



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



LA NATURA DELLA RESPONSABILITÀ SANITARIA E L'ONERE DELLA PROVA NEI GIUDIZI DI MEDICAL MALPRATICHE.

*”In ambito di responsabilità sanitaria la previsione dell’art. 1218 c.c. solleva il creditore dell’obbligazione dall’onere di provare la colpa del debitore, ma non dall’onere di provare il nesso di causa tra la condotta del debitore e il danno di cui domanda il risarcimento”
Cass. sez. III, 07/03/2019 n 6593*

di **Federica Prato**

IUS/15 - DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Publicato, Giovedì 25 Aprile 2019

Sommario: 1. La responsabilità sanitaria, natura contrattuale o extracontrattuale? 2. L'onere della prova: l'inadempimento qualificato 3. Prova liberatoria per la struttura sanitaria ed il personale medico

1. La responsabilità sanitaria, natura contrattuale o extracontrattuale?

Le peculiarità dell'intera disciplina sulla responsabilità medica e della struttura sanitaria da sempre hanno generato accesi dibattiti relativi alla natura contrattuale o aquiliana della stessa, nonché in relazione al riparto dell'onere della prova. Le questioni relative al tema che ci occupa, soprattutto alla responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie, sono state revisionate e parzialmente definite dai recenti interventi giurisprudenziali e dal legislatore con la c.d. legge Gelli-Bianco^[1], e ancor prima con la legge Balduzzi^[2].

Mentre quest'ultima non si è occupata affatto del tema della responsabilità della struttura sanitaria, concentrandosi principalmente sulla responsabilità degli esercenti professioni sanitarie, la legge Gelli ha analizzato nei suoi vari aspetti la responsabilità delle citate strutture.

Prima di addentrarci nella materia, è importante precisare che con tali interventi il legislatore si è finalmente fatto carico di fornire delle linee guida stabili all'istituto della responsabilità medica^[3], con soluzioni che sono state definite, dalla dottrina prevalente, opinabili ma comunque specifiche e concrete, in grado di sostituire il sistema di natura giurisprudenziale particolarmente gravante sul sanitario^[4].

La soluzione più opportuna sarebbe sicuramente quella di definire al meglio e in maniera specifica il contenuto delle obbligazioni dei sanitari e delle strutture verso i pazienti, come anche dell'onere probatorio gravante sulla struttura per fatti compiuti dai suoi ausiliari ex art. 1228 c.c. (si rinvia al §2).

Inizialmente, con il decreto legge 158/2012 si affermava che fermo restando quanto disposto con l'art. 2236 c.c., il giudice in sede di accertamento della colpa lieve del sanitario doveva tener conto dell'osservanza da parte dello stesso delle linee guida e delle pratiche accreditate dalla comunità scientifica internazionale e nazionale; ma la struttura della disposizione^[5] cambia al momento della conversione in legge^[6], dove veniva affermato che il sanitario nell'esercizio della sua professione, attenendosi alle summenzionate linee guida e buon pratiche non rispondeva di colpa lieve ma comunque restava fermo l'obbligo ex art. 2043 c.c. di risarcire il danno (e nella determinazione del quantum il giudice doveva tener conto della condotta assunta dal medico durante lo

svolgimento della propria attività).

Per comprendere il motivo del richiamo alla responsabilità extracontrattuale, è possibile servirsi di una sentenza del Tribunale di Varese^[7], con la quale si afferma che con la legge Balduzzi, si ritorna ad un modello di responsabilità civile medica ante 1999, ovvero ritenendo che in assenza di contratto, il paziente poteva richiedere il risarcimento del danno tramite l'azione aquiliana.

L'adesione a tale modello, diverso da quello adottato dalla giurisprudenza dominante, per contrastare la medicina difensiva, però comportava una serie di conseguenze, in primis l'onere della prova gravante sul paziente e non sul professionista e la riduzione del termine di prescrizione a cinque anni.

Per giustificare tale ritorno al modello di responsabilità aquiliana, parte della dottrina, come anche la giurisprudenza di merito summenzionata, ha affermato che “la previsione di nuovo conio riguarda solo le ipotesi in cui manchi un rapporto contrattuale diretto tra paziente danneggiato e sanitario oppure un rapporto contrattuale atipico di spedalità”^[8], infatti in tutti gli altri casi, la tutela del paziente è assicurata dalla responsabilità contrattuale gravante sulla struttura sanitaria – sia pubblica che privata^[9]. Con riferimento a quest'ultima, è ormai pacifica la natura contrattuale della responsabilità e la natura di contratto d'opera del rapporto tra paziente e struttura, pertanto, la giurisprudenza ha teorizzato delle nuove figure contrattuali del contratto di assistenza sanitaria e del contratto di spedalità^[10], affermando la complessità dell'obbligazione della struttura nei confronti dei pazienti in quanto si obbliga, non solo a fornire assistenza medica ma anche a garantire sicurezza degli impianti, vitto, alloggio e tutto ciò che risulta necessario per la cura e la riabilitazione.

Pertanto, la tutela del danneggiato è adeguatamente assicurata dalla pacifica responsabilità contrattuale dell'ente sanitario, quindi l'appesantimento della responsabilità del medico non solo appariva in contrasto con il consolidato sistema civilistico ma poteva rappresentare un sacrificio inutile in quanto non comportava alcun vantaggio concreto a chi è garantito principalmente dalla più solida capacità patrimoniale della struttura sanitaria.

Qualche anno dopo, il legislatore interviene nuovamente – aumentando anche la tutela per i casi di malasanità - prendendo spunto dai vari tentativi della giurisprudenza di interpretare e applicare la legge Balduzzi.

La normativa vigente prevede che la responsabilità civile del medico assume natura extracontrattuale, pertanto sarà onere del paziente, presunto danneggiato, dover

dimostrare la colpa del medico.

Per la struttura ospedaliera, come già anticipato, non essendo contestata la natura contrattuale della responsabilità, sarà sempre onere della stessa dimostrare la propria estraneità alla realizzazione del danno sia proprio che del personale dipendente, in quanto, sempre la struttura risponderà di tutti gli eventuali danni causati dal dipendente, fino a quando gli stessi siano resi possibili dalla posizione conferitagli rispetto al terzo danneggiato, in forza di quel particolare contatto cui si espone nei suoi confronti il paziente nell'attuazione del rapporto con la struttura sanitaria^[11].

Nei casi in cui il danno deriva da un'imperizia commessa dal medico, egli non sarà penalmente perseguibile – quindi risulta esclusa la colpa grave^[12] - qualora abbia rispettato le linee guida o le buone pratiche assistenziali.

Quindi, con lo scopo di evitare il ricordo alla medicina difensiva, è stato previsto che il medico potrà essere penalmente perseguito solo per i reati di omicidio colposo o di lesioni personali, in tutti gli altri casi, invece non verrà ritenuto responsabile qualora dimostri di aver rispettato le linee guida^[13] indicate dall'Istituto Superiore di Sanità.

Ritornando sull'aspetto civilistico della responsabilità sanitaria, è fondamentale soffermarsi sulla seconda parte dell'art. 7 della legge in esame, dove si legge che "L' esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell' esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590-sexies del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge.

Il danno conseguente all'attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell' esercente la professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, integrate, ove necessario, con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti alle attività di cui al presente articolo...". Con tale disposizione, la legge Gelli sembra proporre un modello di responsabilità aquiliana per il c.d. medico dipendente^[14], contemporaneamente, però escludendo la stessa, nei casi in cui il medico abbia concluso con il paziente un contratto. Per rendere armonica l'interpretazione della disposizione in esame si deve ritenere che si tratti di un contratto d'opera professionale.

Su tale interpretazione, le opinioni sono discordanti ed è il caso di citare un'autorevole dottrina contraria secondo la quale il riferimento all'art. 2043 c.c. dovrebbe essere interpretato come un legame tra l'aspetto penale e civile, nel senso che la responsabilità sanitaria non deve essere ritenuta di natura extracontrattuale ma bensì garantire comunque un obbligo di risarcimento del danno nei casi in cui venisse applicata un'esimente^[15].

Il pensiero prevalente ritiene che è possibile intravedere con la legge Gelli l'introduzione di un modello dualistico di responsabilità, ovvero per l'ente sanitario di natura contrattuale ed aquiliano per il medico dipendente, anche se risulta di difficile interpretazione l'inciso analizzato dove si fa salva l'ipotesi in cui il medico abbia agito nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale assunta nei confronti del paziente.

2. L'onere della prova: l'evoluzione e l'inadempimento qualificato

Un tema che sembra fungere da ago della bilancia nel complesso settore della responsabilità medica è la ripartizione, nonché il contenuto dell'onere della prova. Su tale argomento si è destreggiata la giurisprudenza di legittimità in diverse fasi individuate dalla dottrina, sfoggiando al meglio la sua funzione creativa.

Dinanzi a tale situazione, però va segnalata la poca reattività del legislatore che ad oggi non ha ancora fornito criteri specifici per individuare il contenuto della prova attorea e liberatoria.

Partendo direttamente da un'epoca più recente, si citano le SS.UU del 2008^[16] che discostandosi dal precedente orientamento, affermando che il paziente dovrebbe semplicemente allegare l'inadempimento qualificato^[17] del sanitario e spetterebbe all'obbligato dare la prova della sua inesistenza o della sua irrilevanza causale. Tale giurisprudenza non è stata esente da aspre critiche ritenendo fondamentale il far ricadere la prova del nesso di causalità in capo al paziente, evitando qualsiasi sistema di presunzione ma soprattutto, come accennato nel paragrafo precedente, era ormai inevitabile il passaggio di dover chiarire specificamente il contenuto dell'onere probatorio (cosa ancora poco chiara nonostante le novelle legislative). Soprattutto, una forma generica di allegazione avrebbe potuto provocare una lesione del diritto di difesa dell'obbligato, privo di elementi certi e specifici su cui basare la propria strategia difensiva e un potenziale pericolo di mutatio libelli.

La giurisprudenza successiva ha cercato di arginare tali lacune che sostanzialmente prescindono dalla natura della responsabilità, trovando una possibile soluzione nel preciso inquadramento del contenuto della colpa professionale, non dovendo escludere, secondo un'autorevole dottrina, l'ipotesi che si crei un sistema probatorio "diverso rispetto a

quello che vorrebbe sempre e comunque il paziente gravato dalla prova della colpa del medico”^[18].

Dunque tale orientamento giurisprudenziale, oltre a non essere stato accolto dalla dottrina quasi unanime, risulta essere in contrasto con la giurisprudenza europea e con le norme processuali sulle responsabilità di altre professioni. Infatti, nella maggior parte dei paesi comunitari, risulta eccezionale la previsione che richiede al paziente la mera allegazione della colpa medica, essendo, invece, ordinaria l'allegazione e la prova del nesso di causalità tra il danno subito e la condotta del sanitario. La discriminazione si crea, come appena detto, anche con riferimento ad altre professioni come appunto quella forense in cui è il cliente che lamenta un danno cagionato dall'operato dell'avvocato, a dover dare prova del nesso eziologico^[19].

3. Prova liberatoria per la struttura sanitaria ed il personale medico

Prescindendo dalla poca chiarezza del legislatore e della stessa giurisprudenza sul tema dell'onere probatorio, la struttura sanitaria o il medico – a seconda della fattispecie concreta – sono tenuti a fornire la prova liberatoria, ovvero la dimostrazione che l'evento dannoso per il paziente non è dipeso da un proprio inadempimento.

Correnti di pensiero e giurisprudenziali tendono ad utilizzare la verifica sul rispetto delle linee guida come parametro per valutare la sussistenza o meno dell'inadempimento; infatti tali raccomandazioni hanno la peculiarità di fornire al personale medico ex ante e al giudice ex post n parametro comune per identificare, seppur in maniera astratta e generale, la condotta doverosa in linea di massima^[20].

Parte della dottrina ha ritenuto che la previsione normativa relativa alle linee guida – adattate al caso concreto - alle quali il medico deve dimostrare di essersi attenuto per non risultare responsabile dell'eventuale danno, comporterebbe l'onere in capo al paziente di provare la colpa in capo al sanitario o all'ente sanitario che risulti responsabile ex art. 1228 c.c..

Ci sono dei casi in cui la responsabilità non sorge per essersi discostati dalle linee guida ma perché il danneggiato ritiene viziata da negligenza la condotta del sanitario e in tal caso lo stesso non potrà utilizzare come prova liberatoria il rispetto delle linee guida, dovendo, invece, provare l'esattezza dell'adempimento in altri modi, ad esempio indicando l'iter logico seguito che l'ha portato alla non osservanza di suddette linee guida nel caso di specie.

Alcuni recentissimi provvedimenti della Cassazione^[21] confermano l'ormai consolidato orientamento secondo il quale, nei giudizi vertenti sulla responsabilità sanitaria, per l'ottenimento del risarcimento del danno lamentato, il paziente deve dimostrare l'esistenza del nesso causale tra la condotta del medico e il danno subito (ovvero sia la causalità materiale dimostrando che il danno è conseguenza della condotta del sanitario, sia la causalità giuridica, procedendo all'identificazione dei singoli pregiudizi giuridici subiti).

Qualora dall'istruttoria non risulti sufficientemente provata l'esistenza del nesso causale tra condotta del sanitario ed evento dannoso, la domanda verrà rigettata per incertezza sulla causa del danno lamentato dal paziente.

I giudici di legittimità hanno, inoltre, precisato che il principio di vicinanza dell'onere probatorio non provoca la ricaduta dell'onus probandi liberatorio in capo al presunto danneggiante, dovendo essere sempre l'attore, ovvero il paziente/presunto danneggiato a fornire la prova degli elementi costitutivi della sua pretesa risarcitoria^[22].

Quanto appena detto è stato affermato dal giudice di legittimità che, nei primi mesi del 2019^[23], ha rigettato il ricorso proposto dagli eredi del paziente deceduto a seguito di un intervento di valvuloplastica mitrale, contro la sentenza del giudice di secondo grado con la quale si è ritenuta non responsabile la struttura sanitaria e il personale medico del decesso del paziente, in quanto si erano verificate complicazioni 'prevedibili, ma non prevenibili'.

Nello specifico, i ricorrenti sostenevano che la prova del nesso causale fosse stata 'ingiustamente' addossata al paziente, anziché al danneggiante, cosa che in realtà era stata già chiarita in passato dalla stessa Corte^[24], la quale ha affermato che "(...) anche in ambito di responsabilità professionale sanitaria, la previsione dell'art. 1218 cod. civ. solleva il creditore dell'obbligazione che si afferma non adempiuta (o non esattamente adempiuta) dall'onere di provare la colpa del debitore, ma non dall'onere di provare il nesso di causa tra la condotta del debitore e il danno di cui domanda il risarcimento".

Soprattutto chi ritiene di aver diritto all'ottenimento di un risarcimento del danno, ha l'onere di dimostrare che lo stesso (ad es.: il peggioramento dello stato di salute e nel caso di specie il decesso), sia dipeso dalla condotta del personale ospedaliero, pertanto, tale onere della prova va assolto "dimostrando con qualsiasi mezzo di prova che la condotta del sanitario è stata, secondo il criterio del 'più probabile che non', la causa del danno"^[25]. A tal proposito, il riferimento all'art. 1218 c.c. ha una funzione ben precisa che è quella di rendere chiaro a tutti il ragionamento giurisprudenziale e le modalità di applicazione del principio di vicinanza della prova; infatti, nell'ambito della responsabilità contrattuale per

tale principio è il debitore a dover provare l'esatto adempimento da lui effettuato, mentre quando risulta necessario provare l'esistenza del nesso eziologico, la parte adibita a ciò - secondo la regola generale ex art. 2697 c. - risulta il creditore ovvero colui che lamenta il pregiudizio.

Note e riferimenti bibliografici

[1] L. n. 24/2017

[2] L. n.189/2012

[3] Definita da alcuni un sottosistema della responsabilità civile, così R. De Matteis, “La responsabilità medica, Un sottosistema della responsabilità civile”, Torino, 1995.

[4] Di Ciommo F., Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedalieri, in Foro It., 1999, I. 3333.

[5] Art. 3: “L’ercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l’obbligo di cui all’articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”.

[6] In tale sede vi è stata un’ulteriore apertura rendendo l’intervento legislativo più efficace ed ampliando siffatta tutela ance dal punto di vista penale.

[7] Trib. Varese, sent. n. 1406 del 26 novembre 2012

[8] Guida al diritto, Il Sole 24 ore, 26.01.2013

[9] Orientamento consolidato che trova d’accordo la giurisprudenza e la dottrina prevalente, secondo cui l’inquadramento della responsabilità dell’ente ospedaliero, la quale risulta completamente autonoma rispetto a quella del personale medico che esegue la prestazione, deve essere ricondotto nell’ambito della responsabilità contrattuale (cfr., ex multis, Cass. civ., Sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826; Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577; Sez. III, 08 marzo 2016, n. 4540).

[10] SS.UU., sent. N. 577/2008; SS. UU. Sent. N. 9556/2002; Cass. sent. n. 1698/2006

[11] Legge Gelli, art. 7, c. 1: “La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell’adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell’opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose”

[12] L. Gelli, art. 6: “È esclusa la colpa grave quando, salve le rilevanti specificità del caso concreto, sono rispettate le buone pratiche clinico-assistenziali e le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge”.

[13] Sia in dottrina che in giurisprudenza prima della novella legislativa ci si poneva il problema di comprendere l’esatto significato di linee guida, è possibile in tale sede richiamare la definizione fornita nel 1992 dall’Institute of Medicine statunitense ovvero “raccomandazioni di comportamento clinico...allo scopo di assistere medici e pazienti nel decidere quali siano le modalità più appropriate in specifiche circostanze cliniche”.

[14] Nel caso del medico, dipendente della struttura sanitaria, l’orientamento giurisprudenziale è mutato nel corso del tempo, si è passati così dal considerare la natura della responsabilità del medico da aquiliana, come affermato dalla giurisprudenza di legittimità e di merito in diverse pronunce risalenti ai primi anni ‘90, a contrattuale con la pronuncia Corte di Cassazione Civ., 22 gennaio 1999, n. 589.

[15] In tal senso: Breda R., Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi, in *Contr. E impr.* 2014; id., Tutela della salute, responsabilità e scelte legislative: un primo approccio alla riforma tra novità, conferme e problematiche interpretative nella prospettiva civilistica, in *Valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa*, 2012; De Luca M., *La nuova responsabilità del medico dopo la legge Balduzzi*, Roma, 2012.

[16] SS.UU. sent. 11 gennaio 2008 n. 577, con nota di Gazzara M., Le Sezioni Unite fanno il punto in tema di prova della responsabilità sanitaria, in *Giur. It.*, 2008.

[17] Per inadempimento qualificato si intende la prova che la condotta del sanitario sia strettamente idonea ad arrecare il danno subito dal paziente.

[18] Brenda R., Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi, in *Contr. E impr.* 2014, cit. p. 785

[19] Cfr.: Cass. sent. 10454 del 23.03.2006; Trib. Cagliari, 13.02.2013, in Riv. giur. sarda, 2013; Corte d'Appello di Taranto, 7.02.2014 in Sist. leggi d'It.

[20] Consorte F., Colpe e linee guida, i Dir. pen. proc., 2011, p. 1223 ss.

[21] Cass., III sez. civ., sent. n. 19204 del 19.07.2018

[22] Cass., sent. n. 4928 del 2.03.2018

[23] Cass. n. 6593 del 7.03.2019

[24] cfr., ex multis, Cass. n. 18392/2017 e Cass. n. 29315/2017

[25] Cass. n. 18392/2017
