

pretativo in ordine alla ricostruzione del nesso causale tra condotta omissiva ed evento, nello specifico settore della responsabilità medico-chirurgica.

2. *L'accertamento del nesso causale.* — La pronuncia della Corte di Cassazione, adottata a sezioni unite penali in data 11 settembre 2002, si pone come punto d'arrivo del lungo percorso intrapreso dalla giurisprudenza penalistica alla ricerca di una soluzione al dibattuto problema dell'accertamento del nesso causale, nell'ambito della responsabilità medica per comportamenti omissivi. La Corte ha l'occasione di richiamare i due indirizzi interpretativi che si sono formati in materia: «al primo orientamento, tradizionale e maggioritario, che ritiene sufficienti *serie ed apprezzabili probabilità di successo* per l'azione impeditiva dell'evento (1)...si contrappone l'altro, più recente, per il quale è richiesta la prova che il comportamento alternativo dell'agente avrebbe impedito l'evento lesivo con un elevato grado di probabilità *prossimo alla certezza*, e cioè in una percentuale di casi *quasi prossima a cento* (2)».

Se si ripercorre brevemente l'evoluzione giurisprudenziale sul tema, all'interno del primo indirizzo si nota un percorso che tende alla progressiva svalutazione del grado percentuale delle probabilità di esito positivo sufficiente per l'accertamento del nesso eziologico fra la colposa omissione di diagnosi da parte del medico e la morte del paziente. Pronunce coeve ritengono necessaria la presenza del cinquanta per cento (3) o di un *buon ottanta-settanta per cento* di probabilità di successo (4). Successivamente la Corte accerta il nesso causale in presenza di possibilità *apprezzabili nella misura del trenta per cento* (5). Non mancano poi decisioni che si limitano ad affermare una *generica probabilità*, se non anche la scarsa probabilità di buon esito dell'azione doverosa (6) o, addirittura, sentenze nelle quali è del tutto pretermesso il giudizio sul rapporto di causalità, in presenza di condotte omissive colpose caratterizzate da gravi errori di diagnosi e di terapie, più che da totali omissioni da parte del medico (7); in questi casi si ha l'impressione che venga confuso l'ambito di rilevanza della spiega-

(1) In questo senso Cass. pen., 5 ottobre 2000, in *Giur. it.*, 2001, III, 1690; Cass., 11 novembre 1994, in *Mass. Cass. pen.*, 1995, 75; Cass. pen., 30 aprile 1993, in *Mass. Cass. pen.*, 1994, n. 76; Cass. pen., 12 luglio 1991, in *Foro it.*, 1992, II, 363; Cass., sez. IV, 18 ottobre 1990, in *Riv. pen.*, 1991, 870; Cass. pen., sez. IV, 13 giugno 1990, in *Riv. pen.*, 1991, 558; Cass. pen., 23 gennaio 1990, in *Riv. pen.*, 1991, 429; Cass. pen., 7 marzo 1989, in *Riv. med. leg.*, 1989, 668; Cass., sez. IV, 7 gennaio 1983, in *Foro it.*, 1986, II, 351; Cass. pen., 13 maggio 1982, n. 3013, in *Mass. Foro it.*, 1982.

(2) Così Cass. pen., 29 novembre 2000, n. 2139, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, I, 285; Cass., 7 giugno 1999, n. 7151, in *Cass. pen.*, 2001, 125; Cass. pen., 17 ottobre 1952, in *Giust. pen.*, 1953, II, 4.

(3) Cass. pen., 7 marzo 1989, cit.; Cass. pen., 12 maggio 1989, in *Riv. pen.*, 1990, 119.

(4) Cass. pen., 26 aprile 1983, in *Riv. pen.*, 1984, 482; Cass., 2 aprile 1987 in *Cass. pen.*, 1989, 72; Cass., sez. IV, 10 luglio 1987, in *Riv. pen.*, 1988, 91.

(5) Cass. pen., 12 luglio 1991, cit.; Cass. civ., 13 gennaio 1992, n. 317, in *Foro it.*, 1993, I, 2330; Cass., 17 gennaio 1992, in *Giur. civ. comment.*, 1992, 358, c.d. caso Silvestri.

(6) Per l'accertamento della responsabilità medica in presenza di probabilità di successo medio-basse dell'omessa terapia, vedi anche: Cass., 7 gennaio 1983, cit.; Cass. pen., 2 aprile 1987, cit.; Cass. pen., 12 maggio 1989, cit.

(7) Cass., 30 ottobre 1979, in *Mass. Cass. pen.*, 1981, 556; Cass., sez. IV, 5 maggio 1987, in *Foro it.*, 1988, II, 107; Cass. pen., 7 novembre 1988, in *Riv. pen.*, 1989, 1146. Accanto ad un numero ristretto di sentenze che adottano il paradigma dell'aumento del rischio: Cass. pen., 8 giugno 1968, in *Riv. pen.*, 1989, 424; Cass. pen., 19 aprile 1983, in *Riv. med. leg.*, 1984, 480.

Sez. Un. pen., 11 settembre 2002 (\*) - Pres. MARVULLI - Rel. CANZIO - P.M. IADECOLA.

Causalità (nesso di) - Omicidio e lesioni personali colpose - Omicidio colposo - Responsabilità del medico chirurgo - Decesso del paziente - Nesso causale - Causalità omissiva - Presupposti.

Il nesso causale può essere ravvisato quando, alla stregua del giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica — universale o statistica — si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa impeditiva dell'evento hic et nunc, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva. Non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'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'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con «alto o elevato grado di credibilità razionale» o «probabilità logica».

L'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assoluto del giudizio (1).

(1) Il nesso di causalità nella responsabilità medica.

1. *Il fatto.* — La Corte di Appello di Napoli con sentenza del 14 giugno 2000, uniformandosi alla decisione di primo grado del Pretore di Napoli (del 28 aprile 1999), riteneva il medico imputato colpevole del reato di omicidio colposo, accogliendo l'ipotesi accusatoria secondo la quale l'imputato non aveva compiuto durante il periodo di ricovero del paziente una corretta diagnosi né praticato appropriate cure, omettendo per negligenza e imperizia di valutare i risultati degli esami ematologici...autorizzando anzi l'ingiustificata dimissione del paziente giudicato «in via di guarigione chirurgica». In particolare la Corte constatava che, se la diagnosi e le cure fossero state doverosamente realizzate, sarebbero state (secondo i consulenti medico-legali ed autorevoli pareri scientifici) idonee ad evitare la patologia letale — nel caso di specie una sepsi addominale da *clostridium septicum* — con alto grado di probabilità logica o credibilità razionale.

Avverso tale pronuncia veniva proposto ricorso per Cassazione deducendo, fra gli altri motivi, come non fosse stata dimostrata la sussistenza del necessario nesso di causalità fra le addebitate omissioni di diagnosi e di cura e la disposta dimissione del paziente e la sua successiva morte. Nonostante venisse, altresì, dedotta la sopravvenuta estinzione del reato per prescrizione, la Quarta Sezione della Corte di Cassazione (con ordinanza del 7 febbraio 2002), vista l'attualità della decisione agli effetti delle disposizioni concernenti gli interessi civili, rimetteva il ricorso alle Sezioni Unite, per la risoluzione del risalente contrasto inter-

(\*) Il testo per esteso della sentenza si legge in questa *Rivista*, retro, 94 e ss. con nota di M. MACRÌ.

zione causale con quello dell'omissione derivante da inosservanza di regole cautelari, attinenti ai profili della colpa.

Questa ultima pronuncia della Corte di Cassazione si colloca invece nell'ambito del più recente orientamento per il quale l'accertamento di un elevato coefficiente di probabilità, riferibile a percentuali di certezza, costituisce un'interpretazione più aderente ai principi costituzionali in materia penale (8).

Le Sezioni Unite hanno svolto una ricostruzione della nozione di causalità penalmente rilevante, accogliendo definitivamente la teoria condizionalistica o della *condicio sine qua non*, ritenuta codificata nell'art. 41 c.p. Secondo tale impostazione «la verifica della causalità postula il ricorso al *giudizio contrafattuale*... nel senso che la condotta umana è condizione necessaria dell'evento, eliminata mentalmente dal novero dei fatti realmente accaduti, l'evento non si sarebbe verificato» (9).

Preme sottolineare come non si tratti di una ricognizione meramente arbitraria, in quanto l'esigenza di rispettare il fondamentale principio di tassatività nel diritto penale ha comportato la scelta di integrare tale metodo con l'utilizzo di un criterio che guidi l'interprete nell'operazione di esclusione degli antecedenti dell'evento. Tale criterio è identificato nel modello generale di sussunzione del singolo fatto sotto c.d. leggi di copertura (10) oppure sotto massime d'esperienza (11).

La Suprema Corte, nel caso in esame, ha adottato il metodo della sussunzione sotto leggi scientifiche, distinguendo quelle universali da quelle statistiche. Le leggi universali sono quelle «che asseriscono nella successione di determinati accadimenti invariabili regolarità senza eccezioni, cosicché la verificazione di un evento è inevitabilmente accompagnata dalla verificazione di un altro», anche se la loro stessa esistenza è oggi messa in discussione dal mondo scientifico. Le leggi statistiche si limitano, invece, ad affermare che «un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento in una certa percentuale di casi e con una frequenza relativa».

Si ha quindi la conferma della struttura ipotetica della spiegazione causale, fondata su un metodo eziologico a base probabilistica, tanto più valido quanto più vicino alla certezza.

In particolare si può affermare che tre sono i principi di diritto elaborati dalla Corte.

Il primo mira alla ricostruzione della causalità omissiva attraverso la clausola generale di equivalenza causale stabilita dall'art. 40.2 c.p., sancendo l'unicità del criterio di indagine dell'imputazione dell'evento (a conferma dell'orien-

tamento dottrinale maggioritario (12) nel settore dell'attività medico-chirurgica, delle malattie professionali e degli infortuni sul lavoro) e respingendo la tesi della sufficienza di un accertamento meno rigoroso rispetto ai comuni canoni richiesti per la condotta propria dei reati commissivi (13).

In secondo luogo, la Corte si interroga sul grado di probabilità richiesto per l'efficacia impeditiva del comportamento alternativo omissivo rispetto al singolo evento lesivo, in assenza di parametri scientificamente fondati di quantificazione della probabilità stessa. Si rifiuta il tradizionale orientamento che, in considerazione del valore primario del bene «salute» o addirittura «vita» protetto in materia di trattamenti terapeutici e chirurgici, ritiene congrua una *seria ed apprezzabile probabilità di successo* dell'ipotetico comportamento doveroso del medico, fino ad arrivare ad accertamenti che si fondano sulla sola violazione della posizione di garanzia (14) (quasi per compensare il difetto di rilevanza causale con l'elevato grado di colpa), con un'ingiustificata severità e discriminazione per l'operato della classe medica.

Se la ricostruzione in termini possibilistici sembra porsi in contrasto con i risultati elaborati dalla Corte Costituzionale (15), oltre che con il principio di legalità e di tipicità delle fonti di responsabilità penale (responsabilità esclusivamente personale ex art. 27 Cost.), è pur vero che, se si pretendesse una spiegazione causale di tipo deterministico, secondo criteri di certezza assoluta (16), *si finirebbe col frustrare gli scopi preventivo-repressivi del diritto e del processo penale in settori nevralgici per la tutela di beni primari*.

Al tempo stesso si osserva che le difficoltà di prova in materie caratterizzate da attività complesse, implicanti un elevato livello di organizzazione e di distribuzione delle competenze, non possono, comunque, legittimare l'adozione di una nozione debole di causalità accertata attraverso coefficienti di probabilità indeterminati e arbitrari. Si ritiene perciò necessario un giudizio di responsabilità fondato su un accertamento della sussistenza del nesso causale con *alto grado di probabilità logica o credibilità razionale*, rispetto all'evidenza disponibile e alle circostanze del caso concreto.

(12) F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1988, 1256, secondo cui anche gli enunciati causali relativi all'omissione debbono soddisfare unicamente il requisito dell'«alto grado di credibilità razionale», richiesto né più né meno per l'accertamento della causalità attiva; G. IADECOLA, *In tema di causalità*, cit., 526.

(13) G. FIANDACA, *Causalità (Rapporto di)*, voce Dig. pen., II, Torino, 1988, 27, sostiene che in sede di accertamento del nesso di condizionamento tra la condotta omissiva e l'evento non si possa raggiungere lo stesso livello di rigore esigibile nell'accertamento del nesso di causalità stretto senso inteso.

(14) Pronunce nelle quali si abbandona lo schema condizionalistico, a favore di quello del c.d. aumento del rischio, utilizzato dalla dottrina germanica, secondo cui per l'imputazione oggettiva dell'evento dell'omittente sarebbe sufficiente che l'azione doverosa sia in grado di aumentare «le probabilità di salvezza del bene giuridico minacciato», così R. BLAIOTTA, *Sulla causalità nell'ambito della professione medica: una pronuncia di legittimità contro tendenza*, in Cass. pen., 2001, 129. In senso contrario la dottrina penalistica italiana, (in particolare L. RENDA, *Sull'accertamento della causalità omissiva nella responsabilità medica*, in Foro it., 1986, II, 353) in quanto l'adozione di questo criterio finirebbe per trasformare i reati omissivi impropri in reati di mera condotta (puniti *contra legem*, in base alla semplice idoneità a porre in pericolo il bene protetto).

(15) Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, in Cass. pen., 1988, 1152. Il contrasto è rilevato anche dalla Commissione Ministeriale per la riforma del codice penale, istituita con D.M. 1° ottobre 1998, presieduta dal prof. C.F. Grosso, in Doc., Giust., 2000, III, 478.

(16) Cass. pen., 11 gennaio 1999, in Cass. pen., 2001, 125; Cass. pen., 31 ottobre 1991, in Cass. pen., 1994, 1204; Cass. pen., 28 febbraio 1991, in Cass. pen., 1991, I, 1849.

(8) Si aderisce alle attuali posizioni dottrinali: G. IADECOLA, *In tema di verifica della causalità omissiva nell'attività medico-chirurgica in recenti interventi della Corte di Cassazione*, in Cass. pen., 2002, 178.

(9) Cfr. anche Cass. pen., 28 settembre 2000, in Cass. pen., 2002, 159 e Cass. pen., 8 marzo 1974, in Riv. pen., 1975, II, 782.

(10) La dottrina penalistica sottolinea che l'utilizzazione di tale modello è necessaria solo nei casi problematici: cioè quando, una volta eliminata mentalmente la condotta, rimanga il dubbio se l'evento si sarebbe verificato o meno. Nel caso in cui vi sia certezza che l'evento non si sarebbe verificato, la legge scientifica può essere, invece, tacitamente supposta. In questo senso, STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, Milano, 1990, 107 ss.; G. IADECOLA, *In tema di causalità e di «causalità medica»*, in Guida al dir., 2002, 526; *Id.*, *In tema di verifica della causalità omissiva*, cit., 175.

(11) Come in Cass. pen., 27 maggio 1993, in Cass. pen., 1995, 2898.

La novità dell'elaborazione della Cassazione, rispetto alle precedenti pronunce richiamate (17) (la maggior parte delle quali davano rilievo, quasi esclusivo, alla percentuale statistica elaborata dalla scienza medica circa il decorso di certi stati patologici), sta proprio nel riferire il giudizio di probabilità alle *circostanze del caso concreto*, rifiutando la possibilità di stabilire un coefficiente di percentuale probabilistica assoluto o predeterminato e valutando con maggior cautela le rilevazioni statistiche. Si riscontra pertanto una chiara istanza di responsabilizzazione della classe medica, alla ricerca di un equo contemperamento fra l'esigenza di tutela del bene primario-vita ed il rischio di vuoti di tutela rispetto a condotte colpose dell'operatore sanitario.

Infine, *ex adverso*, si ribadisce che il ragionevole dubbio sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico, rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comporta l'esito assolutorio del giudizio.

Il Supremo Collegio nel caso considerato rileva come le argomentazioni dei giudici di merito risultino sostanzialmente rispondenti alle linee interpretative enunciate in relazione alla ricostruzione del nesso di causalità prospettata. Il positivo accertamento dell'esistenza di questo nel caso in esame priva di fondamento i rilievi del ricorrente, ma la sentenza impugnata viene annullata per l'avvenuta estinzione del reato per prescrizione; sono confermate invece le statuizioni relative ai capi concernenti gli interessi civili e, quindi, la condanna generica al risarcimento del danno.

Si tratta pertanto di esaminare come i principi sull'individuazione del nesso causale elaborati dalla Corte si riflettano in ambito civilistico, partendo necessariamente dalla ricostruzione del sistema della responsabilità civile del medico.

3. *La responsabilità civile medica*. — Significativamente si parla oggi di «responsabilità medica», e non del singolo medico, per sottolineare come nella maggior parte dei casi non si possa più configurare un rapporto diretto fra il medico ed il paziente, ma vi sia una progressiva spersonalizzazione della suddetta relazione dovuta all'impiego di terapie sempre più elaborate ed ai limiti della sperimentazione, con il coinvolgimento nelle scelte terapeutiche di personale con diversificate qualificazioni, con il ricorso al lavoro di *équipe* e l'emergenza di nuove esigenze, soprattutto nel campo della chirurgia estetica, della modificazione dei caratteri sessuali, dei trapianti d'organi e della procreazione.

In proposito è indiscusso che l'ente ospedaliero risponde a titolo di responsabilità contrattuale nei confronti del paziente, in seguito all'attività diagnostica o al suo ricovero presso la struttura (18). Problematica rimane invece l'individuazione del tipo di responsabilità configurabile in capo all'operatore sanitario.

In particolare, la responsabilità contrattuale di chi esercita l'attività medico-chirurgica trova la sua fonte nel contratto d'opera professionale di cui agli artt. 2229 segg. c.c. Se il professionista opera nell'ambito di una struttura sanitaria è invece necessario distinguere a seconda della natura privata o pubblica del servizio prestato. Infatti, mentre la responsabilità del medico inserito in una clinica

privata è qualificata, ex art. 1228 c.c. con il temperamento di cui all'art. 2236 c.c. (19), come contrattuale (da contratto di consulenza, d'opera intellettuale, o individuando un negozio atipico rientrante nello schema della *locatio operis*) (20), la responsabilità del dipendente pubblico crea tuttora difficoltà di qualificazione.

In quest'ultima ipotesi, per decenni, la giurisprudenza (21) ha concluso che il professionista con compiti diagnostici o terapeutici fosse chiamato a rispondere a titolo di responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c., in virtù del rapporto organico fra l'operatore e il servizio sanitario nazionale, nel rispetto dell'obbligo per la Pubblica Amministrazione di conformare la sua attività al principio del *neminem ledere*. Tuttavia questa classificazione non era di ostacolo nel considerare applicabile, in via analogica, la limitazione di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c., (ritenuta valida a prescindere dalla qualificazione dell'illecito (22)), al fine di non scoraggiare l'iniziativa medico-chirurgica in presenza di casi clinici particolarmente difficili.

Verso la fine degli anni sessanta si registra, invece, un orientamento di segno opposto, secondo il quale il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico presso una struttura ospedaliera implica necessariamente un rapporto di tipo contrattuale. Peraltro talune isolate pronunce (23) continuavano ad individuare una responsabilità di tipo extracontrattuale del medico collegato ad una struttura ospedaliera, motivate sulla base della finalità pubblica statale o locale della struttura stessa e sulla preclusione per il malato di scegliere il medico che avrebbe effettuato in concreto la prestazione.

Nel corso degli anni settanta la Corte di Cassazione (24) opta definitivamente per la natura contrattualistica del rapporto, guardando al rilievo attribuito al consenso del paziente al trattamento presso la struttura sanitaria nazionale e al rapporto organico che lega il singolo professionista a quest'ultima.

Si reputa oggi (25) che la struttura sanitaria pubblica risponda a titolo di responsabilità per inadempimento, in quanto il singolo paziente è titolare di un diritto soggettivo alla prestazione, e questo titolo è valido anche per inquadrare la responsabilità del medico che agisca da libero professionista in virtù di un contratto di prestazione d'opera professionale, sia come dipendente. Questa evoluzione è dovuta ad un recente orientamento giurisprudenziale che fonda la responsabilità professionale sul «*rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale*» (26), cioè sul rapporto di cura effettivamente stabilitosi fra le parti, indi-

(19) Sul ruolo dell'art. 2236 c.c. e sulla sua applicazione giurisprudenziale si rimanda all'analisi fatta da R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, 124 ss.

(20) F. GALGANO, *Contratto e responsabilità nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 721.

(21) Cass. pen., 24 marzo 1979, n. 1716, in *Giust. civ.*, 1979, I, 1440; Cass., 5 gennaio 1979, n. 31, in *Giur. it.*, 1979, I, 934.

(22) In questo senso Cass., sez. un. civ., 6 maggio 1971 n. 1282, in *Giust. civ.*, 1971, I, 1417.

(23) Cass., 13 novembre 1970, n. 2392, in *Giur. it.*, 1971, I, 622.

(24) Cass., 1° marzo 1988, n. 2144, in *Giur. it.*, 1989, I, 300; Cass., 21 dicembre 1978 n. 6141, in *Foro it.*, 1979, I, 4. Tale scelta è stata accentuata dalla rilevanza attribuita al consenso dell'assistito ai trattamenti sanitari operata dalla disciplina delle unità sanitarie locali (l. 833 del 1978) ed è stata successivamente confermata dalla Corte: cfr. Cass., 27 maggio 1993, n. 5939, in *Rep. Foro it.*, (25) Cass. civ., 27 luglio 1998, n. 7336, in questa *Rivista*, 1999, 996; Cass., 7 ottobre 1998 n. 9911, in *Foro it.*, 1998, I, 3520; Cass., 11 aprile 1995, n. 4152, in *Riv. med. leg.*, 1997, 1073.

(26) Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, in questa *Rivista*, 1999, 652, per la quale l'obbligo-

(17) Ma già Cass. pen., 12 luglio 1991, cit.

(18) G. IUDICA, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, in questa *Rivista*, 2001, 3 ss. Questo autore, insieme a M. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2003, 1020 ss., si riferisce ad un contratto innominato c.d. di *spedaltia*.

pendentemente da un vincolo negoziale diretto con il paziente, e caratterizzato dall'affidamento che il malato ripone in chi esercita una professione avente per oggetto beni costituzionalmente protetti. Tale configurazione viene a creare un regime unitario di responsabilità professionale medica ed è facilitata dalla evidenziata oggettivazione del rapporto fra il medico ed il malato (27).

Ma, se è vero che così costruiti gli obblighi del medico sono più intensi rispetto a quelli che deriverebbero dal generico dovere di *neminem ledere*, è pur vero che in queste ipotesi non esiste nessun contratto che indichi gli impegni specifici ai quali esso è tenuto. Si sostiene, quindi, che tali obblighi si concretizzano in un dovere di protezione di interessi costituzionalmente tutelati, nascente da un'obbligazione senza prestazione (28), la cui violazione integra una *culpa in non faciendo* fonte di responsabilità contrattuale. Questa configurazione comporta poi l'applicabilità dell'art. 2236 c.c., non più in via analogica, ma in via diretta (29). Più di un autore (30) parla di una responsabilità fra il contratto e il torto, per cui *l'ascrivere a responsabilità contrattuale le ipotesi di danno che in concreto si possono verificare sembra frutto di un'enfaticizzazione, mentre il farle rientrare nell'ambito dell'illecito aquiliano si rileva un impoverimento, guardando alla costruzione di un regime «uniforme e transipico» (31) che attraverso orizzontalmente i settori classicamente corrispondenti ai due tipi di responsabilità.*

*zione del medico dipendente dal servizio sanitario nazionale per responsabilità professionale nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul «contatto sociale» ha natura contrattuale.* Così anche la dottrina, in particolare, V. CARBONE, *Responsabilità del medico come responsabilità da contatto*, in *Danno e resp.*, 1999, 303. Contro la classificazione proposta, dell'appartenenza alla categoria degli obblighi senza prestazione, M. PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. civ.*, 2001, I, 3, 331 ss.

(27) Per la Corte, sent. ult. cit., si realizza in questo modo una *dissociazione tra la fonte e l'obbligazione che ne scaturisce*, in quanto quest'ultima viene sottoposta alle regole dell'adempimento delle obbligazioni pur senza avere origine in un contratto, per il solo fatto di essere il medico entrato in «contatto» con il paziente. Si dà, quindi, rilievo al momento del rapporto effettivamente instaurato più che al momento dell'atto costitutivo.

In senso contrario parte della dottrina, A.M. PRINCIGALLI, *Medici pubblici dipendenti responsabili come liberi professionisti?*, in *Foro it.*, 1988, I, 2301; R.G. MONATERI, *La responsabilità civile, o l'inadempimento di un contratto*, diretto da S. Sacco, IV, Torino, 1998, 770. Così anche alcune pronunce che configurano una responsabilità di tipo extracontrattuale: Cass., 13 marzo 1998, n. 2750, in *Arch. civ.*, 1998, 659; Cass., 20 novembre 1998, n. 11743, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Professioni intellettuali*, n. 165; Cass., 6 ottobre 1997, n. 9705, in questa *Rivista*, 1998, 607; Cass., 26 marzo 1990, n. 2428 in *Giur. it.*, 1991, I, 60; Cass., 24 marzo 1979, n. 1716, cit.

(28) Sulla scia dell'elaborazione teorica della dottrina tedesca, G. GIACALONE, *La responsabilità del medico dipendente dal servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale o «transipica»?*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1010.

(29) Ad esempio Cass., 7 ottobre 1998 n. 9911, cit. Anche se la giurisprudenza, in proposito, ribadisce che il medico risponderà anche per colpa lieve, qualora l'omissione della dovuta diligenza o l'inadeguata preparazione, provochi un danno nell'esecuzione di un intervento chirurgico, così Cass., 18 novembre 1997, n. 1140, in *Riv. giur. circ.*, 1998, 67.

(30) F.G. PIZZETTI, *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da «contatto sociale»*, in *Giur. it.*, 2000, 740 ss.; V. ROPPO, *La responsabilità civile dell'impresa nel settore dei servizi innovativi*, in *Contratto impresa*, 1993, 89; C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini fra il contratto e il torto*, in *Contratto impresa*, 1993, 89.

(31) Così V. ROPPO, *La responsabilità civile, cit.*, 894 ss.; F.G. PIZZETTI, *La responsabilità del medico dipendente*, cit., 746, parla di un vero e proprio *tertium genus* di responsabilità; G. ALPA, *La responsabilità medica*, in *Riv. med. leg.*, 1999, 16, di un «regime speciale» della responsabilità civile. Ma l'idea di sottoporre la responsabilità civile del medico ad un regime speciale, improntato ad un maggior rigore, è un'elaborazione che si proviene da altri paesi europei, primo fra tutti la Francia. In altri stati, si è optato per l'adozione di un regime di responsabilità oggettiva, come in Svezia, dal 1975; in alcuni paesi del Nordamerica, l'obbligazione del medico è configurata come

Si individua in tale fattispecie un'ipotesi di cumulo «improprio». Infatti, oltre a poter parlare di un vero cumulo giuridico (32), riscontrabile allorché da un medesimo comportamento derivi sia un inadempimento contrattuale, (inadempimento dell'obbligazione assunta con il contratto d'opera intellettuale), sia un danno ingiusto (lesivo del diritto alla salute) — e che dal punto di vista processuale si traduce nel concorso fra le due azioni — nella responsabilità medica la fattispecie di cumulo viene estesa fino a ricomprendere ipotesi in cui soggetti diversi (l'ente ed il medico) rispondono solidalmente in sede passiva a diverso titolo per il medesimo fatto (33).

Quindi, se all'origine della responsabilità civile normalmente vi è un trattamento sanitario lesivo del diritto alla salute, che ne consente l'inquadramento, sotto il profilo del danno ingiusto causato, nel settore della responsabilità extracontrattuale, non si può non tener conto dell'attuale tendenza a privilegiare lo schema contrattuale. La natura contrattuale di tale obbligazione viene affermata con riferimento, non alla fonte del rapporto fra medico e paziente, ma allo svolgersi di detto rapporto, con tutte le conseguenze in tema di ripartizione dell'onere probatorio, di tempi di prescrizione e del grado della colpa richiesto.

Ma, al di là delle conseguenze sul piano processuale, da un punto di vista sostanziale, anche nell'ipotesi in cui la chiave di lettura della fattispecie sia la valutazione dell'interesse creditorio alla esatta realizzazione della prestazione medica, il presupposto indefettibile rimane l'accertamento della lesione alla salute, la cui sussistenza determina le indagini successive sul nesso di causalità e sul danno subito, risarcibile in quanto conseguenza immediata e diretta ex art. 1223 c.c.

4. *Il problema della causalità.* — In materia di collocazione sistematica del rapporto di causalità possiamo rilevare, in via preliminare, la mancanza di una riflessione dottrinale di pari intensità rispetto a quella dedicata all'esame degli altri elementi costitutivi del fatto illecito (34). I civilisti sembrano aver mutuato le conclusioni dottrinali e giurisprudenziali penalistiche su questo tema, sul presupposto che la problematica si ponga in modo identico nei due settori.

Infatti, mentre il codice penale agli artt. 40 e 41 prende in specifica considerazione il nesso causale, viceversa il codice civile è carente di una disciplina delle sue modalità di accertamento. Le norme che appaiono riferirsi all'esistenza del nesso eziologico quale elemento della fattispecie gli dedicano solo alcuni cenni. In proposito ricordiamo l'art. 2043 c.c., che addebita l'obbligo del risarcimento a colui «che cagiona ad altri un danno», con la stessa terminologia utilizzata ne-

obbligazione di risultato, R. CASO, C. IEVA, *Ancora sul nesso di causalità in tema di colpa del medico*, in *Foro it.*, 1993, I, 2335. Per un quadro comparativo completo, G. PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, 281 ss.

(32) Cfr. Cass., 7 agosto 1982, n. 4437, in questa *Rivista*, 1984, 78.

(33) Cfr. Cass., 26 marzo 1990, n. 2428, in *Giur. it.*, I, 1, 1991, 600.

(34) Ad esempio, R. SCOGNAMIGLIO, *Causalità (Rapporto di)*, dir. civile, voce in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1968, 650, sostiene che «nel dettato di qualche peculiare statuzione in tema di responsabilità civile, conviene senz'altro riferirsi agli artt. 40 e 41 c.p.».

È significativo in proposito che A. DE CURTIS, alla voce *Danno (dir. vig.)*, in *Enc. del Dir.*, Milano, 1962, 622 ss., si limiti ad un mero rinvio in proposito alla disciplina penale. *Contra* V. ZENO ZENOVICH, *Questioni in tema di responsabilità per colpa professionale sanitaria*, in *Giur. civ. comment.*, 1992, I, 1362; G. VALCARI, Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile da inadempimento e da illecito, in *Riv. civ.*, 2001, 421 ss.

che da sole sarebbero state in grado di produrre l'evento dannoso, interrompendo quindi il nesso causale (39).

Per valutare la sussistenza del rapporto causale come elemento costitutivo del fatto illecito si fa riferimento alla c.d. causalità naturale o materiale (40), distinguendola concettualmente da quella giuridica, funzionale alla limitazione delle conseguenze risarcibili derivanti dal danno ingiusto provocato, con una categorizzazione considerata valida sia in ambito penale che civile (41) e riscuotendo massime di legittimità (42) che distinguono rigorosamente queste due fasi di verifica. In particolare, l'indagine sulla causalità naturale è considerata preliminare rispetto a quella sulla causalità c.d. giuridica; questa, infatti, pre-

(39) F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1996, 186. È noto, come accanto a tale soluzione sono state prospettate dai penalisti italiani altre teorie, fra le quali emergono quella della «causalità efficiente», della «causalità umana» e la teoria della «causalità adeguata». Quest'ultima, in particolare, enunciata per la prima volta dal ricercatore tedesco VON KRIS, *Über der Begriff der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht*, in *Zeit. Ges. Strw.*, 1889, è considerata una valida alternativa al criterio della *condicio sine qua non* per l'accertamento del nesso causale nelle ipotesi di responsabilità oggettiva. Secondo tale elaborazione devono considerarsi conseguenze di un determinato fatto solo quelle che appaiono prevedibili al momento in cui il responsabile ha agito, secondo l'*id quod plerumque accidit*.

(40) P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 8 ss.; G. VISINTINI, *I fatti illeciti*, op. cit., 5 ss. Si propone, altresì, la distinzione fra danno-evento e danno-conseguenza, così G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, 405 ss.; F. REBALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno, nella responsabilità civile*, Milano, 1967, 154; D. FRUOLA, *Brevi note sul nesso di causalità e lesione del bene «vita»*, in *Resp. civ.*, 2001, 99. *Contra* P. FORCIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, 1960, 24 ss.

In giurisprudenza la Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372, in questa *Rivista*, con note di GIANNINI, NAVARRETA E SCALFI, in *Giust. civ.*, 1994, I, 3029, ha sostenuto che la distinzione tra *danni prevedibili e danni imprevedibili (come quella tra danni diretti e danni indiretti) attiene ai danni conseguenze nel senso dell'art. 1223, la cui risarcibilità, limitatamente o no ai danni prevedibili, presuppone già compiuto (previo accertamento del nesso di causalità alla stregua degli artt. 40 e 41 c.p.) il giudizio di imputabilità del danno evento, giudizio regolato in generale dal criterio di colpa.*

(41) *Contra* R. SCOGNAMIGLIO, *Causalità (Rapporto di)*, cit., 650; FEDI A., *Nesso di causalità: nuove prospettive*, cit., 3026 ss., per i quali i rapporti tra condotta ed evento e tra evento e danno non possono pensarsi in termini di autonomia concettuale, identificando invece il medesimo rapporto.

Per la validità di tale distinzione nel campo della responsabilità aquiliana, P. FORCIELLI, *Il rapporto di causalità*, cit., 8 ss.; G. VISINTINI, *I fatti illeciti*, op. cit., 219. Per una sua rilevanza anche nell'ambito della fattispecie inadempimento, in particolare G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica*, cit., 409; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.*, sub art. 1223 c.c., 232 ss.; M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, Padova 2002, 18 ss., i quali sottolineano che, nel caso della responsabilità contrattuale, la ricerca dell'*an* del risarcimento comporta l'accertamento che la prestazione non è stata adempiuta e che, se l'adempimento è divenuto impossibile, l'impossibilità non sia dipesa da causa imputabile al debitore.

Possiamo ulteriormente distinguere la posizione di chi identifica la causalità nell'omissione come il rapporto che lega la c.d. condotta doverosa omessa ad un evento naturale, che conseguirebbe ad essa, così F. REBALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità*, cit., 96 ss.; P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, op. cit., 14 ss.; da quella di chi, ritenendo la causalità materiale un modello che *lega la condotta dell'uomo all'evento naturale, quando questo tiene dietro a quella e viene supposto necessariamente, nega la sua ipotizzabilità negli illeciti di pura condotta, in particolare in quelli ommissivi (come nel caso dell'inadempimento contrattuale ex art. 1453 c.c. o dell'omissione degli atti comandati da norme giuridiche)*, in questo senso G. VACCARI, *Sulla causalità giuridica*, cit., 409. Ma, anche chi respinge la sussistenza della causalità materiale negli atti ommissivi, vi identifica una causalità di tipo giuridico, tra il fatto omesso ed il danno prodotto.

(42) *Cfr.* Cass., 3 aprile 1973, n. 916, in *Giust. civ. Mass.*, 1973, 492, *il giudice deve compiere un processo logico che si articola in due fasi distinte: la prima relativa alla certezza del danno (e quindi all'identificazione del responsabile), la seconda relativa alla sua quantificazione.*

gli artt. 2044, 2047, 2048, 2050, 2051, 2052, 2053. Sempre nell'ambito della responsabilità civile da fatto illecito si possono individuare dei riferimenti nell'art. 2045, che si riferisce a chi «ha compiuto il fatto dannoso», negli artt. 2046 e 2049, che parlano di «commettere» oppure di «produrre», così come all'art. 2054. Più ardua è la ricerca in tema di responsabilità contrattuale da inadempimento, in quanto in questo contesto il responsabile è, per lo più, il soggetto inadempiente, anche se l'art. 1223 non è privo di contenuto causale, così come gli artt. 1221 e 1227 (35).

Si ritiene, in particolare, che il legislatore del 1942 non si sia preoccupato di dettare una regolamentazione del nesso di causalità che consenta di imputare alla condotta anti-giuridica un evento dannoso, ma abbia semplicemente considerato tale elemento al fine di determinare le conseguenze patrimoniali sfavorevoli prodotte dal fatto dannoso. Di conseguenza il problema dell'individuazione del nesso eziologico in ambito civilistico rimane strettamente ancorato all'interpretazione dell'articolo 1223 c.c. Tale norma, come è noto, individua il danno risarcibile insieme agli artt. 1226 e 1227 c.c., sia per quanto riguarda la responsabilità contrattuale sia per quella extracontrattuale, in virtù del richiamo effettuato dall'art. 2056 c.c. il quale, dopo aver stabilito che l'obbligo di riparazione comprende il danno emergente ed il lucro cessante, pone il limite della non estensibilità del risarcimento oltre la somma delle conseguenze immediate e dirette (36). La funzione della disposizione di cui all'art. 1223 viene, quindi, individuata nel tentativo di circoscrivere la misura dei danni risarcibili, in vista della realizzazione di un'equa ripartizione della lesione inferta (37). Essa segna così il limite massimo, in via generale e per tutti i casi ipotizzabili, del risarcimento per la perdita subita e il mancato guadagno che conseguono al fatto dannoso tipico in base all'*id quod plerumque accidit*.

Questo collegamento, una volta accettata la teoria condizionalistica, avviene in base ad un giudizio ipotetico, valutando la differenza fra la situazione che ha provocato il danno ingiusto e quella ideale che si avrebbe se il danno non si fosse verificato.

Gran parte della dottrina (38) asserisce che, ai fini dell'accertamento dell'imputabilità di un determinato accadimento naturale ad una specifica condotta umana, è necessario rivolgersi a quanto disposto dal primo comma dell'art. 41 c.p. (considerato come codificazione della teoria della *condicio sine qua non*, che identifica la catena causale di riferimento costituita da tutti gli antecedenti logici che hanno concorso a produrre l'evento) e dal secondo comma del medesimo articolo (che introduce un temperamento, individuando quelle cause

(35) M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, in *Comment. Cod. civ.*, a cura di Scialoja Branca, Bologna, 1979, IV *Obbligazioni*, 84 ss.

(36) «Il risarcimento dovuto al danneggiato riguarda anche in tema di responsabilità aquiliana solo le conseguenze immediate e dirette del fatto illecito», Cass., sez. un. civ., 21 febbraio 2002, n. 2515, in questa *Rivista*, 2002, 726.

(37) A. FEDI, *Nesso di causalità: nuove prospettive della giurisprudenza di cassazione*, in *Giust. Civ.*, 1991, I, 3024; M. BILANCETTI, *La responsabilità*, op. cit., 887.

(38) A. LEPRI, *Concorso di cause umane e naturali nella responsabilità civile extracontrattuale*, in *Giur. civ. comment.*, 1991, 801; CARBONE V., *Il rapporto di causalità, in La responsabilità civile*, a cura di Alpa-Bessone, 1997, 72; VISINTINI G., *I fatti illeciti. III Causalità e danno*, Padova, 1999, 1, *donò le norme penali overosia la lesione subita dalla vittima, il danno-evento, o secondo la terminologia civilistica, il danno ingiusto.*



suppone l'accertamento positivo del rapporto di causa ed effetto fra l'evento ed il conseguente pregiudizio.

Si reputa (43) soddisfacente questa soluzione in quanto aderente alla funzione reintegrativa della responsabilità civile la quale impone di ristorare la vittima solo di quei danni che non si sarebbero verificati in assenza del fatto illecito, o quando il pregiudizio si sarebbe ugualmente verificato, ma per effetto di una serie causale diversa (richiamando concasse eccezionali, determinanti un danno così grave da apparire sproporzionato rispetto alla gravità dell'illecito).

Merita in proposito ricordare la posizione contraria (44), minoritaria in dottrina, che considera inapplicabile alla causalità giuridica la teoria della *condicio sine qua non*, in quanto espressione delle elaborazioni del mondo scientifico: si verificherebbe altrimenti un eccessivo ampliamento del numero dei fattori causali rilevanti. Per questi autori la sopracitata teoria risente dell'impostazione penalistica, incentrata sull'evento materiale e non sul danno, ed è pertanto inutilizzabile in ambito civilistico dove ciò che rileva è, invece, il rapporto fra l'ina-dempimento o l'illecito ed il danno diretto e immediato.

In realtà, la stessa causalità materiale assolve funzioni radicalmente diverse nell'ambito dei due codici e, del resto, corrono profonde differenze fra l'illecito civile e quello penale, tali da portare ad un netto rifiuto della trasposizione critica dei risultati penalistici in materia di causalità civile (45).

Mentre la finalità della tutela penale è, infatti, quella sanzionatoria, di repressione delle condotte antisociali, quella civile tenta una restaurazione della situazione precedente l'illecito, con scopi strettamente risarcitori e ripristinatori. La prospettiva penale è incentrata sulla valutazione della condotta, mentre quella civile sul risarcimento del danno. Il baricentro della prima disciplina resta il soggetto responsabile, quello della seconda il soggetto da risarcire. La motivazione di tale differenza di fondo sta nella diversa natura degli interessi protetti dalle norme violate, quello generale e superiore nel primo settore e quello immediato ed individuale nel secondo.

Inoltre il comportamento punito dalla norma penale è *ab origine* vietato, al contrario, quello fonte di responsabilità *ex art.* 2043 c.c. non è necessariamente proibito, ma può tradursi, come nel campo dell'attività medica, in una condotta pericolosa e potenzialmente dannosa, comunque concessa dall'ordinamento in quanto utile e fonte di risarcimento per chi ne sia stato danneggiato (assumendo in tal senso un rilievo dominante l'elemento soggettivo di chi ha agito).

Tali differenze funzionali non possono non riflettersi sul problema causale. In realtà, la giurisprudenza in materia (46) non sembra tener conto di queste osservazioni, in quanto al contrario, a partire dai primi anni settanta, e con

orientamento conforme fino ad oggi (47), si richiama indifferente agli artt. 40 e 41 c.p. o 1218, 2043 c.c., soprattutto nell'ipotesi in cui il fatto dannoso integri gli estremi di un reato. La stessa pronuncia delle sezioni Unite in esame ribadisce che (a differenza di quanto avviene per il diritto anglosassone e nord-americano) il principio stabilito dal codice penale si applica anche nel distinto settore della responsabilità civile.

5. *La ricostruzione del nesso causale nella responsabilità medica.* — Per una ricostruzione del nesso causale nell'ambito della responsabilità civile medica, in base ai principi sopra enunciati, si deve necessariamente tener presente la diffusa tendenza dottrinale a configurare una sorta di unificazione od omogeneizzazione dei criteri di imputazione dei due titoli di responsabilità, da inadempimento e da fatto illecito, in seguito alle più recenti acquisizioni giurisprudenziali sulla mancata differenziazione dell'onere probatorio.

Secondo un orientamento ormai consolidato (48), e nell'ottica di una miglior tutela della parte debole del rapporto, se l'intervento medico è di facile o *routine* esecuzione, si può applicare il principio della *res ipsa loquitur* ed il paziente che assume di aver subito un danno (alla salute) adempie l'onere posto a suo carico provando la non difficile esecuzione dell'operazione, il risultato peggiorativo delle condizioni iniziali, nonché il nesso di causalità (c.d. naturale) fra la inadeguata prestazione professionale e il danno. Dall'altra parte il medico, per andare esente da responsabilità, deve dimostrare che l'insuccesso dell'operazione non è dipeso da un difetto di diligenza proprio, ma che l'esito peggiorativo è determinato dal sopravvenire di un evento imprevedibile oppure da una preesistente condizione fisica del malato, non accertabile con l'ordinaria diligenza professionale.

Solo quando l'intervento chirurgico è stato di difficile esecuzione (perché ha richiesto notevole abilità, oppure ha implicato la soluzione di problemi tecnici nuovi o di speciale difficoltà), spetta al paziente provare in modo preciso e specifico le modalità della inadeguata o non diligente prestazione professionale.

*in Arch. giur. circ.*, 1958, 727: il principio della causalità materiale, così come regolato dal vigente codice penale, trova applicazione anche nel campo civile, poiché comune ad entrambe le discipline è l'esistenza di un nesso eziologico tra l'azione o l'omissione e l'evento. *Gli artt. 40 c.p. e 2043 c.c. hanno infatti, pur nell'apparente diversa formulazione di ciascuna norma, una sostanziale identità di contenuto.*

(47) *Cass. civ.*, 1 febbraio 1991, n. 981, in *Arch. civ.*, 1991, 541, si riferisce espressamente agli artt. 40 e 41 c.p. come regolanti il rapporto di causalità in tema di responsabilità extracontrattuale; così anche *Cass.*, 13 gennaio 1992, n. 317, cit.

(48) *Cass. civ.*, 19 maggio 1999, n. 4852, in questa *Rivista*, 2000, 1038, con nota di GORGONI; in *Danno e resp.*, 2000, 157; *Cass. civ.*, 22 gennaio 1999, n. 598, cit.; *Cass.*, 8 gennaio 1999, n. 103, in questa *Rivista*, 1999, 683, con nota di SANNA; *App. Genova*, 1° marzo 1997, in *Danno e resp.*, 1997, 470; *Cass.*, 16 novembre 1993, n. 11287, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Professioni intellettuali*, n. 115; ma già *Cass.*, 16 novembre 1988, n. 6220, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Professioni intellettuali*, n. 94; *Cass.*, 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Giur. it.*, 1978, I, 953. In questo contesto assume sempre maggiore importanza, quindi, il ricorso allo strumento assicurativo: per il settore ospedaliero, il d.P.R. n. 761 del 20 dicembre 1979 (Statuto giuridico del personale delle unità sanitarie locali), all'art. 28 conferisce la possibilità, per le unità sanitarie locali, « di garantire anche il personale dipendente mediante, adeguata polizza di assicurazione per la responsabilità civile, dalle eventuali conseguenze derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi ... relativamente alla loro attività, senza diritto di rivalsa salvo i casi di colpa grave o dolo ».

(43) P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., 197 ss., in particolare 203, nel campo dell'atto illecito, i criteri di determinazione delle conseguenze alle quali si estende la responsabilità sono identici ai fini civili e ai fini penali.

(44) G. VALCARI, *Sulla causalità giuridica*, cit., 415 ss.

(45) M. CAPRECCI, *Le sezioni unite penali sul nesso di causalità omissiva. Quali riflessi per la responsabilità civile del medico?*, in *Giur. civ. comment.*, 2003, I, 261 ss.

(46) Le pronunce giurisprudenziali si limitano perlopiù a ritenere risarcibile il danno che sia conseguenza statisticamente normale della condotta illecita: *Cass.*, 27 maggio 1995, n. 5923, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Responsabilità civile*, n. 63; *Cass.*, 28 luglio 1985, n. 4550, in *Giur. civ. comment.*, 1986, 220; *Cass.*, 19 luglio 1982, n. 4236, in *Giur. civ.*, 1983, I, 523; *Cass.*, 14 aprile 1981, n. 2247, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Responsabilità civile*, n. 72; *Cass.*, 19 aprile 1974, n. 1066, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce *Responsabilità civile*, n. 53. Ma già *Cass.*, 4 dicembre 1957,

Questa ricostruzione del regime della colpa medica ha di fatto comportato una facilitazione della prova del nesso causale. Infatti, in presenza di una colpa del medico, accertata attraverso una sostanziale inversione dell'onere probatorio (49), il giudizio causale viene presunto o addirittura pretermesso (50), e questa impostazione non cambia a seconda che il rapporto si collochi nell'ambito contrattualistico o in quello della responsabilità aquiliana.

La richiamata identità di regime probatorio (51) implica un'attenuazione delle differenze prima sottolineate, in ragione di una diversità funzionale delle regole causali nei distinti settori della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Nell'operato della giurisprudenza civilistica (52) si riscontrano, quindi, un tentativo di stabilire soluzioni pratiche unitarie più che sistematiche, per rispondere ai due distinti quesiti dell'accertamento della sussistenza stessa dell'illecito imputabile all'operato medico e delle modalità di selezione dei danni conseguenti alla lesione del diritto alla salute, procedendo in senso contrario a quello indicato dalla dottrina che continua a sottolineare la distinzione fra i diversi momenti della sequenza eziologica (condotta-evento ed evento-danno) (53).

Si ha l'impressione che venga attribuito un valore interscambiabile tra le regole della causalità giuridica e quelle della causalità materiale, alla ricerca di un concetto unitario di nesso causale, fondante un giudizio globale di illiceità della condotta medica dannosa per la salute. Tale tendenza è perfettamente in linea con il precedente orientamento della giurisprudenza penalistica, feso all'utilizzo del criterio probabilistico nell'accertamento del nesso eziologico, anche in presenza di probabilità statistiche poco significative.

L'uso di questo collegamento di tipo possibilistico fra l'azione umana ed il danno è giudicato valido, a maggior ragione, per la valutazione del comportamento colposo del medico di tipo omissivo, in quanto l'adozione dell'opposto criterio di certezza comporterebbe la rinuncia all'accertamento di una qualsiasi

responsabilità. Questo aspetto è forse quello meno approfondito fra i profili presi in necessaria considerazione per fondare la responsabilità civile medica, probabilmente perché tale accertamento è normalmente demandato al consulente tecnico (54).

In merito alla responsabilità civile per le condotte omissive del medico è, quindi, recepita la teoria condizionalistica integrata dal metodo della sussunzione sotto leggi scientifiche, modello, come abbiamo visto, avallato dalle Sezioni Unite penali e ritenuto applicabile anche in ambito civilistico (55), dove non sono trasferibili le motivazioni contrarie basate sul principio di tassatività della fattispecie penale.

Rimane, però da verificare, se l'elevato grado di probabilità richiesto dalla Suprema Corte, con la pronuncia in esame, che segna una definitiva inversione di tendenza della giurisprudenza penalistica, sia ammissibile *sic et simpliciter* nel settore civilistico.

A questo proposito sono essenzialmente due le soluzioni in astratto ipotizzabili.

Una prima posizione è quella di ritenere applicabile l'alto coefficiente di certezza richiesto nell'individuazione del nesso causale anche per l'accertamento della responsabilità civile, partendo dalla considerazione che, se ci si accontasse al contrario di una nozione «debole» di causalità, si otterrebbe, in un settore così delicato, un bilanciamento di valori e di interessi altrettanto deboli.

È tuttavia possibile proporre una soluzione alternativa, constatando l'indebita a sostenere la responsabilità civile di tutte le motivazioni esposte dalla Corte di Cassazione per affermare il richiamato alto grado di probabilità.

La Suprema Corte accoglie tale soglia, da un lato per evitare l'indeterminazione della fattispecie penale, dall'altro perché altrimenti si perderebbe la funzione imputativa della causalità nel settore penale. Al contrario, in ambito civile vigge l'opposto principio di atipicità dell'illecito ed in questo contesto sono contemplate ipotesi di responsabilità per fatto altrui e di responsabilità oggettiva.

Possiamo richiamare la rilevata differenza fra la tutela penale e quella civile. Tale diversità non è solo, come già osservato, di tipo funzionale, ma altresì di tipo strutturale: questa soglia ha lo scopo di non degradare i reati omissivi di evento in reati di mera condotta, (con tutti i problemi nel campo del tentativo). Ma la questione non si pone nel campo del diritto civile, nel quale non esiste la differenziazione fra i due tipi di illecito e dove l'obbligazione del medico è tradizionalmente qualificata come obbligazione di mezzi (56) (per la quale è suffi-

(54) Rare sono in ambito civilistico le decisioni che hanno affrontato l'aspetto causale nel settore della responsabilità medica: Trib. Torino, 11 marzo 1985, in *Giur. it.*, 1986, I, 681, per il quale sussiste una relazione causale tra ritardo, nella diagnosi e nell'intervento, e natura radicale dell'intervento...allorquando sia verosimile sostenere, sulla base di un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica, che un intervento tempestivo avrebbe potuto evitare la lesione medesima; Cass. 7 agosto 1982, n. 4437, in questa Rivista, 1984, 78, sent. che si segnala, anche per aver stabilito l'identità di valutazione del nesso causale sia per l'ambito contrattuale sia per quello extracontrattuale.

(55) F. ALLEVA, *Questioni in tema di nesso di causalità*, in *Nuova giur. civ.*, 2001, I, 83.

(56) Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141, cit.; Cass., 15 gennaio 1977 n. 364, in *Foro it.*, 1977, I, 771; Cass. 18 giugno 1975, n. 2439, in *Rep. Foro it.*, 1975, voce *Professioni intellettuali*, n. 34. Questa configurazione viene messa oggi in discussione solo per le prestazioni di facile esecuzione. Ma non mancano le voci critiche: L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni «di mezzi»* (*Studio critico*), in *Riv. civ.*, 1954, I, 185 ss.; R. DE MARTINI, *La responsabilità medica*, op. cit., 71 ss.

(49) Possiamo richiamare in proposito la proposta di direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 9 novembre 1990, in G.U.C.E. n.c. 12/8 del 18 gennaio 1991 (ritirata in data 23.06.1994), sulla responsabilità del prestatore di servizi, che aveva ad oggetto anche la responsabilità civile del medico e la cui idea portante era proprio l'inversione dell'onere della prova a carico del «prestatore de services». Alla fine degli anni novanta c'è stato un riesame in sede comunitaria di tale drastica scelta, poi l'approvazione della proposta è stata rinviata e successivamente sospesa. La tendenza odierna sembrerebbe quella di introdurre una graduazione della responsabilità, a seconda dello specifico tipo di attività produttiva presa in considerazione.

(50) Vi sono sentenze che manifestano la chiara volontà di privilegiare il risarcimento del danno, indipendentemente da un rigoroso accertamento del nesso causale, come Trib. Casale Monferrato, 5 maggio 2000, in *Nuova giur. civ.*, 2001, I, 70; Trib. Parma, 30 settembre 1998, in *Danno e resp.*, 1999, 455; Trib. Milano, 13 luglio 1989, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 54, nell'ottica di garantire un integrale risarcimento una volta stabilita la responsabilità del medico. In questo ed in altri settori si è parlato di veri e propri «errori giurisprudenziali», i quali mettono in dubbio l'esistenza di una teoria coerente del nesso causale nel nostro ordinamento, R.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in op. cit., 174.

(51) E. NAVARRETTA, *Il diritto a nascere sano e la responsabilità del medico*, in questa Rivista, 1990, 1061.

(52) Cass., 15 ottobre 1971, n. 2918, in *Giur. it.*, 1972, I, 701; Cass., 14 dicembre 1968, n. 3977, in *Arch. resp. civ.*, 1971, 188.

(53) Mentre in altri campi, che esulano dalla presente ricerca, vi sono state pronunce in cui il problema del rapporto di causalità veniva affrontato sia dal punto di vista del nesso fra il comportamento e l'evento, sia da quello fra l'evento dannoso e le conseguenze risarcibili (così Sez. un. civ., 26 gennaio 1971 n. 174, in *Foro it.*, 1971, I, 1286, noto caso MERONI).

tato, secondo criteri di definizione puramente matematici, nonché il risarcimento del danno biologico per gli anni di vita sottratti al paziente, utilizzando il parallelismo tra il decesso e la lesione alla salute del cento per cento.

Ma questa netta alternativa non dà risultati soddisfacenti nell'ipotesi di accertamento probabilistico del nesso eziologico in presenza di una condotta illecita omissiva (omessa diagnosi o terapia) che abbia contribuito al verificarsi della morte o al deteriorarsi delle condizioni di salute del paziente. Ciò è facilmente dimostrabile se esaminiamo i casi in cui la Corte ha ritenuto sussistente il nesso causale quando la condotta omessa dal medico avrebbe salvato la vita del paziente, se effettivamente posta in essere, con una probabilità del cinquanta per cento. In questa circostanza se dal punto di vista naturalistico si ha una sostanziale coincidenza fra la sussistenza del nesso e la sua mancanza, dal punto di vista pratico le conseguenze sono decisamente opposte: nel primo caso si avrebbe l'integrale risarcimento del danno, nel secondo la sua assenza.

La dottrina ha quindi cercato dei correttivi, proponendo una determinazione del risarcimento commisurata alla probabilità di sussistenza del nesso di causalità, attraverso l'utilizzo di una percentuale di riparazione proporzionale alla possibile esistenza del nesso stesso (61).

Questa opzione permette di attribuire un risarcimento non integrale, fornendo quindi una soluzione maggiormente equa rispetto alla rigida alternativa tradizionalmente prospettata «del tutto o del nulla». In presenza di una condotta omissiva è possibile, infatti, circoscrivere il *quantum* dovuto ad una percentuale del danno proporzionale all'incidenza statistica della condotta del medico-danneggiante nella produzione dell'evento-morte del paziente.

Risultati pratici analoghi sono dati dall'adozione del meccanismo della determinazione della c.d. *per te de chance*. La risarcibilità della «perdita di chances» è stata per lungo tempo esclusa dalla dottrina, sul presupposto che la c.d. chance si risolvesse nella lesione di un mero interesse di fatto e non di un diritto soggettivo (62). In seguito ai noti sviluppi del dibattito sul requisito dell'ingiustizia del danno, tale posizione preclusiva è stata poi definitivamente superata (63).

anche, secondo un recente orientamento (Cass., 23 aprile 1998, n. 4186, in questa *Rivista*, 1988, 1247, con nota di PELLECCIA, poi ripreso da Cass. civ., 19 maggio 1999 n. 4852, cit., e da Cass., 2 febbraio 2001, n. 1516, in *Guida al dir.*, 9, 2001, 40), dai prossimi congiunti, attraverso l'attribuzione di un significato estensivo che va al di là del dato normativo dell'art. 1223 c.c. Si parla in proposito dei c.d. «*danni riflessivi*» (S. PARTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1985, 115 ss.), l'ammontare dei quali è rimesso alla valutazione equitativa del giudice.

(61) F. ALLEVA, *Questioni in tema di nesso di causalità*, cit. 83; M. CAPRECCI, *Il nesso di causalità*, op. cit., 241 ss.; P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità*, op. cit., 145 ss. In realtà tale soluzione, anche se spinta da esigenze equitative, sembra trasformare il nesso causale da elemento della fattispecie «fatto illecito» a criterio di determinazione dell'illecito e l'individuazione delle sue conseguenze, vanificando la distinzione fra l'accertamento dell'illecito e l'individuazione delle sue conseguenze.

(62) In questo senso F.D. BUSNELLI, *Perdita di una chance e risarcimento dei danni*, in *Foro it.*, 1965, IV, 47 ss. La stessa giurisprudenza escludeva tale risarcibilità. Cass., 9 marzo 1976, n. 787, in *Mass. Giur. it.*, 1976; Cass., 25 ottobre 1961, n. 2372, in questa *Rivista*, 1962, 66.

(63) M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, op. cit., sub art. 2056, 81; P. CAPORALI, *Alla ricerca della «chance» perduta*, in *Corr. giur.*, 1992, I, 1023 ss. A. partire da Cass., 19 novembre 1983, n. 6909, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1841, anche la giurisprudenza ha mutato il precedente atteggiamento, equiparando la perdita della possibilità di conseguire un risultato utile al «danno emergente». Questa configurazione è accolta da M. BOCCHIOLA, *Perdita di una «chance» e «certezza» del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 55 ss., e da A. PONTECORVO, *La responsabilità per per-*

ciente dimostrare di aver utilizzato i mezzi necessari dettati dalla diligenza professionale, al contrario dell'obbligazione di risultato, che guarda alla soddisfazione integrale dell'interesse del creditore, indipendentemente dall'entità dello sforzo richiesto al debitore) (57).

La futura scelta giurisprudenziale fra le due opzioni prospettate inciderà inevitabilmente sulla modalità di determinazione dei danni risarcibili, posto che il problema dell'individuazione del nesso causale, che investe la nozione di causalità civile sia contrattuale sia extracontrattuale, non ha soltanto natura dogmatica, ma comporta altresì rilevanti problemi pratici. È fin d'ora interessante sottolineare come le sentenze richiamate guardino non tanto al risarcimento dell'interesse positivo ad una prestazione diligente o ad un risultato utile (58), quanto soprattutto alla risarcibilità della lesione all'interesse a non subire danni alla salute, in aperto contrasto con l'asserita natura contrattuale della responsabilità del medico.

6. *Il risarcimento del danno.* — La dottrina civilistica ha a lungo applicato i risultati raggiunti dai penalisti in tema di nesso eziologico fra comportamento ed evento, al distinto problema della delimitazione del danno risarcibile.

In proposito, la disciplina codicistica prevede una rigida alternativa tra l'ipotesi in cui venga accertata la responsabilità dell'autore, implicante il risarcimento integrale del danno prodotto, e l'ipotesi in cui manchi nella fattispecie l'elemento causale, con la conseguente assenza di risarcimento.

Secondo la tradizionale applicazione giurisprudenziale di tali principi nel settore della responsabilità professionale (59), l'accertamento di una condotta che abbia sottratto il trenta per cento di probabilità di sopravvivenza al paziente, (soglia, fino alla pronuncia in esame, considerata minima per la sussistenza del nesso di causalità in sede di responsabilità penale), comporterebbe, in sede di verifica della responsabilità civile, sulla base di un giudicato penale ritenuto vincolante, la liquidazione del danno morale subito dalla vittima, ritenuto trasmissibile agli eredi (60), la liquidazione del danno patrimoniale soppor-

(57) La distinzione fra le obbligazioni di mezzi e quelle di risultato, classificazione adottata dalla giurisprudenza in materia di prestazioni professionali, ma criticata dalla dottrina maggioritaria (M. FORNINO, *La responsabilità del professionista: aspetti problematici*, Milano, 1984, 42 ss.; R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica*, cit., 377 ss.; C. CARUSI, *Responsabilità del medico e obbligazioni di mezzi*, in *Russ. civ.*, 1991, 485 ss. In senso contrario: A.M. PRINCIGALINI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, ritiene utile mantenere tale distinzione per determinare l'onere probatorio a carico delle parti), concerne non il controllo della diligenza impiegata nell'esecuzione della prestazione, *quomodo respondeatur*, ma la misura della responsabilità, il *quantum respondeatur*, e l'utilizzo del criterio rigoroso dell'«alto grado di probabilità logica o credibilità razionale» inerte conto di tale connotazione caratterizzante le prestazioni mediche, proprio per l'immanente incertezza dei risultati perseguibili. Secondo G. IADECOLA, *In tema di causalità*, cit., 536, *la ordinaria assenza, tra le prerogative dell'attività medica, della garanzia anche solo «quasi certa» del risultato, non sembrerebbe neppure consentire l'impiego in via generale, sul piano della spiegazione causale, di criteri valutativi, viceversa implicanti esiti dotati di sicurezza pressoché assoluta.*

(58) In questo senso anche PARADISO M., *La responsabilità medica*, cit., 346.

(59) *Cfr.* Cass. civ., sez. III, 24 aprile 2001, n. 6023, in *Danno e resp.*, 5, 2002, 147; Trib. Monza, 18 febbraio 1997, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 697; Trib. Alessandria, 10 agosto 1959, in *Giur. it.*, 1961, I, 2, 1224. Per una ricognizione della giurisprudenza, V. ZENO ZENOVICH, *Questioni in tema di responsabilità*, cit. 364 ss.

(60) E. NAVARRETTA, *Compro e risarcire le tre voci di danno quando la vittima minore, in questa Rivista*, 1991, 467 ss. In proposito è interessante ricordare che è ammessa oggi la risarcibilità di un duplice danno morale, quello costituito dal dolore e dalle sofferenze patite dalla vittima, ma



Questa nuova figura, da tempo elaborata dalla dottrina francese ed applicata dalle Corti in Francia (64) per le ipotesi in cui il danno consista nella perdita della possibilità di conseguire un bene del genere più vario (la vincita di un concorso o di una gara, un'opportunità commerciale, la *chance de survie*), è richiamata raramente dalla giurisprudenza italiana e in ipotesi diverse da quelle della responsabilità professionale medica (65).

Secondo l'applicazione di tale meccanismo, in presenza della lesione di un diritto soggettivo assoluto, è risarcibile, non la perdita del vantaggio sperato, ma il danno attuale, costituito dalla perdita della possibilità di conseguire un futuro vantaggio (66). Tale privazione sarà liquidata in proporzione alla probabilità perduta a causa dell'atto dannoso ex art. 1223 c.c., nel senso che essa dovrà essere conseguenza immediata e diretta del comportamento lesivo del debitore o dell'agente. La lesione dell'altrui *chance* può, infatti, derivare dall'inadempimento di un'obbligazione ex art. 1218, o da un illecito aquilano ex art. 2043 c.c., che abbia pregiudicato la probabilità di realizzazione dell'evento futuro (67).

Un orientamento dottrinale sembra favorevole all'utilizzo di tale soluzione anche nel settore della responsabilità medica, commisurando l'entità del risarcimento al grado di probabilità di conseguire il vantaggio sperato (68).

*dità di chances*, in *Giust. civ.*, 1997, II, 447 ss. *Contra* BIGLIAZZI GBRI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Istituzioni di diritto civile*, II ed., Torino, 1980, 659, ricollegano la chance al lucro cessante. (64) Per un esame della giurisprudenza francese, cfr. F. CHABAS, *La perdita di chance nel diritto francese della responsabilità civile*, in questa *Rivista*, 1996, 227 ss.

(65) Per l'utilizzo di tale principio nel caso più frequente delle illegittime esclusioni da un concorso: cfr. Cass., n. 6506 del 1985, in *Riv. dir. comm.*, 1986, II, 207, secondo cui il danno da ingiustificata esclusione dalle prove di un concorso non va commisurato alla perdita del risultato (ad es. guardando alla retribuzione che sarebbe spettata all'interessato una volta superata la prova), ma al grado di probabilità che tale prova aveva di essere superata (ritenendo necessaria la prova della possibilità di superamento pari al 50%); Cass., 19 novembre 1983, n. 6909, cit.; Cass., 22 aprile 1993, n. 4725, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 750; e recentemente, Cass., 29 gennaio 1998, n. 4619, in *Guida al dir.* 13 giugno 1998, 55: *La privazione della possibilità di vincere un concorso, alla stregua della perdita di una « chance »*, ovvero *della probabilità, effettiva e congrua, di conseguire un certo bene patrimoniale, economicamente e giuridicamente valutabile, configura pur sempre, posto che ne sia provata la sussistenza anche secondo un calcolo di probabilità o per presunzioni, un danno attuale aspramente suscettibile di venire risarcito* (Cass., 24 gennaio 1992, n. 781; Cass., 25 settembre 1996, n. 8470). Per la mancata promozione: Cass., 1 aprile 1987, n. 3139, in *Foro it.*, 1987, I, 2073; Cass., 7 marzo 1991, n. 2368, in *Foro it.*, 1991, I, 1793; Cass., sez. lav., 25 maggio 2002, n. 7745, in *Rep. Foro it.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 2002, n. 176.

Per l'individuazione di una responsabilità contrattuale per i danni da perdita di *chance*, nel caso della responsabilità professionale dell'avvocato: Cass., 29 novembre 1973, n. 3298, in *Giust. civ.* 1974, I, 407; Cass., 6 febbraio 1998, n. 1286, in *Danno e resp.*, 1998, 343; per la responsabilità del commercialista, Cass., 13 dicembre 2001, n. 15759, in *Rep. Foro it.*, voce *Professioni intellettuali*, 2001, n. 127.

(66) La tematica è stata approfondita in Italia da R. DE MATTEIS, *Colpa omissiva, nesso di causalità e perdita di chances*, in *Danno e resp.*, 1997, 475 ss.; A. PONTICORVO, *La responsabilità, cit.*, 447 ss.; P. ZIVIZ, *Il risarcimento per la perdita di chances di sopravvivenza*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 696 ss.; CHABAS, *La perdita di chance*, cit. 708, individua i due presupposti per l'applicazione delle regole in materia di perdita di *chances*, sottolineando che non basta che sussista incertezza intorno ai profili relativi al rapporto di causalità, ma occorre che il comportamento del danneggiante incida su un risultato vantaggioso aleatorio.

(67) A. PONTICORVO, *La responsabilità per perdita di chances*, cit., 449, specifica che l'inquadramento del danno da perdita di *chance* nel tipo contrattuale o extracontrattuale è, in linea di principio, determinata dal comportamento lesivo, piuttosto che dal tipo di vantaggio (*chance*) che il danneggiato si riprometteva di realizzare.

(68) A.M. PRINCIGALLI, *Perdita di chances e danno risarcibile*, in *Riv. crit. priv.*, 1985, III,

Questa ricostruzione consentirebbe di configurare la risarcibilità di un danno attuale (69) anche qualora le probabilità di sussistenza del nesso causale tra comportamento omissivo del medico e mancata guarigione, o addirittura sopravvivenza del paziente, siano insufficienti per il riconoscimento del nesso di causalità stesso, venendo a formare la perdita di *chances* una voce autonoma di danno risarcibile in sé. Nel caso in esame, il pregiudizio sarebbe quindi costituito dalla perdita delle possibilità di sopravvivenza, in quanto il paziente è già coinvolto in processo che potrebbe condurre alla morte, e l'omissione del medico viene ad incidere su tale sviluppo. Trattandosi di un danno attuale, non suscettibile di essere provato nel suo preciso ammontare, si dovrà ricorrere ai criteri equitativi ex art. 1226 c.c., tenendo conto della concreta situazione clinica del malato.

Nell'ipotesi già prospettata di un accertamento, in sede penale, di una condotta omissiva del medico che abbia sottratto il trenta per cento di probabilità di sopravvivenza del paziente, l'impiego di questo meccanismo porterebbe ad escludere il risarcimento del danno morale, secondo l'interpretazione che tradizionalmente legge l'art. 2059 c.c. insieme al disposto dell'art. 185 c.p.; mentre il risarcimento del danno patrimoniale sarebbe valutato, guardando sempre agli anni di vita sottratti, ma riducendo l'importo corrispondente al futuro vantaggio sperato del settanta per cento, (in proporzione cioè alla percentuale di probabilità che il danneggiato aveva di conseguire il risultato favorevole). La stessa valutazione sarebbe poi idonea per determinare il risarcimento del danno biologico, a tutela del diritto alla salute riconosciuto dall'art. 32 Cost., per gli anni di vita sottratti (70).

Un'ulteriore soluzione è quella di chi preferisce riferirsi alla disciplina codicistica del concorso fra soggetti che consentirebbe una liquidazione non integrale del danno prodotti in concorso di cause eterogenee (71). Nel momento in cui è ammissibile il riparto di responsabilità tra diversi corresponsabili, sem-  
315 ss.; P. ZIVIZ, *Il risarcimento per la perdita di chances*, cit. 711 ss.; E. RONCHI, *Perdita di chances, nesso di causalità e danno alla persona risarcibile nella responsabilità per colpa professionale sanitaria: aspetti medico-legali*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 840 ss.; M. BILANCETTI, *La responsabilità, op. cit.*, 926 ss. *Contra* V. ZENO ZENOVICH, *La sorte del paziente. La responsabilità del medico per l'errore diagnostico*, Padova 1994, 76 ss.

(69) È, invece, da escludere il risarcimento di un danno futuro da perdita di chances: posta la generale risarcibilità di tali danni, qualora fondati su una causa efficiente già in atto, e dei quali sia accertata la certezza o l'alta probabilità del loro futuro avveramento (Cass., 26 febbraio 1974, in *Giust. civ. Mass.*, n. 556), nei casi in esame si tratterebbe di un puro argomento aleatorio, che comporterebbe una ripartizione del tutto ingiustificata. M. BOCCHIOLO, *Perdita di una « chance »*, cit., 55 ss.; E. RONCHI, *Perdita di chances, nesso di causalità*, cit., 848.

(70) Rimarrebbe, comunque, da affrontare l'attuale problema della lesione del diritto all'autodeterminazione, e ciò a prescindere dalle negligenze cure mediche, aprendosi l'ampia problematica del consenso informato.

(71) M. CAPECCI, *Il nesso di causalità materiale e il concorso di cause*, in *I fatti illeciti*, op. cit., 47 ss. *Contra* P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità*, cit., 146. La stessa giurisprudenza è tradizionalmente contraria ad una graduazione proporzionale in quanto una comparazione del grado di incidenza etologica di più cause concorrenti può instaurarsi soltanto tra una pluralità di comportamenti umani colpevoli, ma non già tra una causa umana imputabile ed una *causa naturale non imputabile*, Cass. civ., 1° febbraio 1991, n. 981, cit. Lepri A., *Concorso di cause umane e naturali*, cit., 802, osserva che tale conclusione sembra riproporre la diffusa massima secondo la quale « la causa naturale non imputabile non vale ad interrompere il nesso di causalità », cfr. ad es. Cass., 13 aprile 1989, n. 1774, in *Rep. Foro it.*, 1989, voce *Responsabilità civile*, n. 87.

bra lecito ammettere una ripartizione affine anche in presenza di un concorso di cause umane con cause naturali.

Utilizzando il parallelismo fra l'imputazione di in medesimo evento a più persone e il concorso nella produzione del fatto dannoso di un comportamento umano ed elementi naturali di fatto preesistenti, si prospetta quindi una scelta che evita indebite forzature nel sistema del diritto civile, proponendo una liquidazione parziale dell'evento morte causato dall'omissione medica in concorso con la patologia esistente. Tale liquidazione si ottiene decurtando la quota dovuta a titolo di risarcimento di una percentuale pari all'incidenza causale delle cause naturali, ottenendo il medesimo risultato di un risarcimento proporzionale, ma con argomentazioni fondate su basi tecnico-dogmatiche più solide della precedente scelta prospettata.

Alla luce dell'indirizzo delle Sezioni Unite, volto a garantire un maggior rigore nell'accertamento del nesso causale, tutti i correttivi avanzati dalla dottrina comporterebbero una soluzione più equa della problematica in esame, prospettando possibilità risarcitorie anche in assenza dell'alta soglia individuata dalla Corte per l'attribuzione di una responsabilità penale e superando altresì la finzione giuridica dell'equiparazione fra le ipotesi di privazione certa della vita e le valutazioni probabilistiche della perdita di sopravvivenza.

Questa interpretazione porterà presumibilmente ad un notevole ridimensionamento del ricorso al processo penale, riservando la tutela penale ai pochi casi di certezza del rapporto causale, privilegiando invece la sede civile che, proprio grazie alla caratteristica dell'atipicità dell'illecito, doterebbe di un'autonomia risarcitoria la causata morte del paziente, attraverso la percentualizzazione del *quantum* del risarcimento dovuto, grazie alle conclusioni della consulenza medico-legale valutata equitativamente dal giudice, con un recupero di coerenza nella graduazione delle sanzioni nel sistema.

Per quanto riguarda la rilevanza del terzo dei principi elaborati dalla Corte di Cassazione, naturalmente non vale per il diritto civile il principio del ragionevole dubbio: si pone la questione dell'allocatione delle conseguenze dannose nei casi in cui il margine di errore nell'accertamento del nesso causale è molto alto.

La pronuncia esaminata non cambierà, quindi, la situazione attuale, se la giurisprudenza civile continuerà in questi casi ad applicare la tradizionale alternativa tra il giudizio di responsabilità totale dell'autore del danno e quello di una sua assoluzione. Al contrario, se sarà adottata una delle diverse soluzioni prospettate, il risultato sarà quello di una maggiore coesione sistematica, attraverso l'attribuzione della giusta rilevanza all'individuazione del nesso causale, rispettando altresì la diversità di funzione della pena nel settore penale e del risarcimento del danno in quello civile.

L'introduzione di una forma di responsabilità civile « graduata » o « proporzionale » nei casi di oggettiva incertezza nella determinazione del nesso causale e, in particolare, nelle ipotesi di omissioni del medico, comporterebbe infatti la possibilità di liquidare qualsiasi conseguenza negativa sopportata dal malato-danneggiato, a causa di comportamenti colposi del medico-danneggiante, ma riducendo il risarcimento proporzionalmente alla probabilità che il suo comportamento aveva di causare l'evento dannoso, pur in presenza della assoluzione del professionista nel processo penale.

Tutto questo sul presupposto di fondo che in sede civile, secondo i principi contenuti nel codice di procedura penale, il giudice deve attenersi alle statuizioni del giudicato penale circa l'accertamento dei fatti, nel cui ambito sembra rien-

trare la determinazione del nesso causale, ma tale autorità non concerne anche l'ammontare delle ripercussioni patrimoniali sfavorevoli (72).

GAIA CIPRIANI

(72) Cass., 27 maggio, 1992, n. 6334, in *Rep. Foro. It.*, 1992, voce *Giudizio (rapporto)*, n. 18, ribadisce che l'autorità di giudicato penale in sede civile è limitata alla sussistenza dei fatti materiali *in tesi nella loro realtà fenomenica ed oggettiva*; nello stesso senso Cass., 13 gennaio 1992, n. 317, cit., sancisce in particolare che *il giudice civile non può ignorare o contestare l'esistenza di quei fatti, ma può invece apprezzarli e valutarli ai fini dell'applicazione delle norme sulla responsabilità civile*.