

CAPITOLO XI

INTERVENTO DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA, DANNO E RESPONSABILITÀ DELLA STRUTTURA SANITARIA

di *Laura Castelli*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La natura del rapporto tra struttura e paziente. – 3. La responsabilità della struttura per errore del medico. – 4. La responsabilità della struttura per proprie manchevolezze. – 5. Utilità del concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

1. *Premessa.*

In caso di danno connesso ad un intervento di procreazione medicalmente assistita, oltre alla responsabilità del singolo professionista può sussistere, in via concorrente o autonoma, anche la responsabilità della struttura all'interno della quale l'intervento è stato eseguito. La complessità di questa operazione rende di per sé evidenti i molteplici profili di responsabilità che possono coinvolgere l'ente sanitario, e che vanno al di là dell'errore medico: si pensi ai casi di deficienze organizzative; all'inappropriata turnazione di personale; alla errata gestione delle cartelle cliniche, o ancora, a carenze legate alla degenza nosocomiale.

La l. 40/2004 dedica alcune norme alla regolamentazione delle strutture in cui si eseguono interventi di procreazione assistita. In particolare, è previsto che possono operare nel campo soltanto quelle autorizzate dalle regioni ed iscritte in apposito registro (1).

(1) Art. 10 l. 19 febbraio 2004, n. 40 – *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.*

Considerati i diversi soggetti che operano all'interno del settore sanitario italiano, è opportuno, prima di affrontare la questione della responsabilità, effettuare una ricognizione degli enti che possono essere autorizzati ad effettuare interventi di procreazione assistita. Con riferimento al sistema sanitario pubblico, un posto di prim'ordine occupano le Aziende Unità Sanitarie Locali, aziende con personalità giuridica pubblica e autonomia imprenditoriale, che agiscono mediante atti di diritto privato, sono vincolate al principio di economicità della gestione e sono soggette al potere di controllo delle Regioni; possono essere costituiti in aziende anche gli ospedali di rilievo nazionale o interregionale, gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico di diritto pubblico e i presidi ospedalieri che abbiano i requisiti di legge; infine, nel panorama del sistema sanitario pubblico si inseriscono le c.d. cliniche universitarie. A questi soggetti si aggiungono le case di cura private (2). L'art. 10 l. 40/2004 stabilisce infatti che agli interventi di procreazione assistita possano essere autorizzate strutture sia pubbliche, sia private.

Occorre premettere sin d'ora che la giurisprudenza è solita trattare in modo unitario la questione della responsabilità della struttura, a prescindere dalla sua natura pubblica o privata, in virtù della considerazione che si tratta di violazioni che incidono sulla salute, in presenza delle quali non sono ammesse limitazioni di responsabilità o differenze risarcitorie a seconda della diversa natura dell'ente (3). Tutte le considerazioni che verranno svolte nel corso del presente lavoro in merito alla responsabilità varranno dunque identicamente per le strutture pubbliche e private.

(2) Per una ricognizione completa delle strutture che operano nel settore della sanità italiana cfr. A. BERTECCHI, *La responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle strutture sanitarie, pubbliche e private* in *La responsabilità medica*, a cura di U. RUFFOLO, Milano, 2004, 97 s.

(3) Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 4, 849; Cass. civ., 25 febbraio 2005, n. 4058, in *Riv. it. medicina legale*, 2005, 943.

2. *La natura del rapporto tra struttura e paziente.*

Il primo problema da affrontare è quello concernente la natura del rapporto tra struttura e paziente.

La giurisprudenza, superata la concezione che riteneva incompatibili il concetto di contratto da un lato e quello di pubblico servizio dall'altro, riconosce ormai da tempo l'esistenza di una relazione qualificata tra ente sanitario e paziente - configurabile in termini di diritto di quest'ultimo a ricevere la prestazione e di obbligo della struttura ad effettuarla (4) - e qualifica il rapporto tra i due di natura contrattuale (5).

Alla luce delle recenti pronunce che hanno ammesso la diagnosi pre-impianto (6), occorre domandarsi se, in caso di errata diagnosi o addirittura di un suo rifiuto, con successiva nascita di un bambino affetto da una patologia che avrebbe potuto essere riscontrata tramite una diagnosi corretta, legittimati ad agire in via contrattuale per il risarcimento del danno siano anche il nato ed il padre. Dottrina (7) e giurisprudenza (8) concordano per rinvenire nel contratto stipulato tra la gestante e la struttura effetti protettivi

(4) Sul punto cfr. A. PIAZZA, *Responsabilità civile ed efficienza amministrativa*, Milano, 2001, 204 s.

(5) Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, *cit.*; Cass. civ., 26 gennaio 2006, n. 1698, in *Riv. it. medicina legale*, 2006, 6, 1223; Cass. civ., 19 aprile 2006, n. 9085, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 4; Cass. civ., 28 maggio 2004, n. 10297, in *Giust. civ.*, 2005, 6, I, 1601; Cass. civ., 21 luglio 2003, n. 11316, in *Foro it.*, 2003, I, 2970; Cass. civ., 11 marzo 2002, n. 3492, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 435.

(6) Trib. Firenze, 17 dicembre 2007, in *Giur. Merito*, 2008, 4, 997; Trib. Cagliari, 22 settembre 2007, in *Corriere del merito*, 2007, 12, 1392.

(7) V. ZENO-ZENCOVICH, *Il danno al nascituro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 695; D. CARUSI, *Responsabilità contrattuale ed illecito anteriore alla nascita del danneggiato*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 549; E. IORIATTI, *La tutela del nascituro: la conferma della Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1994, 408; A.R. VENNARI, *Diritto del nascituro a nascere sano, obbligo di prestazione del medico e sua responsabilità contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 909.

(8) Cass. civ., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 2063; Cass. civ., 29 luglio 2004, n. 14488, in *Giust. civ.*, 2005, 1, I, 121; Cass. civ., 14 luglio 2003, n. 11001, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 7-8; Cass. civ., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 11.

rispondere anche per l'inadempimento di *ulteriori* obbligazioni rispetto a quelle assunte dal medico. Di recente, inoltre, la Suprema Corte si è espressa a favore di una lettura autonoma del legame contrattuale tra paziente e struttura, riqualificandolo come un atipico contratto a prestazioni corrispettive, avente ad oggetto, oltre alla principale prestazione medica, anche una serie di obblighi c.d. di protezione ed accessori (15).

Sotto il profilo della responsabilità, le conseguenze della ricostruzione in termini autonomi del rapporto struttura-paziente concernono la possibilità che l'ente sanitario risponda a prescindere dall'errore medico, in caso di inadempimento di quelle *ulteriori* obbligazioni che non hanno una connessione diretta con l'esito dell'intervento, quali ad esempio la messa a disposizione di personale paramedico, la fornitura di medicinali e delle attrezzature necessarie all'intervento, con la conseguente applicazione delle regole ordinarie sull'inadempimento previste dall'art. 1218 c.c.

Sulla base di tali considerazioni, è opportuno esaminare separatamente l'ipotesi in cui la struttura sia responsabile per un errore del medico da quelle in cui la responsabilità discenda da proprie manchevolezze.

3. *La responsabilità della struttura per errore del medico.*

Laddove l'evento dannoso sia riconducibile ad un errore medico, la responsabilità della struttura è ipotizzabile sia nel caso in cui il paziente abbia fatto riferimento direttamente a quest'ultima, sia ove egli si sia rivolto al proprio medico di fiducia – giacché in tal caso la scelta risulta operata pur sempre nell'ambito di quella più generale dell'ente (16)-.

(15) Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 4, 849.

(16) Cass. civ., 28 novembre 2007, n. 24742, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 11; Cass. civ., 14 giugno 2007, n. 13953, in *Giust. civ.*, 2008, 11, 2519; Cass. civ. 13 a-

Sul tema è necessario dar conto di due orientamenti, che individuano rispettivamente una responsabilità contrattuale diretta ed una indiretta della struttura. La tesi della responsabilità diretta si basa sul rapporto organico esistente tra ente ospedaliero e medico, in grado di riferire l'atto compiuto da quest'ultimo direttamente all'ente (17). La tesi della responsabilità indiretta richiama l'art. 1228 c.c., facendo rispondere la struttura di un fatto materialmente riconducibile al medico inserito nella struttura stessa (18).

Al di là delle diverse ricostruzioni giuridiche (19), entrambe le teorie fondano la responsabilità dell'ente su un preesistente rapporto giuridico, privato o pubblico, tra quest'ultimo ed il medico. È opportuno specificare che sia in campo contrattuale, sia in quello extracontrattuale, tale rapporto non coincide necessariamente con quello di lavoro subordinato, essendo sufficiente che l'ente ospedaliero si avvalga dell'opera del medico (20).

prile 2007, n. 8826, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 9, 1824; Cass. civ., 9 novembre 2006, n. 23918, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 11; Cass. civ., 26 gennaio 2006, n. 1698, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2006, 6, 1223; Cass. civ., 14 luglio 2004, n. 13066, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, 7-8.

(17) Cass. civ., 11 marzo 1988, n. 2144, in *Resp. civ. e prev.*, 1988, 992; Cass. civ., 5 gennaio 1979, n. 31, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 954; Cass. civ., 6 maggio 1971, n. 1282, in *Foro it.*, 1971, I, 1476; Trib. Bergamo, 16 novembre 1995, in *Giust. civ.*, 1996, I, 867; Trib. Verona, 31 gennaio 1994, in *Foro it.*, 1994, I, 2532; App. Venezia, 11 febbraio 1993, in *Giur. mer.*, 1994, 37; Trib. Vicenza, 27 gennaio 1990, in *NGCC*, 1990, I, 734. In dottrina cfr. R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziali*, in *Danno e resp.*, 1999, 777.

(18) Cass. civ., 28 novembre 2007, n. 24742, *cit.*; Cass. civ., 14 giugno 2007, n. 13953, *cit.*; Cass. civ., 13 aprile 2007, n. 8826, *cit.*; Cass. civ., 9 novembre 2006, n. 23918 *cit.*; Cass. civ., 26 gennaio 2006, n. 1698, *cit.*; Cass. civ., 14 luglio 2004, n. 13066, *cit.* In dottrina si veda F. GALGANO, *op. cit.*, 721 s.

(19) Rileva G. CATTANEO, *La responsabilità del medico nel diritto italiano*, in AA.VV., *La responsabilità medica*, Milano, 1982, 15, come, qualunque sia la qualificazione giuridica che si intenda adottare – responsabilità ai sensi dell'art. 1228 c.c., dell'art. 2049 c.c. o, ancora, per immedesimazione organica – il risultato pratico è il medesimo, ovvero quello di riconoscere in capo alla struttura sanitaria una responsabilità senza colpa.

(20) Con riferimento all'art. 1228 c.c. cfr.: Cass. civ., 13 aprile 2007, n. 8826, *cit.*; Trib. Milano, 5 marzo 2009, n. 3047, in *Giust. a Milano*, 2009, 4, 26; Trib. Roma, 5 maggio 2007, in *Red. Giuffrè*, 2008; Trib. Milano, 24 dicembre 2005, in *Giust. a Milano*, 2005, 12, 83.

La qualificazione del rapporto tra l'ente e la paziente in termini contrattuali non esclude che, ove quest'ultima abbia subito un danno, oltre ad una responsabilità contrattuale sia configurabile anche una responsabilità aquiliana della struttura; la giurisprudenza ammette infatti da tempo il concorso tra queste due forme di responsabilità, ogni qualvolta il medesimo fatto violi contemporaneamente diritti derivanti dal contratto e diritti primari, spettanti ad un soggetto in via assoluta (21).

Trattandosi di errore del medico, l'ente ospedaliero potrà essere chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 2049 c.c. (22) A tal fine la giurisprudenza reputa sufficiente la sussistenza, tra medico e struttura, di un rapporto non occasionale di esecuzione d'opera, comportante un vincolo di sorveglianza e direzione dell'ente ospedaliero sul medico (23).

Si consideri inoltre che la giurisprudenza ritiene operante l'art. 2049 c.c. anche qualora sia rimasto ignoto l'autore dell'illecito, sempre che sia certa l'appartenenza di quest'ultimo ad una cerchia di persone legate da un rapporto organico o di dipendenza con l'ente (24). Questa norma potrebbe dunque essere invocata dalla

(21) Cass. civ., 20 giugno 2001, n. 8381, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1223; Cass. civ., 6 ottobre 1997, n. 9705, in *Giust. civ.* 1998, I, 424; Cass. civ., 19 gennaio 1996, n. 418, in *Danno e resp.* 1996, 611; Cass. civ., 6 marzo 1995, n. 2577, in *Dir. ind.*, 1995, 649. In dottrina cfr.: P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Padova, 1989; R. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. Visintini, Milano, 1984, 155 s.; C. ROSSELLO, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *NGCC*, 1985, 317 s.; G. VISINTINI, *I fatti illeciti, II, La colpa in rapporto agli altri criteri di imputazione della responsabilità*, Padova, 1990, 81 s.; G. PONZANELLI, *Il concorso di responsabilità: le esperienze italiana e francese a confronto*, in *Resp. civ. e prev.*, 1984, 36 s.; C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, 69 s.

(22) Cass. civ., 1 settembre 1999, n. 9198, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1877; Cass. civ., 8 gennaio 1999, n. 103, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 683; Cass. civ., 11 marzo 1998, n. 2678, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 566.

(23) T. Milano, 20 ottobre 1997, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 1144; T. Napoli, 15 febbraio 1995, in *Foro Nap.*, 1996, 76; T. Napoli, 13 febbraio 1997, in *NGCC*, 1997, I, 984.

(24) Cass. civ., 6 aprile 2002, n. 4951, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1513; Cass. civ., 10 febbraio 1999, n. 1135, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 311; Cass. civ., 21 novembre

paziente danneggiata anche quando non sia in grado di identificare l'autore materiale dell'illecito, il che, in caso di un intervento di procreazione medicalmente assistita, è facilmente ipotizzabile, dal momento che esso implica una serie di prestazioni medico-chirurgiche rese da una pluralità di soggetti, medici e paramedici.

4. *La responsabilità della struttura per proprie manchevolezze.*

Diversa da quella appena descritta è l'ipotesi in cui la responsabilità della struttura sanitaria prescinda da un errore medico e dipenda da sue carenze organizzative.

In caso di un intervento di procreazione medicalmente assistita, le disfunzioni possono essere connesse alla predisposizione o sicurezza delle attrezzature e degli impianti utilizzati, all'assistenza e alla spedalizzazione degli assistiti, o, ancora, alla gestione delle cartelle cliniche.

Sulla base delle considerazioni svolte in precedenza, in questi casi sarà anzitutto ipotizzabile una responsabilità contrattuale della struttura, con conseguente applicazione delle regole ordinarie in materia di inadempimento. A tale responsabilità potrà poi aggiungersi quella extracontrattuale, in virtù di quanto previsto non solo dall'art. 2043 c.c., ma altresì dagli artt. 2050 e 2051 c.c.

Con riferimento ad esempio alla gestione delle cartelle cliniche, non può trascurarsi che il d. lgs. 196/2003 in materia di trattamento dei dati personali rimanda alla disciplina di cui all'art. 2050 c.c. per il danno derivante dal trattamento illecito dei dati (25). In campo sanitario ciò può accadere nei casi di smarrimento della cartella clinica o ancora di divulgazione dei dati a soggetti non autorizzati a riceverli.

1995, n. 12023, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 11; Cass. civ., 12 aprile 1990, n. 3104, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, 4.

(25) Art. 15, comma primo, D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 - *Codice in materia di protezione dei dati personali*.

Altra responsabilità ipotizzabile è quella per cose in custodia (26). Si pensi ad esempio ai rischi connessi al pick-up di ovociti: se nella maggior parte dei casi i danni che possono derivare alla donna non dipendono dal malfunzionamento degli strumenti utilizzati, non si può escludere che ciò accada. Si consideri l'ipotesi in cui il prelievo del fluido da ciascun follicolo non avvenga con la dovuta precisione a causa di aghi difettosi, o a causa di un malfunzionamento della macchina ecografa, con conseguenti danni per la salute della donna. In tal caso la paziente potrà agire, oltre che in via contrattuale, anche in via extracontrattuale, lamentando la responsabilità della struttura per cose in custodia *ex art. 2051 c.c.*

Come è noto, la giurisprudenza rinviene ormai nella norma un'ipotesi di responsabilità oggettiva (27); sul piano della prova ciò comporta che al danneggiato sarà sufficiente dimostrare da un lato il potere di custodia della struttura sul macchinario o gli strumenti utilizzati, dall'altro il rapporto causale tra essi ed il danno subito. Spetterà alla struttura dimostrare che l'evento è dipeso da caso fortuito, ovvero da un fatto estraneo alla sua sfera di custodia, avente un impulso causale autonomo e carattere di assoluta imprevedibilità ed eccezionalità (28).

Considerazioni simili valgono per il caso in cui si faccia valere la norma in materia di attività pericolose, come nell'ipotesi, a cui

(26) L'applicabilità dell'art. 2051 c.c. in campo medico è ipotizzata da A. PIAZZA, *op. cit.*, 247 s.: l'Autore in particolare evidenzia come la norma in questione potrebbe trovare applicazione nei confronti delle strutture sanitarie nei casi di danni cagionati da attrezzature, in tal modo favorendo "una più sollecita e puntuale realizzazione di tutte quelle misure di sicurezza in funzione preventiva, la cui adozione creerebbe le premesse per una convincente prova liberatoria dalla responsabilità".

(27) Cass. civ., 29 novembre 2006, n. 25243, in *Arch. locaz.*, 2007, 3, 286; Cass. civ., 6 luglio 2006, n. 15383, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 7-8; Cass. civ., 9 novembre 2005, n. 21684, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 11; Cass. civ., 3 agosto 2005, n. 16231, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 6; Cass. civ., 26 luglio 2005, n. 15613, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 7-8; Cass. civ., 10 marzo 2005, n. 5326, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 4.

(28) Cass. civ., 6 luglio 2006, n. 15383, *cit.*; Cass. civ., 2 febbraio 2006, n. 2284, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 2; Cass. civ., 9 novembre 2005, n. 21684, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 11; Cass. civ., 3 agosto 2005, n. 16231, *cit.*; Cass. civ., 26 luglio 2005, n. 15613, *cit.*; Cass. civ., 10 marzo 2005, n. 5326, *cit.*

prima si accennava, di errata tenuta delle cartelle cliniche. L' idoneità delle misure atte ad impedire il verificarsi dell'evento, addotta come prova liberatoria dall'art. 2050 c.c., è stata talvolta valutata dalla giurisprudenza *ex post*, giungendo così a considerare la verifica dell'evento lesivo quale prova della mancata adozione delle cautele occorrenti (29).

5. *Utilità del concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.*

Vi è da domandarsi se il richiamo, oltre alla responsabilità contrattuale, a quella extracontrattuale abbia un'effettiva utilità in campo medico, ovvero in un ambito in cui risulta difficile distinguere l'interesse protetto dal contratto da quello protetto al di fuori dal contratto, trattandosi nell'uno e nell'altro caso della salute.

In dottrina qualcuno ne ha dubitato, sulla base della considerazione che, dal punto di vista dell'interesse leso, le due regole soddisfano gli stessi obiettivi e l'alternativa si rivela pertanto neutra. L'inutilità della distinzione deriverebbe inoltre dalla tendenza della giurisprudenza ad assimilare, in campo sanitario, i due diversi regimi, dal punto di vista non solo del contenuto, ma anche degli effetti (30).

Queste osservazioni, se potevano forse essere condivisibili quando, alla luce della distinzione tra obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato, si riteneva fosse onere del paziente dimostrare l'assenza di problemi tecnici di speciale difficoltà nell'esecuzione dell'intervento (31), sembrerebbero oggi suscetti-

(29) Cass. civ., 30 ottobre 2002, n. 15288, in *NGCC*, 2004, I, 103.

(30) G. CATTANEO, *La responsabilità medica nel diritto italiano*, cit., 11 s.; A. GAMBARO, *La responsabilità medica nella prospettiva comparatistica*, in AA.VV., *La responsabilità medica*, cit., 27 s.

(31) Cass. civ. 16 febbraio 2001, n. 2335, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, 580; Cass. 19 maggio 1999, n. 4852, in *Danno e resp.*, 2000, 157; Cass. 4 febbraio 1998, n. 1127, in *Giur. it.*, 1998, 1800.

bili di una revisione, dal momento che, anche nel campo della responsabilità medica, si reputano ormai applicabili i criteri fissati dalle Sezioni Unite con la nota sentenza in tema di onere della prova dell'inadempimento (32). Sulla base dei principi espressi in quella pronuncia, il paziente danneggiato dovrà provare il contratto (o il contatto sociale) con la struttura sanitaria e l'insorgenza di nuove patologie o l'aggravamento di una situazione patologica preesistente, e allegare l'inadempimento, spettando al convenuto provare che tale inadempimento non vi è stato o che, pur esistendo, esso non è stato causa del danno (33). Simile ripartizione è del resto espressione del principio di vicinanza alla prova, anch'esso affermato dalla pronuncia a Sezioni Unite poc'anzi richiamata, secondo il quale a ciascuna parte spetta provare i fatti rientranti nella propria sfera di azione (34). E non vi sono dubbi sul fatto che sia la struttura ad avere l'accesso non solo più agevole, ma anche meno costoso, alle informazioni sullo svolgimento dell'intervento (35).

In tale prospettiva, si dubita che azione contrattuale ed azione extracontrattuale si pongano tra loro in relazione di fungibilità. Al contrario, si possono ipotizzare casi in cui per il danneggiato risulti più vantaggioso agire in via aquiliana, ed altri invece contrattualmente. La scelta dell'una o dell'altra disciplina dipenderà in particolare dalla norma che, nel caso concreto, il paziente potrà invocare a titolo di responsabilità civile: qualora si tratti della rego-

(32) Cass. civ., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *I Contr.* 2002, 113.

(33) Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, *cit.*; Cass. civ., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ. e prev.* 2007, 9, 1824; Cass. civ., 24 maggio 2006, n. 12362, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 5; Cass. civ., Sez. Un., 28 luglio 2005, n. 15781, in *Europa e dir. priv.*, 2006, 2, 781; Cass. civ., 25 febbraio 2005, n. 4058, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, 943; Cass. civ., 14 luglio 2004, n. 13066, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 7-8; Cass. civ., 21 giugno 2004, n. 11488, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 6; Cass. civ. 28 maggio 2004, n. 10297, in *Danno e resp.*, 2005, 26; Cass. civ., 1 luglio 2002, n. 9556, in *NGCC*, 2003, I, 689.

(34) Cass. civ., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, *cit.*; successivamente Cass. civ., 21 giugno 2004, n. 11488, *cit.*; Cass. civ., 9 novembre 2006, n. 23918, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 11.

(35) Sulle finalità delle regole in materia di prove "a disciplinare nel modo più economico la trasmissione di informazioni al giudice" si veda G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 720 s.

la generale *ex art.* 2043 c.c., è verosimile che egli sceglierà di agire in via contrattuale, considerato che il regime probatorio previsto dall'art. 1218 c.c. si rivela per lui più favorevole; ove sia possibile invocare ipotesi di responsabilità oggettiva della struttura, è probabile che sceglierà di agire in via extracontrattuale, in questo modo precludendo al convenuto di liberarsi da responsabilità mediante la semplice prova di un comportamento diligente.

Oltre che sulla ripartizione dei temi di prova, la scelta tra responsabilità contrattuale o viceversa extracontrattuale influisce anche sulla disciplina applicabile in materia di prescrizione, soggetta nel primo caso al termine decennale e nel secondo a quello quinquennale. Pur essendo difficile ipotizzare nel campo della procreazione medicalmente assistita ipotesi di danni lungolatenti, è opportuno precisare che, secondo quanto recentemente rilevato dalla Suprema Corte a Sezioni Unite, in casi del genere il termine di prescrizione decorrerà non dal momento in cui è stato provocato il danno, ma da quello in cui la vittima è venuta a conoscenza della malattia e ha acquisito la consapevolezza della riconducibilità causale della stessa alla condotta del danneggiante, sia esso il medico inserito nella struttura o la struttura stessa (36).

Infine, la scelta di invocare la responsabilità extracontrattuale, eventualmente sfruttando la posizione giurisprudenziale che ammette il cumulo di responsabilità (37), dovrebbe risultare auspica-

(36) Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 4, 827. In dottrina sul tema si veda: L. VIOLA, *La nuova responsabilità civile lungolatente: riflessioni dopo la pronuncia delle S.U. n. 581/2008*, in *Resp. civ.*, 2008, 367 s.; M. FLICK, *Danni da contagio per trasfusione: un'occasione per ripensare al problema del dies a quo della prescrizione*, in *Danno e resp.*, 2007, 913 s.; C. ROMEO, *Nesso di causalità e descrizione dell'evento nella responsabilità per trasfusione di sangue infetto*, in *Resp. civ.* 2008, 994 s.; U. IZZO, *La decorrenza della prescrizione nell'azione risarcitoria da danno lungolatente: quali regole per governare l'incertezza probatoria?*, in *Danno e resp.*, 2003, 853 s.

(37) Cass. civ. 5 ottobre 1994, n. 8090, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 1191; Cass. civ. 23 giugno 1994, n. 6064, in *Foro it.*, 1995, I, 201. Sulla differenza terminologica che intercorre tra "concorso" e "cumulo" si veda R. SACCO, *op. cit.*, 155: si parla di concorso di responsabilità quando l'esperimento di più azioni è ammesso in via alternativa; di cumulo ove si ammette la possibilità per l'attore di intentare tanto l'una quanto l'altra azione, anche successivamente l'una all'altra (nel caso ad esempio in

bile ogni qualvolta vi siano i presupposti per chiedere il risarcimento dei danni imprevedibili, esclusi in ambito contrattuale in virtù di quanto previsto dall'art. 1225 c.c.

In conclusione, si può affermare che la recente contrattualizzazione del rapporto struttura-paziente non abbia avuto l'effetto di rendere inutile il richiamo alla responsabilità extracontrattuale; al contrario, la possibilità per il paziente di agire sia in via contrattuale, sia in via extracontrattuale, gli consente di scegliere la disciplina più favorevole nel caso concreto al fine di ottenere un completo ristoro del danno subito.

cui la prima sia respinta per prescrizione). Sul tema si veda altresì P.G. MONATERI, *op. cit.*, 9; C. ROSSELLO, *op. cit.*, 317 s.; G. PONZANELLI, *op. cit.*, 36 s.