ogni caso colpevole del medico è stata condizione necessaria dell’evento lesivo con elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica”. Come però questa affermazione si concili con le conseguenze operazionali discendenti dall’argomentazione poi sviluppata dai giudici di legittimità civili appare un interrogativo su cui il testo della motivazione di Cass. 4400/2004 non sembra fare sufficientemente luce, nonostante l’affermazione di chi, nel commentare la sentenza in discorso, ha ritenuto in tal modo “cessata la divaricazione fra causalità penale e civile”, così Nocco, *La “probabilità logica” del nesso causale approda in sede civile*, cit., 14.

dubbio”⁸.

Come è stato rilevato in sede di primi commenti, la sentenza compierebbe proprio il coraggioso passo invocato da una parte della dottrina penalistica per far sì che la giustizia civile possa “finalmente” soddisfare quelle aspettative di tutela che in passato finivano per essere impropriamente convogliate nel circuito delle corti penali. E lo farebbe elevando enormemente le chances risarcitorie coltivabili in sede civile dal paziente persuaso di essere rimasto vittima di un errore diagnostico nel corso di un trattamento sanitario. Perché, con riferimento a questa porzione consistente del contenzioso medico-paziente, la sentenza avrebbe per la prima volta sdoganato nel sottosistema della responsabilità medica una regola di giudizio davvero innovativa che in termini operazionali può essere riassunta nel modo che segue.

Data per scontata, infatti, -- al cospetto di un accertamento causale omissivo come quello che invariabilmente contraddistingue le fattispecie processuali nelle quali si lamenta che un corretto o tempestivo intervento medico diagnostico avrebbe potuto salvare la vita (od impedire l’aggravamento delle condizioni di salute) del paziente – l’impossibilità logica di dimostrare con margini di certezza naturalistica che il corretto o tempestivo agire terapeutico sarebbe valso ad evitare il danno, la regola di giudizio avallata dalla Cassazione muove dalla consapevolezza che in casi del genere il giudizio giuridico sulla causalità prende forma e si sviluppa invariabilmente dai coefficienti probabilistici con i quali gli esperti sono soliti concludere le proprie relazioni peritali: “se l’aneurisma fosse stato diagnosticato in tempo il paziente avrebbe avuto il 30% di possibilità di sopravvivere svolgendo le cure del caso”, oppure “se il tumore fosse stato diagnosticato in tempo il soggetto avrebbe avuto la possibilità di essere curato sopravvivendo nel 50% dei casi”.

Questi coefficienti, in passato e purtroppo con riferimento a soglie “aggiudicative” assai variabili, sono stati impiegati per stilare il verdetto finale sull’efficienza causale che l’azione diagnostica mancata – ove espletata correttamente e tempestivamente – avrebbe avuto al fine di evitare il danno, e comunque per soddisfare l’interesse del paziente alla salvaguardia del suo “bene” salute. Il risultato di questa valutazione giuridica atteneva all’*an* della responsabilità e l’esito risarcitorio per il paziente si atteggiava inevitabilmente in termini draconiani: tutto o niente.

Dando ingresso alla dottrina della perdita di chances in punto di valutazione della causalità omissiva fra evento morte o compromissione delle condizioni di salute del paziente e corretta azione diagnostica del sanitario, la Cassazione sposta il termine di riferimento finale su cui la lettura giuridica dei coefficienti probabilistici esitati dall’indagine degli esperti è destinata ad incidere.

Questo termine non corrisponderà più come in passato al mancato raggiungimento del risultato sperato e quindi all’evento lesivo (considerato nella sua integralità ed infrazionabilità) conseguito a tale mancato risultato, da quantificarsi e liquidarsi nel dispositivo di condanna in tutte le sue articolazioni dannose e nella sua globale consistenza monetaria. Esso atterrà invece direttamente al danno, inteso quale perdita della possibilità di conseguire quel risultato, una perdita di possibilità considerata “bene” giuridico distinto ed autonomamente giustiziabile rispetto al “bene” che l’ottenimento di quel risultato sarebbe valso a tutelare nella sua interezza. In altri termini, la nuova lettura giuridica dei coefficienti probabilistici prodotti dagli esperti li patrimonializza e li rende risarcibili in quanto tali, quali espressione di un “bene”

⁸ F. Stella, *Giustizia e modernità*, 2 ed., 2002, 46 ss., 59 ss. e *passim*.

autonomo e distinto da quello che una corretta e tempestiva attività diagnostica sarebbe valsa a tutelare. Risvolto emblematico di questa differenza sostanziale è il fatto – ha rimarcato la Cassazione – che per ottenere il risarcimento della chance di cura perduta occorrerà formulare una domanda processualmente distinta da quella che si è soliti spiegare per ottenere tutela risarcitoria per il mancato raggiungimento del risultato atteso dalla prestazione diagnostica⁹.

Ma come liquidare le mere *chances* di guarigione perduta, questo “oggetto di tutela” che si distingue dal danno legato al mancato conseguimento del risultato per il fatto di rendere giustiziabile una semplice possibilità, giuridicamente protetta in quanto identificante una mera aspettativa di fatto ritenuta risarcibile? Lo si liquida attraverso una finzione giuridica, che viene avallata introducendo la necessità di valutare la “portata effettuale della condotta illecita sul danno finale”, ovvero calcolando il danno nella sua interezza, come se in giudizio fosse stata raggiunta la certezza che la diagnosi correttamente effettuata avrebbe bloccato il processo causale patologico, per poi applicare alla somma così ottenuta quel coefficiente probabilistico individuato in giudizio dagli esperti in punto di causalità omissiva, che finisce così per assumere la foggia di un dividendo attraverso il quale tentare di dare coerenza ad una liquidazione che non ha altri indici concreti su cui basarsi se non quelli che, attraverso un’operazione puramente intellettuale, possono essere agganciati alla considerazione che una condotta giudicata contraria ai canoni della diligenza esigibile ha frustrato un tot di probabilità rimaste (purtroppo) tali in natura.

A monte di questa costruzione giuridica c’è ovviamente un passaggio argomentativo che corre sul filo dell’analogia, guardando a soluzioni da tempo invalse in giurisprudenza con riferimento a fattispecie diverse da quella che stiamo esaminando¹⁰, ma c’è anche, nelle vesti di suggeritore (questa volta non) occulto, il diritto comparato¹¹.

⁹ In Cass. 4400/2004 si osserva infatti: “nell’ambito della responsabilità dei medici, per prestazione errata o mancante, cui è conseguito il danno del mancato raggiungimento del risultato sperato, se è stato richiesto solo questo danno, non può il giudice esaminare ed eventualmente liquidare il danno da perdita di chances, che il creditore della prestazione sanitaria aveva, neppure intendendo questa domanda come un minus rispetto a quella proposta, costituendo, invece domande diverse, non ricomprese l’una nell’altra”.

¹⁰ Per una rassegna sulle tipologie di fattispecie giurisprudenziali ove la *doctrine* è stata invocata, con o senza successo, v., oltre ai già indicati primi commenti a Cass. 4400/2004, M. Feola, *Nesso di causalità e perdita di chances nella responsabilità civile del professionista forense*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 151; A. M. Paces, *Alla ricerca delle chances perdute: vizi (e virtù) di una costruzione giurisprudenziale*, nota a Trib. Roma 28 ottobre 1999, in questa *Rivista*, 2000, 659; O. Bonari, *Concorsi invalidi: risarcimento della perdita di chances o ripetizione del concorso ora per allora?*, nota a Cass. sez. lav. 14 giugno 2000, n. 8132, *Riv. it. dir. lav.*, 2001, 463, ove ampie ricognizioni giurisprudenziali sul tema.

¹¹ Una delle prime indagini comparatistiche che hanno acceso i riflettori sull’esperienza giurisprudenziale francese in tema di “*perte de chances de survie*” o “*de guérison*” è stata svolta da A. M. Princigalli, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, 124 ss.; più di recente, un’analisi dedicata al tema, allargata alle principali esperienze di common law, si deve a V. Zeno-Zencovich, *La sorte del paziente. La responsabilità del medico per l’errore diagnostico*, Padova, 1994, *passim*. Da ultimo, l’argomento è considerato da A. Somma, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo: il caso della responsabilità medica*, *Politica del diritto*, 2000, 561, ora in id., *Temi e problemi di diritto comparato*, IV, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, Torino, 2004, 182 ss., spec. 187, nell’ambito di un discorso più generale che conduce l’Autore ad osservare, in una prospettiva di politica del diritto comparata, come le soluzioni giurisprudenziali emergenti in materia dall’osservazione del diritto comune europeo siano volte a sviluppare “la disciplina dell’illecito sanitario” in senso solidaristico, mentre le soluzioni elaborate dalle corti statunitensi sul medesimo problema tenderebbero ad essere impiegate sul

Prima di esaminare entrambi gli argomenti di cui la Cassazione si è servita per puntellare il proprio innovativo *decisum* è però opportuno compiere qualche riflessione in punto di logica, in una forma necessariamente discorsiva.

In un processo causale omissivo la catena causale muove sempre da molto lontano. In un processo causale omissivo vertente in tema di responsabilità medica per errore diagnostico la catena causale può prendere le mosse da un fattore umano (incidente stradale, ferimento colposo o doloso, illecita emissione di sostanza cancerogene nell'atmosfera, etc.) o da un fattore naturale (predisposizione genetica, oppure, più prosaicamente, un fato avverso). Quale che sia il fattore che l'interprete vorrà considerare primigenio nel prendere le misure del problema che lo impegna, la condotta medica attesa si porrà sempre come fattore interruttivo di un processo eziologico che ha già cominciato a svolgersi, avviando una catena causale destinata altrimenti a compiersi fino all'evento dannoso finale. Solo mancando nei termini attesi, la condotta del medico diventa eziologicamente concausa umana dell'evento finale.

Se si esamina questa sequenza causale eliminando la possibilità dell'intervento medico è giocoforza rilevare che (salvo fenomeni di autoguarigione) l'evento avrebbe invariabilmente finito per prodursi. E' lecito dunque osservare che -- ove il paziente non avesse avuto occasione di cercare la cura, instaurando in capo al medico l'obbligo giuridico di fare quanto in proprio potere per interrompere una sequenza causale già cominciata -- il danno si sarebbe determinato con certezza pressoché assoluta. Dunque la chance, la probabilità favorevole per il paziente, sorge solo grazie all'esplicarsi dell'atto medico. Intervenendo, il medico deve fare qualcosa affinché un risultato, altrimenti sicuramente sfavorevole, non si verifichi. La chance in questa connotazione non allude a qualcosa che potrà migliorare, ma a qualcosa che potrà non peggiorare la situazione del suo titolare, colorandosi di un significato diverso rispetto al senso a cui (accanto all'etimo originale discendente dal "modo in cui cadono i dadi" ed esprimente l'idea di alea) allude il termine che i francesi usano come sinonimo di *bonheur* o *fortune*. Possiamo quindi concludere la nostra osservazione, definendo la chance introdotta dalla corretta condotta medica una "chance oppositiva" rispetto ad una catena causale in corso, che, altrimenti, condurrà con certezza alla realizzazione di un evento negativo nella sfera del danneggiato.

Rapportiamo adesso questo modo di esaminare il problema causale omissivo che si pone con riferimento specifico all'errore diagnostico del medico ad una diversa fattispecie che sappiamo essere risolta da un'ormai consolidata giurisprudenza facendo ricorso alla *doctrine* della perdita di chances.

Un impiegato fa domanda per partecipare ad un concorso interno dal quale viene illegittimamente escluso a causa di una erronea valutazione del bando operata dai funzionari dell'azienda. Anche qui, naturalisticamente, il processo causale muoverà da lontano, per esempio dal giorno in cui un collega in una pausa caffè ha comunicato al nostro impiegato che l'azienda aveva finalmente bandito l'agognato concorso. Il nostro percepisce la chance di conseguire un risultato a sé favorevole e fa domanda, rendendo la chance concreta e giuridicamente rilevante. La corretta interpretazione del bando di concorso da parte dei funzionari aziendali in questo caso si pone come una vera e propria "condicio sine qua non", che deve necessariamente realizzarsi per far sì che il nostro impiegato -- dopo essersi preparato a puntino -- si giochi effettivamente le sue

piano argomentativo da quanti, al di qua dell'Atlantico ed in nome di una cieca adesione al credo liberista, mirano a contrastare l'affermarsi di tale linea di tendenza evolutiva.

chances, e dunque: partecipi al concorso, eventualmente risulti primo in graduatoria, e (il condizionale non ci abbandona) ottenga l'agognato avanzamento di carriera, conseguendo finalmente il risultato favorevole e così integrando l'evento che pone fine ad una catena causale che, guardando alle velleità dell'impiegato, ha cominciato a svolgersi quel fatidico giorno della pausa caffè ed è divenuta rilevante per il diritto il giorno di perfezionamento della domanda.

In breve: in questo caso la chance attiene alla possibilità di conseguire un evento favorevole, laddove naturalisticamente non si è e non si sarà mai in condizione di sapere con certezza che l'evento si sarebbe verificato in presenza di una corretta condotta dei funzionari. La chance è dunque -- fin dall'origine del processo causale che avrebbe potuto portare alla sua realizzazione -- una probabilità volta ad ottenere un risultato positivo nel patrimonio del danneggiato. Possiamo definire questo tipo di chance una "chance pretensiva".

E' possibile sintetizzare l'esito del ragionamento fin qui seguito affermando che -- nel caso della causalità omissiva da attività diagnostica -- nella descrizione del processo causale che conduce all'evento finale (processo su cui si appunta la valutazione che impegna l'interprete) l'evento finale ed incerto da cui promana il danno (questo sì certo) lamentato in giudizio e di cui occorre fornire una quantificazione è sempre antitetico rispetto alla chance. Diversamente -- nel caso della causalità omissiva da impedito concorso -- nella descrizione del processo causale che avrebbe potuto condurre a conseguire il vantaggio atteso, e da cui promana il danno finale che occorre quantificare, l'evento incerto avrebbe costituito esattamente la realizzazione della chance coltivata dal nostro impiegato fin dal giorno in cui venne a conoscenza del bando del concorso.

Ne discendono importanti corollari. Nel caso del concorso, l'evento finale non verificatosi (nella visuale del processo l'iter causale è sempre osservato *ex post*), sarebbe rimasto, anche in mancanza della condotta del funzionario non corrispondente a quella esigibile, quello che era fin dall'origine, ovvero una mera speranza (remotamente possibile o fortemente probabile, per il ragionamento qui seguito non rileva). Appare dunque coerente liquidare il danno nei termini di una chance, quale espressione delle concrete probabilità di successo che l'impiegato avrebbe avuto se il contegno del funzionario fosse stato corrispondente a quello esigibile nella fattispecie. Il che può riassumersi affermando che la perdita di chance in questo caso è un problema che attiene alla causalità giuridica, con tutto ciò che notoriamente consegue alla collocazione di un problema causale in questa classica partizione concettuale del nesso di causalità che il civilista impiega da decenni, consapevole dell'utilità che essa apporta al ragionamento analitico che occorre svolgere per venire a capo delle diversissime fattispecie in cui il problema causale fra illecito e danno ha modo di porsi¹².

Può dirsi lo stesso nell'ipotesi della causalità omissiva da errata diagnosi? Sembra difficile sostenerlo, e vediamone le ragioni. In questo diverso caso, l'evento finale da cui promana il danno (che, nell'ottica *ex post* del giudizio, può contemplarsi in tutte le sue articolazioni) si è purtroppo verificato. Prima che il medico intervenisse, tale evento costituiva la negazione concettuale della chance, perché assolutamente certo e perché comunque destinato ad esprimere una potenzialità solo negativa nel patrimonio del danneggiato. Dal punto di vista processuale dal quale lo si osserva ora (e dunque sempre

¹² Per tutti, G. Gorla, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: "fatto dannoso e conseguenze"*, Riv. dir. comm., 1951, I, 405 ss.

in un'ottica *ex post*) – il danno non assume una consistenza diversa da quella che avrebbe avuto se il paziente non avesse avuto la ventura o la possibilità di recarsi dal medico.

Siamo quindi costretti, poiché nella realtà ci consta che quell'intervento c'è stato, a rispondere ad un diverso interrogativo, che – attenzione -- non attiene alla necessità di quantificare un “bene” andato distrutto che aveva, fin dalla proposizione della domanda concorsuale, consistenza di chance, come nel diverso caso dell'impiegato. Questo interrogativo attiene necessariamente ad un'alternativa secca: “se il contegno del medico fosse stato quello esigibile, il danno si sarebbe verificato lo stesso o no?”. La natura di questo interrogativo verte sulla negazione dell'evento, sul non venire ad esistenza di un danno che nella realtà dei fatti ha concluso una catena causale già avviata, e non sulla consistenza ipotetica della conseguenza dannosa patita dall'attore, come invece accade, per i motivi su cui ci siamo già dilungati, nella diversa fattispecie dell'impedito concorso. Ecco dunque che, nell'ipotesi della causalità omissiva da attività diagnostica, noi abbiamo a che fare con un problema di causalità materiale ipotetica, che sul piano della logica nulla ha a che vedere col problema giuridico di valutare la consistenza finale del danno.

Si rifletta adesso sulle due situazioni che stiamo ponendo a confronto partendo dalla valutazione in termini di negligenza o di mancato contegno esigibile nella circostanza, valutazione che necessariamente deve essere ascritta sia alla condotta del medico, sia alla condotta dei funzionari addetti al concorso, prima di poter impiegare la *doctrine* della perdita chances. Nel far ciò, però, proviamo a rovesciare i termini attraverso cui si è soliti compiere questa valutazione quando si è calati nel processo. Immaginiamo, cioè, che le condotte del funzionario e del medico, nella coppia di fattispecie che stiamo ponendo a confronto, si rivelino esattamente corrispondenti a quanto sarebbe stato esigibile nella circostanza. Così facendo ci si avvede di quanto segue. Ove il contegno del funzionario non sia giudicato contrario alla diligenza esigibile e appaia dunque ineccepibile, si è costretti a concludere che le chances per l'impiegato non sono mai venute ad esistenza, essendo l'esito della valutazione giudiziale compiuta sul contegno del funzionario indice del fatto che il dipendente effettivamente non era in possesso dei requisiti per partecipare legittimamente al concorso. Nell'altro caso, invece, accade esattamente l'inverso. Le chances, paradossalmente, vengono ad esistenza solo nell'ipotesi in cui il contegno del medico risulti conforme alla diligenza esigibile.

Sul piano logico ne discende un ulteriore corollario. Se il contegno del funzionario si rivela errato, ciò è indice del fatto che le chances preesistevano al momento in cui il funzionario ha esaminato la domanda concorsuale. Appare dunque corretto, in punto di logica, procedere a liquidare le chances dell'impiegato in quanto tali, applicando la stima in merito probabilità del loro reificarsi come dividendo della posta positiva che -- secondo un decorso causale preesistente alla condotta illecita, comunque destinato a compiersi, che sarebbe rimasto incerto nel suo risultato finale solo per fattori dispiegatisi causalmente in un momento successivo a quello in cui interviene la condotta del funzionario (per esempio, la scarsa preparazione del candidato) -- sarebbe potuta entrare nel patrimonio del danneggiato nella sua interezza. Se invece il contegno del medico non è conforme a quanto da lui esigibile le chances non vengono ad esistenza in natura e non possono (o meglio, come vedremo fra un attimo, non potrebbero) essere liquidate in quanto tali.

Per quanto corretta dal punto di vista logico, questa paradossale conclusione non è accettabile per il diritto, perché è chiarissimo che così concludendo si renderebbe

l'operato (o meglio: l'inerzia, l'impreparazione, la sciatteria) del medico immune da qualsiasi sanzione giuridica. Ed è per questo che tradizionalmente l'inquadramento giuridico del problema causale da omessa diagnosi si avvale di una finzione: considera integrato il nesso causale – e non, si badi, il danno -- quando la probabilità che il comportamento esigibile nella circostanza dal sanitario raggiunge nella valutazione offertane dagli esperti una soglia probabilistica che fa scattare un meccanismo euristico che governa l'esito della decisione.

Questa soglia -- ove si voglia rendere l'impiego di questa finzione consona alla logica a cui generalmente si informa l'uso di quegli strumenti euristici atti nel diritto a gestire l'incertezza che prendono il nome di presunzioni -- dovrebbe essere fissata nel "più probabile che no", ovvero nel fatidico spartiacque che divide il "possibile" dal "probabile" e che in termini percentuali si appunta sul numero 50.

Si dirà, questo è quello che già accadeva, determinando un risultato palesemente iniquo, che in chiave di politica del diritto della responsabilità civile può essere intuitivamente letto in termini di *over/under deterrence & compensation*¹³: se la probabilità salvifica è del 51 % il medico sa di poter essere punito per il 100%, ed in quel caso il paziente otterrà l'integrale risarcimento dei danni; se essa invece risulta del 49%, il medico andrà esente da sanzione ed il paziente dovrà rassegnarsi a veder integralmente tradita ogni sua aspettativa risarcitoria. Ben più conforme a giustizia – ed attenta a effettuare una certissima opera di *tuning* sulla *compensation* del paziente e sulla *deterrence* rivolta al medico – la soluzione che oggi la Cassazione ha ritenuto di adottare, scegliendo – come s'è visto – di enucleare una finzione giuridica radicalmente diversa da quella ricordata poco fa¹⁴.

Quali sono però le conseguenze determinate dal fatto di fingere che esista un bene giuridico autonomamente (e di per sé) tutelabile denominato "chance di guarigione" o, meglio, "possibilità del risultato salvifico connesso all'intervento diagnostico"?

La prima di esse è quella di trasformare l'illecito civile in un sanzione giuridica che il diritto civile pone in essere seguendo una logica non dissimile da quella che accompagna la comminazione in sede penale di una pena associata al positivo riscontro di un reato di pericolo, una logica che sarà tanto più intensamente seguita quanto più nella circostanza la chance giustiziabile del caso, all'esito delle conclusioni degli esperti, risulterà ridotta in termini percentuali assoluti. Ciò in quanto l'entità reale della "sanzione" civilistica – ovvero il *quantum* del risarcimento posto a carico del convenuto nel dispositivo di condanna – non rifletterà mai in concreto l'entità della chance ingiustamente perduta ed oggetto di risarcimento.

Riconosciuta infatti in linea di principio l'autonoma tutelabilità risarcitoria della chance di guarigione, occorrerà prendere sul serio, sul piano della coerenza applicativa del principio accolto, le implicazioni sottese a questo riconoscimento, per ammettere che una chance di guarigione, per quanto ridotta in termini probabilistici, legitimerà il soggetto che l'ha perduta a sfruttare l'opportunità di farla valere in giudizio. E sarà soprattutto nelle ipotesi limite che questa inedita opportunità risarcitoria mostrerà di contraddire i buoni propositi che in termini di politica del diritto l'impiego della doctrine della perdita di chances alla causalità da omessa diagnosi sembrerebbe in grado

¹³ C. H. Schroeder, *Corrective Justice and Liability for Increasing Risks*, 37 *UCLA L. Rev.* 439, 460 (1990).

¹⁴ Enfatizza questa annotazione Feola, *Il danno da perdita di chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*, cit., 10-12.

di assecondare, come si è visto poco fa¹⁵.

Il danno da perdita di chances di guarigione, stando all'espedito quantificatorio che si è già avuto modo di illustrare, va calcolato muovendo da una somma iniziale di riferimento, la cui concreta entità risulterà dalla somma di tutte le possibili voci di danno risarcibile discendenti dall'evento dannoso realizzatosi, e come tali astrattamente quantificabili. Il che significa ammettere come conseguenza possibile (ed anzi normale) del congegno liquidatorio prescelto, che fattori assolutamente slegati dalla finalità deterrente che il nuovo meccanismo parrebbe assecondare con estrema precisione possano influire sul *quantum* affittivo-risarcitorio che risulterà liquidato in dispositivo, dopo aver applicato il dividendo della chance del caso alla base risarcitoria che sarà stata calcolata avendo riferimento al complesso della situazione dannosa prodottasi in capo all'attore di turno. Sarà dunque possibile che uno stesso intervento diagnostico mancato, in ipotesi avvenuto nelle medesime circostanze fattuali e recante le medesime probabilità di successo, possa condurre a condannare uno dei due medici che l'hanno negligenzemente mancato di porre in essere a risarcire somme molto diverse da quelle che saranno poste a carico del collega resosi negligente nell'identica situazione.

Oppure potrà accadere che un'azione risarcitoria da perdita di un 5% di probabilità di guarigione promossa da un paziente, il quale presenti un conto risarcitorio finale gonfiato da un'enorme posta di lucro cessante da attività lavorativa impedita, possa imporre di liquidare in concreto un danno finale avente una consistenza ben maggiore della posta risarcitoria concretamente posta a carico dell'altro medico, il quale, pur essendo ritenuto responsabile di una perdita di chances di guarigione processualmente accertata in una soglia percentuale del 40%, avrà però avuto la ventura di far scontare la sua imperizia ad un soggetto incapace di allegare in giudizio attività lavorative da cui far discendere cospicue partite di lucro cessante risarcibili.

Cosa questo significhi in termini di predisposizione dei calcoli attuariali necessari a quantificare il rischio dedotto in una polizza assicurativa offerta sul mercato ai professionisti della medicina, i quali, com'è noto, all'uopo sono attentamente suddivisi in classi identificate dal tasso di rischio associato alla specialità esercitata dal professionista contraente, è un quesito che qui non può essere approfondito in tutte le sue minacciose implicazioni, ma che, però, vale la pena sollevare¹⁶.

Esiste poi una ulteriore conseguenza, per adesso tutta teorica (è vero), ma non per questo immeritevole di essere evidenziata, che può essere ricondotta allo sdoganamento della *doctrine* causale della perdita di chances in campo medico-diagnostico. Essa attiene al fatto che l'aver apprezzato il danno con riferimento alla chance di guarigione rinverdisce gli argomenti che possono essere coltivati per imporre di fare spazio alla valutazione del fortuito nel processo di quantificazione del danno.

Perché ed in nome di quale logica di fondo, verrà fatto di chiedersi, *occorre* valutare la "portata effettuale della condotta illecita sul danno finale", mentre *non occorre* tener conto della "portata effettuale del fortuito sul danno finale"? Il problema è

¹⁵ Per altre stimolanti osservazioni che in questa sede non possono essere sviluppate, E. A. Dauer, *When the Law Gets in the Way: The Dissonant Link of Deterrence and Compensation in the Law of Medical Malpractice*, 28 *Cap. U.L. Rev.* 293 (2000); M. M. Mello, T. A. Brennan, *Deterrence of Medical Errors: Theory and Evidence for Malpractice Reform*, in *Symposium: What We Know and Do Not Know About the Impact of Civil Justice on the American Economy and Policy*, 80 *Tex. L. Rev.* 1595 (2002).

¹⁶ Sulla delicata relazione corrente fra le tecniche giurisprudenziali impiegate in materia di accertamento causale nei giudizi di responsabilità medica e la descrizione del rischio assicurato delineata nelle polizze assicurative si vedano le puntuali osservazioni di A. D. Candian, *Riflessioni sul rischio e le responsabilità nella struttura sanitaria*, *Dir. econ. ass.*, 2002, 532, 539.

assai antico (*qui in re illicita versatur etiam pro casu tenetur*) e negli anni è stato scandagliato da una letteratura imponente. Senza qui poter approfondire nemmeno fugacemente il tema¹⁷, occorre rilevare che i medesimi argomenti di politica del diritto che atterrebbero (il condizionale è imposto da quanto si è osservato qualche rigo fa) alla *optimal deterrence & compensation* della soluzione avallata dalla Cassazione, dovrebbero, secondo logica e giustizia, essere valorizzati anche al fine di impedire che un ostetrico, ritenuto responsabile della malformazione neurologica di un neonato verificatasi per propria negligenza, ma in presenza di elevati coefficienti eziologici ascrivibili a concause naturali, possa vedere riflessa la reale “portata effettuale della sua condotta illecita sul danno” (come accertata dagli esperti in giudizio) nella commisurazione finale della somma che egli sarà chiamato a risarcire.

Convieni osservare, ancora, che l’aver esteso, facendo ricorso ad un’assonanza analogica, una regola pretoria che in Italia aveva avuto modo di assumere una precisa identità giurisprudenziale, con riferimento ad ipotesi (concorsi, attività lavorative, esiti di liti male amministrate, possibili carriere pugilistiche e calcistiche interrotte, cavalli impossibilitati a vincere, etc.) che nulla hanno a che fare con la specificità del settore medico¹⁸, costituisce una prima riprova del tramonto di quella specificità che in dottrina solo qualche anno fa si coglieva, descrivendo la responsabilità medica come un sottosistema di regole di responsabilità civile dotate di caratteristiche proprie, tendenti a (ed enucleate per) riflettere quella specificità.

Non, dunque, la specificità del settore che propizia la creazione di regole *ad hoc* disegnate nella preoccupazione di fare i conti con le peculiari caratteristiche fenomenologiche che contraddistinguono lo svolgimento delle attività a cui guarda un dato campo applicativo della responsabilità civile, ma, ahimè, l’inverso: lo sviluppo di regole generali, agganciate ad accattivanti teoriche dalla vocazione sistematica, che attraverso la riflessione analogica delle corti e l’ansia di proporre argomenti sistematici degli studiosi, catturano il modo di applicare le regole di responsabilità civile, conquistando spazi anche in settori che presentano specificità ineliminabili, che mal si prestano ad essere interpretate attraverso regole operazionali desunte prestando ossequio alla mera interpretazione sistematica¹⁹.

¹⁷ Per un’ottima analisi delle proposte formulate nel dibattito dottrinale (e della loro ferma negazione giurisprudenziale), con riferimento a questa idea, B. Sieff, *Danno neurologico da parto al neonato: nesso di causalità ed alternative indennitarie no-fault*, *Danno e resp.*, 2000, 412.

¹⁸ In ambito patrimoniale la perdita di chance viene ricostruita dai giudici di legittimità nei seguenti termini: “la perdita di chance, costituita dalla privazione della possibilità di sviluppi o progressioni nell’attività lavorativa, costituisce un danno patrimoniale risarcibile. Deve però trattarsi di un danno certo (anche se non nel suo ammontare) consistente non in un lucro cessante bensì nel danno emergente da perdita di possibilità attuale, e non di un futuro risultato. In conclusione la chance è anche essa un bene patrimoniale, un’entità giuridicamente ed economicamente valutabile, la cui perdita produce un danno attuale e risarcibile, purché ne sia provata la sussistenza anche secondo un calcolo di probabilità e presunzione. La chance è quindi un’attitudine attuale del soggetto e non futura, costituente economicamente una componente del patrimonio professionale del soggetto, in modo molto simile ad un ‘avviamento professionale’ dello stesso”, così la recente Cass. 21 luglio 2003, n. 11322, in *Foro it.*, 2004, I, 155, cui *adde* nei medesimi termini Cass. 18 gennaio 2001, n. 682, in *id.*, Rep. 2001, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 779; Cass. 21 giugno 2000, n. 8468, in *id.*, Rep. 2000, voce *cit.*, n. 1217.

¹⁹ Sul punto le riflessioni di H. G. Gadamer, *Dove si nasconde la salute*, Milano, 1994, 28, “[è] sconvolgente ciò che è in grado di fare la medicina moderna. Tuttavia, nonostante i numerosi progressi che le scienze naturali hanno fatto compiere alla nostra conoscenza delle malattie e della salute e malgrado l’enorme spiegamento in questo ambito specifico di una tecnica razionale votata all’applicazione del sapere e all’applicazione pratica, rimane ancora straordinariamente ampia la sfera di

Ma per valutare appieno – nell’ottica che, aprendo questo studio, ha indotto a parlare di crisi di un “sistema di regole” e di residue “sorti del medico” -- le implicazioni sottese allo sdoganamento della *doctrine* della perdita di chance nel campo della medicina diagnostica è necessario abbandonare il terreno della causalità e focalizzare la nostra attenzione sul problema della imputazione del danno, elemento che, come ammette Cass. 4400/2004, identificherà un antecedente valutativo obbligato del ragionamento giuridico che conduce ad assegnare valore causale autonomo in punto di risarcimento del danno alla perdita delle possibilità terapeutiche coltivabili dal paziente.

Se quanto appena ricordato è vero, appare indubbio sul piano operativo che la conformazione processuale della regola applicata per valutare giudizialmente l’opportunità di imputare il danno all’autore dell’intervento diagnostico riveste un’importanza cruciale ai fini del nostro discorso, poiché al riscontro della clausola di imputazione conseguirà automaticamente un danno risarcibile che sarà invariabilmente posto a carico del medico diagnosticante e (tramite lui) della struttura sanitaria alla quale il paziente si sarà rivolto. Si può anzi dire che, con la soluzione avallata dalla Cassazione in tema di causalità da perdita di chance in caso di omesso intervento diagnostico, scompare ogni seria opportunità di continuare a ritenere che in punto di motivazione l’estensore di una sentenza in materia di responsabilità medica debba impegnarsi per affrontare partitamente il criterio di imputazione ed il nesso causale, essendo vanificata la possibilità di articolare, al cospetto della fattispecie che impegnerà l’estensore, riscontri autonomi e confliggenti in merito alla contestuale sussistenza di questi due elementi di giudizio. Detto brutalmente: se mancherà la diligenza, il danno invariabilmente seguirà.

L’imputazione della responsabilità medica: l’esito della “formattazione a basso livello” sulla distribuzione dei temi di prova nella responsabilità contrattuale

Tutte le sentenze che compongono la quaterna di pronunce che ci si è prefissi di passare in rassegna avviando l’odierna riflessione, compresa la porzione finale della motivazione in diritto di Cass. 4400/2004, sono figlie del processo giurisprudenziale di “contrattualizzazione a tappe forzate” che nel torno di qualche lustro ha interessato ed inglobato tutte le possibili epifanie e conformazioni processuali nelle quali è scolasticamente possibile configurare un giudizio risarcitorio vertente in tema di responsabilità medica.

Banalizzando questa importante pagina evolutiva che la giurisprudenza, presa per mano da autorevoli voci dottrinali, sembra ormai avere saldamente iscritto nella storia della responsabilità civile italiana, si è oggi consapevoli del fatto che, se un’azione in tema di responsabilità medica viene intentata nei confronti di un medico dipendente

quanto ancora non è stato sottoposto ad una completa razionalizzazione. Il concetto di medico bravo, o addirittura geniale, è ancora inteso in un senso affine a quello che caratterizza l’artista e non tanto in quello consueto per l’uomo di scienza”. Ed è sulla base di queste considerazioni che un paladino della *strict liability* come G. Calabresi, *Funzione e struttura dei sistemi di responsabilità medica*, in AA.VV., *La responsabilità medica*, 1982, Milano, 64, ha potuto dichiararsi scettico sulla possibilità di applicare la logica del “soggetto che è nella migliore posizione per prevenire il danno” ai professionisti della salute: “(...) ci si deve ricordare che non siamo capaci di controllare il comportamento medico fuorché in casi di sbagli grossolani, perché tutti i nostri approcci falliscono quando si cerca di compiere un controllo raffinato. Per questa ragione è probabile che per compiere tale, molto limitata, funzione si ritorni ad un regime di colpa...”.

della struttura nella quale ha avuto luogo l'incontro terapeutico incriminato, ovvero se essa viene direttamente promossa nei confronti della struttura in questione, le regole di riferimento per prendere posizione sulla pretesa giudiziale del paziente tradito non cambieranno. Esse atterranno invariabilmente alla disciplina del contratto, ed in particolare alla regola di giudizio dipinta dall'art. 1218 c.c.²⁰.

Per chiudere il cerchio dell'argomentazione avviata in queste note non è però qui possibile soffermarsi a fondo sulle implicazioni che questo processo di contrattualizzazione ha determinato sulla responsabilità della struttura sanitaria²¹, se non dando spazio a qualche riflessione che è bene sganciare dai binari testuali del nostro discorso²².

²⁰ In dottrina la configurazione di una responsabilità contrattuale in capo al medico, dipendente di struttura sanitaria, si deve a C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni, I, Le ragioni del diritto*, Milano, 147; Id., *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno, V, Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano, 1998, 117, 119 ss.; tale teorizzazione è stata recepita in giurisprudenza, che, valorizzando i rapporti contrattuali di fatto, ha accolto una responsabilità contrattuale "da contatto sociale" del medico dipendente (Cass. 22 gennaio 1999, n. 598, oggetto di innumerevoli commenti fra cui ricordiamo A. Di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione, Corr. giur.*, 1999, 446) e degli insegnanti dipendenti di scuola pubblica in relazione ai danni autoinfertisi dagli allievi (Cass., S.U., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, 2635; v. anche Cass. 23 ottobre 2002, n. 14934, *Guida al Diritto*, 2003, I, 85, che in relazione ad un atto pubblico di trasferimento immobiliare ne ipotizza l'estensione ai notai). L'idea della responsabilità da contatto procedimentale, assoggettata al regime probatorio della responsabilità contrattuale, ha trovato terreno fertile anche con riferimento alla responsabilità della P.A., v. Cons. Stato 6 agosto 2001, n. 4239, *Danno e resp.*, 2002, 183, nota Carbone. Per approfondimenti, S. Fallace, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, *passim*.

²¹ Argomento su cui offre un'ottima ed ancor recente visione di insieme R. Simone, *La responsabilità della struttura sanitaria pubblica e privata*, in questa *Rivista*, 2003, 5.

²² L'idea che il rapporto fra la struttura sanitaria ed il paziente vada inquadrato sul piano contrattuale, a prescindere dalla natura pubblica o privata della struttura, è ormai radicata in giurisprudenza (il precedente di legittimità che si suole rievocare per identificare il definitivo consolidarsi di questo orientamento è Cass. 1 marzo 1988, n. 2144, *Foro it.*, 1988, I, 2296, nota Princigalli), e riscuote ormai unanime consenso in dottrina, v. P. Iamiceli, *La responsabilità civile del medico*, in *La responsabilità civile nella giurisprudenza* (a cura di P. Cendon), VI, Torino, 1998, 311, 400 ss.; P. Stanzione, V. Zambrano, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998, 513 ss.; nonché De Matteis, *La responsabilità medica, op. cit.*, 254 ss. Nell'ambito di questo legame contrattuale si avverte però l'esigenza di distinguere fra la nuda prestazione professionale erogata dal medico dipendente, funzionale ad assolvere l'obbligazione di svolgere l'attività diagnostica e/o terapeutica a favore del paziente assunta dalla struttura con l'accettazione di quest'ultimo in ospedale, e le prestazioni (erogate direttamente dalla struttura) strumentali ed accessorie rispetto alle attività curative e diagnostiche di natura intellettuale erogate dai professionisti di cui la struttura si avvale (lo rileva, fra gli altri, Zeno-Zencovich, *La sorte del paziente*, op. cit., 95; sul punto M. Gorgoni, *L'incidenza delle disfunzioni della struttura ospedaliera sulla responsabilità "sanitaria"*, nota a Cass. 16 maggio 2000, n. 6318, *Resp. civ. prev.*, 2000, 952). Fra le prestazioni (contrattualmente dovute dalla struttura al paziente, ma) non aventi natura strettamente professionale, che le corti di merito fanno ormai confluire nell'oggetto di un contratto atipico di ospedalità (si veda Pret. Tolmezzo, 21 aprile 1998, *Resp. civ. prev.*, 1998, 1550, nota Sanna; Trib. Trieste, 19 febbraio 1993, *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 971, nota Caricato; e l'antesignana Trib. Verona, 4 ottobre 1990, *Giur. it.*, 1991, I, 2, 696, nota Pinto Borea), vengono in rilievo la disponibilità di attrezzature e strumenti diagnostici e terapeutici ed il loro corretto funzionamento, la fornitura di medicinali, l'alloggio ed il vitto del paziente, la predisposizione di un ambiente idoneo a garantire l'incolumità del malato nel corso della degenza, etc. Orbene, se è evidente che, in un'azione risarcitoria promossa nei confronti della struttura, la disciplina del contratto d'opera professionale applicabile al professionista (con la limitazione prevista dall'art. 2236 c.c.) e la sottostante obbligazione di diligenza dovuta dal professionista (con le conseguenze che la natura di quest'obbligazione riverbera sull'assetto probatorio del giudizio di responsabilità) possono venire in rilievo solo quando il danno lamentato dal paziente mostri d'essere determinato dalla inadeguata prestazione diagnostica e/o curativa svolta dal

professionista dipendente della struttura, è del pari evidente che sarebbe privo di giustificazioni logico-sistematiche il tentativo di sottrarre la valutazione della prestazione intellettuale del medico operante alle dipendenze della struttura alla disciplina del contratto d'opera professionale, sì da diversificare il regime di responsabilità applicabile alla prestazione professionale del medico, a seconda che tale prestazione sia erogata in forma giuridicamente mediata, da un medico che opera alle dipendenze di una struttura sanitaria, ovvero sia erogata nell'ambito di un contratto di cure stipulato dal paziente direttamente con il professionista. In dottrina v'è stato chi ha avvertito l'idea che l'ente ospedaliero possa rispondere in via contrattuale nei confronti del paziente assumendo le vesti di un macroiatra (quale parte di un contratto d'opera che ha per oggetto la prestazione intellettuale dei sanitari propri dipendenti), F. Galgano, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 1984, 710, spec. 720-21, sostenendo che il contenuto del rapporto negoziale fra struttura sanitaria e paziente si colora di atipicità, per rientrare nello schema generale della *locatio operis* e porre a carico della struttura un'obbligazione di risultato, con i medici dipendenti nelle vesti di ausiliari del debitore ex art. 1228 c.c. La possibilità che una struttura sanitaria concluda un contratto d'opera intellettuale è invece ammessa da F. Cafaggi, voce *Responsabilità del professionista*, Dig. Disc. Priv., XIII, 1998, Torino, 137, 165-66, il quale supera l'ostacolo posto dal principio della personalità della prestazione resa dal contraente di questo tipo di contratti, sottolineando come il parametro espresso dall'art. 2232 c.c. debba oggi essere letto in chiave funzionale, per estenderne la riferibilità all'*intuitus societatis* della struttura, sul presupposto che l'instaurarsi di una relazione fiduciaria (ossia lo scopo cui è funzionale il requisito della personalità) non presupponga necessariamente l'erogazione in forma individuale della prestazione dedotta nel contratto di cura. Altri (S. Mazzamuto, *Note in tema di responsabilità civile del medico*, Europa e dir. priv., 2000, 501, 505), nel criticare il recente orientamento di legittimità che vede operare in termini contrattuali la responsabilità del medico dipendente nei confronti del paziente, accogliendo la teorica dell'obbligazione senza prestazione, attraverso l'idea del contatto sociale intercorrente fra medico e paziente (si veda la già citata Cass. 22 gennaio 1999, n. 589) – ritengono “poco plausibile (...) una qualificazione del medico alla stregua di un ausiliario dell'Ente ex art. 1228 c.c., atteso che le professioni liberali sono storicamente e normativamente caratterizzate dal principio dell'indipendenza dell'esercente la professione”. Per chi scrive, qualsiasi tentativo di qualificare giuridicamente la responsabilità vicaria dell'ente nei confronti del paziente per la inadeguata prestazione professionale svolta dal medico dipendente dovrebbe fare i conti con la necessità di seguire un parametro di valutazione che tenga conto di questo dato: laddove appaia evidente che il danno al paziente derivi in modo assorbente dall'errore professionale del medico dipendente, senza che mancanze nella predisposizione dei mezzi logistici ed organizzativi da parte della struttura abbiano un ruolo nel determinare l'esito infausto della cura o della diagnosi (è qui che le tensioni verso un modello d'imputazione oggettivo del danno derivante dall'attività medica possono trovare spazio), non è possibile strutturare il criterio di valutazione giuridica applicabile alla pretesa mossa dal paziente nei confronti della struttura in modo difforme da quello che troverebbe applicazione ove l'azione risarcitoria per il medesimo danno fosse portata direttamente ed autonomamente nei confronti del medico. Ancor prima di chiedersi come qualificare la responsabilità vicaria della struttura (in linea schiettamente teorica sappiamo, infatti, che lo si potrebbe fare mercé il contratto, richiamando l'art. 1218 e 1228 c.c.; in via extracontrattuale, con l'art. 2049 c.c.; ovvero, nel caso della struttura pubblica, attraverso il rapporto di immedesimazione organica, con un'applicazione verticale dell'art. 28 Cost. in collegamento alla clausola generale della responsabilità aquiliana), conviene infatti notare che se il danno lamentato dal paziente discende dalla inadeguata applicazione delle energie intellettuali prestate dall'operatore sanitario che cura o diagnostica (e solo da ciò: il discorso muta se il danno deriva in misura causalmente determinate da mancanze tecnologiche, logistiche od organizzative della struttura), l'accertamento della responsabilità della struttura (alle cui dipendenze il medico opera) deve necessariamente uniformarsi ad un criterio d'imputazione del danno di natura soggettiva, perché strutturalmente soggettiva, salvo quanto si dirà nel testo a proposito dell'impiego della *res ipsa loquitur*, dovrebbe continuare ad essere è la valutazione attraverso la quale deve accertarsi l'*an* della diligenza (contrattuale) o della negligenza (extracontrattuale), che ha caratterizzato l'erogazione di un'attività intellettuale di natura professionale, volta ad interagire in modo diretto con lo stato di salute del paziente e, quindi, con l'imponderabilità che ancor'oggi caratterizza l'organismo umano e la sua risposta all'intervento curativo o diagnostico. In questa prospettiva, la veste giuridica prescelta per qualificare la responsabilità della struttura sanitaria per il danno cagionato al paziente dalla (inadeguata) prestazione professionale del medico dipendente della struttura non può atteggiarsi prescindendo dal modello che informa il giudizio di responsabilità avente ad oggetto l'esplicazione delle energie intellettuali di un professionista (e quindi la disciplina del contratto d'opera professionale con l'adempimento di un'obbligazione di mezzi o di diligenza, ove il giudizio sia

Focalizziamo allora l'attenzione sull'aspetto più intrigante di questo "processo di contrattualizzazione a tappe forzate" della responsabilità medica, che – come si vedrà – è quello che fa sì che in giurisprudenza di questi tempi si continui a prestare un ossequio meramente declamatorio alla teorica dell'obbligazione di mezzi, in un omaggio che, in realtà e come si vedrà, terminata la liturgia recitata in motivazione, di fatto assoggetta il medico e la struttura sanitaria (ormai indistintamente) al rigore operativo di una vera e propria obbligazione di risultato.

L'analisi deve prendere le mosse da una importante sentenza di legittimità del 2001²³, che ha avviato (ancora una volta riprendendo suggestioni dottrinali che vedremo fra breve²⁴) una rimediazione concettuale destinata a sfociare in un più complessivo *revirement* sull'assetto degli oneri probatori in materia di responsabilità per inadempimento contrattuale²⁵. La Cassazione, alle prese con un caso di responsabilità da chirurgia estetica, ha respinto l'idea di collocare l'obbligo di informazione sul crinale della buona fede da osservarsi nelle trattative precontrattuali, preferendo sancire la piena contrattualizzazione dell'obbligazione gravante sul medico sotto l'egida del consenso informato.

Il che ha poi offerto il destro ai giudici di legittimità per concentrarsi su quello che, ad onta della specificità del contesto medico e dei delicati problemi che la tematica del consenso informato solleva²⁶, era il vero problema che verosimilmente in quell'occasione premeva dirimere: in caso di allegato inadempimento di una obbligazione contrattuale non avente contenuto negativo, collegato ad una domanda di

promosso sul piano contrattuale, ovvero la colpa professionale nel caso di un giudizio radicato in via extracontrattuale). In caso contrario, si dovrebbe dichiarare esplicitamente di voler diversificare la regola di responsabilità applicabile ad una data attività materiale in funzione della diversa identità del soggetto passivo della pretesa risarcitoria promossa dal soggetto che assuma d'essere leso dallo svolgimento di quella stessa attività materiale. Il che varrebbe quanto abbracciare l'idea che l'attività terapeutica e diagnostica svolta da un professionista, sol perché egli ha materialmente esplicato tale attività nell'ambito di una struttura sanitaria, debba rispondere ad un criterio di valutazione tale da imporre (come regola generale) al destinatario della pretesa risarcitoria (in questo caso: l'ente) di rispondere all'allegazione attorea dimostrando che l'attività concretamente svolta dal professionista sia conforme al modello ideale di condotta che avrebbe dovuto essere seguito nella circostanza, invertendo l'assetto probatorio del giudizio di responsabilità che avrebbe avuto luogo ove il danno derivante da quella stessa attività materiale fosse stato lamentato in un'azione promossa direttamente nei confronti del prestatore d'opera intellettuale, esecutore della prestazione.

²³ Cass. 23 maggio 2001, n. 7027, in questa *Rivista*, 2001, 1165, con commento di M. Rossetti, *I doveri di informazione del chirurgo estetico*. La sentenza ha costituito la prima manifestazione di un ripensamento sull'allocazione degli oneri probatori in tema di responsabilità per inadempimento contrattuale, che il Supremo Collegio ha nomofilaticamente completato con Cass., S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, 769, con nota di P. Laghezza, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*, cui adde l'analitico commento di G. Villa, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 707.

²⁴ Ma può anticiparsi qui il nome del più strenuo assertore dottrinale della soluzione accolta dalle Sezioni Unite, v. per un recente saggio ove sono citate, riassunte e sapientemente ridispiegate le opinioni espresse nei contributi attraverso cui l'Autore ha negli anni propugnato le proprie tesi, C. Castronovo, *Le due specie della responsabilità civile ed il problema del concorso*, *Eur. e dir. priv.*, 2004, 69.

²⁵ Che di lì a poco il Supremo Collegio ha nomofilaticamente completato con Cass., S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, 769, con nota di P. Laghezza, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*, cui adde l'analitico commento di G. Villa, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 707.

²⁶ Su cui, nell'impossibilità di farlo in questa sede, si rinvia a Izzo, *La precauzione nella responsabilità civile*, *op. cit.*, 268 ss.

risoluzione del contratto seguita da richiesta risarcitoria, spetta all'attore o al convenuto provare le circostanze che integrano l'inesatta esecuzione dell'obbligazione dedotta in contratto? Chi soccombe, insomma, se il giudizio non riesce a fugare l'incertezza aleggiante sui contorni dell'allegato inadempimento? La risposta offerta all'interrogativo, senza che peraltro si avvertisse il bisogno di soffermarsi a considerare adeguatamente la specificità della tipologia di fattispecie su cui la soluzione avrebbe avuto effetto immediato, è stata articolata dalla Corte passando partitamente in rassegna cinque argomentazioni talmente ben scandite a livello definitorio da meritare la loro riproposizione in veste originale, ma in nota²⁷.

Di fronte ad un apparato di argomentazioni il cui adeguato inquadramento critico-sistematico – lo si intuisce – condurrebbe ad aprire un fronte di analisi (tanto vasto, quanto) poco funzionale allo sviluppo del nostro discorso, occorre restringere il campo all'analisi delle conseguenze operazionali che la decisione della Cassazione, poi seguita dalle Sezioni Unite, riverbera sulla dimostrazione dei temi di prova di un giudizio che veda protagonista la pretesa violazione dell'obbligo di informazione del medico.

Il paziente si assume danneggiato ed adisce la giustizia. Nella sua citazione allega di aver tacitamente concluso un contratto di cura con la controparte ed aggiunge di non aver ricevuto alcuna richiesta di consenso (ipotesi A), oppure sostiene di aver subito un danno reificante un rischio che il medico convenuto si è guardato bene dal trasmettergli (ipotesi B). Cosa accade in base al *revirement* operato dai supremi giudici? Il paziente non ha difficoltà ad indicare in giudizio la fonte del suo diritto, il titolo gli è assegnato

²⁷ Per Cass. 23 maggio 2001, n. 7027, cit., questi tasselli argomentativi sono da rinvenirsi: “a) nell'ontologica distinzione fra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, che comporta oneri probatori diversi circa l'individuazione dei fatti costitutivi della pretesa, che sono, nell'un caso, la fonte negoziale o legale, e, nell'altro, il comportamento lesivo; b) nel criterio di ragionevolezza, sotteso all'attività ermeneutica delle norme, alla cui luce appare irrazionale che, di fronte ad un'identica situazione probatoria delle ragioni del credito (l'esistenza dell'obbligazione contrattuale e il diritto ad ottenere l'adempimento), l'onere probatorio si atteggi in maniera, diversa a seconda che il creditore agisca per l'adempimento ovvero chieda il risarcimento del danno (o la risoluzione) per causa d'inadempimento; c) nel criterio di vicinanza della prova, secondo cui l'onere della prova di un fatto va posto a carico della parte cui esso si riferisce: onde l'inadempimento - che nasce, e si consuma, per così dire, nella sfera d'azione del debitore - non deve essere provato dal creditore, dovendo invece essere il debitore a provarne l'inimputabilità; d) nel criterio di persistenza del diritto, da intendere nel senso che, nel caso di pretese creditorie destinate ad essere estinte entro un certo termine attraverso l'adempimento, il creditore è dispensato dalla prova dell'inadempimento sulla base di quella presunzione; e) nel fatto che, se l'art. 1453 c.c. consente, a chi ha chiesto l'adempimento, di domandare successivamente la risoluzione, sarebbe illogico ritenere che, in un caso siffatto, abbia a mutare la ripartizione dell'onere probatorio, prima richiedendosi all'attore di provare soltanto l'esistenza dell'obbligazione che vuole sia adempiuta e poi, nel corso del giudizio - pur dopo un'eventuale condanna del convenuto all'adempimento, basata sul mancato assolvimento dell'onere relativo -, pretendendosi che sia lo stesso attore a provare, in ragione dell'esercitato *ius variandi*, l'inadempimento già precedentemente accertato sulla base di una diversa regola probatoria”. Su questi cinque argomenti, riproposti pedissequamente in Cass., S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533, ampiamente, l'attenta analisi di Villa, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, cit., 710 ss. Qui vale la pena ricordare che il paradosso temporale del diverso tema di prova assegnato alla domanda di risoluzione e di adempimento si deve a R. Sacco e G. De Nova, i quali lo misero in rilievo già nella edizione del 1975 del loro fortunato trattato. Tuttavia i medesimi Autori (*Il contratto*, 3 ed., in *Trattato di Diritto Civile* diretto da R. Sacco, Torino 2004, 644), nel salutare la soluzione avallata dalle Sezioni Unite nel 2001, hanno cura di ribadire che “ci sono casi in cui l'inadempimento – conduca esso alla risoluzione del contratto o alla generica domanda di danni, o di adempimento – deve essere provato [dal creditore]: così avviene in caso di cattiva esecuzione (opera male costruita dal debitore), di cattiva qualità della cosa alienata, di *negligenza professionale del medico* o dell'avvocato” (corsivo aggiunto, note omesse).

dal contratto di cura implicitamente sotteso ad ogni relazione terapeutica. Il medico a questo punto deve provare che informazione e (successivo) consenso vi furono. Formulerà accorata richiesta di prove testimoniali (se potrà, ricorderà e troverà qualcuno disposto a farlo), oppure, se sarà stato accorto, più strategicamente verserà in atti un modulo informativo documentale conchiuso dalla firma (autografa e leggibile) del paziente. Non riuscendo a dimostrare (o a dimostrare adeguatamente) di aver adempiuto il suo obbligo informativo, il medico soccomberà²⁸.

C'è, però, chi si è premurato di tranquillizzare i medici, tracciando una distinzione fra adempimento assoluto e relativo. Si è così affermato che, poiché nessun paziente si reca dal medico dicendo: "faccia lei", in concreto ci si troverà sempre di fronte ad un inadempimento relativo, ovvero ad una ipotesi B (informazione incompleta), con l'effetto – secondo questo commentatore – di lasciare che le cose vadano come erano prima del *revirement* di cui si discute, per cui "[dovrà] essere il paziente stesso a provare quali e quante informazioni non gli siano state trasmesse"²⁹.

La tranquillizzante conclusione non è, però, condivisibile, per il semplice motivo che è smentita dalla stessa sentenza che l'artefice di questa affermazione ha commentato. A veder bene, proprio nella sentenza 7027/2001 i giudici di legittimità avevano espressamente escluso la possibilità di applicare alla fattispecie del consenso informato nell'ambito della relazione terapeutica l'idea (o meglio: il suo ragionamento legittimante) che l'inesatto adempimento debba essere provato dal deducente, concordando in via di mero *obiter* sul fatto che tale tesi possa applicarsi in caso di inadempimento di un obbligo accessorio al contratto, ma negando recisamente che ciò potesse avvenire nel caso dell'inadempimento di un obbligo di informazione – quello gravante sul medico – il quale, "lungi dall'essere accessorio o strumentale (rispetto ad un altro), derivando da una norma di rilevanza costituzionale volta a tutelare un diritto primario della persona, non può non avere, per ciò stesso, nella complessiva struttura negoziale, natura e dignità autonome (con autonoma rilevanza, sul piano delle conseguenze giuridiche, nel caso d'inadempimento)"³⁰.

Che sia questo il senso della decisione qui ricordata³¹, del resto, lo conferma il fatto che, per "l'operatore pratico del diritto", il tratto più saliente del *revirement* poco dopo sancito dalle Sezioni Unite è stato proprio quello di aver provveduto ad uniformare, indipendentemente dal contenuto della domanda, l'assetto probatorio dei

²⁸ Nei confronti del medico investito da un *claim* risarcitorio fondato sull'allegazione del mancato consenso la Cassazione ha così forgiato qualcosa di molto simile ad un meccanismo di predeterminazione della soccombenza, laddove con l'espressione si intenda (con M. Taruffo, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 733, 750) una regola probatoria con la quale "a) si elimina l'onere della prova a capo alla parte che dovrebbe provare il fatto positivo; b) si trasferisce l'onere della prova sull'altra parte, che soccombe se non prova il fatto negativo, ma c) questa prova è tendenzialmente o effettivamente impossibile".

²⁹ Così Rossetti, *I doveri di informazione del chirurgo estetico*, cit., 1171. Nella sentenza che commenta, l'Autore legge conferma del fatto "che, quando l'attore allegghi non un inadempimento assoluto del convenuto, ma un inadempimento parziale o relativo, grava sull'attore l'onere di provare l'esatto adempimento altrui (...) infatti, se si ritiene che nel giudizio di inadempimento il fatto costitutivo della pretesa sia il contratto, ed il fatto estintivo della pretesa sia l'esatto adempimento, è agevole concludere che quando l'attore allegghi un inesatto adempimento, ammetta per ciò solo che una qualche forma di adempimento c'è stata" (*ibid.*).

³⁰ In questi esatti termini Cass. 23 maggio 2001, n. 7027, cit., 1167-68.

³¹ In questo senso anche P. Frati, G. Montanari Vergallo, N. M. Di Luca, *Gli effetti del consenso informato nella prospettiva civilistica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 103, 115.

giudizi aventi ad oggetto l'inadempimento del contratto, lasciando vivere l'onere della prova in capo all'attore solo nell'ipotesi in cui l'obbligazione contrattuale abbia contenuto negativo. In quella sede, si è infatti proceduto a sancire una sorta di "formattazione a basso livello" della distribuzione dei temi di prova, perché – hanno precisato le Sezioni Unite - "l'eccesso di distinzioni di tipo concettuale e formale è sicuramente fonte di difficoltà per gli operatori pratici del diritto, le cui esigenze di certezza meritano di essere tenute nella dovuta considerazione" (quasi che avvocati e giudici non fossero all'altezza, insomma)³².

Ecco allora che il comparatista – il quale fino a qualche tempo fa guardava oltralpe per osservare che il medesimo assetto pretorio dell'allocazione dell'onere della prova del consenso informato raggiunto in Francia nel 1997 aveva di fatto introdotto una regola generale³³ (non scritta, ma da applicarsi con scrupolo e rigore) che impone al medico di raccogliere *sistematicamente* la volontà del paziente su moduli adeguatamente sottoscritti³⁴, con l'effetto di non trovare così disdicevole che alle nostre latitudini la giurisprudenza non avesse assunto un orientamento interpretativo monolitico sul problema -- oggi è costretto a ricredersi.

Se però si pone mente al fatto che oggi la sensibilizzazione della classe medica al problema del consenso informato non appare più, come poteva essere ancora qualche lustro fa, una nuova *policy* (etica, prim'ancora che giuridica) da implementare all'occorrenza anche attraverso le sentenze di condanna dei tribunali, ma una missione stabilmente recepita dalle regole deontologiche della professione (si leggano i sei articoli conclusi nel capo IV del codice di deontologia medica approvato il 14 ottobre 1998, ove, accanto al dovere del consenso informato, si pone con forza il più generale - e complementare - dovere del medico di garantire e rendere accessibile l'informazione al cittadino; in particolare si veda l'art. 30)³⁵, l'idea che le corti possano continuare ad impiegare le elastiche virtù della presunzione semplice per alleggerire il fardello probatorio del paziente sembra preferibile ad una soluzione che, se lenisce l'ansia di compattezza sistematica dei giuristi e fuga le incertezze degli "operatori pratici del diritto", finisce però per trattare allo stesso modo - imponendo l'applicazione di una regola probatoria che ha immediati effetti sul piano dell'imputazione del danno – una fattispecie in cui si discute della cattiva insonorizzazione di una parete divisoria di un centro di danza latinoamericana (era il caso sotteso al *revirement* delle Sezioni unite), con un giudizio in cui può capitare di dover stabilire, magari alla luce di controverse cognizioni scientifiche addotte al processo, se, e in che termini, un remoto rischio iatrogeno è stato adeguatamente trasmesso ad un paziente che non è sopravvissuto ad un intervento chirurgico.

Così ragionando, e soffermando per adesso la nostra attenzione sulle conseguenze che questo ragionamento produce sul comportamento dei destinatari della regola con

³² Si vedano infatti, in chiave decisamente critica, le condivisibili osservazioni di Villa, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, cit., 731, cui *adde* le perplessità di U. Carnevali, a commento di Cass., S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Contratti*, 2002, 118, spec. 120.

³³ Su questa vicenda Izzo, *La precauzione nella responsabilità civile*, op. cit., 300 ss.

³⁴ Si vedano i rilievi fortemente critici di L. Dubois, *La preuve de l'information du patient incombe au médecin: progrès ou régression de la condition des patients?*, in *Rev. dr. sanit. soc.*, 1997, 288.

³⁵ Sul punto l'illuminante saggio di E. Quadri, *Il codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto*, *Resp. civ.*, 2002, 925, spec. 933 ss.; si veda anche E. Calò, *Anomia e responsabilità nel consenso al trattamento medico*, *Resp. civ.*, 2000, 122.

riferimento al tema del consenso informato, l'effetto concreto è quello di incentivare a produrre reprografie frettolosamente sottoscritte dai pazienti³⁶, specie ove si consideri che non è affatto peregrino immaginare che "la norma del consenso fotocopiato" possa condurre i tribunali a dover accertare in giudizio l'effettivo valore giuridico del documento esibito dal medico³⁷, onde fugare il sospetto che, nella circostanza, la firma abbia fatto premio sui contenuti di sostanza della relazione informativa effettivamente intervenuta fra gli 'alleati' dell'incontro terapeutico³⁸.

A questo punto il terreno è pronto per verificare il tratto che accomuna le quattro sentenze emanate dalla III sezione della S. C. nella primavera del 2004. L'impostazione che le conduce a gestire il problema del riscontro del criterio di imputazione in capo al medico od alla struttura in tutte le diverse quattro fattispecie su cui esse si sono pronunciate è infatti la medesima.

Cass. 4400/2004, dopo aver svolto un ampio ragionamento sulla dottrina della perdita di chance (che peraltro è ritenuta inapplicabile al caso deciso, poiché nell'occasione difettava una proposizione della domanda nei termini autonomi che – come la stessa sentenza, lo si è visto, si è peritata di precisare -- in futuro saranno necessari per richiedere il danno da perdita di aspettative di cura³⁹) cassa la sentenza del giudice territoriale facendo applicazione del principio accolto dalle Sezioni Unite che si è ricordato poco fa.

Il brano rilevante della motivazione è questo: *"il giudice di appello assume che l'invio del paziente immediatamente in altra struttura sanitaria, dotato di reparto cardiocirurgico, per l'esecuzione di intervento chirurgico, costituiva l'unico rimedio possibile per prevenire la rottura dell'aorta; che il ricovero avvenne alle ore 8 e che il*

³⁶ Si è osservato a tal proposito (P. Pardolesi, in nota a Cass. 23 maggio 2001, n. 7027, *Foro it.*, 2001, I, 2507) che "[L]a tentazione, per il medico, di sovrainvestire in cautele formali potrebbe comportare l'ulteriore effetto di penalizzare il paziente (da un punto di vista strettamente pratico), ben oltre il portato dell'inevitabile asimmetria informativa".

³⁷ Per un caso in cui, pur in presenza di un modulo di consenso assolutamente generico all'operazione di plasmateresi, che aveva determinato il contagio lamentato dal paziente, i giudici sanciscono l'inadempimento dell'obbligo informativo dei medici, v. App. Bologna 15 gennaio 1998, *Resp. civ.*, 1998, 1282, con nota di A. Flores, F. Buzzi, *Ancora sull'obbligo di informazione nei confronti del paziente: questa volta in relazione al rischio di contagio virale da plasmateresi*. E si veda da ultimo un passo della recentissima Trib. Venezia 4 ottobre 2004, ove l'accertamento istruttorio valorizza le acquisizioni testimoniali e conduce a dichiarare inefficace il modulo di consenso preoperatorio fatto sottoscrivere dalla paziente "per quanto, come emerso nel corso dell'istruttoria, all'attrice sia stato fatto sottoscrivere in data 24.2.1998 il modulo per il consenso informato anestesilogico e chirurgico (cfr. il doc. 4 del fascicolo dell'attrice), la questione oggi in esame non può certo ridursi all'espletamento di un passaggio di natura burocratica. Infatti, il consenso deve essere il frutto di una relazione interpersonale tra i sanitari ed il paziente sviluppata sulla base di un'informativa coerente allo stato, anche emotivo, ed al livello di conoscenze di quest'ultimo".

³⁸ Una proposta alternativa, su cui non è qui possibile soffermarsi, è formulata in Izzo, *La precauzione nella responsabilità civile*, op. cit., 310 ss.

³⁹ Verrebbe fatto di chiedersi a tal proposito se -- in base al noto insegnamento di Gino Gorla ed alle condizioni in base alle quali la dottrina statunitense ravvede il *discrimen fra obiter e dicta* ["a holding consists of those propositions along the chosen decisional path or paths of reasoning that (1) are actually decided, (2) are based upon the facts of the case, and (3) lead to the judgment. If not a holding, a proposition stated in a case counts as dicta", così da ultimo, M. Abramowitz, M. Stern, *Defining Dicta*, George Washington University Law School, Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Working Paper No. 113, 113, in rete <http://www.ssn.com>] -- l'intera prospettazione argomentativa che la sentenza articola per illustrare la nuova regola accolta non finisca per configurare un lungo ed importante *obiter dictum*.

decesso avvenne alle ore 10,30, senza che fosse stata diagnosticata la patologia di cui era affetto il B. e senza che lo stesso fosse sottoposto ad accertamenti strumentali nel predetto periodo. L'errore diagnostico e la mancanza di accertamenti già di per sé integra inadempimento della prestazione sanitaria. L'unico problema che residua è se tale inadempimento sia colpevole o meno. Il giudice di appello formula tre ipotesi, a seconda dell'intensità dei dolori addominali del B. (bassa, media o alta) e ritiene che solo nella prima ipotesi non sussisterebbe colpa, mentre essa sussisterebbe nelle altre due ipotesi, specificando peraltro che, in caso di dolori addominali acuti di forte intensità, non erano necessari neppure gli esami strumentali per ipotizzare un aneurisma addominale. Il giudice di appello, pur ritenendo che l'ipotesi più probabile fosse quest'ultima e che lo stesso c.t.u. avesse optato per essa, ha poi assunto che non vi erano elementi di certezza in merito, stante la mancanza di precisi elementi di fatto. Senonché, vertendosi in tema di responsabilità contrattuale, essendo pacifico l'errore diagnostico e quindi l'inadempimento, la prova della mancanza di colpa doveva essere fornita dal debitore della prestazione, con la conseguenza che dell'incertezza sulla stessa se ne doveva giovare il creditore e non il debitore (la USL), tanto più che lo stesso giudice di appello riteneva che l'ipotesi più probabile era quella per cui il B. presentava forti dolori addominali acuti, che avrebbero dovuto sulla base del solo esame clinico far diagnosticare un aneurisma addominale, con l'immediato inoltro del paziente presso un centro clinico specializzato”.

In Cass. 9471/2004, invece, il problema della distribuzione e specificazione dei temi di prova nell'accertamento del criterio di imputazione del medico vive in una luce particolare e più specifica, dettata dal fatto che la controversia aveva ad oggetto l'inconsueta doglianza di un paziente sottoposto ad un intervento per cambiare sesso. L'uomo, poi donna, aveva lamentato nell'atto introduttivo di giudizio di aver visto tradita l'aspettativa di godere di un nuovo organo sessuale che le permettesse di intrattenere dopo il cambiamento di sesso una regolare vita sessuale, ad onta delle rassicurazioni (a suo dire) espresse in proposito dal chirurgo autore dell'intervento in sede preoperatoria. In primo grado il giudice, allargando l'indagine sui profili tecnici dell'intervento espletato sull'attrice, pone a capo della condanna del chirurgo l'accertamento di disfunzioni organiche conseguenti all'intervento che erano emerse nel corso delle indagini peritali, lasciando in ombra, o meglio ricalibrando su questo riscontro l'originale doglianza attinente alla insufficiente profondità del canale vaginale ricostruito nell'occasione.

Si discute quindi in sede di legittimità se sia necessario che il paziente alleghi nel suo atto introduttivo di giudizio lo specifico profilo di colpa a cui egli ritiene imputabile il danno lamentato, o se invece l'attore possa limitarsi ad una doglianza generica, suscettibile di essere specificata e nel caso allargata ad un profilo tecnico di responsabilità professionale emergente in esito alle indagini compiute in sede processuale dal consulente. La sentenza distilla il seguente principio: *secondo il quale, in definitiva, pur gravando sull'attore l'onere di allegare i profili concreti di colpa medica posti a fondamento della proposta azione risarcitoria, tale onere non si spinge sino alla necessità di enucleazione ed indicazione di specifici e peculiari aspetti tecnici di responsabilità professionale, conosciuti e conoscibili soltanto dagli esperti del settore (ché, diversamente opinando, si finirebbe per gravare il richiedente di un onere supplementare, quanto inammissibile, quale quello di richiedere, sempre e comunque, un accertamento tecnico preventivo onde supportare l'atto introduttivo del giudizio delle necessarie connotazioni tecnico - scientifiche), sufficiente essendo, per converso,*

la contestazione dell'aspetto colposo dell'attività medica secondo quelle che si ritengono essere in un dato momento storico, le cognizioni ordinarie di un non professionista che, espletando, peraltro, la professione di avvocato, conosca (o debba conoscere) l'attuale stato dei possibili profili di responsabilità del sanitario (omessa informazione delle conseguenze dell'intervento, adozione di tecniche non sperimentate in luogo di protocolli ufficiali e collaudati, mancata conoscenza dell'evoluzione, in una determinata branca, della metodica interventistica nota invece al constans atque diligens homo, ecc., oltre ai classici criteri di imprudenza, imperizia e negligenza dell'operatore, i cui aspetti sono, oggi, a loro volta profondamente mutati sotto l'aspetto definitorio - contenutistico, se si pensa che la negligenza è comunemente definita come violazione di regole sociali, e non più, non soltanto, mera disattenzione consistente nello scarso uso dei poteri attivi dell'individuo; l'imprudenza è, a sua volta, violazione delle modalità imposte dalle regole sociali per l'espletamento di certe attività - e non più, o non soltanto, mancata adozione delle necessarie cautele suggerite dall'esperienza; l'imperizia, infine, è violazione di regole tecniche di settori determinati della vita di relazione - e non più, o non soltanto, l'insufficiente attitudine all'esercizio di arti o professioni).

Nell'impossibilità di conoscere i tratti concreti e specifici della fattispecie da cui muoveva la sentenza di condanna del chirurgo (e su cui interviene il principio distillato dalla Corte), ed ignorando se la futura sentenza di condanna del giudice del rinvio finirà per liquidare all'attrice una somma specificamente intesa a risarcire i profili di danno derivanti all'attrice dalla insufficiente ricostruzione del suo nuovo organo sessuale, finendo così per bypassare la contestazione del convenuto, appuntata sul fatto di non aver mai effettuato promesse alla paziente e di aver anzi allegato l'inconfutata circostanza che le dimensioni dell'organo sessuale originario del paziente impedivano di fare più di quanto realizzato, il principio appare condivisibile.

Colpisce, tuttavia, ai fini del discorso qui seguito, un brano che la motivazione antepone al passo decisionale riportato, nel compiere un'elegante sintesi dei tratti che caratterizzano il sistema della colpa medica delineatosi sull'onda dell'evoluzione giurisprudenziale di questi ultimi anni: *“la colpa medica giunge così a sfiorare, capovolgendo la situazione originaria di protezione ‘speciale’ del professionista, una dimensione paraoggettiva della responsabilità (o, quantomeno, una dimensione comunque ‘aggravata’, in sintonia con le nuove frontiere del concetto di professionalità e imprenditorialità che, anche per effetto della normativa comunitaria, si è via via venuta affermando nei più svariati campi del sottosistema civilistico italiano, dalla responsabilità del mediatore e dell'amministratore di condominio a quella dei soggetti indicati dagli artt. 1469 bis ss. c.c.), salva prova di avere eseguito la propria prestazione con la dovuta diligenza (CC 3023/1994, Landi/Traldi).*

Continuiamo a verificare quali sono le implicazioni connesse alla “dimensione paraoggettiva” assunta oggi dalla colpa medica, soffermando la nostra attenzione su Cass. 10297/2004. Questa pronuncia ha infatti il merito di mettere esplicitamente a nudo il passo argomentativo che la giurisprudenza di legittimità sembra ormai aver definitivamente compiuto, sul cui significato soffermeremo le nostre riflessioni alla fine di queste note.

Dopo aver ricordato che la conformazione dei temi probatori della parti in un giudizio in tema di responsabilità medica fino a qualche anno si strutturava in base al meccanismo presuntivo divenuto noto con un'espressione che, come vedremo a tempo debito, identifica un latinetto di ritorno, ovvero “res ipsa loquitur”, la sentenza avverte

la necessità di rimeditare questo assetto nei seguenti termini: “i risultati sopra riassunti ai quali è pervenuta la giurisprudenza di legittimità vanno oggi riletti alla luce del principio enunciato in termini generali dalle Sezioni Unite di questa Corte con la sentenza 30 ottobre 2001, n. 13533, in tema di onere della prova dell'inadempimento e dell'inesatto adempimento. Le Sezioni Unite, nel risolvere un contrasto di giurisprudenza tra le sezioni semplici, hanno enunciato il principio - condiviso dal Collegio - secondo cui il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento. Analogo principio è stato enunciato con riguardo all'inesatto adempimento, rilevando che al creditore istante è sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento. Applicando questo principio all'onere della prova nelle cause di responsabilità professionale del medico deve affermarsi che il paziente che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria deve provare il contratto e allegare l'inadempimento del sanitario restando a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento. Più precisamente, consistendo l'obbligazione professionale in un'obbligazione di mezzi, il paziente dovrà provare l'esistenza del contratto e l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento, restando a carico del sanitario o dell'ente ospedaliero la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento impreveduto e imprevedibile. La distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà non rileva dunque più quale criterio di distribuzione dell'onere della prova, ma dovrà essere apprezzata per la valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, restando comunque a carico del sanitario la prova che la prestazione era di particolare difficoltà. Porre a carico del sanitario o dell'ente ospedaliero la prova dell'esatto adempimento della prestazione medica soddisfa in pieno a quella linea evolutiva della giurisprudenza in tema di onere della prova che va accentuando il principio della vicinanza della prova, inteso come apprezzamento dell'effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla. Infatti, nell'obbligazione di mezzi il mancato o inesatto risultato della prestazione non consiste nell'inadempimento, ma costituisce il danno consequenziale alla non diligente esecuzione della prestazione. In queste obbligazioni in cui l'oggetto è l'attività, l'inadempimento coincide con il difetto di diligenza nell'esecuzione della prestazione, cosicché non vi è dubbio che la prova sia ‘vicina’ a chi ha eseguito la prestazione; tanto più che trattandosi di obbligazione professionale il difetto di diligenza consiste nell'inosservanza delle regole tecniche che governano il tipo di attività al quale il debitore è tenuto.

Cass. 11488/2004 ci riporta invece su uno dei punti caldi del contenzioso in tema di responsabilità medica, poiché è noto che le controversie che hanno oggetto diagnosi asseritamente erronee condotte su nascituri, in caso di accertamento della responsabilità, sono destinate a produrre poste risarcitorie estremamente gravose, e come tali in grado di mettere in ginocchio i poco floridi bilanci delle ASL in questi tempi di difficile

assicurabilità. Senza poter qui poter lumeggiare i dettagli tecnici del caso, il *proprium* giuridico della sentenza giunta all'esame della S.C. è subito ben sintetizzato nella motivazione che ci accingiamo a ripercorrere. *“In sintesi il ragionamento [della corte territoriale] è questo: poiché è incerto che la malformazione sarebbe stata evidenziata quand'anche gli arti fossero stati tutti ricercati, neppure è certo che sarebbe stato raggiunto ‘un risultato utile per la paziente’; dunque la prestazione del medico era di particolare difficoltà, con conseguente spostamento della soglia d'ingresso della responsabilità del professionista alla colpa grave ex articolo 2236 c.c.”.*

La sentenza prende quindi posizione sull'errato sillogismo ritenuto dalla corte territoriale: *“la prestazione medica non è infatti qualificabile come particolarmente difficile alla stregua dell'articolo 2236 c.c. solo perché il risultato sperato è incerto, ben potendo accadere che una prestazione sia agevole (ad esempio, la corretta somministrazione dei farmaci necessari) e che il risultato (ad esempio: la guarigione o il miglioramento del paziente) sia tuttavia incerto. L'incertezza del risultato attiene, appunto, al risultato; ma non esclude affatto che la prestazione del medico (qualificata non a caso ‘di mezzi’), quand'anche il risultato sia incerto, possa essere tuttavia valutata come corretta o non, e che possa non implicare la soluzione di problemi di particolare difficoltà”.*

In questo passaggio, la Corte riferisce la difficoltà della prestazione alla sua modalità di svolgimento e non al risultato a cui essa tende. E la soluzione parrebbe a prima vista coerente con la natura dell'obbligazione “di mezzi” che ancora una volta nominalmente viene ricollegata alla prestazione del medico. Sennonché la motivazione prosegue ed osserva: *“la “gravità” della colpa, cui l'articolo 2236 c.c. subordina la responsabilità del professionista se la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, in definitiva consiste nel grado di discostamento della condotta dell'agente da quella che avrebbe dovuto e potuto tenere. Ora, è ben vero che la ricorrenza della stessa costituisce un presupposto dell'affermazione della responsabilità ma, dando luogo la relazione che si instaura tra medico (nonché tra la struttura sanitaria) e paziente ad un rapporto di tipo contrattuale (quand'anche fondato sul solo contatto sociale), in base alla regola di cui all'articolo 1218 c.c., compete non già al paziente allegarne e provarne la sussistenza, ma al medico (ed alla struttura sanitaria) dimostrarne la mancanza. Il paziente ha l'onere di allegare l'inesattezza dell'adempimento, non la colpa né, tanto meno, la gravità della colpa; il cui difetto (nel caso “ordinario” di cui all'articolo 1176 c.c.) ovvero anche solo la non qualificabilità della stessa in termini di gravità (nel caso di cui all'articolo 2236 c.c.) deve essere invece allegata e provata dall'obbligato alla prestazione che si assume inesattamente effettuata, e dunque dal medico.*

Ecco dunque messa a nudo l'aporia che sembra inficiare il ragionamento seguito dalla sentenza. La soluzione a cui essa giunge per determinare i contenuti della speciale difficoltà (qualificazione che per consolidatissima giurisprudenza è rimessa alle capacità di prova del medico convenuto, su cui grava il relativo onere probatorio) appare corretta nella misura in cui il tema probatorio relativo alla dimostrazione del non corretto adempimento sia devoluto al paziente-creditore, il quale, salva la positiva dimostrazione delle condizioni che possono permettergli di valersi della *res ipsa loquitur*, deve così peritarsi di illustrare in giudizio attraverso l'opera dei consulenti la condotta che l'agente avrebbe dovuto tenere nella circostanza, restando in caso contrario a suo carico l'incapacità di fugare l'incertezza processuale in merito alla possibilità di qualificare la condotta del medico-debitore in termini di mancata diligenza.

Se invece, in base alla diversa distribuzione dei temi di prova applicata concretamente in giudizio, l'accertamento della diligenza del medico debitore finisce per imporre a costui di identificare processualmente le spesso indimostrabili cause a lui non imputabili che hanno reso impossibile la prestazione, la natura dell'obbligazione del medico trasmuta da quella "di tenere un dato contegno professionale" *tout-court*, a quella di dimostrare quali sono i fattori che fanno sì che il danno lamentato dal paziente non derivi dal proprio contegno professionale, circostanza che appare indice del fatto che la prestazione professionale correttamente eseguita debba sempre identificarsi con quella che dispiega il suo effetto andando a buon fine, onde impedire che il paziente possa risentire di un danno, il quale, ove verificatosi, imporrebbe invariabilmente al medico l'identificazione processuale della causa non imputabile che l'abbia propiziato.

In breve: se la distribuzione dei temi probatori del giudizio relativo al criterio di imputazione – che è quella che poi rileva sul piano operativo – diventa indistinguibile da quella che scolasticamente si riconnette alla giustiziabilità di una obbligazione di risultato, allora anche la speciale difficoltà dovrebbe incentrarsi sul risultato della condotta professionale e non sulla modalità del suo svolgimento.

Se questa osservazione è corretta, mette conto allora -- nel concludere la nostra rassegna giurisprudenziale e poco prima di chiudere queste note con una *pars costruens* -- illustrare le tre regole operative risultanti dalla variabile distribuzione dei temi di prova in materia di accertamento del criterio di imputazione che, nel campo della responsabilità medica, preesistevano agli effetti determinati dalla formattazione a basso livello operata dalle Sezioni Unite. Per comodità espositiva e necessità di sintesi le si illustra di seguito in termini didascalici.

La regola base: obbligazione di mezzi – 1218 c.c. e 1176, secondo comma, c.c. - onere della prova del mancato adempimento gravante sul paziente creditore - peso dell'incertezza processuale relativa alla mancata diligenza del medico-debitore addossato al paziente creditore.

La speciale difficoltà: solo sul profilo dell'imperizia – onere di dimostrazione in capo al medico convenuto – riscontro – onere di provare la gravità della colpa in capo al paziente.

La res ipsa loquitur: interventi routinari o di facile esecuzione -- onere di dimostrazione della circostanza in capo al paziente – riscontro -- peso dell'incertezza processuale relativa alla mancata diligenza del medico-debitore addossato al medico debitore.

Ed è proprio da un'attenta analisi di quest'ultima regola pretoria che occorre muovere per verificare in che modo la struttura di una regola giuridica plasmata dall'interpretazione pretoria possa mostrarsi in grado di seguire da presso la specificità fenomenologica che caratterizza il settore di attività sulla quale la regola di responsabilità è destinata ad incidere.

Res ipsa loquitur

Com'è noto, questa scorciatoia euristica ha natali assai antichi nella giurisprudenza dei sistemi di *common law*. Il *copyright* sull'impiego della formula latina con cui la regola viene oggi designata spetta al barone Pollock, uno degli ultimi giudici della *Court of Exchequer*⁴⁰, sebbene nella sua sostanza la *doctrine* riassunta

⁴⁰ Il quale in *Byrne v. Boadle*, 159 Eng. Rep. 299, 300 (Ex. 1863) chiosò: "[t]here are certain cases of which it may be said *res ipsa loquitur*, and this seems one of them".

dal fortunato latinetto avesse ricevuto applicazione già qualche lustro prima dal *King's Bench*⁴¹.

Oltreoceano i presupposti per l'applicazione della regola vengono classicamente presentati nel test formulato nella prima edizione di un manuale su cui si sono formate generazioni di *trial lawyers* statunitensi⁴², che fu peraltro ripreso pedissequamente da Justice Gibson nel *landmark Ybarra v. Spangard*⁴³: "(1) the accident must be a kind which ordinarily does not occur in the absence of someone's negligence; (2) it must be caused by an agency or instrumentality within the exclusive control of the defendant; (3) it must not have been due to any voluntary action or contribution on the part of the plaintiff"; anche se non è mancato chi ha sostenuto la necessità di una quarta condizione, ovvero il fatto che nella circostanza il convenuto appaia nella migliore posizione per spiegare la dinamica dei fatti⁴⁴.

I più accorsati manuali specialistici avvertono che la regola probatoria può avere una diversa efficacia a seconda della giurisdizione in cui sia invocata: se in alcuni stati le *jury instructions* lasciano le giurie libere di inferire, o non, la *negligence* del convenuto, in altri la regola ha effetti più penetranti e realizza una sostanziale inversione dell'onere della prova, per cui il caso si chiude in favore dell'attore, a meno che il convenuto non riesca a confutare la presunzione di colpevolezza (senza contare che alcuni stati hanno scelto di bandire il ricorso giudiziale alla *res ipsa loquitur* nel quadro delle riforme legislative implementate per ovviare alla crisi della *medical malpractice* degli anni '70 ed '80)⁴⁵.

Nella manualistica britannica si usa invece parlare di "control" ed "ordinary course of things", per indicare che la regola può essere applicata se risultano congiuntamente soddisfatte due condizioni: 1) il convenuto dev'essere nell'esclusivo controllo del fattore (che s'inferisce essere) produttivo di danno; 2) la fattispecie deve rientrare in una tipologia di casi, ove, secondo (ciò che noi appelleremmo) l'*id quod plerumque accidit*, un danno non si verifica se non a causa della negligenza di chi controlla il fattore produttivo di danno⁴⁶.

Anche in Inghilterra si discute se l'applicazione della regola sottenda una semplice inferenza di negligenza o un vero e proprio rovesciamento dell'ordinario

⁴¹ *Carpue v. London & Brighton Ry Co.*, 114 Eng. Rep. 1431 (K.B. 1844). E che per determinare il successo di una regola nell'evoluzione giuridica le etichette possano essere più importanti dei contenuti lo ricorda Lord Show in *Ballard v. North British Railway Co.* 1923 S.C. 43, il quale chiosò: "[I]f that phrase had not been in Latin, nobody would have called it a principle" (*id.*, 56), a conferma delle considerazioni così espresse, nella traduzione di Silvia Ferreri, da C. Atias, *Teoria contro arbitrio. Elementi per una teoria delle teorie giuridiche*, Milano, 1990, 128: "[I] giuristi sono sensibili all'eleganza di un'espressione (...) perciò è per loro ben doloroso abbandonare una formula gradevole. Sia che la sua eufonia aiuti a rammentarla – ciò che s'impara facilmente si insegna volentieri, e gli argomenti per convincersene vengono in mente da soli – sia che il suo stile, antiquato o meno, le conferisca l'apparenza di una forza inalterabile, la forma ben riuscita esercita un vero ascendente. E' questa la ragione per cui tanti brocardi, il cui significato era ormai superato, e che erano condannati all'estinzione, hanno cambiato significato piuttosto di venir abbandonati".

⁴² Ci si riferisce al celebre *casebook* di J. H. Wigmore, *A Selection of Cases on Evidence, for the Use of Students of Law*, Boston, 1906, § 2509.

⁴³ 25 Cal. 2d 486, 489, 154 P.2d 687, 689 (1944).

⁴⁴ L. L. Jaffe, *Res Ipsa Loquitur Vindicated*, 1 *Buff. L. Rev.* 1, 6-7 (1951).

⁴⁵ B. R. Furrow, T. L. Greaney, S. H. Johnson, T. S. Jost, R. L. Schwartz, *Health Law: Cases, Materials and Problems*, St. Paul, Minn., 1997, 168 ss.

⁴⁶ Per tutti B. S. Markesinis, S. F. Deakin, *Tort Law*⁴, 1999, Oxford, 171.

regime probatorio, per quanto a tal proposito si sottolinei che “[t]he differences between the two views of the effects of *res ipsa loquitur* have probably been exaggerated. It is a fine line between the probabilities being equally balanced and tipping the scale one way or the other. *The issue turns upon the cogency that the court attributes to particular pieces of evidence*, and this is necessarily a subjective judgement which it is virtually impossible to quantify”⁴⁷.

Dietro l'apparente linearità delle formule esplicative impiegate dai manuali si cela dunque una realtà operativa ben più complessa: “seeing the reason for the *res ipsa loquitur* doctrine is not the same as seeing the cases to which it applies”⁴⁸. Giova quindi sottolineare che, mentre oltreoceano la regola vive in uno spettro di applicazioni niente affatto omogenee (per le ragioni che si sono accennate), oltremarica il consolidamento teorico di una regola casistica non ha mai prodotto generalizzazioni od automatismi applicativi: in campo medico il giudice non può limitarsi ad applicare la regola sul presupposto che sia provato (secondo il parere dei consulenti tecnici) che l'intervento medico fosse di facile esecuzione⁴⁹, senza considerare che, di regola, la *doctrine* non trova applicazione quando il danno lamentato dal paziente consegue ad un intervento medico che prospetta un rischio iatrogeno statisticamente ineliminabile, poiché tale circostanza lascia vivere il dubbio che il danno si sia potuto verificare anche in assenza di *negligence*⁵⁰.

Com'è noto, la regola tenuta a battesimo da Baron Pollock è da tempo rimbalzata alle nostre latitudini⁵¹, ove le corti ne fanno un impiego ormai routinario per attribuire la

⁴⁷ In questi termini M. A. Jones, *Medical negligence*, London, 1996, 155 ss., spec. 158 (corsivo aggiunto).

⁴⁸ Così dean W. L. Prosser, *Res Ipsa Loquitur in California*, 37 *Cal. L. Rev.* 183, 183 (1949).

⁴⁹ Si veda, infatti, la frastagliata casistica riportata da Jones, *Medical negligence*, *op. cit.*, 152.

⁵⁰ *Id.*, 154.

⁵¹ In questo senso la *res ipsa loquitur* può ascrivere ad una categoria di regole che, attraverso un circuito di circolazione di modelli giuridici sovrinteso dalla dottrina e operato in ultima analisi dalle corti, può definirsi coniano l'espressione “latinetto di ritorno”. Questa convenzione espressiva muove dalla constatazione che il successo e la circolazione di un'argomentazione giuridica (e della regola che la definisce e l'esprime) dipenda in misura non trascurabile dal fatto di essere associata ad una formula evocativa di facile presa presso l'interprete, il quale impara così a farla sua e ad impiegarla, contribuendo alla diffusione ed al successo dell'argomentazione associata a quella data espressione linguistica. In questa prospettiva, che è necessariamente comparatistica, per latinismo di ritorno può intendersi una espressione latina (e la regola od il principio ad essa associato) divenuta verbo corrente presso gli operatori del nostro diritto municipale dopo essere stata importata (ad opera della dottrina e, attraverso quest'ultima, della giurisprudenza) nel nostro vocabolario giuridico dall'ordinamento straniero ove, per la prima volta, era stata proposta l'associazione fra la formula latina ed il significato in seguito riconosciuto a quest'ultima. L'espressione conosce un repentino successo nel nostro ordinamento proprio in virtù del prestigio associato all'impiego della veste linguistica che la esprime, atta ad evocare d'istinto la nobile discendenza della regola, che, dunque, prende ad essere applicata anche in virtù di questa falsa presupposizione storica indotta dalla sua veste linguistica. Un latinismo di ritorno si riscontra, in altri termini, quando il giurista italiano viene catturato da un'espressione latina (ed il significato giuridico ad essa associato) nella falsa convinzione che essa appartenga da tempo immemore alla propria tradizione giuridica, senza avvedersi (ovvero, fingendo più o meno consapevolmente di non avvedersi) che, in realtà, *quel* latinismo è stato impiegato per veicolare *quel* significato giuridico (cui nel frattempo l'interprete italiano impara a riferirsi, facendo largo uso della formula) solo in tempi moderni, ad opera di giuristi stranieri, e per di più in conseguenza del fatto che il primo artefice di quella associazione (fra significato giuridico contemporaneo e significante latino nell'ordinamento straniero in questione) ha operato la sua scelta per dar pregio alla propria intuizione, ammantandola di un'aura linguistica evocante prestigio e tradizione.

responsabilità dell'esito infausto della cura all'inadeguato operato del medico⁵², quando il paziente provi che l'intervento terapeutico o diagnostico subito sia di facile esecuzione, si da permettere d'inferire l'inadeguatezza della prestazione resa dal medico dal semplice riscontro dell'esito peggiorativo dell'intervento ricevuto⁵³. L'attore, in tal caso, è sollevato dal compito di dimostrare in giudizio lo scarto comportamentale fra la condotta ideale da osservarsi secondo le regole dell'arte ed il concreto operato del professionista di turno, con l'effetto di rovesciare sul convenuto l'onere di provare d'aver diligentemente eseguito la prestazione.

Qualcuno ha sostenuto che l'accostamento della regola probatoria applicata dalle nostre corti nel caso di interventi di facile o routinaria esecuzione al criterio *res ipsa loquitur* impiegato dalle corti di *common law* sia improprio, ritenendo che le due regole non sarebbero assimilabili, sul rilievo che, mentre le corti municipali, una volta che l'attore abbia dimostrato la facilità dell'intervento subito e sul presupposto dell'esito peggiorativo ad esso conseguito, invertono l'onere della prova applicato al giudizio, le corti statunitensi invece desumerebbero dalla facilità dell'intervento un semplice elemento di prova a favore del *claim* del paziente, senza però che ciò comporti l'inversione dell'ordinario regime probatorio⁵⁴. Ma, a prescindere dal fatto che nell'esperienza di *common law*, come si è visto, quest'affermazione non sembra essere affatto pacifica (o comunque generalizzabile), a noi pare invece che l'accostamento concettuale tradizionalmente operato sul piano comparatistico fra la regola di *common law* e la sua omologa distillata dai tribunali nostrani sia pienamente ammissibile nella misura in cui si sia consapevoli del fatto che i criteri che informano le decisioni adottate dalle corti statunitensi o britanniche sotto l'egida del principio di cui si discorre sono, come si è visto poche righe fa, tecnicamente molto più rigorosi ed analitici dei fattori decisionali che possono enuclearsi dalle massime tramandate dai nostri repertori con riferimento ai casi relativi agli "interventi di facile esecuzione".

In dottrina ci si è affrettati a descrivere questa regola probatoria, desumendone (o meglio: attribuendole) significati di natura sostanziale. Si è così di volta in volta ritenuto che la regola in discorso finisca per esprimere, a carico del medico o della struttura, una

⁵² Su cui v. P. Iamiceli, *La responsabilità civile del medico*, in *La responsabilità civile nella giurisprudenza* (a cura di P. Cendon), VI, Torino, 1998, 311, 362 ss.; Cafaggi, voce *Responsabilità del professionista*, cit., 206; R. De Matteis, *La responsabilità medica*, op. cit., 210 ss.; M. Zana, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 1993, 36; V. Fineschi, *Res ipsa loquitur: un principio in divenire nella definizione della responsabilità medica*, Riv. it. med. leg., 1989, 419; Princigalli, *La responsabilità del medico*, op. cit., 48 e 82; ma vedi, per un ragionamento ove sembra affiorare in nuce l'idea che, nell'ipotesi di un intervento terapeutico molto sicuro ed efficace, la colpa del medico possa essere inferita dall'esito infausto dell'intervento, in base all'*id quod plerumque accidit*, G. Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 325-28.

⁵³ Negli ultimi lustri le applicazioni da parte dei giudici di legittimità della regola (distillata per la prima volta ai danni dell'ospedale S. Gennaro di Napoli in Cass. 21 dicembre 1978, *Foro it.*, 1979, I, 4, con riferimento all'attività chirurgica) si sono moltiplicate, v. Cass. 19 maggio 1999, n. 4852, *id.*, 1999, I, 2874, nonché *Danno e resp.*, 1999, 1104, nota Comandé (ostetricia); 8 gennaio 1999, n. 103, *Foro it.*, Rep., 1999, voce *Professioni intellettuali*, n. 173, in *estenso Danno e resp.*, 1999, 779, nota De Matteis (anestesia); Cass. 4 febbraio 1998, n. 1127, *Foro it.*, Rep. 1998, voce cit., n. 153, in *estenso Giur. it.*, 1998, I, 1, 1800 (chirurgia); Cass. 30 maggio 1996, n. 5005, *Foro it.*, Rep., 1996, voce cit., n. 167; Cass. 11 aprile 1995, n. 4152, *id.*, Rep., 1995, voce cit., n. 168 (chirurgia); Cass. 16 novembre 1993, n. 11287, *id.*, Rep. 1993, voce cit., n. 115 (chirurgia); Cass. 1 febbraio 1991, n. 977, *id.*, Rep. 1991, voce cit., n. 108, in *estenso Giur. it.*, 1991, I, 1, 1379 (radiografia); Cass. 16 novembre 1988, n. 6220, *id.*, Rep. 1988, voce cit., n. 94 (chirurgia).

⁵⁴ Così P. Stanzone, V. Zambrano, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998, 69.

forma di responsabilità oggettiva⁵⁵, ovvero offra riprova dell'artificialità della distinzione fra obbligazioni di mezzi e di risultato (per dare definitiva conferma che l'obbligazione contrattualmente dovuta dal medico o dalla struttura è retta in via esclusiva dall'art. 1218 c.c.)⁵⁶, ovvero, semplicemente, trasformi l'obbligazione di mezzi del medico in una obbligazione di risultato⁵⁷.

La pur comprensibile ansia di riportare il meccanismo presuntivo adoperato dai giudici al contesto delle norme sostanziali su cui il risultato di questa inferenza standardizzata incide non deve però indurre a trascurare la necessità di comprendere fino in fondo la logica che informa il modo di operare della regola in discorso⁵⁸.

L'applicazione della *res ipsa loquitur* all'attività medica rappresenta uno dei tanti modi di supplire alle circostanze incerte con cui le regole della responsabilità civile fanno i conti quando sono calate nel processo, e non v'è ragione di dubitare che anche in questo caso l'applicazione della regola rifletta, in modo più o meno consapevole, la scelta di risparmiare sul prezzo dell'accuratezza della decisione⁵⁹, nella convinzione che, il più delle volte, l'opzione produca un risultato migliore rispetto al rischio che i "misteri sopravvissuti" al processo celino il prezzo ancor più esoso di una decisione infondata⁶⁰. Quanto dire, in una prospettiva giureconomica, che la legittimazione

⁵⁵ Lo afferma P. G. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, (diretto da R. Sacco), *Le fonti delle obbligazioni*, 3, Torino, 1998, 113 e 753; ma già, assumendo che la regola non abbia più niente a che fare con l'istituto della presunzione semplice, G. Calabresi, *Funzione e struttura dei sistemi di responsabilità medica*, in *La responsabilità medica*, *op. cit.*, 43, 44-5; più di recente opera l'accostamento anche A. Somma, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo: il caso della responsabilità medica*, *Politica del diritto*, 2000, 561, 566. In via più generale, ritengono che la regola *res ipsa loquitur* applichi un criterio di responsabilità oggettiva M. Franzoni, *Prevenzione e risarcimento del danno da prodotti industriali*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 79, 103; F. Galgano, *Responsabilità del produttore*, *Contratto e impr.*, 1986, 995, 1001.

⁵⁶ E' questa la conclusione di C. Castronovo, *Profili della responsabilità medica*, *Vita not.*, 1997, 1222, 1225 ss.; ripresa da L. Nivarra, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto sulla giurisprudenza*, *Europa e dir. priv.*, 2000, 513, 519-20. Galgano, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, *cit.*, 716-18, a sua volta, aveva rapportato la regola applicata nel caso di interventi di facile esecuzione alla tesi ricostruttiva proposta per sostenere che la struttura sanitaria (ma non il medico libero professionista) risponda contrattualmente nei confronti del paziente nei termini di un'obbligazione di risultato; nel senso che la regola faccia rivivere nel settore della responsabilità medica l'originale assetto probatorio previsto dall'art. 1218 c.c. anche U. Breccia, *La colpa professionale*, in G. Visintini (a cura di), *La giurisprudenza per massime ed il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, Padova, 1988, 317, 321.

⁵⁷ G. Cattaneo, *La responsabilità medica nel diritto italiano*, in *La responsabilità medica*, *op. cit.*, 9, 20 e, da ultimo, M. Costantino, "Falso negativo" e danno ingiusto, *Riv. dir. civ.*, 2001, II, 1, 8, sub nota 15.

⁵⁸ Fuori dal coro delle voci dottrinali appena passate in rassegna, sembrano muoversi in quest'ottica P. Cendon, P. Ziviz, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto civile*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 757, 783, annotando come il fondamento della soluzione praticata dalle corti debba essere cercato "non solo in una generica volontà di promozione della parte debole, bensì anche in un'attenzione per il motivo della verosimiglianza: è abbastanza probabile in effetti che, se un'operazione di appendicite ha determinato nel paziente l'insorgere di una setticemia, alla base vi sia stata qualche negligenza od imperizia del sanitario".

⁵⁹ In tal senso, con riferimento all'impiego giudiziale della regola *res ipsa loquitur*, L. Kaplow, *The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis*, 23 *J. Leg. Stud.* 307, 308 (1994).

⁶⁰ Quanto appena detto riadatta liberamente l'ultimo piano sequenza del bel saggio di P. Cendon, *Circostanze incerte e responsabilità civile*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 1237, 1311, ove, offrendo un convincente saggio di come il diritto possa servirsi della settima arte (invece di venirne sfruttato, come più spesso accade, v. A. Somma, "When law goes pop". *La rappresentazione filmica nel diritto*, *Politica*

funzionale della regola – ed il proposito con il quale essa è impiegata dalle corti – risiede nella sua convincente capacità di gestire l'incertezza, determinando un conveniente *trade-off* fra decisioni falso negative e decisioni falso positive⁶¹. Possono certamente condividersi le preoccupazioni espresse a tal proposito da chi ha sottolineato che - quando si inverte giudizialmente l'onere della prova, dando ingresso ad una valutazione di tipo sostanziale dei contrapposti interessi delle parti che in tal modo finisce per sostituirsi a quella predeterminata dal legislatore - occorre considerare attentamente la “sovrapposizione tra legalità ed arbitrio giudiziale” che questa scelta interpretativa inevitabilmente realizza⁶². Tuttavia, ciò che le corti applicano quando un intervento terapeutico (il cui esito è tale da apparire infausto) sia tale da potersi qualificare “di facile esecuzione” è il consolidamento di un ragionamento presuntivo, reso possibile dal progresso della medicina: l'avvenuta, drastica, diminuzione, epidemiologicamente misurabile in soglie prossime allo zero, del rischio iatrogeno e delle percentuali di insuccesso sottese ad alcune tipologie d'interventi terapeutici⁶³. Si può verificare l'osservazione appena formulata frequentando i vecchi repertori.

Dimenticare al termine di un'operazione chirurgica una pinza nell'addome del paziente, cagionandone la morte per l'insorgere di complicanze infettive, ottant'anni fa poteva ancora apparire una condotta professionale su cui appariva opportuno indagare, disponendo un supplemento d'indagine peritale, per accertare se tale comportamento fosse, o non, conforme al modello di diligenza segnato dallo sviluppo delle conoscenze chirurgiche dell'epoca⁶⁴. Tuttavia, già all'epoca i giudicanti cominciavano a ventilare l'ipotesi che lo sviluppo della tecnica si accingesse a rendere superflua l'indagine peritale sull'operato del medico in relazione al modello della diligenza esigibile, con ciò

del diritto, 2003, 447), l'Autore tira la fila del suo documentato tentativo di trarre un senso unitario dal modo in cui le corti mostrano di far interagire le regole di responsabilità civile con l'incertezza dei fatti su cui esse sono chiamate ad operare: “[s]oltanto perché non è possibile sapere qual è la verità non è detto che si debba parlare di sconfitta. L'importante è che esista comunque un bene (non troppo disomogeneo rispetto a quello di partenza, non tale da sollevare problemi di liceità) attraverso il quale possa compensarsi il male per i misteri sopravvissuti. Il fine ultimo è che vi sia comunque un modello capace di ‘tenere insieme’ le cose. La verità – la sua ricerca – è una soltanto fra le variabili da armonizzare; tutto sta a valutare la bontà degli obiettivi su cui vanno investite, via via, le risorse che assicura la rinuncia ad un accanimento investigativo” (note omesse).

⁶¹ Questa è la spiegazione funzionale della regola in chiave di analisi economica, si vedano J. J. Johnson, *Bayesian Fact-Finding and Efficiency: Toward an Economic Theory of Liability Under Uncertainty*, 61 *S. Cal. L. Rev.*, 137, 140 (1987); N. P. Terry, *Collapsing Torts*, 25 *Conn. L. Rev.* 717, 724 (1993); B. L. Hay, *Allocating the Burden of Proof*, 72 *Ind. L. J.* 651, 678 (1997).

⁶² V. Denti, *L'inversione dell'onere della prova: rilievi introduttivi*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 709, 711.

⁶³ Questa dinamica non è diversa dalla dinamica di cui discorre Mark Grady quando accosta alla regola della *res ipsa loquitur* l'idea che la regola si applichi nelle ipotesi ove il vantaggio che la presunzione offre nel gestire (ciò che l'Autore chiama) il *compliance error* (l'errore, la svista momentanea), legato all'impiego di un mezzo precauzionale, sopravanza lo svantaggio legato al rischio di determinare la responsabilità del convenuto per un danno oggettivamente inevitabile, v. M. F. Grady, *Res Ipsa Loquitur and Compliance Error*, 142 *U. Pa. L. Rev.* 887, 909-10 (1994), “[i]n most instances where technology has made an activity unusually safe, that same technology has multiplied the possibilities for compliance error relative to those for unavoidable accidents. Hence the paradox: accident in areas with the most safety equipment are the strongest *res ipsa* cases” (note omesse).

⁶⁴ Le cronache giudiziali dimostrano che nella pur ipertecnologica medicina contemporanea la fattispecie non cessa di rivelarsi attuale, v. per un recentissimo riscontro in sede penale, Cass. 39026/04, di cui dà notizia *Il Sole 24 ore Sanità*, 2004, fasc. 40, 29, esclamando il titolo: “Chirurghi, contate i ferri!”.

lasciando intendere che presto il giudice avrebbe potuto procedere da solo ad inferire l'esistenza della negligenza dalle circostanze tipiche di questo tipo infortuni chirurgici⁶⁵.

E' interessante rileggere oggi come i giudici di legittimità svolgevano la motivazione tesa a cassare il frettoloso giudizio assolutorio pronunciato dai giudici territoriali, chiarendo quali fossero "i doveri del chirurgo prima, durante e dopo l'operazione, in rapporto ai mezzi che la scienza e la tecnica gli offrono per la prevenzione della grave iattura, di cui il Mignoli fu vittima" (la derelizione della pinza). Ecco allora il ragionamento svolto dalla Cassazione agli inizi degli anni trenta: "[a]vrebbe dovuto, quindi, la corte, innanzi tutto, e ne aveva la piena possibilità, dato che ben quattro perizie medico-chirurgiche, oltre il restante materiale probatorio, erano a sua disposizione, soffermarsi a stabilire, come ne era espressamente eccitata dalle parti, la natura dell'incidente occorso al Mignoli: *se raro o frequente nelle cronache chirurgiche; se prevedibile od imprevedibile; evitabile od inevitabile coi mezzi che la progredita tecnica moderna offre all'operatore*. Su questi mezzi, sul numero di essi e sulla loro efficacia avrebbe dovuto la corte particolarmente indugiare. *Giacché, sia la prevedibilità, sia la evitabilità del sinistro, i due elementi costitutivi della colpa, sono intimamente legati ai progressi della tecnica chirurgica*. Le quattro perizie in atti, non esclusa quella prodotta a sua difesa dallo stesso Busachi, accennano a tutto un complesso di mezzi escogitati dalla tecnica moderna, oltre il conteggio dei ferri, per prevenire l'abbandono di elementi estranei nel corpo dell'infermo: il legamento dei ferri a catena, la rastrelliera del Kelly, il tentorio di Sassi, ecc. Se a questa doverosa indagine avesse la corte proceduto, *o non avrebbe disposta la perizia, decidendo senz'altro la lite*, o, pur questa disponendo, avrebbe formulato il quesito peritale in modo diverso (...)"⁶⁶.

Che sia la scienza e non il diritto a scandire i tempi ed i modi di applicazione della regola di cui si discorre appare chiaro anche ove si guardi al modo in cui oggi la regola opera, almeno alle nostre latitudini. Generalizzando su base statistica il risultato di un'inferenza⁶⁷, il principio trova applicazione quando il giudice si convince di poter ricondurre la fattispecie che lo impegna nella classe dei casi per cui la regola è valida, nominalmente identificata dai c.d. "interventi di facile esecuzione" o "routinari".

L'attore propizia questa sussunzione dimostrando che l'intervento subito con esiti peggiorativi rientra in questa classe di casi. Il risultato è il sorgere di una presunzione di negligenza generica in capo al convenuto: s'ignorano le caratteristiche effettuali della negligenza commessa dal convenuto; non si ha modo di sapere quale sia il comportamento precauzionale che quest'ultimo ha omesso di porre in essere. Tutto ciò non interessa perché la regola, a questo punto, chiede al convenuto di spiegare come è andata, ricostruendo doviziosamente la propria condotta professionale per tentare di dimostrarne la perfetta aderenza alla diligenza esigibile, con l'individuazione dell'ignoto fattore eziologico, estraneo alla sua capacità di controllo, che ha determinato l'esito peggiorativo dell'intervento terapeutico o diagnostico. Non riuscendo il più delle volte nell'impresa, il convenuto, responsabile per una mancata diligenza accreditata da una stima probabilistica, soccombe. Si tratta di un processo decisionale simile a (ma non

⁶⁵ Cass. 13 maggio 1931, *Giur. it.*, 1931, I, 1, 872.

⁶⁶ *Id.*, 874 (enfasi ovviamente aggiunta). Considerazioni circa la natura routinaria e ormai sicura dell'intervento terapeutico produttivo di danno, svolte al fine di cassare la decisione assolutoria pronunciata in appello a favore del medico, sono svolte anche in Cass. 17 giugno 1936, n. 2107, *Foro it.*, 1936, I, 815, 818 (iniezione intracutanea cagionante la paralisi del nervo sciatico).

⁶⁷ D. Kaye, *Probability Theory Meets Res Ipsa Loquitur*, 77 *Mich. L. Rev.* 1456, 1461-64 (1979).

del tutto coincidente con) quello seguito dai giudici teutonici sotto l'egida della c.d. prova *prima facie* o *Anscheinsbeweis*⁶⁸.

In quel caso infatti all'attore è preliminarmente chiamato ad integrare in giudizio una *schlüssigkeit*, allegando fatti o circostanze che, ove ritenute provate, condurrebbero una corte a giustificare la fondatezza della pretesa attorea. L'attore, in altri termini, deve allegare di aver subito un risultato lesivo (a seguito dell'intervento terapeutico) tale da permettere di inferire in base alla logica ed all'esperienza, che tale lesione costituisca il risultato tipico di un *fattore causale specifico individuato* dallo stesso attore nel suo *claim*. Il criterio per far funzionare questa inferenza è quello di identificare un corso degli eventi tipico (*typischer Geschehensablauf*), che dal danno risale ad una condotta specifica tacciabile di negligenza medica. Solo alla positiva integrazione di questo quadro probatorio da parte dell'attore consegue l'inversione dell'onere della prova, onere che però può a sua volta essere reinvertito sull'attore ove il convenuto adduca fatti che rendano possibile ipotizzare che il fattore causale del danno sia attribuibile ad un eccezionale corso degli eventi⁶⁹.

Ecco perché, tornando al funzionamento della regola municipale degli interventi "routinari" ed alla sua qualificazione giuridica, non si ritiene di concordare con l'impostazione di quanti sostengono che la prova liberatoria richiesta al convenuto, in un giudizio che vede operare la regola presuntiva in discorso, sia strutturata in modo da rendersi indistinguibile dalla prova richiesta al debitore dall'art. 1218 c.c.

Un più meditato esame, infatti, permette di avvedersi che sul piano operativo così non è, e che questa affermazione travisa il modo di essere della regola nel contesto processuale. Un conto infatti è, come sostengono i fautori di questa tesi, muovere dall'idea che la diligenza del medico debba essere valutata in base all'art. 1218 c.c., concettualmente ricostruito in modo da addossare sistematicamente al convenuto l'onere di individuare e di spiegare, dopo l'allegazione attorea del danno subito a seguito dell'intervento (e dunque della mancata conformità della prestazione all'adempimento dovuto), la causa non imputabile al debitore, con l'effetto pratico di imputare automaticamente al medico la responsabilità per il mancato adempimento, salva la spesso impossibile controprova della causa non imputabile⁷⁰.

Un conto è, invece, avere la possibilità di fondare il giudizio su una regola operativa che impone un riscontro casistico (peraltro subordinato alla capacità attorea di circostanziare gli elementi probatori cui è subordinata l'applicazione della

⁶⁸ Vedi infatti il *caveat* autorevolmente espresso da M. Taruffo, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 733, 739 ss., spec. 741, nei confronti delle generalizzazioni espresse da chi, comparando all'ingrosso, ostenta (o lascia comunque credere al lettore) l'idea che la prova *prima facie* teutonica sia un istituto probatorio di matrice giurisprudenziale (ormai) trasposto e diffusamente applicato nei suoi termini originari dalle corti della nostra penisola.

⁶⁹ Estesamente sul punto O. de Lousanoff, *Facilitations of Proof in Medical Malpractice Cases: A Comparative Analysis of German and American Law*, Frankfurt am Mein, Bern, 1982, 85-87.

⁷⁰ Sul punto le condivisibili considerazioni di M. Paradiso, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 325, 329, sulla dicotomia mezzi/risultato del contenuto dell'obbligazione: "[L]a dottrina prevalente, tuttavia, nell'ansia di liberarsi da una categorizzazione ingombrante commette poi l'errore di respingere *in toto* la configurazione, e assimila in un'unica figura tutte le obbligazioni, a prescindere dal loro contenuto, precludendosi così la possibilità di individuare il corretto termine di riferimento dell'obbligo e della correlativa responsabilità. E invero, se la distinzione non vale a introdurre una differenziazione sul piano della disciplina, essa è invece sommamente opportuna sul piano *descrittivo*, sul piano della *individuazione dell'oggetto* della prestazione, rispetto al quale si dovrà poi valutare l'adempimento o l'inadempimento del debitore. Da tale punto di vista, infatti, entrambi i profili, dei mezzi e del risultato, vengono sempre in considerazione" (corsivo originale, note omesse).

regola in giudizio), il quale offre a chi conduce il processo la possibilità di tener conto del grado di complessità dell'intervento medico alla luce dello stato di avanzamento della scienza e della tecnica medica⁷¹.

La prima è una regola rigida, che discende dalla preoccupazione di raccordare il settore della responsabilità medica alla tenuta sistematica che ci si incarica così di donare al più generale modo di operare della responsabilità per l'inadempimento delle obbligazioni.

La seconda è in realtà uno standard decisionale per sua natura (e contenuto) flessibile, che, se adoperato in modo consapevole⁷², permette alla valutazione giudiziale di seguire da presso (e con i necessari margini di adattabilità) il progresso della scienza medica⁷³, lasciando che la scelta di applicare al caso concreto una regola di responsabilità più o meno stringente sul piano operativo, dipenda dalla concreta riconduzione del caso di specie alla classe di casi in cui l'inversione dell'onere della prova genera quel conveniente *trade-off* fra decisioni positive e decisioni falso positive di cui si è detto poc'anzi⁷⁴.

⁷¹ Ciò continua ad essere vero anche alla luce degli *obiter* esplicativi che i giudici di legittimità, rovesciando – paradossalmente - la valenza decisionale della dogmatica per cui si batte molta dottrina, continuano ad inserire nelle sentenze che fanno applicazione della regola, v. Cass. 4 novembre 2003, Foro it., 2004, I, 779, “[N]el caso di interventi di facile esecuzione, non si verifica un passaggio da obbligazione di mezzi in obbligazione di risultato, che sarebbe difficile dogmaticamente giustificare a meno di negare la stessa distinzione tra i due tipi di obbligazioni (come pure fa gran parte della recente dottrina), ma opera il principio *res ipsa loquitur*, ampiamente applicato in materia negli ordinamenti anglosassoni (dove la responsabilità del medico è di natura aquiliana), inteso come “quell’evidenza circostanziale che crea una deduzione di negligenza”. Il perdurante successo giurisprudenziale della classificazione che riconduce l’obbligazione del medico alla qualifica di “obbligazione di mezzi” (ed ai suoi effetti normativi) può forse spiegarsi alla luce della fortuna pratica di cui godono ad ogni latitudine le c.d. “top-down deductive theories of general applicability”, ovvero quelle teorie originariamente formulate in via deduttiva dall’osservazione della realtà della casistica giurisprudenziale, che poi diventano regole di generale applicabilità, perpetuando nel tempo la validità dell’induzione iniziale, si veda, per un sofisticato tentativo di identificare questo fenomeno nel diritto statunitense, R. J. Allen, R. M. Rosenberg, *Legal Phenomena, Knowledge, and Theory: A Cautionary Tale of Hedgehogs and Foxes*, 77 *Chi. Kent L. Rev.* 683 (2002).

⁷² Questa consapevolezza può per esempio essere desunta dal modo in cui il legislatore, dando prova di una inusuale e raffinata capacità di *tuning* normativo, ha agito formulando la regola di imputazione del danno prevista dalla legge 10 aprile 1991, n. 125, concernente le azioni giudiziali in materia di discriminazione femminile. Il quarto comma dell’art. 4 della legge prevede infatti che “quando il ricorrente fornisce elementi di fatto desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all’assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti - idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell’esistenza di atti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l’onere della prova sulla insussistenza della discriminazione”, v. in materia C. Rapisarda Sassoon, *La tutela giudiziale dei diritti di parità tra azione individuale e azione pubblica*, *Riv. crit. dir. lav.*, 1992, 785; C. Belfiore, *Azioni positive per la donna ed onere della prova*, nota a Pret. Modugno 27 aprile 1992, *Giur. mer.*, 1993, I, 339.

⁷³ Il che, ad un livello più sofisticato, non è altro che uno dei possibili modi attraverso cui gli standards rendono possibile il processo di determinazione progressiva della realtà giuridica, ovvero per definirlo con A. Falzea, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in AA. VV., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Atti del convegno internazionale per l’inaugurazione della nuova sede della Facoltà (Ferrara 10-12 ottobre 1985), Padova, 1988, 108, “quel processo che ha inizio nel momento in cui il valore è posto dal diritto con le sue norme e che si conclude nel momento in cui il valore, divenuto ormai valore giuridico, trova effettiva realizzazione”.

⁷⁴ Il che, sul piano generale, può condurre ad abbattere i costi sociali determinati dalla propensione alla lite che una regola rigida, tale da prospettare all’attore un sistematico vantaggio probatorio sul

Nella sua più rigorosa (e, al tempo stesso, semplice) accezione concettuale, la regola fondata sulla considerazione che “il fatto parli da solo” dovrebbe applicarsi laddove la sussunzione richiesta al giudice sia talmente lineare da consentirgli di compiere questa operazione logica in proprio, sulla base dell'allegazione di fatti processuali provati nella loro verifica storica (è paradigmatico in tal senso il caso del chirurgo che dimentica un corpo estraneo nel paziente operato, ovvero che interviene sul rene sbagliato).

Senonché, la linearità di questo schema è stata progressivamente intaccata dall'accresciuta capacità dei consulenti tecnici di produrre in giudizio dati epidemiologico-clinici sempre più stringenti e precisi in merito alle alte probabilità che una data tipologia di intervento o procedura terapeutica consegua l'esito atteso.

La *res*, in altre parole, oggi tende a parlare per bocca dei periti⁷⁵. Pertanto, quando si adopera la regola di cui si discorre, non si domanda al consulente di impiegare le sue competenze tecniche e la sua capacità di scrutinare, elaborare e sintetizzare il sapere medico per esprimere un giudizio di valore in merito alla specifica condotta professionale che è protagonista dei fatti di causa, fungendo da filtro sapienziale fra i dati teorici padroneggiati in qualità di esperto e tutte le circostanze specifiche che attengono al caso clinico finito sotto la lente della giustizia⁷⁶.

Gli si chiede piuttosto una valutazione volta a ricondurre la tipologia dell'intervento terapeutico subito dal paziente in una classe di casi in relazione alla quale, in base ad una comprovabile quantificazione statistica, l'epidemiologia clinica adduce dati che consentono di ritenere prossima allo zero la soglia residua di rischio iatrogeno per l'intervento che viene in rilievo in quel caso specifico.

Questo diverso modo di strutturare sul piano epistemologico la valutazione consulenziale richiesta nei giudizi ove si discorre di responsabilità medica può essere approfondito in chiave di *behavioral law & economics*, sulla scia delle riflessioni recentemente formulate da due *scholars* statunitensi⁷⁷. Meadows e Sunstein muovono dal presupposto che anche il giudizio degli esperti chiamati a valutare in giudizio la condotta professionale medica non si sottragga alle distorsioni decisionali messe in luce dalla psicologia cognitiva. In particolare, indagini empiriche tendono a confermare che

convenuto, finisce per generare, alterando il giusto equilibrio (fra fattori di costo redistributivi e produttivi della lite) che si dovrebbe cercare di assegnare alla *litigation*, v. A. E. Bernardo, E. Talley, I. Welch, *A Theory of Legal Presumptions*, 16 *J. L. Econ. & Org.* 1, 2-3 (2000).

⁷⁵ Guai, del resto, se così non fosse, se, cioè, i giudici si abbandonassero alla tentazione arbitraria di ritenersi in questo particolare settore depositari dell'*id quod plerumque accidit*, imboccando una scorciatoia aggiudicativa nella quale, prendendo spunto da Taruffo, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, cit., 734, “[N]on interessa stabilire *perché* (si pensa che) certi fatti tendano ripetersi con frequenza, né si tenta di stabilire esattamente con quale frequenza essi in realtà si ripetono”, per assumere, col mero richiamo all'ultimo precedente di legittimità edito in tema di *res ipsa loquitur* medica, di poter contrabbandare il proprio arbitro per una “massima d'esperienza che sia capace di attribuire una base di ragionevolezza e di credibilità alla costruzione dello ‘schema tipo’ [aggiudicativo]” (*ibid.*, corsivo originale, note omesse).

⁷⁶ Quanto dire, con G. F. Ricci, *Nuovi rilievi sul problema della “specificità” della prova giuridica*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1129, 1151, che il risultato di una consulenza ‘tradizionale’ “è pur sempre un esito che va filtrato da una mente umana, che dovrà ‘intepretare’ i dati che l'indagine gli fornisce”.

⁷⁷ W. Meadow, C. R. Sunstein, *Statistics, Not Experts*, 51 *Duke L. J.* 629 (2001), cui ha prontamente fatto seguito un analitico *rejoinder* ad opera di M. Mello, *Using Statistical Evidence to Prove the Malpractice Standard of Care: Bridging Legal, Clinical, and Statistical Thinking*, 37 *Wake Forrest L. Rev.* 821 (2002).

la valutazione degli *expert witnesses* è sistematicamente attinta da un *optimistic bias* che genera erronee predizioni in merito alla identificazione del modello di comportamento ottimale che, con riferimento alla specifica controversia, diventa il parametro ideale attraverso il quale riscontrare, o non, la *negligence* del medico convenuto. Da qui la proposta formulata dai due autori: “in light of the evident mismatch between expert recollections and empirical reality, the legal system should rely, wherever it can, not on the former but on statistical evidence of the latter. The best reason for reliance on individual recollections has been an absence of statistical evidence; but this is a gap that is rapidly being filled, and that is likely, in the next generation, to be replaced with a great deal of reliable information”⁷⁸.

E’ inutile dire che le implicazioni pratiche sottese a questo suggerimento vadano attentamente discusse alla luce di un dibattito che verosimilmente non può essere condotto esclusivamente sul piano giuridico⁷⁹, come vedremo fra un attimo.

Non di meno, può ipotizzarsi che il processo di ‘quantitativizzazione’ (ma l’eufonia indurrebbe a parlare di oggettivizzazione) delle informazioni destinate a far funzionare il criterio valutativo che presiede all’accertamento della responsabilità, quando si adopera un criterio di imputazione del danno di natura soggettiva⁸⁰, sia un fenomeno destinato a riflettersi e a dare nuovo impulso (in termini per molti versi inediti) al dibattito dottrinario sulla natura oggettiva o soggettiva della colpa civile⁸¹.

In questa prospettiva, l’ascesa della c.d. *Evidence Based Medicine*⁸², l’avvento di

⁷⁸ Meadow, Sunstein, *Statistics, Not Experts*, cit., 637.

⁷⁹ Questa constatazione si iscrive nella più generale consapevolezza che la valutazione giuridica della prova necessita sempre di un approccio multidisciplinare, posto che in definitiva il problema della prova non è altro che un problema di conoscenza, come ci ricorda W. Twining, *Evidence as a Multi-Disciplinary Subject*, 2 *Law Prob. & Risk* 91 (2003), ove la citazione e lo sviluppo di un’idea nient’affatto nuova, “[T]he field of evidence is no other than the field of knowledge”, già distillata da J. Bentham, *An Introductory View of the Rationale of the Law of Evidence for Use by Non-lawyers as well as Lawyers* (1810 circa), in J. Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham Published under the Superintendence of his Executor*, London, Edinburgh, 1843, VI, 2 (*non vidi*). Si veda anche E. A. Scallen, ‘Mere’ Rethoric about Common Ground and Different Perspectives: A Comment on Twining’s ‘Evidence as a Multi-Disciplinary Subject’, 2 *Law Prob. & Risk* 109 (2003).

⁸⁰ Che l’imputazione della responsabilità fondata sulla colpa si fondi in ultima analisi sull’informazione, e sul modo in cui si è disposti a strutturare il ruolo dell’informazione rispetto al rischio, lo aveva messo in luce già W. A. Seavey, *Negligence: Subjective or Objective*, 41 *Harv. L. Rev.* 1, 6 (1927).

⁸¹ Agli estremi opposti di questo dibattito dottrinale in Italia si possono idealmente collocare le monografie di M. Bussani, *La colpa soggettiva*, Padova, 1991, *passim*, e, da ultimo, quella di L. Corsaro, *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*, Milano, 2003, spec. 73 ss. e 153 ss., mentre ha aperto una prospettiva nuova (e particolarmente articolata) in questo dibattito, collocandosi in posizione trasversale rispetto al tema della disputa, l’idea relazionale della colpa promossa da F. Cafaggi, *Profili di relazionalità della colpa*, Padova, 1996, 135 ss., poi rilanciata in F. Cafaggi, P. Iamiceli, *La colpa*, in *La responsabilità civile*, IX, collana *Il diritto privato nella giurisprudenza* (a cura di P. Cendon), Torino, 1998, 183, 220 ss.

⁸² La “medicina basata sulle evidenze”, nota agli addetti ai lavori con l’acronimo di EBM, viene definita dal suo massimo teorizzatore “the conscientious, explicit, and judicious use of current best evidence in making decisions about the care of individual patients. The practice of evidence based medicine means integrating individual clinical expertise with the best available external clinical evidence from systematic research”, v. D. L. Sackett et al., *Evidence Based Medicine: What It Is and What It Isn’t*, *BMJ* 1996; 312:71-72 (13 January), in rete <<http://bmj.com/cgi/content/full/312/7023/71?view=full&pmid=8555924>>. Come sottolinea G. Corbellini, *La natura della prova medica*, *Kéiron*, 4, 2000, 50, 50, “l’EBM è un movimento di pensiero medico che assume come criterio fondamentale per la valutazione degli interventi medici, e della pratica

Internet, quale strumento che agevola l'elaborazione e la consultazione della informazione medica in forma aggregata, e in definitiva lo stesso strutturarsi del sapere medico verso forme di conoscenza assistite da una lettura quantitativa dell'esperienza clinica, elaborata attraverso sofisticati modelli statistici e metanalitici operati dal calcolatore⁸³ (fenomeni che, già nelle controversie strutturate secondo l'ordinario modello aggiudicativo, promettono di incidere in modo notevole sulla valutazione della *malpractice* medica⁸⁴) finiscono per incidere sulla relazione corrente fra l'ambito conoscitivo proprio delle generalizzazioni scientifiche e quello, enormemente più ristretto, delle informazioni fattuali relative ad uno specifico caso applicativo di una data conoscenza⁸⁵.

Di conseguenza questi fattori assumono, nel caso della valutazione consulenziale richiesta per il funzionamento della *res ipsa loquitur*, un ruolo che tende ad orientare l'esito finale della controversia in modo ben più stringente di quanto non avvenga quando l'accertamento peritale sia condotto nel consueto contesto valutativo⁸⁶. Del resto, il fatto che attraverso l'EBM ed i calcolatori sia la stessa esperienza applicativa (che caratterizza il particolare 'agire' su cui si incentra la valutazione giudiziale) a strutturarsi secondo snodi decisionali assistiti da una lettura quantitativa del sapere e

medica in generale, le prove empiriche (evidence) ricavate dai trial clinici e accessibili attraverso la letteratura medica criticamente valutata"; per un approfondimento critico di questa metodologia epistemologica applicata alla clinica si vedano anche gli altri contributi multidisciplinari raccolti nel numero monografico della rivista appena citata. Considerazioni sulla necessità di filtrare la tendenza "oggettivante" che la EBM imprime alla prassi medica attraverso la deontologia in M. Barni, *Medicina della scelta o medicina delle evidenze?*, *Riv. it. med. leg.*, 2002, 3.

⁸³ Pare ovvio constatare che -- se è vero che in ogni campo del sapere il processo di oggettivizzazione e di elaborazione della conoscenza su base statistica, epistemologicamente induttiva, procede e si sviluppa di pari passo con l'evoluzione delle potenzialità di *storage* e *retrieval* concesse dalla tecnologia digitale -- anche il sospetto con cui giustamente si guardava qualche decennio fa alla rilevanza crescente che i 'numeri' stavano assumendo nel processo [si veda l'ormai classico L. Tribe, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, 84 *Harv. L. Rev.* 1361 (1971)], debba oggi essere, se non altro, considerato su nuove basi.

⁸⁴ Sul punto si rinvia a U. Izzo, *Medicina e diritto nell'era digitale: i problemi giuridici della cibermedicina*, in questa *Rivista*, 2000, 807, 814. Per l'esperienza statunitense si veda in prima approssimazione, il numero monografico recentemente dedicato al tema dalla rivista *Journal of Health, Politics and Law*, in particolare C. C. Havighurst, P. Barton Hutt, B. J. McNeil, W. Miller, *Evidence: Its Meanings in Health Care and in Law*, 26 *J. Health Pol. & Law* 195 (2001); D. W. Shuman, *Expertise in Law, Medicine, and Health Care*, *id.*, 267; E. Haavi Morreim, *From the Clinics to the Courts: The Role Evidence Should Play in Litigating Medical Care*, *id.*, 409; M. A. Rodwin, *The Politics of Evidence-Based Medicine*, *id.*, 439.

⁸⁵ Si veda per un classico inquadramento di questa relazione J. L. Cohen, *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977, *passim*.

⁸⁶ In un giudizio ove si discute dell'applicabilità della regola "degli interventi di facile esecuzione", al perito non si chiede di valutare se l'intervento subito dal paziente sia stato, o non, eseguito correttamente. Mancano i dati per farlo. Il perito propizierà la sussunzione del caso nella categoria che rende applicabile la regola adducendo dati espressi secondo i più moderni ed autorevoli canoni dell'epidemiologia clinico-chirurgica: numeri e tabelle accreditate dalla letteratura medica internazionale che indicano le probabilità residue di esito infausto associate a quella tipologia di interventi. Nel far ciò la metodologia seguita nel giudizio peritale, almeno nella sua fase preliminare, tende a perdere il rapporto con il caso clinico del danneggiato e si rapporta a dati astratti, filtrati dal circuito della letteratura medica, v. G. A. Norelli, V. Fineschi, *Il medico legale e la valutazione dei temi e dei problemi della modernità: spunti dottrinari per una metodologia operativa condivisa*, *Riv. it. med. leg.*, 2003, 263, 277. Alle pregresse probabilità di successo o di insuccesso del caso, rilevate dal perito, si rapportheranno in modo inversamente proporzionale le *chances* del paziente di conseguire un risarcimento.

dell'esperienza professionale ha implicazioni inedite, perché impedisce di assoggettare il funzionamento del meccanismo probatorio di cui si discorre alle osservazioni critiche che invece possono validamente svolgersi con riferimento alla prova statistica *tout court*, almeno nell'ipotesi in cui la statistica produca dati sul ricorrere di determinati fatti (frequenze), senza però che tali fatti possano essere considerati nell'ambito della valutazione giudiziale, in quanto posti in essere dal soggetto agente attraverso l'osservazione statistico-quantitativa⁸⁷.

Il problema, di cui occorre quantomeno essere consapevoli nell'applicare questa regola probatoria di carattere presuntivo, diventa allora quello di individuare quale sia la soglia statistica di rischio⁸⁸ (tendenzialmente più prossima allo zero che al cento) che possa essere considerata idonea a propiziare l'applicazione della regola nei confronti di una data tipologia di interventi terapeutici⁸⁹, per scongiurare, se non altro, il rischio che i tribunali della penisola diventino teatro di serrati confronti consulenziali volti a stabilire "che lingua parli la cosa"⁹⁰.

⁸⁷ Così, se appare assolutamente corretto affermare che "la verosimiglianza riguarda l'allegazione del fatto, e verte sulla sua conformità al 'normale', mentre la probabilità attiene alla prova del fatto, e deriva dall'esistenza di elementi conoscitivi idonei a far sì che la relativa ipotesi sia considerata attendibile", con riferimento alla *res ipsa loquitur* medica, almeno per come la si sta ricostruendo in queste pagine, diventa problematico sostenere che l'impiego di statistiche non muti di per sé il problema della prova del fatto, "poiché dalle frequenze non si inferisce direttamente la probabilità del singolo fatto concreto, ma solo la frequenza astratta di un'ipotesi entro una data classe di eventi", in questi termini Taruffo, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto, cit.*, rispettivamente 744 e 745-46. Questa acuta osservazione, infatti, appare valida tutte le volte che l'impiego giudiziale della statistica serve per formarsi un convincimento attinente alla valutazione di una condotta posta in essere da un soggetto, che, di per sé, non si serve della statistica per determinare le modalità del proprio agire (termini esemplificativi di quanto detto possono essere: una statistica relativa alla frequenza di incidenti stradali osservata in una data zona > la condotta imperita di un soggetto che guidava in quella stessa zona). Diverso invece appare il caso che può esplicitarsi in questa coppia di termini esemplificativi: dati statistici desunti da letteratura *peer reviewed* > condotta di un medico, il quale si serva di elementi conoscitivi ricavati da quello stesso genere di valutazioni statistiche per determinare il corso della propria condotta professionale.

⁸⁸ Sui rischi sottesi all'impiego giudiziale di dati statistici e sul travisamento delle leggi statistiche a fini aggiudicativi è d'uopo ricordare il *caveat* espresso da D. W. Vick, *Statistical Significance and the Significance of Statistic*, 116 L. Q. R. 575, 581 (2000), "(...) most lawyers still venture into the world of statistics with foreboding and with limited understanding, and the application of statistical knowledge to legal questions often yields confusing results. This may be due to unrealistic expectations – expectations that statistics can be a substitute for the difficult, even painful, social and political decisions that lawyers and judges are constantly called upon to make".

⁸⁹ Se è vero che la regola in discorso determina, in definitiva, un paradosso (e cioè che una prova scientifica sia richiesta per far funzionare una massima di esperienza), sembra utile a questo proposito riprendere il condivisibile *caveat* che Ricci, *Nuovi rilievi sul problema della "specificità" della prova giuridica, cit.*, 1157, formula a proposito dell'uso giudiziale delle prove c.d. scientifiche, "(...) l'impiego della prova scientifica, se da un lato consente di mettere a disposizione della giustizia metodi di accertamento del fatto che, per essere basati sui moderni ritrovati della scienza, possono ridurre il margine dell'errore, dall'altro finisce per comportare da parte dei soggetti del processo una supina ed incondizionata fiducia sul risultato e soprattutto, sull'opera del suo interprete (cioè sul tecnico), tale da escludere ogni (...) capacità critica".

⁹⁰ Le incongruenze logiche, prim'ancora che strettamente giuridiche, scaturenti dall'applicazione sempre più spregiudicata del principio di cui si discorre da parte della corti statunitensi [in Connors v. University Associates in Obstetrics & Gynecology, 4 F. 3d 123, 125 (2d Cir. 1993), la *Court of Appeal* del secondo circuito ha ammesso che l'attore in un giudizio di *medical malpractice* possa utilizzare le opinioni dei propri consulenti tecnici per consentire alla giuria di inferire la negligenza del medico in base alla *doctrine* della *res ipsa loquitur*, anche quando tali opinioni, contraddette dai consulenti della difesa, offrano un quadro tutt'altro che pacifico sulle probabilità che l'evento infausto del caso si sarebbe

In chiusura. Ricette univoche per conformare le regole di giudizio non esistono in nessun campo del diritto. Occorre cominciare a riflettere seriamente, però, quando l'evoluzione giurisprudenziale mostra di trasformare il quadro delle regole applicabili ad una data categoria di controversie seguendo spunti interpretativi che obbediscono alla autoreferenzialità ed alla coerenza della sistematica dottrinale, ma omettono di considerare in che modo le nuove regole forgiate interpretano la specificità che connota il campo di attività protagonista di quel contenzioso e su cui questa evoluzione invariabilmente manifesterà i suoi effetti economici e comportamentali.

Il rischio non troppo remoto è che il tramonto del “sottosistema giurisprudenziale della responsabilità medica” possa finire per legittimare, in una dimensione di *legal process* che accolga fino in fondo le estreme conseguenze teorizzate dai cultori della *public choice theory*⁹¹, l'affrettata imposizione di interventi legislativi emergenziali miranti a ristabilire il compromesso equilibrio fra gli interessi sostanziali soggiacenti all'applicazione delle regole distillate dall'evoluzione giurisprudenziale⁹².

realizzato in assenza di una condotta negligente da parte dei medici convenuti, in un caso in cui una paziente lamentava di aver perso la funzionalità di una gamba, dopo aver subito un intervento chirurgico mirante a ristabilire la sua fertilità], sono analizzate da K. K. Ablin, Note, *Res Ipsa Loquitur and Expert Opinion Evidence in Medical Malpractice Cases: Strange Bedfellows*, 82 *Va. L. Rev.* 325 (1996).

⁹¹ Per tutti R. A. POSNER, *Economics, Politics, and the Reading of Statutes and the Constitution*, 49 *U. Chi. L. Rev.* 263, 265 (1982): “[the economic theory of regulation] asserts that legislation is a good demanded and supplied much as other goods, so that legislative protection flows to those groups that derive the greatest value from it, regardless of overall social welfare”.

⁹² Per una disamina delle misure legislative che stanno prendendo forma nei nostri emicicli parlamentari a tutela della classe medica, U. Izzo, *La riforma della responsabilità medica*, in U. Izzo, G. Pascuzzi, *La responsabilità medica nella Provincia Autonoma di Trento, Il fenomeno. I problemi. Le possibili soluzioni*, Trento, 2003, 355 ss. Fra i suoi punti salienti, la proposta di legge c.d. Tommasini segnerebbe un ritorno alla configurazione pretoria che la responsabilità del professionista dell'arte di curare esibiva nel periodo postunitario, quando la Cassazione di Napoli, da poco inglobata nell'ordinamento giudiziario del Regno, non ebbe tema di sentenziare che “chi nell'esercizio della sua professione arreca danno ad altri per cattivo magistero della sua arte, non è in colpa e non incontra responsabilità, a meno che non sia provato l'animo deliberato di malaffare”, in questi termini la massima di Cass. Napoli, 24 luglio 1871, ricordata dall'annotatore di Cass. Roma, 8 giugno 1886, in *Foro it.*, 1886, I, 714.