

## LA TUTELA DELL'INTEGRITA' PSICO-FISICA DELLA PERSONA TRA "CONTATTO" E *NEMINEM LAEDERE*\*

Teresa Pasquino

**Premessa – 1. Integrità psico-fisica e rapporto terapeutico - 2. La responsabilità medica dopo la l. 8 novembre 2012, n. 189 - 3. La lesione dell'integrità psico-fisica tra inadempimento e *neminem laedere* – 4. Il danno all'integrità psico-fisica nella prospettiva dell'integrale riparazione - 5. Giudizio di responsabilità e principio di vicinanza della prova**

### Premessa

La locuzione "integrità fisica" non è mai stata estranea alla materia del diritto civile; sebbene, infatti, sin dal momento della codificazione del 1942 il concetto di persona fosse stato quasi dimenticato a tutto vantaggio dei rapporti di natura patrimoniale<sup>1</sup>, tuttavia, già nell'art. 5 c.c. era contenuto un esplicito riferimento ad essa. Per la verità, si trattava di una menzione da contestualizzare rispetto alla *ratio* della norma; la quale, com'è noto, sancisce il divieto degli atti di disposizione del proprio corpo quando da essi derivi una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume.

E' noto come il divieto posto dall'art. 5 c.c. sia stato sempre riferito alle vicende circolatorie, assimilabili a quelle aventi ad oggetto diritti patrimoniali, con cui si potrebbe disporre del proprio corpo a favore e nell'interesse di terzi a danno della propria persona. Al di fuori di tali limiti, è apparso sempre lecito ritenere l'interesse alla disposizione del corpo come meritevole di tutela nella misura in cui essa tenda alla piena realizzazione della personalità dell'individuo; di modo che, la portata applicativa dell'art. 5 c.c. andrebbe ridimensionata rispetto ad un'ampia categoria di atti di disposizione del proprio corpo in riferimento alla quale opera, invece, una pluralità di regole e di principi (*in primis*, quelli di rango costituzionale) di cui l'art. 5 c.c. costituirebbe soltanto un frammento. Nella concezione più attuale, formatasi intorno alla *ratio* della norma in questione, si è giunti ormai a ritenere che essa non sia stata

---

\* Saggio che, in formato più esteso, è dedicato agli Studi in onore di Lucio Valerio MOSCARINI

<sup>1</sup> Cfr., al riguardo, i rilievi di L. BIGLIAZZI GERI, *Persona e lavoro*, in Atti del XIII Congresso nazionale dell'Associazione Italiana Giovani Avvocati, Padova, 1994, 39 ss.

adottata per disciplinare il “bene” salute, quanto piuttosto alcune fattispecie particolari, del tutto estranee a quelle che si delineano nei rapporti in cui viene in giuoco l’integrità fisica della persona<sup>2</sup>.

Di “integrità fisica”, in un significato ancora più pregnante e più incline al concetto costituzionale di “persona”, vi è traccia anche nel Libro V del Codice civile, ove si rinviene una norma - l’art. 2087 - nella quale, con il riferimento testuale alla *integrità fisica* ed alla *personalità morale* del prestatore di lavoro, in essa contenuto <<una qualche concessione alla persona sembrava essere stata fatta>><sup>3</sup> dal legislatore del 1942.

E’ da questa norma, infatti, che - soprattutto dopo l’avvento della Costituzione - ha preso le mosse quell’opera di riflessione<sup>4</sup> che ha determinato un profondo mutamento

<sup>2</sup> Com’è noto, il fatto che ha dato luogo alla stesura dell’art. 5 c.c. scaturisce da un caso giudiziario, accaduto negli anni ’30, che ha visto coinvolto in un processo penale una persona, che aveva acconsentito all’asportazione di un suo organo verso il corrispettivo di un prezzo, ed i medici che avevano eseguito il trapianto sull’acquirente; caso conclusosi con l’assoluzione di questi ultimi perché dall’asportazione dell’organo non era derivata per il venditore alcuna menomazione per il suo stato di salute. La sentenza è della Cass. pen., 31.1.1934, in *Foro it.*, 1934, II, c. 146 ss. Significativo, al riguardo, quanto espresso dal Comitato nazionale di bioetica nel parere del 24 ottobre 2008 : “La stessa lettura dell’art. 5 codice civile è stata rivisitata dagli interpreti : tale norma non vieta gli atti di diminuzione del corpo tout court, ma soltanto quelli motivati da fini di lucro, in cui cioè la diminuzione dell’integrità fisica si accompagna ad un ritorno economico per il soggetto disponente. Ciò che la legge mira ad evitare sono le lesioni della sfera fisica attuate in vista di un corrispettivo patrimoniale. La *ratio* evidentemente è quella di garantire i soggetti più deboli, disposti ad accettare il sacrificio della propria integrità fisica per far fronte al bisogno economico. L’art. 5 c.c. non riguarda invece gli atti di disposizione del corpo liberamente e consapevolmente voluti dal soggetto nell’ambito della relazione di cura, atti del tutto alieni da considerazioni di ordine economico-patrimoniale e motivati unicamente sulla base delle proprie convinzioni e principi morali, dei propri “interessi critici”. Non c’è nessuna ragione per la quale un soggetto competente debba essere privato, a causa del suo stato di malattia, del diritto di mantenere il controllo su quel che accade al suo corpo e alla sua vita; occorre anzi sostenere la c.d. “appropriazione” della morte (e del morire) da parte del paziente. Superata l’impostazione strettamente paternalistica del rapporto medico-paziente, il criterio del “miglior interesse del paziente” si articola su un duplice livello di giudizio : esso viene cioè in rilievo non soltanto come fatto oggettivo e conoscibile (di cui è depositario il medico), ma anche come fatto soggettivo (il “sapere su di sé” di cui è depositario il paziente, a partire dalla consapevolezza della malattia e della sofferenza quale parte della propria storia di vita)”. Cfr., tuttavia, quanto rilevato, al riguardo, da A. DA RE e da A. NICOLUSSI, firmatari della Postilla al Parere sopra richiamato. In dottrina, cfr., C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 105 ss.; A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, *ivi*, 1 ss, soprattutto 24 ss.

<sup>3</sup> Testualmente, L. BIGLIAZZI GERI, op. ult. cit., 45. Nella *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile* – preceduta dalla Relazione al disegno di legge sul “Valore giuridico della Carta del lavoro” – (Gazz. Uff., ed. straordin., 4 aprile 1942, n. 79 bis, parte I) si legge: “Qualunque sia il suo posto gerarchico, il lavoro, sia esso degli imprenditori o dei dirigenti, sia degli impiegati o degli operai, ha diritto a pari dignità. In questo senso il Codice pone l’accento sul carattere collaborativo dei rapporti tra l’imprenditore e i prestatori di lavoro nell’impresa e statuisce come dovere fondamentale dell’imprenditore quello di provvedere alla tutela non solo dell’integrità fisica, ma anche della personalità morale dei prestatori di lavoro”.

<sup>4</sup> Rendere conto di tutta la letteratura giuridica e della giurisprudenza formatasi intorno all’art. 2087 c.c. sarebbe compito assai arduo. Senza pretesa di completezza, ci si limiterà, pertanto, alla citazione delle

del concetto di “integrità fisica” della persona e lo ha posto in costante relazione con il concetto di salute, di cui all’art. 32 Cost.; diritto alla salute inteso nella sua evoluzione più ampia ed omnicomprensiva delle diverse accezioni in cui esso è declinato : vale a dire, sia come diritto soggettivo assoluto del singolo che come interesse generale della collettività, dovendosi intendere ora il concetto di integrità fisica in un rapporto di *genus ad speciem* proprio con quell’accezione che del diritto alla salute si dà. Mentre, infatti, il concetto di salute di cui all’art. 32 Cost. esprime un “*valore ampio e dinamico strettamente dipendente dal suo rapporto con l’ambiente (naturale, familiare, di lavoro, ecc.) ...*”, l’integrità fisica, invece, è da intendersi come un “*valore statico da proteggere e salvaguardare*”<sup>5</sup>, in relazione alle esigenze di tutela della sfera personale e familiare del singolo.

Appare opportuno, dunque, - ed anche più utile - prendere le mosse dal contenuto della norma che detta un principio cardine per il rapporto di lavoro poiché il testuale riferimento nell’art. 2087 c.c. alla locuzione *integrità fisica*, unitamente a quello che si riferisce alla *personalità morale* del lavoratore, costituisce per l’interprete un più ampio e proficuo contesto ermeneutico in cui muoversi; un contesto nel quale appare possibile esaltare e definire al meglio il concetto stesso, il quale, alla luce della elaborazione dottrinale e giurisprudenziale ricevuta proprio nella materia lavoristica, può sicuramente trovare una sua naturale collocazione nel nucleo dei diritti inviolabili della persona espresso dall’art. 2 Cost..

Sul fronte dottrinale, oltre alla teorica civilistica, volta a formulare il contenuto più ampio possibile del concetto di “integrità fisica”, non può, pertanto, essere ignorata

---

opere più significative sul tema : A. PICCININI, *Il danno alla persona del lavoratore dopo le decisioni delle Sezioni Unite*, in *Lav. nella giur.*, 5, 2009, 450 ss.; P. ALBI, *Adempimento dell’obbligo di sicurezza e tutela della persona*, nel *Comentario Schlesinger*, Giuffré, 2008, sub art. 2087; M. CINELLI, *Il danno non patrimoniale alla persona del lavoratore: un excursus su responsabilità e tutele*, in AA.VV., *Il danno alla persona del lavoratore*, Milano, 2007, 141; R. DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2006, 195 ss.; L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Milano, 1989; ID., *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, I, 317 ss.; ID., (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza, per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Torino, 1997; ID., *I principi generali del d.lgs. 626/1994 e successive modifiche*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza, per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Torino, 1997; ID., *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 1196 ss.; L. NOGLER, *La “deriva” risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili della persona del lavoratore dipendente*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2006, n. 29, 63 ss.; ID., *Danni personali e rapporto di lavoro : oltre il danno biologico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, 287 ss.

Una rassegna recente di giurisprudenza in materia si legge in : A. COCCHI, *Art. 2087 c.c. : orientamenti giurisprudenziali sulla lesione della dignità del lavoratore*, in *Resp. civ. e prev.* 2012, 41 ss.

<sup>5</sup> A. SIMONCINI, E. LONGO, sub art. 32, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, 659

l'accurata ed approfondita ricostruzione che su di esso ha operato la dottrina lavorista<sup>6</sup>, la quale, nelle numerose trattazioni dedicate allo studio sistematico della vera funzione dell'adempimento nell'obbligazione lavorativa, l'ha individuata nell'intento di fornire la massima e più adeguata protezione alla persona del lavoratore<sup>7</sup>. Infatti, uno dei principi fondamentali che caratterizzano la disciplina del rapporto di lavoro subordinato impone che il potere organizzativo del datore di lavoro sia esercitato in modo tale da non incidere sui diritti inviolabili del lavoratore, pena l'illiceità dell'oggetto. A difesa di tale principio si erge proprio l'art. 2087 c.c., il quale, in nome della *integrità psico-fisica* e della *personalità morale* del lavoratore, pone a carico del datore di lavoro l'obbligo<sup>8</sup> di predisporre nell'ambiente in cui si svolge la prestazione tutte le condizioni necessarie per la salvaguardia della salute psico-fisica e per la dignità del lavoratore. Si tratta di un obbligo a fronte del quale sorge a favore del lavoratore un vero e proprio diritto ad esigere, *inter alia*, questa prestazione, la quale può avere un'ampiezza di contenuti rapportabile alla vasta area di incidenza che sia l'integrità psico-fisica, sia la personalità morale del lavoratore occupano nella sua sfera esistenziale<sup>9</sup>.

L'attrazione nel sinallagma contrattuale del rapporto di lavoro di interessi di natura non patrimoniale consente a talune pretese - di per sé suscettibili di essere tutelate con lo strumento tipico di protezione del *neminem laedere* - di entrare nel regolamento contrattuale come veri e propri obblighi primari ed autonomi, corredati della particolare connotazione di essere diritti afferenti alla sfera esistenziale della persona del

---

<sup>6</sup> Cfr. i riferimenti minimi ed essenziali riportati nella nota n. 3. Il dibattito che, ancora oggi, occupa la migliore dottrina sul rapporto tra diritto del lavoro e diritto privato è ripreso da L. NOGLER, *(Ri)scoprire le radici giuslavoristiche del <<nuovo>> diritto civile*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, 959 ss., ove ampi riferimenti alla dottrina anche in un'ottica di comparazione. L'Autore, in considerazione della perdita di centralità del diritto del lavoro, rileva come "Solo con il concorso di un'area più vasta del diritto contrattuale e delle obbligazioni, potremo, infatti, aspirare a mantenere la promessa costituzionale <<di garantire al lavoratore ed alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa>>" (così, testualmente, 1013).

<sup>7</sup> Rileva, al riguardo L. NOGLER, *La "deriva" risarcitoria dei diritti inviolabili della persona del lavoratore dipendente*, op. cit., 64, riferendosi alla funzione del diritto del lavoro come diritto speciale delle obbligazioni, come "La disposizione-simbolo di questa moderna funzione del diritto del lavoro è rappresentata dall'art. 2087 c.c. che - per lo meno a partire dai fondamentali studi di Luigi Montuschi - viene comunemente intesa come norma che è in grado di <<modellare lo stesso sinallagma negoziale, qual è tipizzato nella nozione delineata dall'art. 2094 c.c.>>" (citazione riferita a L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, cit., 75).

<sup>8</sup> Sottolinea sul punto L. NOGLER, op. ult. cit., p. 64 come si tratti non <<di semplice onere ma [di] obbligo principale ed autonomo>>.

<sup>9</sup> A titolo meramente esemplificativo : il diritto all'adozione delle misure minime di sicurezza sui luoghi di lavoro; il diritto ad essere adibito alle proprie mansioni lavorative; il diritto al rispetto dell'orario di lavoro; il diritto al riposo settimanale ed alle ferie annuali retribuite; il diritto ad appartenere ad organizzazioni sindacali e ad essere da queste rappresentati.

lavoratore, la cui lesione deve poter ricevere la tutela più efficace che l'ordinamento può assicurare.

Si tratta di una ricostruzione concettuale della fattispecie contrattuale lavorativa che pone al centro del sinallagma del rapporto la persona del lavoratore e che consente di disegnare intorno ad essa – quale speciale centro di imputazione di interessi - il contenuto delle prestazioni da esso derivanti e di esaltare gli interessi di natura non patrimoniale che pure la prestazione è destinata a garantire (art. 1174 c.c.); una ricostruzione che appare utile e sembra ben adattarsi a modello per l'individuazione delle forme di tutela più adeguate quando sia in questione la tutela dell'integrità psico-fisica anche nel rapporto terapeutico.

### **1. Integrità psico-fisica e rapporto terapeutico**

Nella impostazione dottrinale privatistica, la tematica che ruota intorno al diritto all'integrità psico-fisica della persona si suole affrontare e ricondurre essenzialmente e prevalentemente nel contesto della relazione terapeutica tra medico e paziente.

In ordine alla sua qualificazione, è ormai consolidato, sia nella dottrina che nella giurisprudenza, l'orientamento in forza del quale il diritto all'integrità psico-fisica della persona costituisce in capo ad essa una situazione giuridica soggettiva assoluta, facente parte della schiera dei diritti personalissimi ed inviolabili, il cui contenuto può essere configurato come diritto ad uno stato di completo benessere che coinvolge anche gli aspetti interiori della vita così come avvertiti e vissuti dal soggetto; un diritto che, corredato di una dimensione attiva, può anche essere concepito *«come diritto e libertà di essere, di disporre di sé e di autodeterminarsi, giuridicamente tutelato a prescindere dalla conseguenza sul piano della cura di una patologia in atto»*, nella convinzione che *«Gli atti terapeutici, secondo una visione allargata dell'idea di salute ... non fanno più solo riferimento ad una concezione organica della malattia, ma tengono conto degli aspetti fisici e psichici della persona, e delle sue personali ed insindacabili aspettative di vita»*<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr. la sentenza del TRIB. MILANO, 14.5. 1998, in questa **Rivista.**, 2000, I, 92 ss. da cui prende spunto per le sue acute considerazioni P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, *ivi*, II, 1 ss., nella quale era stata recepita l'impostazione data alla questione dalla CORTE COST. con la sentenza n. 471 del 22.10. 1990. Sulla qualificazione della relazione di cura tra medico e paziente, *ex multis*, nel corso degli anni CONS. STATO 2.9. 2014, n. 4460 che, per la rilevanza e per la completezza che ad essa è stata unanimemente riconosciuta, si trova commentata da molti in questa **Rivista**, 2015, I, 20 ss.

Nel variegato e complesso quadro normativo delle fonti sovranazionali, il diritto all'integrità psico-fisica della persona ha trovato un suo esplicito riferimento nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, di recente integrata nel Trattato costituzionale europeo (art. II-63, 2° comma), ed è stato ulteriormente garantito dalla salvaguardia del principio del consenso libero ed informato nell'ambito della medicina e della biologia<sup>11</sup>.

Il fondamento normativo del diritto all'integrità psico-fisica è, dunque, ora rinvenibile su diversi livelli nel sistema delle fonti; più articolato e complesso può diventare, invece, il discorso quando si sposti l'attenzione sugli strumenti di tutela, rinvenibili nel sistema, a presidio di una situazione giuridica di tale rilevanza e sul grado di effettività che essi esplicano per la migliore soddisfazione della pretesa dell'avente diritto.

Come già rilevato, assai di frequente il diritto alla integrità psico-fisica della persona nasce nel contesto di un rapporto terapeutico tra medico e paziente, ossia in un rapporto all'interno del quale tale diritto occupa un ruolo centrale nel delineare il contenuto della prestazione principale del medico<sup>12</sup>.

Già da tempo, un'avveduta giurisprudenza<sup>13</sup> ha rilevato come, nell'ambito di tale rapporto, sia possibile individuare due diverse e distinte posizioni di tutela del paziente: l'una, rappresentata dal diritto all'autodeterminazione; l'altra, costituita dal diritto alla integrità psico-fisica, entrambe situazioni soggettive che ineriscono a <<posizioni

<sup>11</sup> La dottrina e la giurisprudenza in materia sono ormai sconfinata. Da ultimo, in argomento, tra i tanti, cfr. P. ZATTI, "Parole tra noi così diverse" Per una ecologia del rapporto terapeutico, in questa **Rivista**, 2012, II, 143 ss.; G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione*, in *Pol. dir.*, 2012, 3 ss.; M. FRANZONI, *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione*, in *La Resp. civ.*, 2012, 85 ss., ove riferimenti alla giurisprudenza più significativa e recente in argomento; L. BALESTRA, *L'autodeterminazione nel "fine vita"*, in *Riv. tirm dir. proc. civ.*, 2011, 1009 ss.; G. PELLEGRINO, *Consenso informato e distorsioni cognitive*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 637 ss.; V. MONTANI, *Violazione del consenso informato e nesso di causalità*, in *Danno e resp.*, 2012, 627 ss.; R. DI CRISTO, *Il difetto di consenso al trattamento medico-sanitario*, in *Fam. Pers. e Succ.*, 2012, 275 ss.; R. PUCCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010; G. MARINI, *Il consenso*, in *Trattato Biodiritto* diretto da S. RODOTA – P. ZATTI, *Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 361 ss.

<sup>12</sup> Per la verità, sulla configurazione da dare alla posizione di interesse del paziente in ordine al suo diritto al consenso informato e, conseguentemente, sulle reazioni che può suscitare la violazione di esso, non si è raggiunta ancora una posizione univoca.

<sup>13</sup> Il riferimento è sempre a TRIB. MILANO, 14.5. 1998, cit., 93 ss.. In precedenza, esemplare era stata la decisione della Cass. pen., 13.5.1992, in *Giust. pen.*, 1992, II, 550 ss., nota come "caso Massimo"; oggi, ulteriori e rilevanti spunti provengono di sicuro dalla ricostruzione operata dal CONS. STATO, 2.9.2014, n. 4460, cit. V., da ultimo, C. COST., 6.10.2014, n. 235, con nota di L. GUFFANTI PESENTI, *La Corte costituzionale e l'inedita funzione sociale del diritto alla salute*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 1393.

*giuridiche della persona, differenti per qualità e natura, ma non per spessore di tutela accordata dal nostro ordinamento*>><sup>14</sup>

La diversità ontologica, riconosciuta alle due situazioni giuridiche soggettive così delineate, non ha, tuttavia, impedito allo stesso giudice di accomunarle sotto il profilo del tipo di tutela da accordare ad esse ed, a chiare lettere, in un altro passaggio della motivazione, ha stabilito che <<*La violazione di entrambe le posizioni giuridiche (diritto all'autodeterminazione e diritto al consenso informato), tutelate dal nostro ordinamento, comporta la commissione di un illecito extracontrattuale che può essere autonomamente valutato come produttivo di danno, se il comportamento medico adottato ha effettivamente inciso sulla sfera dell'autonomia della persona o sul suo pregresso stato di salute..... <<il comportamento medico, in tal caso, intacca beni personalissimi insuscettibili di intrusioni esterne e non sacrificabili in nome del "miglior interesse del paziente">>*>><sup>15</sup>.

E, tuttavia, in una visione più attuale, capace di recepire le sollecitazioni provenienti dalle norme del sistema, la configurazione - già da tempo ormai accreditata - del diritto all'integrità psico-fisica nel contesto del rapporto terapeutico tra medico e paziente come parte essenziale del contenuto delle prestazioni da esso derivanti ha giovato ad avvalorare la posizione giuridica soggettiva del paziente. Questa diversa impostazione ha, infatti, consentito di delineare meglio la pretesa da vantare in ordine alla scelta del rimedio da esperire in caso di lesione, in modo tale da potersi avvalere di quello più in grado di assicurare la migliore soddisfazione di un diritto strettamente connesso alla sfera esistenziale della persona e, come tale, appartenente ai diritti inviolabili che beneficiano della copertura dell'art. 2 Cost.. Infatti, l'attrazione nel contenuto obbligatorio del rapporto terapeutico dell'obbligo di salvaguardare l'integrità psico-fisica del paziente ha aperto la via alla possibilità di optare per l'esperimento dei rimedi contrattuali predisposti dal sistema per la reazione all'inadempimento di colui che, non eseguendo o eseguendo negligenemente la sua prestazione, abbia pregiudicato

---

<sup>14</sup> Così si legge in motivazione della sentenza sopra citata.

<sup>15</sup> Sulla risarcibilità del danno derivante dalla lesione del diritto all'autodeterminazione, cfr. le pertinenti considerazioni svolte a commento della sentenza da P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute*, op. cit., 7, il quale avverte circa il rischio di cadere in un fraintendimento: <<Da due premesse ineccepibili - l'integrazione della gestione della salute nel diritto fondamentale ad autodeterminarsi, e l'estensione dell'idea di salute all'unità della persona come corpo-mente - si cadrebbe in una conclusione logicamente infondata, riferendo al bene salute, nel suo aspetto mentale o sociale, la lesione dei beni percepiti dal soggetto come fondamenti della propria persona, come la libertà o l'identità. Un'operazione del genere potrebbe certo facilitare la risarcibilità e la quantificazione del danno, ma farebbe della salute un *black hole* in cui tutti i valori della persona sono assorbiti.>>

anche un diritto personalissimo dell'altra parte; fattispecie, questa, in cui è, ormai, possibile configurare una ipotesi di danno non patrimoniale da inadempimento, con conseguente qualificazione della natura della responsabilità come contrattuale.

Il riferimento teorico attraverso cui tale ricostruzione appare possibile è quello della responsabilità imputabile per via del c.d. *contatto sociale*, cui ormai da tempo dottrina e giurisprudenza riconducono proprio la responsabilità del medico<sup>16</sup>. Trattandosi di operatori che esercitano una professione che è possibile qualificare come "protetta", in quanto è richiesta una speciale abilitazione per esercitarla, ed avendo tale professione ad oggetto beni costituzionalmente garantiti (artt. 13 e 32 Cost.), ai medici che eseguono questo genere di prestazioni non si chiede semplicemente di non ledere la sfera giuridica di coloro i quali vi si rivolgono ma anche e soprattutto di esercitare la loro attività con la perizia che la deve contrassegnare in ogni momento; di modo che l'abilitazione ad essi rilasciata dall'ordinamento dovrebbe prescindere dall'esistenza o meno di un contratto, traducendosi in obblighi di comportamento nei confronti di chi su tale professionalità ha fatto affidamento entrando in <<contatto>> con l'operatore<sup>17</sup>.

## 2. La responsabilità medica dopo la l. 8 novembre 2012, n. 189

La progressiva contrattualizzazione della responsabilità medica<sup>18</sup> sembra essere stata arrestata da un recente intervento del legislatore speciale, operato con la legge 8

---

<sup>16</sup> Non è possibile in questa sede rendere conto di tutta l'elaborazione teorica che è stata fatta intorno alla figura del <<contatto sociale>>; da ultimo, in dottrina, v. per tutti, C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, soprattutto 128 ss. In giurisprudenza la locuzione <<contatto sociale>> è apparsa per la prima volta in una sentenza del 1999 (Cass. 22.1.1999, n. 589, in *Danno e resp.*, 1999, 299 ss. con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*). È stata questa la prima occasione in cui la Cassazione, richiamandosi alla dottrina ed alla giurisprudenza tedesche - sulla base della previsione di cui all'art. 1173 c.c., ha riconosciuto che è possibile rinvenire fattispecie di responsabilità contrattuale anche in assenza di contratto; le quali, pur non essendo il fatto generatore di esse un contratto, tuttavia, si atteggiavano come vere e proprie obbligazioni sottoponendosi, in tal modo, alla loro disciplina (in tal senso, Cass. 20.12. 2011, n. 27648, la quale, trattando della natura della responsabilità pre-contrattuale della P.A., è stata oggetto di numerosi commenti, tra i quali si segnalano: C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 1233 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità pre-contrattuale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 1944 ss.). Da ultimo, in senso fortemente critico verso il concetto di contatto sociale, v. A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts (La resistibile ascesa del <<contatto sociale>>)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 77 ss.

<sup>17</sup> Per una disamina critica di tale ricostruzione e delle posizioni assunte dalla giurisprudenza <<..... in cui appare prevalere una certa confusione di idee .... >>, v. A. ZACCARIA, op. ult. cit., 93 ss.. Considerazioni critiche anche da F. RICCI, *Due diligence e responsabilità*, Bari, 2008, soprattutto 129 ss.

<sup>18</sup> Si vedano, tra i molti, V. ZENO-ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento* in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 297 ss.; V. OCCORSIO, *Cartella clinica e*



novembre 2012, n. 189, laddove è stato espressamente previsto che «L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo.»<sup>19</sup>.

La *ratio* della norma mira a depenalizzare la condotta lesiva caratterizzata da colpa lieve del sanitario che si sia attenuto alle linee guida ed alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica; alla norma in questione non è stato, invece, unanimemente riconosciuto il fine di dettare una nuova regola per la responsabilità civile del sanitario, limitandosi essa a richiamare la regola generale di cui all'art. 2043 per i casi in cui si incorra in responsabilità.

Fondata e legittima, dunque, la questione posta dagli interpreti in ordine alla intenzione del legislatore speciale di modificare, con il richiamo all'art. 2043 c.c., il regime di responsabilità dell'esercente una professione sanitaria.

La giurisprudenza e la dottrina immediatamente successive all'entrata in vigore della l. 189, infatti, si sono divise in ordine alla portata innovativa della norma<sup>20</sup>.

*responsabilità medica*, Milano, 2011; S. ALEO – R. DE MATTEIS – G. VECCHIO (a cura di), *Le responsabilità in ambito sanitario*, Padova, 2014.

<sup>19</sup> Sulla norma citata, con ordinanza del 21 marzo 2013, il Tribunale di Milano ha sollevato una questione di illegittimità costituzionale, per violazione degli art. 3, 24, 25, 27, 28, 32, 33, 111 Cost.. La Corte Costituzionale (ord. n. 295 del 6.12. 2013, reperibile su [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)) ha dichiarato, però, la questione manifestamente inammissibile.

<sup>20</sup> Per una rassegna di pronunce, sul tema, si veda: TRIB. MILANO, 17.7. 2014, in *Persona e mercato*, 3, 2014 con nota di A. GORGONI; CASS. 19.2. 2013, n. 4030; TRIB. AREZZO, 14.2. 2013; TRIB. MILANO, 21.3.2013; TRIB. TORINO 26.2.2013; TRIB. VARESE 26.11. 2012, n. 1406, tutte in *Danno e resp.*, 2013, I, 367 ss. con commento di V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*. Molte posizioni dottrinali sono brevemente analizzate da A. QUERCI, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, fra riforma Balduzzi, disegni di legge e novità giurisprudenziali* in questa *Rivista*, 2014, II, 15 ss. Si vedano poi: F. D. BUSNELLI, *La dottrina delle Corti e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2014, II, 473 ss.; G. VETTORI, *La responsabilità medica e il danno non patrimoniale fra legge e giudice. Un invito al dialogo*, in *Persona e mercato*, 2013, 4, 356; R. BREDA, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in *Contr. impr.*, 2014, 3, 786; C. SCOGNAMIGLIO, *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della l. n. 189/2012*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, III, 1988 ss. (nota a TRIB. CALTANISSETTA 1.7. 2013); TRIB. CREMONA, 19.9. 2013, in questa *Rivista*, 2014, I, p. 452 ss. con nota di A. QUERCI, *La riforma Balduzzi alla prova della giurisprudenza: il punto di vista del Tribunale di Cremona*; TRIB. FIRENZE, 12.2.2014, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 2, 737 ss. con nota di A. GARIBOTTI, *Un nuovo fronte di battaglia per gli studiosi della responsabilità civile: l'interpretazione della legge Balduzzi*; TRIB. ENNA, 18.5. 2013, n. 252, in *Danno e resp.*, 2014, 1, 74 ss. con commento di D. ZORZIT, *La responsabilità del medico alla luce del "Decreto Balduzzi": un viaggio tra nuovi e vecchi scenari*; P. GATTARI, *Profili civilistici della legge Balduzzi: il senso del richiamo all'art. 2043 c.c.*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 3, 1039 ss.; R. PARTISANI, *La nuova responsabilità sanitaria, dopo il decreto Balduzzi*, *ivi*, 2013, 1, 350 ss.; R. BREDA, *La responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria alla luce della c.d. legge Balduzzi: ipotesi ricostruttive a confronto*, in *Riv. it. di med. leg.*, 2013, 2, 751 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 159 ss.

Sul fronte giurisprudenziale, si segnala già qualche pronuncia di legittimità; la Suprema Corte<sup>21</sup> è, infatti, recentemente intervenuta stabilendo che la “*materia della responsabilità civile segue le sue regole consolidate [...] anche per la responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria, da contatto sociale*”. Nell’interpretazione data dai giudici della Suprema Corte, l’intervento del legislatore ha inteso solo modificare il diritto penale vigente, <<*per agevolare l’utile esercizio dell’arte medica, senza il pericolo di pretestuose azioni penali*>><sup>22</sup>, senza volere, invece, mutare la natura della responsabilità civile.

A pochi mesi dalla prima pronuncia, la Corte di Cassazione è tornata ad occuparsi della materia,<sup>23</sup> ribadendo la natura penale della disciplina speciale e la convinzione secondo cui il richiamo esplicito all’art. 2043 c.c. starebbe a significare che, in sede di responsabilità civile, si debba prescindere da questa qualificazione al fine di stabilirne la natura, restando rilevante, in ogni caso, anche la meno riprovevole “colpa lieve”<sup>24</sup>.

In tema, di recente<sup>25</sup>, occorre segnalare anche una ordinanza con cui la Terza sezione civile della Suprema Corte, trattando di una richiesta risarcitoria avanzata dai genitori di una bambina nata con la sindrome di Down non diagnosticata, ha rimesso alle S.U. una serie di questioni il cui esame condurrà certamente l’interprete a toccare anche il tema della natura della responsabilità del medico.

Nel caso in questione, i genitori - in proprio e quali esercenti la potestà - hanno convenuto in giudizio sia i medici che la struttura sanitaria assumendo che la madre fosse stata avviata alla prosecuzione della gravidanza senza i necessari approfondimenti, benché dai controlli periodici fossero emersi risultati piuttosto critici, e che, se avesse saputo, essa sarebbe ricorsa alla interruzione della gravidanza *ex art. 6, lett. b) della l. 22 maggio 1978, n. 194*.

La domanda risarcitoria è stata rigettata nei gradi di merito; i giudici hanno ritenuto, infatti, non provato il presupposto del grave pericolo per la salute fisica o

---

<sup>21</sup> CASS. 19.2. 2013, n. 4030 cit., p. 367.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> CASS. 17.4. 2014, n. 8940, reperibile *online* su *Cassazione civile*.

<sup>24</sup> Nella ordinanza del 2014, citata nella nota precedente, si legge testualmente che la norma <<*quando dice che resta comunque fermo l’obbligo di cui all’art. 2043 c.c., poiché in lege aquilia et levissima culpa venit, vuole solo significare che il legislatore .....non ha inteso certamente prendere alcuna posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità di quella natura*>>.

<sup>25</sup> CASS.. 23.2. 2015, n. 3569.

psichica della madre, presupposto cui la legge subordina la possibilità di interrompere la gravidanza dopo il novantesimo giorno<sup>26</sup>.

Impugnata la decisione del merito dinanzi alla Suprema Corte, questa, ha rilevato che, in materia, esiste una diversità di orientamenti nella giurisprudenza di legittimità sia in ordine al contenuto della prova richiesta alla madre<sup>27</sup> sia in ordine al riconoscimento in capo al concepito del diritto al risarcimento per non essere nato sano<sup>28</sup>; da qui l'ordinanza di rimessione della questione dinanzi alle S.U. sopra citata che, al momento in cui si scrive, non risulta ancora trattata.

Più variegato è, invece, l'orientamento seguito in materia dalla giurisprudenza di merito. Per il Tribunale di Arezzo<sup>29</sup>, *“il richiamo all'art. 2043 c.c. è limitato all'individuazione di un obbligo ..... senza alcuna indicazione in merito ai criteri da applicare nell'accertamento della responsabilità risarcitoria (se non che deve tenersi “debitamente conto” del rispetto delle linee guida e delle buone pratiche)”* e non comporta, quindi, alcuna modifica del regime di responsabilità, nel senso di un ritorno alla responsabilità aquiliana del medico<sup>30</sup>.

Analoghe argomentazioni si leggono nella decisione del Tribunale di Cremona<sup>31</sup>, secondo cui appare chiaro che *“l'art. 3 non rinvia all'art. 2043 c.c. nella sua interezza, limitandosi ad affermare che rimane fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c. e allora, se*

<sup>26</sup> I giudici di merito, inoltre, hanno respinto la domanda risarcitoria dei genitori in favore della figlia minore per carenza di legittimazione attiva, non essendo ancora nata al momento in cui è sorto il danno. E' l'annosa questione relativa al c.d. <<diritto a nascere sani>>.

<sup>27</sup> Al riguardo, secondo un primo orientamento (CASS. 10.5. 2002, n. 6735; 29.7. 2004, n. 14488; 4.1. 2010, n. 13; 13.7. 2011, n. 15386) <<è sufficiente che la donna alleghi che si sarebbe avvalsa di quella facoltà se fosse stata informata della grave malformazione del feto, essendo in ciò implicita la ricorrenza delle condizioni di legge per farvi ricorso>>. In questi casi, l'esigenza della prova sorge solo quando il fatto sia contestato dalla controparte, nel qual caso si deve stabilire - in base al criterio del <<più probabile che non>> applicato al momento della gravidanza - se, a seguito della omessa informazione sarebbe sorto uno stato psico-fisico qualificabile come pericolo per la salute fisica o psichica della donna. Questo orientamento è stato recentemente sottoposto a critica dagli stessi giudici di legittimità, i quali hanno, invece, affermato che in mancanza di una preventiva <<espressa ed inequivoca dichiarazione della volontà di interrompere la gravidanza in caso di malattia genetica>>, la semplice richiesta di un accertamento diagnostico costituisca solo un indizio isolato, sicché il giudice di merito deve, caso per caso, accertare se una simile presunzione sia sufficiente a provare quel fatto; con la conseguenza che, per il principio di vicinanza della prova e della estrema difficoltà di fornire la prova negativa, è onere di parte attrice integrare il contenuto della presunzione con elementi ulteriori da sottoporre all'esame del giudice (così, CASS. 2.10. 2012, n. 16754; 22.3.2013, n. 7269; 10.12. 2013, n. 27528; 30.5. 2014, n. 12264).

<sup>28</sup> Negano l'esistenza di un <<diritto a nascere sano>> CASS. 29.7. 2004, n. 14488; 14.7. 2006, n. 16123; 11.5. 2009, n. 10741; *contra*, CASS. 3.5. 2011, n. 9700; 2 ottobre 2012, n. 16754.

<sup>29</sup> TRIB. AREZZO, 14.2. 2013 cit. p. 369. In senso conforme, TRIB. CALTANISSETTA, 1.7. 2013, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 1980 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, cit.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Si tratta di TRIB. CREMONA, 19 settembre 2013, cit.

si scorre il testo di tale norma, ci si avvede che l'unico obbligo espressamente previsto è quello di risarcire il danno provocato"<sup>32</sup>.

Anche per il Tribunale di Firenze<sup>33</sup> il richiamo all'art. 2043 non sarebbe decisivo: si ripropongono, in proposito, le argomentazioni della prima pronuncia della Corte di Cassazione<sup>34</sup> cui si affiancano considerazioni volte a sottolineare come la norma in questione non abbia natura di norma di interpretazione autentica.

Tra le decisioni dei giudici di merito, alcune sentenze sono, tuttavia, espressione di un orientamento affatto diverso ed in senso contrario; per il Tribunale di Torino<sup>35</sup> *"l'art. 3 della l. 189 del 2012 cambia il "diritto vivente", operando una scelta del tutto chiara"* che comporta l'abbandono della teoria del contatto sociale *"e porta la lite all'interno della responsabilità aquiliana, con conseguente spostamento dell'onere probatorio tutto a carico della parte attrice"*.

Del tutto dirimente l'apporto della l. 189 del 2012 circa la qualificazione della natura della responsabilità medica anche per il Tribunale di Varese<sup>36</sup> secondo cui *"il legislatore sembra, (consapevolmente e non per dimenticanza) suggerire l'adesione al modello di responsabilità civile medica così come disegnato anteriormente al 1999"*<sup>37</sup>.

Da ultimo è intervenuto il Tribunale di Milano<sup>38</sup> il quale, allineandosi a quest'ultimo orientamento, ha operato una netta distinzione in ambito di responsabilità sanitaria tra il regime di responsabilità della struttura ospedaliera - che ha natura contrattuale - e quello richiamabile nei confronti del medico - che risponde, invece, a titolo di responsabilità extracontrattuale - con conseguente diverso atteggiarsi dell'onere probatorio e diverso termine di prescrizione<sup>39</sup>.

---

<sup>32</sup> Id., 453.

<sup>33</sup> TRIB. FIRENZE, 12.2. 2014, cit.

<sup>34</sup> CASS. 19.2. 2013, n. 4030 cit.

<sup>35</sup> TRIB. TORINO, 26.2. 2013 cit., 374-375.

<sup>36</sup> TRIB. VARESE, 26.11. 2012, n. 1406 cit., 376.

<sup>37</sup> Secondo il Tribunale di Varese, questa interpretazione sarebbe coerente con la finalità perseguita dal legislatore che, tra le finalità della disciplina speciale, ha tenuto in considerazione anche il contrasto alla c.d. medicina difensiva, *"in quanto viene alleggerito l'onere probatorio del medico e viene fatto gravare sul paziente anche l'onere (non richiesto dall'art. 1218 c.c.) di offrire dimostrazione giudiziale dell'elemento soggettivo di imputazione di responsabilità"*. Conclusioni simili anche per TRIB. ENNA, 18.5. 2013, n. 252, cit., che riprende, *in parte qua*, le motivazioni del Trib. di Varese.

<sup>38</sup> TRIB. MILANO, 17.7. 2014, cit.

<sup>39</sup> Tra i passaggi più rilevanti della decisione citata si legge : *<< Nell'art.3 comma 1 della legge Balduzzi il Parlamento Italiano (...) ha voluto indubbiamente limitare la responsabilità degli esercenti una professione sanitaria ed alleggerire la loro posizione processuale anche attraverso il richiamo all'art. 2043 c.c. - escludendo la responsabilità penale nei casi di colpa lieve riconducibili al primo periodo, ma facendo salva anche in tali casi la responsabilità civile (da inadempimento nei casi in cui preesiste un*

Il contrasto tra l'orientamento della Suprema Corte e di una parte della giurisprudenza di merito è indicativo della poca chiarezza della norma e della incapacità del legislatore di incorporare nella *ratio legis* alcune delle istanze, pure fondate, che stanno alla base della disciplina - la tendenza ad arginare il ricorso alla c.d. "medicina difensiva" ed il proliferare delle azioni di responsabilità verso i medici - e di coniugarle con l'individuazione del regime di responsabilità più adeguato ad assicurare la migliore tutela ai danneggiati. Arginare l'abuso del ricorso all'azione di responsabilità per danni alla salute e frenare la tendenza a praticare la c.d. "medicina difensiva" non sempre possono essere realizzate operando una netta distinzione delle due forme di responsabilità. Sarebbe stato più utile e costruttivo indicare nella legge speciale un criterio ermeneutico per consentire agli interpreti, chiamati ad applicare le norme dopo averle interpretate alla luce dei principi generali che tutelano la salute della persona ed impongono l'integrale riparazione del danno, di richiamare il regime di responsabilità che, caso per caso, meglio si presta all'attuazione dei mezzi di tutela più adeguati e congrui alle peculiarità delle istanze risarcitorie di volta in volta prospettate; naturalmente, sempre nel contesto di una interpretazione che sia sempre *secundum legem* e finalizzata al superiore principio di tutela della persona.

### **3 – La lesione dell'integrità psico-fisica tra inadempimento e *neminem laedere***

Si è detto già che, per la configurazione data alle situazioni giuridiche che verrebbero violate in caso di "inadempimento" o di negligente adempimento nella prestazione di trattamenti sanitari ed in considerazione della copertura costituzionale di cui esse godono, appare agevole ricondurle nell'alveo dei diritti fondamentali della persona (artt. 13 e 32, 2° comma, Cost.), la cui lesione a causa dell'inadempimento è suscettibile di generare anche un danno non patrimoniale : configurazione, questa, che, per quanto agevole, colloca la tematica nell'alveo del dibattuto problema del fondamento normativo cui far risalire la risarcibilità del danno medesimo.

---

*contratto concluso dal medico con il paziente e da fatto illecito negli altri casi .....>>. << Ricondurre in tali casi la responsabilità del medico nell'alveo della responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c. dovrebbe altresì favorire la cd alleanza terapeutica fra medico e paziente, senza che (più o meno inconsciamente) venga inquinata da un sottinteso e strisciante "obbligo di risultato" al quale il medico non è normativamente tenuto (ma che, di fatto, la responsabilità ex art. 1218 c.c. da "contatto sociale" finisce a volte per attribuirgli, ponendo a suo carico l'obbligazione di risarcire il danno qualora non sia in grado di provare di avere ben adempiuto e che il danno derivi da una causa a lui non imputabile) e che è spesso alla base di scelte terapeutiche "difensive", pregiudizievoli per la collettività e talvolta anche per le stesse possibilità di guarigione del malato».*

La questione posta,<sup>40</sup> per la sua esatta impostazione implica qualche breve cenno al tema della funzione svolta dai principi costituzionali nella disciplina della tutela risarcitoria<sup>41</sup>, laddove un posto di primo piano è occupato dalla individuazione del collegamento tra norme costituzionali e clausola generale dell'ingiustizia del danno<sup>42</sup>. Sotto questo aspetto, sembra necessario procedere con una valutazione comparativa tra gli interessi in conflitto, dovendo essere il danno *non iure e contra ius*; di modo che, quando tali interessi siano di rango costituzionale, si pone all'interprete il compito di procedere ad una qualificazione in via prioritaria circa il "valore" del diritto, richiamandosi sia ai principi che alle regole<sup>43</sup>.

Riferendosi espressamente alla lettura, costituzionalmente orientata, data dalla Suprema Corte all'art. 2059 c.c. con le ormai note sentenze n. 8827 e n. 8828 del 2003,

---

<sup>40</sup> La tematica qui accennata condurrebbe naturalmente alla disamina della spinosa questione che, dopo i numerosi interventi da parte della giurisprudenza, con la sentenza delle S. U. della Suprema Corte dell'11.11.2008, n. 26972, (in AA.VV., *Il danno non patrimoniale – Guida commentata alle decisioni delle S.U. 11 novembre 2008, nn. 28972/3/4/5/1*, Milano, 2009) sembrava aver conseguito un assetto sistematico. In tale ordine di idee si poneva già il saggio di V. SCALISI, *Danno alla persona e ingiustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 147 ss..

Non è possibile in questa sede trattare in tutte le sue sfaccettature il tema del danno non patrimoniale per cui, tra le numerose opere più recenti, si rinvia : M. BARCELLONA, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008; C.CASTRONOVO, *Danno non patrimoniale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, 5 ss.; S. PATTI – S. DELLE MONACHE, *Responsabilità civile – Danno non patrimoniale*, Torino, 2010; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2010; M.BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011; P. ZIVIZ, *I danni non patrimoniali*, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto italiano nella giurisprudenza*, Torino, 2012; EA., *Il danno non patrimoniale si addentra in nuovi territori*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1978; C. SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazioni sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 527 ss; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO – M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014; R.PUCELLA, *Lesione del valore-persona e danno-conseguenza : un'architettura da rimodernare*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 55 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, op. cit., 204 ss.

<sup>41</sup> Secondo E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 78 : <<I principi costituzionali a tutela dei diritti inviolabili possono esplicitare, in materia risarcitoria, differenti funzioni : interagire con il contenuto delle clausole generali, orientare il processo ermeneutico (interpretazione adeguatrice), identificare lacune nel sistema delle regole e dare fondamento ad un'applicazione dell'analogia iuris">>; G. VETTORI, *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale – Guida commentata alle decisioni delle S.U. 11 novembre 2008, nn. 28972/3/4/5/1*, Milano, 2009, 108, individua il percorso per selezionare i danni derivanti dalla violazione di diritti inviolabili muovendo dagli artt. 2 e 3 Cost. e dalle norme comunitarie per richiamare le varie norme che contengono precisi riferimenti alla rilevanza costituzionale della vita della persona (famiglia, scuola, lavoro).

<sup>42</sup> Alla indagine storica sul ruolo dell'ingiustizia come elemento primario della responsabilità per i danni non patrimoniali, dedica ampie pagine E. NAVARRETTA, op. ult. cit., 142 ss. (testo e note), alla quale si rinvia anche per la dottrina più risalente che si è occupata dell'argomento. Sul tema, più di recente, v. C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno e tecniche attributive di tutela aquiliana (le regole di responsabilità civile ed il caso Cir. c. Fininvest)*, in questa *Rivista*, 2014, II, 357 ss.

<sup>43</sup> Cfr. diffusamente sul punto, A. RUGGERI, *Prospettive di aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali*, pubblicata sul sito dell'Associazione dei costituzionalisti italiani il 10 giugno 2008.

nella decisione n. 26972 del 2008 le S.U. completano la definizione in termini ricostruttivi, partendo dalla identificazione del danno non patrimoniale con il danno determinato dalla lesione di interessi inerenti alla persona non connotati da rilevanza economica e precisando che il suo risarcimento postula la verifica della sussistenza degli elementi nei quali si articola l'illecito civile extracontrattuale definito dall'art. 2043 c.c. : <<L'art. 2059 c.c. non delinea una distinta fattispecie di illecito produttiva di danno non patrimoniale, ma consente la riparazione anche dei danni non patrimoniali, nei casi determinati dalla legge, nel presupposto della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della struttura dell'illecito civile, che si ricavano dall'art. 2043 c.c. >><sup>44</sup>

Sul piano civilistico, l'adozione di qualsiasi criterio di valutazione, preordinato a tal fine, implica, in primo luogo, l'individuazione di una regola che consenta di identificare dove si integri l'ingiustizia del danno; il che impone poi di accertare, sulla base della regola così individuata, quale interesse debba prevalere nel caso concreto.

Al riguardo, l'orientamento delle S.U., espresso nella decisione sopra richiamata, è chiaro nel senso di ritenere che la risarcibilità del danno non patrimoniale, implicando sul piano dell'ingiustizia la selezione degli interessi dalla cui lesione consegue il danno medesimo, richiede che l'individuazione di tali interessi avvenga o a livello normativo, negli specifici casi determinati dalla legge, o <<in via di interpretazione da parte del giudice, chiamato ad individuare la sussistenza, alla stregua della Costituzione, di uno specifico diritto inviolabile della persona necessariamente presidiato dalla minima tutela risarcitoria, senza che sia precluso al legislatore ampliare il catalogo dei casi determinati dalla legge ordinaria>>; sicché, a parere delle S.U., “Il catalogo dei casi in tal modo determinati non costituisce numero chiuso>>.

La tutela, dunque, non è ristretta ai diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico, ma, <<in virtù dell'apertura dell'art. 2 Cost. ad un processo evolutivo, deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente

---

<sup>44</sup> Così si legge nella motivazione della sentenza cui si fa riferimento nel testo e su cui v. C. CASTRONOVO, *Danno non patrimoniale : il lungo addio*, cit., 6-7.

Rileva, al riguardo, M. FRANZONI, *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, cit., 4 :<<In altri termini il sistema bipolare prefigurato dal codificatore non comporta la nascita di una duplicità di illeciti : l'illecito aquiliano è unitario, bipolare è il conseguente danno risarcibile, ripartito fra danno patrimoniale e danno non patrimoniale>>.

*rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana>>.<sup>45</sup>*

Nella prospettiva civilistica della tutela degli interessi personali, la regola idonea a coadiuvare l'interprete è stata da tempo individuata in quella contenente la clausola della correttezza e dell'abuso del diritto<sup>46</sup>, categorie in grado di coadiuvare l'interprete nell'applicazione di un principio costituzionale in un giudizio ordinario in cui vagliare l'ingiustizia di un danno, avendo esse la capacità di “considerare le modalità di svolgimento dell'«attività di relazione»», affinché si determini la minore ingerenza ed il minor danno possibili nell'altrui sfera di interessi”<sup>47</sup>.

E vi è di più. Dopo la decisione delle S. U. del 2008, nella ricostruzione del concetto di danno non patrimoniale, deve porsi nel giusto rilievo l'altro presupposto essenziale della tutela risarcitoria, dovendo ricorrere, oltre al requisito dell'ingiustizia, anche quello della “gravità dell'offesa”; la quale, “costituisce requisito ulteriore per l'ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionali inviolabili. Il diritto deve essere inciso oltre una certa soglia minima, e la lesione deve eccedere una certa soglia di offensività”.

La funzione assegnata dalle S.U. alla gravità della lesione ed alla serietà del danno è quella di realizzare un «*bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile.*»<sup>48</sup>; da tali considerazioni discendono le conclusioni, secondo cui «*il danno*

---

<sup>45</sup> Così si legge, ancora, nella motivazione della sentenza delle S. U. n. 26972 del 2008. Rileva, al riguardo, M. FRANZONI, op. ult. cit., 3 : «*In definitiva, sui diritti fondamentali i giudici sembrano voler creare la separazione tra quelli inviolabili riconducibili all'art. 2 cost., e gli altri che, pur essendo fondamentali, come ad esempio la proprietà, tuttavia, non sono inviolabili*». Al riguardo, C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale : il lungo addio*, op. cit., 6, distingue tra un “primo modello di rinvio” - che è quello operato a tutti i casi esplicitamente previsti dal legislatore come danni non patrimoniali risarcibili - ed un'altra forma di rinvio a quegli altri casi in cui il risarcimento si impone per la qualità dell'interesse tutelato, ossia per la qualità che assiste ogni diritto che riceve specifica tutela costituzionale.

<sup>46</sup> E' la tesi di E. NAVARRETTA, op. ult. cit., 167 ss., supportata anche dalla dottrina dei costituzionalisti, la quale supera la riserva relativa alla applicabilità del principio dell'abuso del diritto agli interessi personali in considerazione della irrilevanza sul concetto del dato della patrimonialità e della dimensione comparativa fra contrapposti interessi propria del principio stesso (v., su punto, 168 ss.).

<sup>47</sup> Testualmente, E. NAVARRETTA, op. ult. cit., p. 187-188.

<sup>48</sup> Cfr., al riguardo, le considerazioni sulla gravità dell'offesa svolte da C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale : il lungo addio in Danno e resp.*, 2009, 8, il quale sottolinea come la necessità di tale requisito sia un principio che «*riguarda la responsabilità civile nel suo insieme, senza distinzione tra danno patrimoniale e no*».



*non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate>>.*

### **3 – Il danno all’integrità psico-fisica nella prospettiva dell’integrale riparazione**

Nell’attuale sistema aquiliano dei danni è ancora in essere in dottrina il dibattito su un’asserita struttura bipolare della tutela civile risarcitoria e sulla opportunità di ricondurre l’intero tema del danno non patrimoniale all’art. 2059 c.c., dopo che esso era approdato, unitamente al danno patrimoniale, nell’art. 2043 sulla base di una rilettura “costituzionalmente orientata” della clausola generale del danno ingiusto<sup>49</sup>.

Al di là di quelli che sono stati definiti “schemi descrittivi” e non già “paradigmi costruttivi” di una diversa essenza della fattispecie di responsabilità civile<sup>50</sup>, per una esatta configurazione del danno risarcibile, anche di quello non patrimoniale, appare ineludibile il costante riferimento alla locuzione “*danno ingiusto*”, contenuta nella norma generale, laddove l’”*ingiustizia*” rappresenta l’elemento scriminante ed il criterio decisivo per il riconoscimento del risarcimento.

Il danno non patrimoniale, dunque, per quanto sia possibile declinarlo in diverse figure specifiche, deve essere pur sempre caratterizzato dalla “*ingiustizia*” dell’agire altrui per poter essere risarcito e, dunque, non può essere predeterminato o stabilito in astratto ma deve essere rinvenuto sulla base del pregiudizio realmente prodotto dal fatto lesivo su un interesse inerente ad un valore della persona umana e non suscettibile di valutazione economica; ma con la dovuta attenzione volta ad evitare che si incorra in una indefinita moltiplicazione giurisprudenziale dei diritti inviolabili da tutelare<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Cfr., al riguardo, F. D. BUSNELLI, *Il modello <<bipolare>> del sistema italiano di risarcimento dei danni alla persona*, in ID., *Il danno biologico dal <<diritto vivente>> al <<diritto vigente>>*, Torino, 2001, 269 ss., e la proposta sistematica di V. SCALISI, *Danno alla persona e ingiustizia* in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 147 ss..

In giurisprudenza, cfr. sempre CASS. nn. 8827 e 8828 del 31.5. 2003 in *Foro it.*, 2003, I, 2272 ss., con nota di E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali : il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*, avallate da CORTE COST., 11.7.2003, n.233, *ivi*, 2201 con nota di EAD., *La Corte Costituzionale e il danno alla persona*. Ribadiscono la struttura bipolare della responsabilità civile anche le S.U. con la citata sentenza n. 26972 del 2008.

<sup>50</sup> Queste le testuali parole di V. SCALISI, *cit.*, 156, il quale precisa : <<In altri termini, sia che si tratti di danni patrimoniali o di danni non patrimoniali, la fattispecie dell’illecito civile resta nei suoi *essenzialia*, e cioè nei suoi elementi costitutivi di struttura e funzione, unitaria ed unica ed è precisamente quella e sempre quella prevista e descritta dall’art. 2043>>.

<sup>51</sup> Su tale posizione si colloca il pensiero della migliore dottrina.

Sul piano applicativo, a tale rischio si aggiunge, altresì, l'estrema difficoltà di individuare i criteri più adatti per la quantificazione dei danni non patrimoniali; problema, questo, strettamente connesso alla e dipendente dalla funzione che si deve riconoscere al risarcimento cui dà luogo la riconosciuta tutela ad un interesse della persona.

Com'è noto, ancora oggi, il dibattito sulle funzioni della responsabilità civile è tutt'altro che sopito, essendo al più riusciti ad approdare alla conclusione - per la verità, già da tempo prospettata<sup>52</sup> - della impossibilità di attribuire ad essa una funzione esclusiva ed unitaria; ciò vale, soprattutto, in presenza di danni all'integrità psico-fisica, laddove spesso si combinano i presupposti per la coesistenza delle teorie funzionali del risarcimento.<sup>53</sup>

Il danno non patrimoniale, per quanto non ponderabile ed eterogeneo, è, tuttavia, oggetto di risarcimento ex art. 20159 c.c.; ma la funzione del suo risarcimento non è incentrata sul mero pregiudizio subito, secondo una logica compensativa, quanto piuttosto sull'offesa e sulla sua entità e, dunque, risponde meglio ad una logica di oggettiva solidarietà con la vittima<sup>54</sup>.

Sulla base di simile ricostruzione, è possibile accogliere una concezione più ampia del danno all'integrità psico-fisica, nel quale sarà possibile far rientrare non soltanto il

---

<sup>52</sup> Da C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, op. cit., 128, secondo cui «<punire, prevenire, ristorare, rendere giustizia, vendicare, diluire il carico dei danni, ripartire le perdite ed i rischi., allocare le risorse nel modo più efficiente, controllare le attività produttive ed i servizi pubblici, garantire il funzionamento ottimale del mercato ed il valore primario della persona umana, sono compiti troppo numerosi e contraddittori non solo per il Titolo IX del libro IV, ma per qualunque sistema positivo>>, nonché ID., *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazioni sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, cit., 527 ss.

<sup>53</sup> Cfr., al riguardo, E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., p. 377, secondo cui «la logica solidaristico-satisfattiva, d'altro canto, si dimostra compatibile senza eccezioni con qualsiasi ipotesi di danno non patrimoniale e con tutte le previsioni normative applicabili in materia».

<sup>54</sup> La tesi del danno *in re ipsa* comunque risarcibile sembrava definitivamente abbandonata con la più volte citata sentenza delle S.U. del 2008, la quale aveva ribadito la necessità di fornire la prova del danno e della perdita effettivamente subiti. Sulla opportunità di fare riferimento, in materia di danno non patrimoniale, al termine riparazione anziché a quello di risarcimento in considerazione della impossibilità di procedere ad una sua immediata valutazione pecuniaria, v. già G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, op. cit., 87 ss.. Si deve, tuttavia, dar conto in questa sede della recente pronuncia (CASS. 23.1. 2014, n. 1361, in *Foro it.*, 2014, I, 719 ss) la quale, pur qualificandolo come eccezione alla regola generale, sembra riconoscere al danno da uccisione la natura di danno *in re ipsa*. Sorto contrasto giurisprudenziale in ordine alla risarcibilità *iure hereditario* del danno tanatologico per la immediata perdita della vita, la questione è ora posta al vaglio delle S.U. che sono state chiamate ad intervenire (Cass. Ord. 4.3.2014, n.5056, *ibidem*) proprio sulla *querelle* inerente all'ammissibilità del risarcimento di questo tipo di danno a favore degli eredi del defunto. In dottrina, cfr. sul tema, R. PUCELLA, *Lesione del valore-persona e danno-conseguenza : un'architettura da rimodernare*, cit., in senso critico-ricostruttivo; sempre in chiave problematica verso tale ricostruzione si pone E. BARGELLI, *Danno non patrimoniale iure hereditario : spunti per una riflessione critica*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 729.

pregiudizio emotivo-soggettivo (o danno morale), ma anche il profilo oggettivo, consistente nelle ricadute sociali sulla sfera del danneggiato e nelle limitazioni esistenziali della vittima<sup>55</sup>; da essa sarà, altresì, possibile ricavare la regola di risarcibilità, da incentrare intorno al criterio dell'ingiustizia e, segnatamente, della gravità dell'offesa oggettivamente determinatasi.

Alla luce di tali considerazioni, in sede risarcitoria non può essere formulato un giudizio anticipato ma è necessario procedere ad una valutazione successiva e conseguente del fatto lesivo dell'integrità psico-fisica della persona, giuridicamente rilevante ed apprezzabile come illecito<sup>56</sup>, e meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, stante l'«*ingiustizia costituzionalmente qualificata*» del danno arrecato.

La teorica del danno non patrimoniale come sopra ricostruita sembra ben adattarsi alla configurazione del tipo di danno che si deve risarcire in caso di lesione dell'integrità psico-fisica della persona nel rapporto terapeutico. Una tale ricostruzione sembra potersi sostenere anche dopo aver inquadrato questo tipo di lesione nell'ambito del rapporto obbligatorio che si instaura tra medico e paziente, dal momento che è ormai ampiamente riconosciuto che il danno non patrimoniale possa derivare anche dall'inadempimento di una prestazione<sup>57</sup>.

Come già rilevato, infatti, nel tema che ci occupa, si è dinanzi ad una particolare categoria di rapporti contrattuali, ascrivibili al più ampio settore dei cc.dd. contratti di protezione, cui è possibile ricondurre anche i rapporti terapeutici, dove, in considerazione degli interessi concreti da realizzare, l'eventuale inadempimento, avendo riguardo alla salute ed alla sfera esistenziale della persona, è suscettibile di ledere anche diritti inviolabili. In questo genere di rapporti contrattuali, il contenuto delle obbligazioni non può considerarsi limitato alle prestazioni sanitarie di cui il paziente ha

---

<sup>55</sup> Rileva, al riguardo, E. NAVARRETTA, op. ult. cit., 377 : «<Infine, un'ultima e decisiva indicazione esegetica deve trarsi dalla fonte costituzionale, valutando il precetto generale dell'art. 2 C. nella sua proiezione specifica verso il settore privatistico del risarcimento del danno non patrimoniale>>

<sup>56</sup> «<Stando così le cose, anche la conclusione appare obbligata : per essere ammesso al risarcimento, l'interesse della persona non deve necessariamente godere di apposita copertura costituzionale e neppure formare necessariamente oggetto di specifica situazione giuridica soggettiva né tanto meno di un diritto inviolabile, essendo sufficiente, non diversamente da quanto avviene per l'interesse patrimoniale e la corrispondente voce di danno, che siffatto interesse risulti meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, alla stregua dei principi del sistema normativo interno ed europeo come pure nelle diverse Carte dei diritti dell'uomo vigenti in ambito internazionale>>, così, testualmente, V. SCALISI, op. ult. cit., 158.

<sup>57</sup> Dottrina e giurisprudenza sono ormai consolidate. Tra i più recenti contributi sul tema, v. M. R. MARELLA, *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediabile nei danni non patrimoniali da inadempimento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 35 ss.. Per un'accurata rassegna, cfr. V. OCCORSIO, *Il ginecologo di fiducia che affidi la propria paziente ad una casa di cura <<inidonea>> risponde di colpa omissiva*, nota a CASS. 19.2. 2013, n. 4029, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 843 ss.

bisogno e che costituiscono il nucleo essenziale del sinallagma tipico del contratto d'opera professionale; appare, infatti, ragionevole ritenere che esso comprende anche tutti quegli obblighi di protezione che, sulla base del criterio di valutazione della diligenza e della buona fede, si riterranno essenziali per il migliore soddisfacimento degli interessi concreti del paziente - creditore.

La configurazione del danno alla integrità psico-fisica come danno non patrimoniale da inadempimento consegna all'interprete l'arduo compito di individuare e delineare il contenuto degli obblighi di protezione; il che potrebbe costituire proprio il limite di tale ricostruzione, stante l'ampio potere discrezionale che l'attività implica in capo a quel particolare interprete che è chiamato anche ad applicare le norme. E, tuttavia, sul presupposto che nell'esercizio di tale potere discrezionale operino, quali contrappesi, i criteri ermeneutici della buona fede e della ragionevolezza, la ricostruzione sopra prospettata implica, quale sua naturale conseguenza, la possibilità di ricondurre tale fattispecie alla disciplina contemplata per la responsabilità da inadempimento *ex art.* 1218 c.c.; di modo che, il paziente, danneggiato nella sua integrità psico-fisica dalla mancata o inesatta esecuzione della prestazione del medico, potrà esperire direttamente l'azione di responsabilità contrattuale e domandare con essa non solo il risarcimento del danno da inadempimento ma anche quello per i danni non patrimoniali. L'adeguamento alla disciplina della responsabilità contrattuale implica, altresì, l'adozione del regime dell'onere della prova tipico di questa azione (soprattutto alla luce degli artt. 1223 e 1225 c.c.), senza prescindere, tuttavia, dalla dimostrazione della ricorrenza di tutti i presupposti necessari per configurare ingiusta la lesione e i danni ad essa conseguenti.

#### **4 – Giudizio di responsabilità e principio di vicinanza della prova**

A puntualizzare e chiarire, con lucidità e rigore di metodo, i criteri per procedere al risarcimento del danno per la lesione di un interesse non patrimoniale della persona anche in presenza di un contratto, era già intervenuta la Corte costituzionale con la sentenza n. 372 del 27 ottobre 1994<sup>58</sup>.

In essa è stato enunciato il principio per cui, secondo quanto prescritto dall'art. 1223 c.c., tra il fatto illecito e la perdita o la diminuzione del valore non patrimoniale del bene

---

<sup>58</sup> Essa è pubblicata in numerose opere, ma v. in C. CASTRONOVO, *Danno biologico. Un itinerario giurisprudenziale*, Milano, 1998, 248 ss.

protetto deve ricorrere un rapporto di causalità direttamente ricollegabile all'illecito medesimo.

Qualificata la responsabilità medica come originante da un inadempimento, a prescindere dall'esistenza di un contratto, già da alcuni lustri, anche in buona parte della giurisprudenza si è soliti ricondurre il relativo regime nell'ambito della disciplina della responsabilità di tipo contrattuale, soprattutto sotto il profilo dell'onere della prova<sup>59</sup>.

Com'è noto, fino a qualche decennio fa, nelle fattispecie contrattuali aventi ad oggetto la prestazione medica, l'onere della prova dell'inadempimento incombeva sul paziente; sul medico gravava, invece, l'onere di fornire la prova liberatoria dell'impossibilità di conformare la prestazione al risultato atteso per fatto a lui non imputabile.

Lo schema processuale, riprodotto di quanto prescritto negli artt. 1218 e 1453 c.c., è stato poi "rivisitato" dalla Suprema Corte in una occasione in cui è stata chiamata a pronunciarsi a S.U.<sup>60</sup> per il contrasto che si registrava proprio sul tema dell'onere della prova nel giudizio di responsabilità da inadempimento contrattuale.

In occasione di questa pronuncia, le S.U. hanno fissato il principio secondo cui nel giudizio instaurato per l'inadempimento la ripartizione dell'onere della prova deve avvenire avendo riguardo non già alle posizioni processuali delle parti quanto piuttosto a quelle dalle stesse tenute all'interno del rapporto sostanziale. In forza di tale principio, è apparso ragionevole statuire che la prova deve essere fornita da quella parte che più agevolmente può accedere alla fonte della stessa in quanto il fatto da provare si è svolto nella sua sfera di azione (c.d. *principio di vicinanza della prova*).

Nella stessa circostanza, la Suprema Corte ha, inoltre, ribadito che, in materia di responsabilità contrattuale, il criterio di ripartizione dell'onere della prova, ai sensi dell'art. 2697c.c., è identico sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione, sia che domandi il risarcimento; e poiché in entrambi i casi il creditore potrà limitarsi a provare i fatti costitutivi della pretesa e non anche l'inadempimento, la Suprema Corte ha precisato che sarà il debitore a dover eccepire e dimostrare il fatto estintivo dell'adempimento.

Applicato tale schema alla prestazione sanitaria, in caso di inadempimento assoluto od inesatto, il paziente che agisca in giudizio avrà l'onere di provare il rapporto

---

<sup>59</sup> E' stata CASS. 22.1.1999, n. 589 (in *Corr. giur.*, 1999, 441 ss. con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*) ma in più sedi annotata anche da altri Autori, ad inaugurare la stagione giurisprudenziale della responsabilità medica come responsabilità *ex contractu*. Cfr., al riguardo, l'ampia rassegna riferita da V. OCCORSIO, op. ult. cit., 849 ss.

<sup>60</sup> V. CASS. S.U. 30.10.2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 134 ss.

contrattuale (nella sua lata accezione di “contatto sociale”) ed il danno subito; potrà, invece, limitarsi semplicemente ad allegare l’inadempimento del medico, avendo cura, tuttavia, di qualificarlo come astrattamente idoneo a produrre il danno secondo i criteri di probabilità scientifica<sup>61</sup>.

Nella materia che ci occupa, la giurisprudenza di legittimità ha sempre affermato che sull’attore-paziente grava la prova del contratto (o “contatto sociale”), dell’aggravamento della situazione patologica o dell’insorgenza di nuove patologie nonché del nesso di causalità tra l’azione o l’omissione del debitore e l’evento dannoso, allegando il solo inadempimento del sanitario; mentre resta a carico di quest’ultimo l’onere di provare l’esatto adempimento, e cioè di avere tenuto un comportamento diligente.

Fondamentale sarà, pertanto, l’opera del giudice nell’accertare l’entità e la vera gravità dell’inadempimento della prestazione medica nonché la circostanza che essa sia stata causa efficiente per la produzione del danno; di modo che, valutando anche l’effettiva consistenza del pregiudizio per cui si richiede il risarcimento, a prescindere dalla definizione ad esso attribuita, si possa così individuare quali ripercussioni negative sul valore-uomo si siano verificate e devono essere integralmente riparate<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Cfr. diffusamente sul tema V. OCCORSIO, *Cartella clinica e responsabilità medica*, Milano, 2011, 81 ss.. In giurisprudenza, v. CASS. S.U., 11.1. 2008, n. 577; CASS. 7.6. 2011, n. 12274; 26.1. 2010, n. 1538; 18.9. 2009, n. 20101. Di recente, v. CASS. 12.12. 2013, n. 27855, ove si legge : <<Nelle cause di responsabilità professionale medica, il paziente non può limitarsi ad allegare un inadempimento, quale che esso sia, ma deve dedurre l'esistenza di una inadempienza, per così dire, vestita, astrattamente efficiente, cioè, alla produzione del danno>>.

<sup>62</sup> A tal proposito, può essere significativo rendere conto di alcune decisioni, successive alla sentenza delle S.U. del 2008, al fine di verificare fino a che punto l’*incipit* nomofilattico della Suprema Corte sia stato accolto ed attuato.

Una tendenza a reputare concettualmente autonomo il danno morale dal danno biologico si potrebbe leggere in CASS. 28.11. 2008, n. 28407 (in *Guida al diritto*, 2008, 50, 104); o, ancora, distinto dal danno alla salute, in CASS. 12.12. 2008, n. 29191 (in *Diritto e giustizia*, 2008), ove si legge <<La voce “danno morale” è dotata di logica autonomia rispetto alla lesione del diritto alla salute in relazione alla diversità del bene protetto, che pure attiene ad un diritto inviolabile della persona>>. Una conferma, invece, della impostazione data dalle S. U. nel 2008 si ha in altra decisione ancora S.U., la n. 557 del 14.1.2009, (in *Diritto e giustizia*) 20.1.2009, ove, recependo la totale negazione del danno esistenziale, si è statuito che <<Il danno morale – liquidato anche in assenza di danno biologico – assorbe il cd. danno esistenziale da uccisione del congiunto>> e, sempre a S.U., 15.1. 2009, n.794, in *Foro it.*, 2009, I, c. 717 ss., relativa al danno biologico.

In talune occasioni, la Cassazione ha confermato la decisione dei giudici di merito di riconoscere alle vittime il danno morale, valorizzato nella sua autonomia, anziché incluso nella categoria del danno non patrimoniale, come forma di “personalizzazione” del pregiudizio sofferto. In questo senso, v. CASS. 12.9. 2011 n. 18641; 21 giugno 2013, n.15707, con nota di G. PONZANELLI, *Il danno non patrimoniale giuslavorista è diverso da quello “generale”?*, in *Danno e resp.*, 2013, 1081, con cui è stato condannato il datore di lavoro a risarcire i danni sofferti dal dipendente per demansionamento. Come si osserva nel commento, la decisione mira ad assicurare al lavoratore un *quantum* risarcitorio adeguato, che vada oltre il danno biologico definito dalle tabelle milanesi (che, com’è noto, prevedono una unica voce di danno non patrimoniale, comprensivo di danno biologico e di danno morale). A mettere in discussione la concezione unitaria del danno non patrimoniale è intervenuta anche la già menzionata decisione della

---

Suprema Corte nel definire le poste di danno spettanti *iure proprio* ai congiunti della vittima deceduta (cfr. CASS. 23.1. 2014 n. 1361, cit.; 14 maggio 2014, n. 10524). Nella pronuncia, infatti, la voce “danno morale” è valorizzata come strumento di protezione della dignità umana ed implica, pertanto, una quantificazione commisurata a tale ruolo.