▶ TRIB. BOLOGNA, 10.1.2011

RESPONSABILITÀ CIVILE - ATTIVITÀ MEDICO-CHIRURGICA - MANCATA INFORMAZIONE - PROVA - CONTENUTO (Cost., artt. 2, 13, 32; cod. civ., artt. 1218, 1223, 2059) (*a*)

RESPONSABILITÀ CIVILE - ATTIVITÀ MEDICO-CHIRURGICA - OBBLIGAZIONE DEL MEDICO - QUALIFICAZIONE - CONSEGUENZE - ONERE DELLA PROVA - RIPARTIZIONE (cod. civ., artt. 1176, 1218, 1223, 2059) (*b*)

(*a*) **Ai fini dell'affermazione di responsabilità del medico per mancata informazione, non è sufficiente la mera allegazione da parte del paziente di una carente illustrazione dei rischi conseguenti all'intervento prescelto, ma è necessario che quest'ultimo provi che, ove compiutamente edotto di ogni profilo consequenziale possibile, egli non si sarebbe sottoposto a quel trattamento.**

(*b*) **L'obbligazione professionale assunta dal medico nei confronti del paziente è obbligazione di mezzi e si inquadra nell'ambito della responsabilità contrattuale. Ne consegue che il paziente è tenuto a dimostrare l'esistenza del contratto, ad allegare l'inadempimento, nonché a provare il danno patito ed il nesso di causalità tra l'inadempimento ed il danno.**

dal testo:

Il fatto. Con atto di citazione in riassunzione ritualmente notificato, M.V. conveniva in giudizio, innanzi all'intestato Tribunale, M.G. e la Casa di Cura V. S.p.A. in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, per sentirli condannare, in solido tra loro, al risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, sofferti in conseguenza dell'intervento di embolizzazione di fibromi uterini indicatole dal convenuto Mo. ed eseguito in data 17/7/1998 dal dott. C.J. presso la Casa di Cura convenuta.

Lamentava, in particolare, l'attrice che il suddetto intervento di embolizzazione, diversamente da quanto assicuratole dal dott. M., "aveva irrimediabilmente compromesso la possibilità di avere un figlio", avendole provocato, tra l'altro, aderenze ed irregolarità in zona uterina e, soprattutto, atrofia della mucosa uterina.

Deduceva, quindi, l'attrice la responsabilità solidale dei convenuti per l'inadeguatezza dell'intervento sopra descritto, nonché per omessa informazione circa i rischi ad esso conseguenti.

Costituitosi in giudizio, il convenuto M.G. contestava la fondatezza della domanda *ex adverso* formulata, chiedendone, in via principale, l'integrale reiezione. In particolare, il convenuto asseriva che, previa adeguata informazione da parte dello stesso, l'intervento di embolizzazione in questione era stato liberamente scelto dall'attrice e poi praticato dal dott. C.J. presso la Casa di Cura Mo. con la quale il Mo. non aveva avuto alcun rapporto e senza fornire alla paziente alcuna garanzia di un esito positivo del predetto trattamento anche in considerazione della grave situazione patologica pregressa della Me. che aveva provocato due precedenti aborti spontanei e degli esiti di un altro intervento chirurgico di asportazione di miomi uterini cui quest'ultima era stata in precedenza sottoposta.

Deduceva, altresì, il Mo. che alcuna compromissione alla propria capacità procreativa era stata in realtà cagionata all'attrice, essendo quest'ultima rimasta gravida in epoca successiva al suddetto intervento di embolizzazione, e che le patologie lamentate dall'attrice erano semmai riconducibili all'intervento di raschiamento cui la Me. si era sottoposta dopo la predetta gravidanza non portata a termine per aborto spontaneo.

In ogni caso, il convenuto chiedeva che, nella denegata ipotesi di accoglimento della domanda attrice, fosse disposto il differimento dell'udienza di prima comparizione per consentirgli la chiamata in causa, a manleva e/o regresso, del dott. C.J. e delle compagnie assicuratici G. S.p.A. e A. S.p.A.

Si costituiva in giudizio la Casa di Cura convenuta, la quale, in via preliminare di rito, eccepiva la nullità dell'atto di citazione per indeterminatezza della domanda, e, nel merito, asserendo l'esatto adempimento delle obbliga-

piutamente edotto di ogni profilo consequenziale possibile, egli non si sarebbe sottoposto a detto trattamento.

Si tratta, come detto, di una circostanza di fatto, il cui relativo onere probatorio è espressamente posto a carico del paziente stesso.

Sul piano istruttorio, però, l'odierna attrice non ha fornito significativi elementi di valutazione a supporto di quanto allegato in modo peraltro alquanto generico.

Anzi, dalla deposizione resa dal teste indotto dalla stessa M., dott. C., possono agevolmente desumersi elementi di convincimento di segno esattamente contrario, e, segnatamente, che le opzioni (chirurgiche) alternative all'intervento di embolizzazione in concreto praticatole (e della cui necessità ed adeguatezza meglio si dirà in prosieguo) erano state espressamente e volutamente rifiutate dalla stessa Me., la quale, in relazione a queste, non avrebbe perciò prestato alcun consenso in quanto ritenute ancor più invasive e, soprattutto, maggiormente rischiose rispetto al paventato timore di infertilità. Peraltro, indipendentemente da quanto sopra esposto, l'asserito difetto informativo, come detto, allegato dalla Me. unicamente in relazione al timore di vedere irrimediabilmente pregiudicata la propria capacità procreativa, non avrebbe avuto comunque alcuna concreta ricaduta negativa sulla salute dell'attrice, atteso che quest'ultima, in epoca successiva all'intervento di embolizzazione oggetto del presente giudizio, ha vissuto una nuova gravidanza il cui esito negativo è poi dipeso da fattori la cui imputabilità sul piano eziologico all'operato dei convenuti non risulta in alcun modo dimostrata. Ne consegue che la domanda risarcitoria in esame va, *in parte qua*, rigettata per le ragioni sopra esposte, appalesandosi del tutto ininfluente un ulteriore approfondimento circa la completezza o meno delle informazioni effettivamente rese all'attrice.

A questo punto non resta che valutare la fondatezza della pretesa risarcitoria avanzata dalla Me. sotto l'ulteriore profilo dell'asserita inadeguatezza clinica e/o inidoneità tecnica dell'intervento di embolizzazione di fibromi uterini rispetto sia alle iniziali condizioni di salute della paziente e alle sue pregresse patologie, sia alle finalità dalla stessa perseguite. In particolare, l'attrice ha addebitato, in via solidale, ai convenuti eredi di M.G. ed alla Casa di Cura V. S.p.A. tanto l'inidoneità dell'intervento *de quo* rispetto alle sue condizioni "di partenza", quanto l'errata esecuzione dell'intervento medesimo, essendo da questo derivate a suo carico alcune rilevanti conseguenze dannose (aderenze; irregolarità uterina; atrofia della mucosa uterina; necessità di sottoporsi a tre successivi interventi).

Nel presente procedimento, quindi, parte attrice ha dedotto a carico del professionista convenuto e della casa di Cura sopra menzionata una responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale per inesatta esecuzione delle prestazioni oggetto del rapporto giuridico-negoziale *inter partes*, nonché la violazione del generale principio del *neminem laedere*, allegando, quali fatti costitutivi della pretesa risarcitoria, l'inidoneità/inadeguatezza tecnica dell'intervento di embolizzazione a risolvere la patologia di cui la Me. era affetta (miomi uterini), la sua incompatibilità con "il desiderio di gravidanza" della paziente e la sua lesi vita sotto il profilo funzionale e procreativo. Come noto, l'obbligazione professionale assunta dal medico nei confronti del paziente è obbligazione di mezzi e si inquadra nell'ambito della responsabilità contrattuale.

Da tale inquadramento giuridico discendono importanti conseguenze, non soltanto in tema di prescrizione del diritto al risarcimento del danno, ma anche e soprattutto in ordine ai criteri di ripartizione dell'onere probatorio.

Sul punto, la prevalente giurisprudenza di legittimità ha ripetutamente affermato che il creditore, ossia il paziente che agisca in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria è tenuto a dimostrare l'esistenza del contratto e ad allegare l'inadempimento del sanitario, ossia, l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento, incombendo sul sanitario (o sulla struttura ospedaliera), l'onere di provare che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che gli esiti peggiorativi lamentati dal paziente siano stati determinati da un evento imprevisto o imprevedibile.

La Suprema Corte ha, poi, precisato che la distinzione tra prestazioni di facile esecuzione e prestazioni implicanti la soluzione di proble-

mi tecnici di speciale difficoltà non rileva più ai fini della distribuzione dell'onere probatorio, ma dovrà essere apprezzata per la valutazione della colpa del sanitario, restando comunque a carico di quest'ultimo la prova che la prestazione era di particolare complessità.

Preme altresì precisare che la responsabilità della struttura sanitaria (nella fattispecie *de qua*, Casa di Cura privata) trova titolo nella conclusione del contratto atipico c.d. di spedalità o di assistenza sanitaria, il quale si perfeziona al momento dell'accettazione del paziente nella forma del ricovero ospedaliero ed ha come contenuto, a fronte di una prestazione pecuniaria (che ben può essere adempiuta, oltre che dal paziente, anche dal Servizio Sanitario Nazionale) una controprestazione di natura complessa, comprendente obblighi di natura *lato sensu* alberghiera, obblighi di messa a disposizione del personale ausiliario, del personale paramedico, *et similia*.

Va, inoltre, ricordato che anche la responsabilità della struttura sanitaria ha natura contrattuale e può scaturire tanto dall'inadempimento delle obbligazioni poste direttamente a suo carico, ai sensi dell'art. 1218 c.c. quanto dall'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, ai sensi dell'art. 1228 c.c. in qualità di suo ausiliario necessario e pur in assenza di rapporto di lavoro subordinato, comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e l'organizzazione aziendale, non rilevando in contrario nemmeno l'eventuale circostanza, secondo cui il sanitario risultasse essere stato scelto dal paziente medesimo (tra le tante, tutte nel medesimo senso, Cass. n. 13066/2004; Cass. n. 2042/2005; Cass. n. 6945/2007 e, da ultimo, Cass., Sez. Un., n. 577/2008).

Orbene, sulla scorta dei principi generali sopra enunciati ed in un contesto assertivo connotato dalla mancanza di contestazioni in ordine alla sussistenza, natura e contenuto dei rapporti giuridico negoziali dedotti in giudizio e delle espletate prestazioni medico-chirurgiche, spettava all'odierna attrice provare l'allegato inadempimento ed il nesso causale tra questo ed i lamentati eventi lesivi.

Orbene, alla luce delle acquisite risultanze istruttorie, si ritiene che il predetto onus probandi non sia stato adeguatamente soddisfatto.

In particolare, le esaustive e condivisibili conclusioni cui sono pervenuti i CTU all'esito di approfondite ed accurate indagini specialistiche portano inevitabilmente ad escludere la sussistenza tanto dei pretesi inadempimenti, quanto del nesso eziologico tra l'operato dei convenuti e le conseguenze pregiudizievoli lamentate dalla Me., la cui insorgenza, peraltro, è stata addirittura parzialmente esclusa con particolare riferimento all'allegata compromissione funzionale e procreativa dell'utero e ciò in ragione, come detto, della nuova gravidanza vissuta dalla M. in epoca successiva all'intervento *de quo*. Infatti, il collegio peritale, dopo aver illustrato il quadro clinico anteatto (esiti di intervento per gravidanza tubarica e di interruzione volontaria di gravidanza), e, soprattutto, le pregresse patologie di cui la Me. risultava affetta (notevole fibromatosi uterina condizionante volume del viscere poco più che doppio; nodo miomatoso sul fondo uterino, a sviluppo intramurale e sottosieroso di cm. 7x4; ulteriore mioma intramurale, alla parete posteriore, di cm. 3,2x2,9), ha correttamente evidenziato la seria compromissione alla capacità procreativa di cui quest'ultima soffriva ancor prima di sottoporsi all'intervento di embolizzazione praticatole in data 17/7/1998 presso la Casa di Cura convenuta, su prescrizione dell'altro convenuto M.G.

Sul punto, i CTU, in modo parimenti corretto, hanno evidenziato come la mancata messa a disposizione da parte della stessa attrice della documentazione afferente l'interruzione volontaria di gravidanza eseguita in epoca anteriore all'intervento di embolizzazione per cui è causa e l'assenza di referti isteroscopici antecedenti la data di espletamento di detto intervento, impedissero l'accertamento positivo dell'origine causale delle riscontrate aderenze e, soprattutto, non permettessero di individuare la sussistenza del nesso causale tra l'operato dei convenuti e l'allegato evento lesivo, non potendosi escludere ed essendo anzi ben più probabile che la riscontrata formazione di aderenze intra-cavitarie sia stata la diretta conseguenza dell'aborto precedentemente praticato, che, com'è noto, viene eseguito con revisione-raschiamento della cavità uterina, fonte, a sua volta, di siffatte formazioni.

Da tale lacunosità istruttoria non possono

ovviamente trarsi conclusioni sfavorevoli a carico dei convenuti, trattandosi di documentazione rientrante nella disponibilità esclusiva dell'attrice ed il cui contenuto avrebbe potuto fornire la prova sia delle condizioni di partenza della paziente, sia della riconducibilità causale, in tutto o in parte, della predetta compromissione funzionale-procreativa all'intervento di embolizzazione de quo anziché a situazioni patologiche pregresse non imputabili ai convenuti.

Oltretutto, i CTU, facendo riferimento alla letteratura specialistica, sia attuale che dell'epoca dell'intervento, hanno rafforzato il superiore assunto, evidenziando come tra le possibili complicanze dell'embolizzazione non fosse ricompresa la formazione di aderenze intracavitarie uterine tali da compromettere ulteriormente la capacità dell'organo di portare a termine una futura gravidanza.

Quanto alla necessità, all'adeguatezza clinica dell'opzione radiologica-interventistica operata dal M. e alla correttezza esecutiva del suddetto intervento di embolizzazione, il collegio peritale d'ufficio ha affermato che detto trattamento, soprattutto in considerazione delle finalità ad esso sottese, fosse necessario ancorché non urgente, e, inoltre, ha categoricamente escluso che, in relazione alle illustrate condizioni di partenza della Me., sussistessero controindicazioni alla sua esecuzione.

Giustamente, infatti, i CTU hanno sottolineato come si trattasse di paziente con una importante fibromatosi uterina, tuba di destra già chirurgicamente trattata per gravidanza extrauterina con pregressa interruzione di gravidanza, il cui desiderio di gravidanza era certamente ostacolato dalla presenza di fibromi per la cui risoluzione la paziente aveva già intrapreso altri percorsi terapeutici (analoghi del G R) senza però ottenere alcun risultato apprezzabile.

Del resto, i CTU hanno ben rilevato come le scelte terapeutiche alternative, e cioè quella chirurgica, così come quella comportante la totale astensione da qualsiasi procedura, non soltanto non avrebbero fornito certezza alcuna circa la futura capacità di gestazione in caso di gravidanza, ma anzi avrebbero esposto la paziente ad elevati rischi di una forte compromissione di detta capacità, nonché al rischio di isterectomia in corso d'opera, palesandosi, quindi, come opzioni del tutto inadeguate e non praticabili, diversamente, per ciò, da quella prescelta dal M. che, ancorché ancora in una fase iniziale di applicazione, era in via di progressiva diffusione come avvenuto successivamente anche in pazienti con fibromatosi uterina e desiderose di prole.

Per quel che attiene alle modalità attuative dell'intervento de quo, i CTU, sulla base degli esperiti accertamenti strumentali che hanno evidenziato inequivocabilmente la netta riduzione di volume dei miomi uterini e, quindi, il raggiungimento dello scopo perseguito, hanno riconosciuto la correttezza esecutiva dell'embolizzazione, alla pari della profilassi antibatterica praticata prima del suddetto intervento, sottolineando come la comparsa di perdite genitali scure e di dolori alle regioni inguinali nei giorni immediatamente successivi costituisse una sindrome post-embolizzazione del tutto comune e, quindi, praticamente, non evitabile.

Infine, relativamente alla pretesa incompatibilità di tale metodica rispetto alla realizzazione di futura gravidanza, si è già detto come l'embolizzazione rappresentasse una scelta terapeutica meno invasiva di quelle alternative di tipo chirurgico, caratterizzata da una migliore prognosi riproduttiva che, tra l'altro, non costituiva garanzia, assoluta di risultato, soprattutto in considerazione delle pregresse condizioni di salute della paziente complessivamente sfavorevoli.

D'altra parte, la lamentata incompatibilità risulta di fatto smentita dalla gravidanza successivamente vissuta dalla Me., anche se poi non positivamente portata a compimento ma per fattori non direttamente ascrivibili agli odierni convenuti. Infatti, per quel che riguarda le aderenze intra-cavitarie, si è già messo in evidenza come, nel caso di specie, difetti la prova del nesso causale tra il trattamento di embolizzazione e la sindrome aderenziale intracavitaria dell'utero che successivamente ha condizionato in modo negativo la capacità riproduttiva della Me., la cui formazione, per le ragioni già esplicitate, ed in difetto di produzione da parte di quest'ultima di elementi di valutazione di natura documentale rientranti nella sua esclusiva eventuale disponibilità, non è imputabile alla condotta, attiva e/o omissiva, dei convenuti,

ma, più probabilmente, al raschiamento della cavità uterina, abortivo, più che verosimilmente praticato dall'attrice in epoca antecedente l'embolizzazione.

Le valutazioni medico-legali sopra illustrate sono state contestate dalla difesa dell'attrice, che ha anche chiesto l'integrale rinnovazione dell'espletata c.t.u.

Tale richiesta istruttoria, tuttavia, non può trovare accoglimento, atteso che le operazioni peritali si sono svolte nel pieno contraddittorio con i consulenti tecnici di parte, i quali, in corso d'opera, non hanno sollevato alcuna censura né rilievo di sorta circa l'*iter* seguito dai CTU e le conclusioni cui quest'ultimi sono pervenuti.

Inoltre, la successiva richiesta di supplemento e/o rinnovazione di c.t.u. è stata supportata da osservazioni e pareri pro veritate la cui sostanziale genericità ed il cui assoluto disancoramento dai dati oggettivi emersi in corso di causa, ne impediscono il positivo apprezzamento.

Pertanto, alla luce delle considerazioni che precedono, la domanda risarcitoria così come formulata dall'attrice non può essere accolta. (*Omissis*)

[SALINA *G. Un.* – M.V. – M.G. ed al.]

Nota di commento: «*Responsabilità medica e riparto dell'onere della prova del nesso di causalità: inversione di rotta?*» [*]

I. Il caso

Una donna affetta da importante fibromatosi uterina, e perciò sottoposta ad intervento di embolizzazione, agiva nei confronti della casa di cura, del medico che le aveva indicato l'intervento e di quello che l'aveva eseguito, onde ottenere il risarcimento dei danni patiti in conseguenza dell'operazione, consistenti nell'aver sviluppato una sindrome, presunta causa dell'irrimediabile compromissione della capacità procreativa della medesima.

L'attrice lamentava, in particolare, la mancata informazione circa i rischi dell'operazione, l'inadeguatezza clinica dell'intervento prescrittole, nonché l'esecuzione non corretta dello stesso.

Il Tribunale, con la sentenza in commento, rigetta la pretesa risarcitoria avanzata, ponendo a fondamento della decisione la mancata prova, da parte attrice, del nesso di causalità tra i tre allegati inadempimenti ed il lamentato evento lesivo, uguale per tutti e tre.

La pronuncia è meritevole di interesse, in quanto offre importanti spunti di riflessione in ordine all'annosa questione del *riparto dell'onere probatorio relativo al nesso di causalità materiale in ambito di responsabilità medica*.

Essa adotta una soluzione unitaria, addossando il relativo onere in capo al paziente danneggiato, indipendentemente dalla tipologia di inadempimento allegato, e rifiuta così la differenziazione dei regimi di riparto probatorio in ragione dei diversi obblighi violati dal medico, così come risultante dall'analisi sistematica dei precedenti in materia. Conferma, pertanto, quanto affermato recentemente dalla Supr. Corte per il caso particolare di omessa informazione, ma sembra discostarsi dagli approdi giurisprudenziali – siglati dalle sezioni unite (CASS., sez. un., 11.1.2008, n. 577, *infra*, sez. III) – in materia di colpa medica in generale, i quali dispensano il paziente creditore dell'onere della prova del nesso eziologico tra l'inadempimento ed il danno, oggetto di presunzione al pari dell'elemento soggettivo dell'illecito.

II. Le questioni

1. *LA PROVA DEL NESSO EZIOLOGICO TRA L'OMESSA INFORMAZIONE E LA LESIONE DEL DIRITTO ALLA SALUTE.* La prima questione affrontata dalla sentenza in commento attiene alla configurabilità o meno della responsabilità del sanitario per i danni alla salute lamentati dalla paziente ed asseritamente ricondotti alla violazione degli obblighi informativi prodromici all'intervento di embolizzazione.

Nel relativo giudizio, il Tribunale di Bologna ha applicato rigorosamente i principi di diritto enucleati di recente dalla giurisprudenza di legittimità (CASS., 9.2.2010, n. 2847, *infra*, sez. III), che, seppur fonte in passato di pronunce non sempre coerenti tra loro, sembra aver raggiunto sul punto una certa univocità di indirizzo.

Preliminare assunto fatto proprio dai giudici di Bologna è quello per cui, in caso di omessa informazione, «*il medico può essere chiamato a risarcire il danno alla salute maturatosi in capo al paziente ancorché la prestazione sia stata correttamente eseguita*». Si tratta di un importante punto d'arrivo, risultato di un lineare processo dottrinale e giurisprudenziale che ha trasformato l'obbligo d'informazione (circa le finalità, il contenuto, i rischi e le possibili alternative dell'intervento) – parificato a quello di raccogliere un consenso *informato* – da obbligo ac-

[*] **Contributo pubblicato in base a referee.**

cessorio e preliminare, privo di autonoma valenza contrattuale, ad obbligazione rilevante ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., in quanto scaturente da un rapporto di tipo contrattuale medico-paziente *già* instaurato. Da ciò è automaticamente discesa l'autonoma valenza risarcitoria, in chiave contrattuale, della violazione dell'obbligo d'informazione gravante in capo al medico, indipendentemente dalla correttezza o meno nell'esecuzione del successivo trattamento.

Tale autonomia, peraltro, non si è sempre accompagnata ad un'altrettanto limpida individuazione, non tanto del relativo bene giuridico leso – già in origine individuato nell'ormai conclamato diritto all'autodeterminazione del paziente, così come risultante dal combinato disposto degli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost. (cfr. ZATTI, *infra*, sez. IV) – quanto delle singole conseguenze in concreto risarcibili, nonché dei relativi regimi probatori di accertamento.

Nel panorama dottrinale e giurisprudenziale si sono invero alternate soluzioni contrastanti, che hanno individuato il margine di risarcibilità: *a*) nella lesione del diritto all'autodeterminazione, ma solo ove si fossero verificate conseguenze pregiudizievoli sul piano della salute (GAMBARO, *infra*, sez. IV), *b*) nella sola violazione del diritto all'autodeterminazione, indipendentemente dalla verificazione di danni alla salute (GENNARI, *infra*, sez. IV).

Il primo orientamento nasce prevalentemente dal timore che la risarcibilità della lesione del diritto all'autodeterminazione in sé e per sé considerata, prescindendo dalla prova delle pretese «inafferrabili» conseguenze dannose, finisca per tradire la funzione riparatoria della responsabilità civile, che trova uno dei fondamentali corollari nella distinzione tra danno ed evento dannoso, ovvero nel rifiuto della figura del cd. danno evento (per una limpida panoramica sull'argomento, si veda CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, *infra*, sez. IV). Il secondo muove dai limiti inevitabilmente connessi alla suddetta tesi, in virtù della quale si legittimerebbe un pericoloso vuoto di tutela ad un diritto di rango costituzionale, quale quello all'autodeterminazione. Lo spauracchio del danno-evento è peraltro fenomeno agilmente evitabile, ponendo in capo al paziente la prova della «materializzazione» della lesione del diritto all'autodeterminazione, diversa dal pregiudizio in termini di salute, e consistente in quella «*condizione di turbamento e sofferenza che deriva al paziente sottoposto ad atto terapeutico dal verificarsi di conseguenze*» – per quanto fisiologiche e prevedibili – «*del tutto inaspettate perché non prospettate e, anche per questo, più difficilmente accettate*» (così, efficacemente, CASS., 9.2.2010, n. 2847, cit.). In ogni caso non manca chi ha sollevato fondate perplessità sulla richiamata necessità di provare l'esistenza di danni ulteriori – ed evidentemente diversi – dalla lesione del diritto fondamentale, quasi come a quest'ultima non fosse riconosciuta dignità di danno (PUCELLA, *infra*, sez. IV).

La sentenza in commento accoglie il secondo, oggi prevalente, degli orientamenti in materia di voci di danno risarcibile. Laddove argomenta in merito alla risarcibilità del danno alla salute conseguente alla mancata informazione alla paziente circa i rischi connessi all'intervento, infatti, precisa che la circoscrizione dell'indagine al solo ambito «biologico» risulta obbligata, in quanto l'attrice si è astenuta dal menzionare *eventuali, ulteriori, sia pur astrattamente possibili, voci di danno*, riferendosi implicitamente al danno da lesione al diritto dell'autodeterminazione.

Ciò che però nel nostro caso più interessa è il passo successivo. Come anticipato, il Tribunale di Bologna ha rigettato, *in parte qua*, la pretesa risarcitoria dell'attrice, in quanto ella ha mancato di provare il nesso di causalità tra l'omessa informazione ed il danno alla salute (identificato nelle conseguenze fisiologiche dell'intervento, che non erano state comunicate alla paziente), non avendo invero fornito la dimostrazione che, qualora fosse stata puntualmente informata dal sanitario circa le caratteristiche ed i rischi connessi all'intervento, ella avrebbe rifiutato di sottoporvisi.

La sentenza in commento non lascia adito ad incomprensioni: accogliendo *in toto* quanto sancito dalla più recente giurisprudenza di legittimità sul punto (CASS., 9.2.2010, n. 2847, cit.), pone l'onere della prova del nesso di causa in capo al paziente creditore. L'assunto è nel nostro caso circoscritto all'ambito della responsabilità contrattuale del sanitario da omessa informazione (o mancata assunzione del consenso) per i danni alla salute derivanti dal trattamento medico, pur correttamente eseguito.

La pronuncia ha senz'altro voluto riferirsi, addossando il relativo onere probatorio in capo alla paziente, proprio al nesso di causalità *materiale*. La dimostrazione da parte della paziente che, ove correttamente informata, ella avrebbe rifiutato di sottoporsi all'intervento di embolizzazione, altro non è che la prova del nesso tra inadempimento (omessa informazione) e lesione del diritto alla salute, che, nella sua versione omissiva, coincide con la prova di ciò che con ogni probabilità – *rectius*, più «probabilmente» che non – sarebbe avvenuto in caso di corretta informazione.

Detta prova non è necessaria per l'accertamento della lesione del diritto all'autodeterminazione (peraltro non lamentata dall'attrice), in quanto la violazione dell'obbligo di informazione costituisce, in ogni caso ed *in re ipsa*, lesione del diritto di libera scelta del paziente. Lo diventa però per l'accertamento della lesione della salute, giacché, in tal caso,

la prova che l'evento non si sarebbe prodotto in assenza dell'inadempimento è tutt'altro che scontata. D'altra parte, un'esplicita conferma è rintracciabile nella parte motiva di Cass. n. 2847/2010, allorché, al punto 3.1, si ribadisce che ove il paziente avesse acconsentito al trattamento sanitario anche in caso di compiuta informazione, sarebbe stata palese l'insussistenza del nesso di causalità *materiale* tra il comportamento omissivo e la lesione della salute.

La stessa pronuncia chiarisce infine le ragioni che inducono a porre il relativo onere probatorio in capo al paziente, ponendo al primo posto l'assunto per cui *«la prova del nesso di causalità tra inadempimento e danno compete alla parte che alleghi l'inadempimento altrui e pretenda da questo il risarcimento»*. Una scelta, quindi, non ancorata esclusivamente al – pur rilevante – principio di vicinanza della prova, enunciato successivamente nella scala delle argomentazioni, ma ispirata ad un principio di diritto apparentemente idoneo ad assumere carattere generale (v. *infra*, par. 2.), pur se apertamente in contrasto con le regole dettate appena due anni prima dalle sezioni unite (Cass., sez. un., 11.1.2008, n. 577, cit.).

2. *La prova del nesso di causalità materiale in materia di colpa medica in generale.* La seconda questione affrontata dalla sentenza in commento attiene alla imputabilità, in capo al medico ed alla casa di cura convenuti, della responsabilità contrattuale per inesatta esecuzione delle prestazioni oggetto del rapporto giuridico. In particolare, addebitate al personale sanitario sia l'asserita inadeguatezza clinica dell'intervento (rispetto alle condizioni di salute della paziente, alle sue pregresse patologie ed alle finalità dalla stessa perseguite), sia la non corretta esecuzione del medesimo, l'attrice aveva chiesto il risarcimento del danno alla salute scaturito da tali inadempimenti, e consistente nella definitiva compromissione della capacità procreativa.

Accertata l'infondatezza della pretesa risarcitoria avanzata, il Tribunale di Bologna pone ancora una volta a fondamento del rigetto la mancata prova, da parte della paziente, del nesso di causalità materiale tra la condotta del sanitario e l'inadempimento allegato.

Si tratta di una posizione coerente con quanto argomentato poco prima in tema di omessa informazione (v. *supra*, par. 1), ma in aperta contraddizione con i criteri di ripartizione dell'onere probatorio oggi accolti dalla dottrina (v., per tutti, Gorgoni, *infra*, sez. IV) e dalla giurisprudenza (si veda Cass., sez. un., 577/2008) dominanti.

La materia è stata negli ultimi anni oggetto di un decisivo *revirement* della Supr. Corte, la quale, superata la precedente impostazione che gravava il creditore paziente dell'onere di provare il nesso di causalità materiale (*ex multis*, Cass., 18.4.2005, n. 7997, *infra*, sez. III), è arrivata a sostenere l'esatto contrario, dando vita, in tema di responsabilità medica, al tessuto strutturale tuttora prevalente. La pronuncia che ha segnato la svolta è stata proprio Cass., sez. un., 577/2008, la quale, oltre ad aver confermato la natura contrattuale della responsabilità del medico e della struttura sanitaria, nonché aver sopito (provvisoriamente?) la *vexata quaestio* sul criterio di verificazione causale, ha rivoluzionato la disciplina della distribuzione degli oneri probatori tra medico (debitore) e paziente (creditore). Secondo il dettato della sentenza, al fine di far accertare la responsabilità del primo, il paziente deve limitarsi ad allegare l'inadempimento e a fornire la prova del danno patito, mentre spetta al medico provare: o che l'adempimento non v'è stato, o che, pur esistendo, non è stato eziologicamente rilevante nel processo di verificazione del danno.

L'argomentazione fornita dalle sezioni unite della Supr. Corte è imperniata sul superamento dogmatico della distinzione tra obbligazioni di mezzo e di risultato, considerata *topos*, nonché presupposto fondante dell'impostazione contraria, ovvero di quella che pone l'onere della prova del nesso di causalità materiale in capo al paziente creditore. Si ricorda che, stando alla definizione tradizionale, nelle obbligazioni di mezzi, o di comportamento, la prestazione dovuta prescinde da un determinato esito positivo dell'attività del debitore, che adempie ove svolga l'attività richiesta nel modo dovuto, ovvero utilizzando la diligenza richiesta dall'art. 1176 cod. civ.; nelle obbligazioni di risultato, invece, è quest'ultimo ad essere oggetto della prestazione, con l'effetto che, indipendentemente dalla diligenza impiegata dal debitore nell'esecuzione dell'obbligazione, egli risponde *ex* art. 1218 cod. civ. ogniqualvolta il risultato non sia raggiunto. Le prestazioni d'opera intellettuale, in particolare proprio quella del medico, sono da sempre state ricondotte al paradigma delle obbligazioni di comportamento, in quanto ciò che viene richiesto al professionista, nella maggior parte dei casi, è l'esecuzione diligente di un'attività, indipendentemente dal raggiungimento di un risultato ultimo, sovente dipendente da fattori estranei alla sua sfera di controllo e volontà (Locatelli, *infra*, sez. IV).

Secondo l'impostazione originaria, la distinzione spiegherebbe i suoi effetti sul regime di riparto dell'onere probatorio, in quanto mentre nelle obbligazioni di mezzi, essendo aleatorio il risultato, l'onere della prova dell'inadempimento, ovvero dell'agire negligente del debitore, spetta al creditore, in quelle di risultato, presunto l'inadempimento proprio in ragione del mancato raggiungimento del risultato, incombe sul debitore la prova dell'interruzione del nesso di causalità tra condotta del debitore e manca-

to adempimento, ovvero la prova della causa non imputabile (caso fortuito o forza maggiore).

L'abbandono (qualcuno ha parlato di «commiato»: NICOLUSSI, *infra*, sez. IV) della distinzione tra obbligazioni di comportamento e di risultato ha così risposto alla finalità di unificare il criterio di accertamento della responsabilità contrattuale.

Tale esigenza era già stata evidenziata da una precedente ed emblematica sentenza della stessa Supr. Corte (CASS., sez. un., 30.10.2001, n. 13533, *infra*, sez. III), che, argomentando dal dato letterale fornito dall'unica disposizione in materia (art. 1218 cod. civ.), ed invocando principi quali quello della presunzione di persistenza del diritto enucleato dall'art. 2697 cod. civ., nonché quello della vicinanza della prova (è molto più semplice per il debitore provare l'esatto adempimento, che il creditore l'inadempimento), esonera il creditore dalla prova dell'inadempimento, indipendentemente dalla qualificazione dell'obbligazione come di mezzi o di risultato – differenza peraltro non contemplata dal diritto positivo. In altre parole, il creditore dovrà limitarsi ad allegare l'inadempimento e provare il danno, mentre il debitore, per andare esente da responsabilità, dovrà provare il fatto estintivo (esatto adempimento), oppure l'interruzione del nesso causale tra l'inadempimento e il danno (impossibilità per fatto non imputabile).

Accolti pedissequamente i principi enunciati nel 2001, le sezioni unite del 2008 proseguono però oltre, soffermandosi sulla prova del nesso di causalità. Si è invero affermato che non è affatto necessario che il nesso sia provato dal creditore, in quanto l'inadempimento rilevante, nelle obbligazioni così dette di comportamento, «*non è qualunque inadempimento*», ma solo quello, «*per così dire, qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno*».

Il giudizio sull'accertamento del nesso eziologico viene così – peraltro mediante un'argomentazione che sembra confondere i piani delle causalità giuridica e materiale – «sciolto» all'interno del fatto-inadempimento, oggetto di una mera allegazione da parte del creditore; in altre parole, lo si è accomunato alla sorte dell'elemento soggettivo dell'illecito, presunto in capo al debitore.

Si potrebbe dire, sia consentita la semplificazione, che, animate dall'intento di esimere il creditore dalla prova dell'inadempimento delle obbligazioni di comportamento – risultato, effettivamente, coerente sia con il dato positivo, che con la *ratio* stessa dell'istituto della responsabilità contrattuale – le sezioni unite del 2008 hanno finito con il liberarlo anche dalla prova sul nesso di causalità, determinando un risultato forse «ultroneo» rispetto alla posta finalità, e che forse non era nemmeno nelle intenzioni della giurisprudenza richiamata (della prova del nesso eziologico non c'è invero traccia all'interno della citata sentenza a sezione unite del 2001).

D'altra parte, che «la via di mezzo» tra i due estremi fosse possibile è dimostrato dalla copiosa giurisprudenza che si è succeduta tra le due sezioni unite citate (CASS., 18.4.2005, n. 7997, cit.), nonché dalla sentenza in commento, che riprende quest'ultimo filone giurisprudenziale.

Il Tribunale di Bologna, infatti, se da un lato, in linea con la presunzione di colpa, richiede al paziente la mera allegazione dell'inadempimento, dall'altro pone a carico di quest'ultimo la prova del nesso eziologico tra l'allegato inadempimento ed il danno (*rectius*, tra condotta del sanitario ed inadempimento); onera invece il medico di dimostrare l'adempimento (esecuzione diligente della prestazione) o l'interruzione del nesso di causalità.

All'elencazione dei suddetti criteri di ripartizione dell'onere probatorio, però, lo stesso Tribunale premette una considerazione fondamentale. Spolverata la distinzione tradizionale, afferma senza timore che, «*come noto, l'obbligazione professionale del medico nei confronti del paziente è obbligazione* di mezzi».

Obbligazione di mezzi, presunzione di colpa, prova del nesso di causalità materiale in capo al paziente: tre concetti che la giurisprudenza dominante definirebbe «incompatibili», ma che forse – allargata la visuale prospettica – dispiegano un livello di coerenza ancor più sintetico di quello ricercato ed ottenuto dalle sezioni unite del 2008.

Non necessariamente, invero, la distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato porta con sé la duplicazione dei criteri di ripartizione dell'onere probatorio in materia di responsabilità contrattuale. Al contrario, la stessa distinzione potrebbe costituire presupposto di una ancora più definitiva unitarietà della disciplina di riparto dell'onere probatorio. Essa, infatti, depurata dalla «sfumatura» che dottrina e giurisprudenza le attribuivano originariamente (ovvero prima dell'intervento chiarificatore delle sezioni unite 2001), consente di adottare un *unico* criterio di riparto, idoneo a differenziarsi solo dal punto di vista quantitativo, o di contenuto descrittivo delle singole prove. La questione è più semplice di quanto sembri.

Come sapientemente insegnato da CASS., sez. un., 30.10.2001, n. 13533, cit., la presunzione di colpa – principio cardine della responsabilità contrattuale – è idonea a dispiegare i suoi effetti su *entrambe* le tipologie di obbligazione. Ciò che cambia, sarà solo il dato quantitativo/descrittivo del *contenuto* della prova contraria posta in capo al debitore: l'aver agito diligentemente, nelle obbligazioni di mezzo; la produzione del risultato (ove il mancato raggiungi-

mento non sia incontrovertibile), in quelle di risultato.

Quanto al nesso eziologico, esso, in qualità di elemento strutturale dell'illecito (non solo aquiliano, ma anche contrattuale: cfr. FORZIATI, *infra*, sez. IV), ontologicamente distinto dall'elemento soggettivo, non può essere, come quest'ultimo, oggetto di presunzione *tout court*. Se, invero, nelle obbligazioni di risultato è possibile prescindere dal suo accertamento poiché esso è implicito nella produzione o meno del risultato, nelle obbligazioni di mezzi deve essere invece oggetto di prova specifica. Non essendo infatti il professionista obbligato al raggiungimento di un risultato, la mancata realizzazione di quest'ultimo diviene inadempimento solo ove sia eziologicamente connessa alla condotta negligente del medico (cfr., recentemente, TASSONE, *infra*, sez. IV).

Tornando al caso concreto affrontato dalla sentenza in commento, l'attrice vede rigettata la pretesa risarcitoria in quanto non ha soddisfatto l'onere probatorio, dando luogo, così, ad una lacuna istruttoria dalla quale *«non possono ovviamente trarsi conclusioni sfavorevoli a carico dei convenuti»*.

Conclude così la sentenza in commento, non solo dimostrando una perfetta coerenza argomentativa tra la prima e la seconda questione di merito affrontate, ma anche dettando una disciplina del riparto probatorio che, come anticipato, è idonea ad unificare i parametri di accertamento della colpa medica in generale, compreso il caso particolare dell'*omessa informazione* da parte del medico al paziente (di cui *supra*, *sub* 1). L'obbligazione di informare il paziente circa le caratteristiche e i rischi connessi al trattamento, che è di risultato se considerata alla luce del diritto all'autodeterminazione (cfr. NATOLI, *infra*, sez. IV), di mezzi se ricondotta al bene salute, obbliga invero il paziente creditore a fornire la prova del nesso di causalità materiale solo nell'ultima ipotesi. Come prima accennato, anche nelle obbligazioni di risultato il nesso costituisce elemento strutturale dell'illecito, ma in quel caso esso risulta essere un «tutt'uno» con la violazione stessa (che è necessariamente, per dirla con le parole della citata sentenza delle sezioni unite del 2008, *«qualificata»*), rendendone quindi superflua l'indagine.

Ecco perché sembra legittimo concludere che l'impostazione condivisa dai giudici di Bologna offre un criterio (fondato sulla presunzione di colpevolezza in capo al medico e sull'onere della prova del nesso eziologico a carico del paziente) dalla portata applicativa ancora più generale – se considerato in relazione al caso particolare dell'omessa informazione – di quello assunto nella nota sentenza della Supr. Corte a sezioni unite n. 577/2008.

III. I precedenti

1. *LA PROVA DEL NESSO EZIOLOGICO TRA L'OMESSA INFORMAZIONE E LA LESIONE DEL DIRITTO ALLA SALUTE.* Sulla natura dell'obbligo di informazione al paziente in capo al medico, la giurisprudenza segna l'evoluzione dell'istituto da obbligo preliminare privo di autonomia se non in sede precontrattuale (cfr. CASS., 15.1.1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, I, 771, con nota di PALMIERI e APP. BOLOGNA, 21.11.1996, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, 586), a vera e propria obbligazione avente valenza contrattuale autonoma (cfr., *ex multis*, TRIB. VENEZIA, 4.10.2004, in *Giur. merito*, 2005, 1033; TRIB. MILANO, 29.3.2005, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, 751, con nota di GENNARI; CASS., 19.10.2006, n. 22390, in *Mass. Giust. civ.*, 2006; CASS., 14.3.2006, n. 5444, in questa ***Rivista***, 2007, I, 250, con nota di GREMIGNI FRANCINI; TRIB. BENEVENTO, 10.9.2007, in *La resp. civ.*, 2008, 667). I principi oggi quasi unanimemente accolti in tema di danni risarcibili (sia danno da lesione del diritto di autodeterminazione, sia quello da lesione della salute) e riparto dell'onere probatorio in caso di omessa informazione (prova del nesso eziologico in capo al paziente in caso di danno alla salute) sono stati sapientemente enunciati da CASS., 9.2.2010, n. 2847, in questa ***Rivista***, 2011, I, 460, con nota di PALMERINI. Tale pronuncia ha superato il precedente orientamento, in virtù del quale la lesione del diritto all'autodeterminazione acquisiva rilevanza risarcitoria solo in presenza della conseguente lesione alla salute, cfr. TRIB. ROMA, 10.5.2005, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 149; TRIB. MILANO, 4.3.2008, n. 2847, in *La resp. civ.*, 2009, 75, con nota di FANTETTI e CASS., 14.3.2006, n. 5444, cit. Ha invece accolto i precedenti che subordinano la risarcibilità del pregiudizio alla salute alla verificazione del nesso eziologico tra omessa informazione e danno, in quanto elemento strutturale dell'illecito: cfr., *ex multis*, CASS., 24.9.1997, n. 9347, in *Ragiusan*, 1998, 256; CASS., 6.10.1997, n. 9705, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 677; TRIB. MILANO, 29.3.2005, cit. Quanto alle condizioni di risarcibilità del danno da lesione al diritto dell'autodeterminazione, cfr. TRIB. VENEZIA, 4.10.2004, in *Danno e resp.*, 2005, 863 ss., con nota di CACACE; TRIB. MILANO, 14.5.1998, in questa ***Rivista***, 2000, I, 92, con commento di ZATTI e TRIB. GENOVA, 10.1.2006, in *Danno e resp.*, 2006, 537, con nota di LANOTTE, secondo le quali il danno «esistenziale» è risarcibile *ipso iure*, per effetto della sola lesione. Tale conclusione non è accolta da CASS., 9.2.2010, n. 2847, cit., secondo la quale è necessario, onde evitare la creazione dei cd. danni-evento (scongiurata sin da CASS., 31.5.2003, nn. 8827 e 8828, *ex multis* in *Riv. it. med. leg.*, 2004, I, 196, con nota di FRATI, MONTANARI VERGALLO e DI

LUCA) la materializzazione della lesione in un'effettiva conseguenza pregiudizievole (danno-conseguenza).

Sulla differenza tra causalità materiale e causalità giuridica in ambito di responsabilità medica, cfr., per tutte, CASS., 18.4.2005, n. 7997, in *Dir. e giust.*, 2005, 20, con nota di PULIATTI; CASS., 13.7.2010, n. 16381, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, I, 110, con nota di FONTANA VITA DELLA CORTE e CASS., 1°.4.2011, n. 7555, in banca dati *Dejure*. Sulla intrasponibilità della suddetta distinzione nella responsabilità contrattuale, cfr. CASS., 16.10.2007, n. 21619, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, II, 330, con nota di LOCATELLI.

2. *LA PROVA DEL NESSO DI CAUSALITÀ MATERIALE IN MATERIA DI COLPA MEDICA IN GENERALE.* Il percorso giurisprudenziale in tema di riparto dell'onere probatorio nella responsabilità contrattuale, in particolare del medico, è stato segnato da CASS., sez. un., 30.10.2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, 1565, con nota di MARICONDA, ed in questa ***Rivista***, 2002, I, 349, con nota di MEOLI, che ha affermato il principio dell'unitarietà delle regole di distribuzione dell'onere della prova in materia di responsabilità contrattuale in generale, e da CASS., 28.5.2004, n. 10297, in *Dir. e giust.*, 2004, 28, con nota di PULIATTI e CASS., 24.05.2006, n. 12362, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, che hanno trasfuso detto principio all'area della responsabilità medica. L'ultimo atto, fonte della disciplina oggi generalmente accolta, è rappresentato da CASS., sez. un., 11.1.2008, n. 577, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 856, con nota di GORGONI, in *Danno e resp.*, 2008, 788, con nota di VINCIGUERRA ed in *Giur. it.*, 2008, 1653, con nota di CIATTI, la quale ha integrato la disciplina sul comparto probatorio esonerando il paziente creditore della prova del nesso di causalità materiale tra inadempimento e danno. Si è trattato dell'immediata conseguenza della svalutazione dogmatica della distinzione tra obbligazioni di comportamento ed obbligazioni di risultato, sulla cui tradizionale rilevanza cfr. CASS., 15.1.1997, n. 364, in *Danno e resp.*, 1997, 178, con nota di CARBONE; CASS., 22.1.1999, n. 589, in questa ***Rivista***, 2000, I, 334, con nota di THIENE; CASS., 4.3.2004, n. 4400, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2115, con nota di GIACOBBE, fino, di recente, a TRIB. TERNI, 2.7.2010, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 904, con nota di LOCATELLI. Tale ultima pronuncia, insieme a TRIB. ROVERETO, 2.8.2008, in *Danno e resp.*, 2009, 525, con nota di TASSONE, discostandosi parzialmente dai principi affermati dalle citate sez. un. 2008, e riprendendo un filone giurisprudenziale passato (cfr. CASS., 4.3.2004, n. 4400 e CASS. 18.4.2005, n. 7997 entrambe citt.; nonché CASS., 19.4.2006, n. 9085, in banca dati *Dejure*, e CASS., 24.5.2006, n. 12326), pongono ancora in capo al creditore paziente la prova del nesso eziologico tra inadempimento ed evento lesivo.

IV. La dottrina

1. *LA PROVA DEL NESSO EZIOLOGICO TRA L'OMESSA INFORMAZIONE E LA LESIONE DEL DIRITTO ALLA SALUTE.* Per quanto riguarda la natura dell'obbligo del medico di informare il paziente circa le caratteristiche, i rischi connessi e le finalità del trattamento, si è assistito ad una evoluzione da obbligo privo di autonomia risarcitoria contrattuale, in quanto strumentale al successivo adempimento della prestazione medica, cfr. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Jovene, 1983, 16; DE MATTEIS, *Consenso informato e responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 1996, 215; ID., *La responsabilità medica, tra prospettive comunitarie e nuove tendenze giurisprudenziali*, in *Contr. e impr.*, 1995, 489, al più idoneo a fondare responsabilità precontrattuale (cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1450), ad obbligazione contrattuale *tout court*, rilevante *ex* art. 1218: cfr. RIARIO SFORZA, *Obblighi di protezione e consenso informato nella responsabilità medica*, in *Giur. merito*, 2008, 3354; PARADISO, *La responsabilità medica tra conferma giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e resp.*, 2009, 703; da ultimo, GORGONI, *Il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione nella responsabilità medica*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 201. Quanto ai singoli danni risarcibili, mentre in passato alcuni autori subordinavano il risarcimento del danno al diritto dell'autodeterminazione alla contestuale violazione della salute, cfr. GAMBARO, *La responsabilità medica nella prospettiva comparatistica*, in AA.VV., *La responsabilità medica*, Giuffrè, 1982, 41 e IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, Cedam, 2004, 280, oggi l'autonomia risarcitoria del diritto all'autodeterminazione è unanimemente accolta: ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in questa ***Rivista***, 2000, II, 1; CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. e dir. priv.*, 1037; GENNARI, *Il consenso informato come espressione di libertà*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 2140. Quanto alle condizioni di risarcibilità, alcuni autori, onde evitare la coincidenza tra evento lesivo e danno (timore limpidamente descritto da CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, 2006, 68), hanno assunto a presupposto la prova del danno-conseguenza quale pregiudizio effettivamente patito: cfr. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Giuffrè, 1993, 39; FACCI, *Il consenso informato all'atto medico: esercizio di un diritto costituzionalmente garantito per il paziente o una trappola per il sanitario?*, in

La resp. civ., 2006, 486; ID., *Brevi osservazioni in tema di funzione riparatoria della responsabilità civile e violazione da parte del sanitario del dovere di informazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, II, 408. Altri invece hanno efficacemente sottolineato come la pretesa necessità del «danno ulteriore» finisca per sminuire la portata stessa del diritto di rango costituzionale, cfr. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Giuffrè, 2010, 38. In materia di risarcimento della lesione alla salute da omessa informazione circa i rischi dell'operazione, la tesi ormai consolidata richiede il preventivo accertamento del nesso eziologico tra l'inadempimento e il danno: GORGONI, *Il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione nella responsabilità medica*; RICCIO, *La violazione dell'autodeterminazione è, dunque, autonomamente risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 2010, 313; SCACCHI, *La responsabilità del medico per omessa informazione nel caso di corretta esecuzione dell'intervento «non autorizzato*, in questa **Rivista**, 2010, I, 794; GUERRA, *Lo «spazio risarcitorio» per violazione del solo diritto all'autodeterminazione del paziente. Note a margine di un percorso giurisprudenziale*, *ibidem*, II, 617. Gli stessi autori, in linea con la giurisprudenza maggioritaria sul punto, pongono il relativo onere probatorio in capo al creditore paziente.

Sulla qualificazione dell'obbligo di informazione come obbligazione di risultato, cfr. NATOLI, *Consenso informato e obbligazioni di risultato tra esigenze di* compensation *ed esigenze di* deterrence, in *Danno e resp.*, 2000, 732; NIVARRA, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto della giurisprudenza*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, 522; nonché SCACCHI, *La responsabilità del medico per omessa informazione nel caso di corretta esecuzione dell'intervento «non autorizzato»*. Infine, circa differenza tra causalità materiale e causalità giuridica, cfr. FRANZONI, *L'illecito*, Giuffrè, 2004, 60 e SALVI, *La responsabilità civile*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 1998, 170.

2. LA PROVA DEL NESSO DI CAUSALITÀ MATERIALE IN MATERIA DI COLPA MEDICA IN GENERALE. In materia di regime probatorio in materia di responsabilità contrattuale del sanitario, cfr. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 2008, 871; PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*; GLIATTA, *Responsabilità medica e condotta del professionista: l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale*, in *La resp. civ.*, 2009, 645; VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*, *ivi*, 2008, 795. Tali autori, sulla scorta del dettato delle citate sezioni unite 2008, condividono l'impostazione che vede il creditore paziente esonerato dall'onere della prova del nesso di causalità materiale tra inadempimento e danno. Non mancano però autorevoli voci che, anche successivamente all'intervento chiarificatore delle sezioni unite, riprendendo l'orientamento precedente (cfr. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il «contatto sociale» conquista la Cassazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 661; LOCATELLI, *La responsabilità medica in Italia: tracciato di un'evoluzione*, *ivi*, 2007, 924), sostengono l'esatto contrario: cfr. TASSONE, *Diagnosi erronea, nesso di causa e regimi processuali*, in *Danno e resp.*, 2009, 533, il quale sottolinea la pericolosità della confusione tra due piani nettamente distinti, quali quello della colpa e del nesso eziologico.

Sul significato tradizionale della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, cfr. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi». Studio critico*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 190; FRANZONI, *Obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Le obbligazioni*, I, *L'obbligazione in generale*, a cura di FRANZONI, Utet, 2004, 1339. La distinzione ricorrere anche nella manualistica: cfr. per tutti, GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Cedam, 2009, 10, e GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, 2009, 636. Essa è stata, tuttavia, oggetto di forti critiche da parte della dottrina recente e non: cfr., tra i primi, BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Giuffrè, 1998, 73; successivamente IZZO, *Il tramonto di un sottosistema della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 2005, 130; DI MAJO, *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita*, in *Corr. giur.*, 2005, 33. Non mancano, tuttavia, autori che continuano a evidenziarne la rilevanza, pur solo descrittiva, ma in ogni caso pregnante: cfr. GAZZARRA, *Le S.U. «fanno il punto» in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2008, 1002 e LOCATELLI, *La responsabilità medica in Italia: tracciato di un'evoluzione*.

SILVIA FACCIOTTI