

**“LA RESPONSABILITA’ DEL MEDICO”**

**AVV. EMANUELA RUSCIO**

## **INDICE**

### **CAPITOLO I**

#### **CARATTERI DELLA PROFESSIONE MEDICA**

##### **1. Il medico. Identificazione della figura. L'attività medica**

###### **1.1. Il medico quale parte di un contratto di lavoro subordinato**

###### **1.2. L'obbligazione del medico. Natura**

### **CAPITOLO II**

#### **L'INADEMPIMENTO**

##### **2. La responsabilità per inadempimento**

###### **2.1 La violazione delle regole connesse al corretto esercizio della professione medica.**

###### **2.2 In particolare: il livello minimo di cultura ed esperienza professionale.**

###### **2.3 La perizia**

###### **2.4. Singole ipotesi di inadempimento:**

###### **a) Medicina sportiva.**

###### **b) Diagnosi rassicurante.**

###### **c) Ritardo nella prestazione delle cure**

###### **d) Dimenticanza nel corpo del paziente di strumenti operatori**

###### **e) Chirurgia estetica**

###### **f) Errore diagnostico e malformazione del feto**

###### **2.5 La regola dell'arte medica.**

### **CAPITOLO III**

#### **IL NESSO CAUSALE**

##### **3. Il nesso causale. Il contributo della giurisprudenza penalistica. Il criterio probabilistico**

###### **3.1. Il diverso orientamento.**

###### **3.2. La sentenza delle Sezioni Unite Penali 30328/2002.**

###### **3.3. Il criterio probabilistico nella giurisprudenza civile. L'irrelevanza della certezza scientifica.**

###### **3.4. La «causalità efficiente»**

### **CAPITOLO IV**

#### **LA LIMITAZIONE DI RESPONSABILITÀ EX ART. 2236 C.C.**

##### **4. L'applicabilità dell'art. 2236 c.c.**

###### **41. Problemi tecnici di speciale difficoltà. Individuazione della nozione**

### **CAPITOLO V**

#### **L'INFORMATIVA AL PAZIENTE**

## **5. Il consenso informato**

- 5.1. La mancata informativa quale ipotesi di responsabilità precontrattuale**
- 5.2. Le modalità di manifestazione del consenso**
- 5.3 Il trattamento sanitario obbligatorio**
- 5.4 Il pericolo di gravi danni alla salute**
- 5.5 Il consenso dei familiari**
- 5.6 In particolare: la mancata informazione sulla carente situazione ospedaliera**
- 5.7 Conclusioni**

## **CAPITOLO VI**

### **L'ATTIVITÀ MEDICA IN ÉQUIPE**

#### **6 Attività medica in équipe. La responsabilità del primario.**

- 61. Chirurgo ed anestesista. In particolare la ripartizione dei ruoli tra membri de équipe**
- 6.2. Il principio dell' affidamento**
- 6.3. Ipotesi di responsabilità**
- 6.4. Attività medica svolta all'interno di una struttura organizzata. Il carattere contrattuale del rapporto tra paziente e struttura**
- 6.5 La responsabilità del medico inserito nella struttura organizzata**
  - 6.5.1 In particolare: il medico ospedaliero.**
  - 6.5.2 La coesistenza della responsabilità contrattuale e della responsabilità extracontrattuale. Conseguenze**
- 6.6 I termini di prescrizione.**
- 6.7. Il danno risarcibile**
- 6.8 Il diverso orientamento**
- 6.9 La sentenza della Cassazione 589/1999**
- 6.10 Casa di cura privata.**
- 6.11 La responsabilità dell'ente**
- 6.12. La responsabilità contrattuale.**
- 6.13 La non necessaria sussistenza di un rapporto di lavoro tra ente e medico.**

## **CAPITOLO VII**

### **IL DANNO**

#### **7 L'onere della prova. La responsabilità contrattuale**

- 7.1. La responsabilità extracontrattuale**
- 7.2. Il trattamento dei dati personali.**
- 7.3. Il danno quale conseguenza di un inadempimento del medico .**
  - 7.3.1. Il danno patrimoniale futuro collegato all'evento della nascita**
  - 7.3.2. Danno futuro come conseguenza del mancato esercizio del diritto all'interruzione della gravidanza**
  - 7.3.3 Esiste un diritto a non nascere ovvero a nascere sani?**
    - 7.3.3.1. Riflessi sotto il profilo di un diritto del nato malformato al risarcimento del danno. Esclusione.**
- 7.4 Il diritto autonomo del nato al risarcimento del danno quale conseguenza di un inadempimento medico**
- 7.5. Il danno esistenziale nella r.c. medica**

- 7.5.1. Casistica: (a) nascita indesiderata
- 7.5.1 (b) Errata diagnosi e *malpractice* medica
- 7.5.1 (c) Errato intervento chirurgico

## CAPITOLO I CARATTERI DELLA PROFESSIONE MEDICA

### **1) Identificazione della figura. L'attività medica.**

Il medico è un professionista titolare della laurea in medicina e chirurgia, abilitato ad esplicare assistenza sanitaria in funzione di prevenzione, diagnosi e cura. Caratteristica peculiare della professione di medico è la sua autonomia.

Sicuramente, come si osserva in dottrina, lo svolgimento dell'attività medica si colloca oggi in un contesto complesso e articolato. Il rapporto medico-paziente ha subito « nel tempo notevoli mutamenti: la tendenza a esercitare l'attività medica entro strutture organizzate, in cui la figura del professionista di fiducia finisce per lasciare il posto a quella dell'anonimo prestatore di servizi »; la rilevanza attribuita « dal progresso scientifico al profilo tecnico dell'attività svolta; la crescente specializzazione nei diversi settori della medicina e la tendenza all'esercizio di una attività *d'equipe* non solo sono i segni di un'evoluzione sociale ed economica, ma, sul piano giuridico, costituiscono altrettanti parametri di valutazione della vicenda che coinvolge medico e paziente »; in questi termini ha senso parlare di una « **relazione complessa** », ossia una relazione tale per cui la soluzione dei possibili conflitti si raccorda alle variabili strutturali appena menzionate (Iamiceli 1998).

Centrale nella relazione medico-paziente è comunque l'interesse alla salute di colui nei confronti del quale l'attività professionale viene svolta;

### **1.1) Il medico quale parte di un contratto di lavoro subordinato.**

Il medico può prestare la propria attività professionale anche in qualità di lavoratore subordinato a favore di imprenditori (ad es. case di cura, laboratori di analisi, ecc.).

Si tratta di una facoltà desumibile dall'art. 35 del d.p.r. n. 761/79 laddove, alla lettera e) si prevede la facoltà del medico " di esercitare l'attività libero-professionale, anche fuori dei servizi e delle strutture dell'unità sanitaria locale", purché "tale attività non sia prestata con rapporto di lavoro subordinato, non sia in contrasto con gli interessi ed i fini istituzionali dell'unità sanitaria locale stessa, ne sia incompatibile con gli orari di lavoro, secondo modalità e limiti previsti dalla legge regionale ".

In effetti, come si osserva in dottrina, non sussiste una contraddizione fra la posizione del professionista e la pendenza di un rapporto di impiego. Questo infatti equivale ad impegno permanente di servizio a favore della controparte, fino alla emanazione di un atto di recesso, e ad un impegno della stessa controparte a utilizzare, in base a corrispettivo, i risultati di quel servizio, fino alla estinzione del rapporto. Il fatto che il professionista sia tenuto a seguire le disposizioni organizzative del datore di lavoro non è incompatibile con la posizione professionale.

Una differenza che intercorre tra la figura del medico- lavoratore subordinato e quella di ogni altro lavoratore subordinato è rappresentata dal fatto che il potere direttivo dell'imprenditore non può certamente contrastare con quelle che sono scelte tecniche fondate su solide basi scientifiche.

Con ciò quindi il medico non può come tale soggiacere ad ogni direttiva imprenditoriale anche quando questa si riveli in contrasto con quelle che sono le regole della buona arte medica.

In effetti sia la metodologia sia la individuazione delle conclusioni sono modi di essere della professione, che è caratterizzata dalla osservanza di tecniche, metodiche di indagine e operative tipiche. L'inosservanza delle une o delle altre è causa di responsabilità professionale, oltre che eventualmente penale e patrimoniale. Le modifiche delle metodiche e delle tecniche possono essere disposte in base ad un'evoluzione di natura scientifica ed eventualmente all'imposizione normativa di un metodo invece di un altro.

Dunque, il titolare del rapporto di lavoro subordinato non può lecitamente influire sulle metodiche e sulle tecniche che deve seguire il medico, controparte nello stesso rapporto. Lo stesso medico ha facoltà di ricusare ottemperanza ad eventuali modifiche del tipo suindicato

### **1.2) L'obbligazione del medico. Natura.**

Secondo una distinzione tradizionale e ancora attuale la prestazione del medico, salve eccezioni appartiene alla categoria delle obbligazioni c.d. « di mezzi », distinte da quelle di risultato, avendo ad oggetto le prime « solo » un comportamento professionalmente adeguato, le seconde il risultato stesso che il creditore ha diritto di conseguire.

Nelle obbligazioni c.d. di mezzi (o di diligenza), l'oggetto del diritto di credito non è senz'altro una certa modificazione o la conservazione della situazione-presupposto del rapporto, e quindi l'effettivo soddisfacimento dell'interesse primario del creditore, ma soltanto la produzione di una serie più o meno ampia di mutamenti intermedi ai quali è condizionata la possibilità di tale soddisfacimento. Ciò che si attende dal debitore affinché l'obbligazione possa dirsi adempiuta, è un comportamento idoneo a dare principio a un processo di mutamento (o di conservazione), l'esito del quale dipende peraltro da condizioni ulteriori, estranee alla sfera del vincolo.

Tipica l'obbligazione del medico.

L'interesse, che è la premessa del rapporto stretto dal cliente col medico, tende al mutamento di uno stato di malattia (situazione iniziale) in uno stato di salute (situazione finale). Ma il risultato dovuto non è la guarigione, bensì un complesso di cure adatte a guarire. Il medico può soltanto mettere in essere alcune condizioni necessarie o utili per promuovere il risanamento dell'infermo: ma la riuscita della cura esige troppo la presenza di altri elementi, sui quali il medico non ha potere.

Con ciò l'obbligazione del medico sarebbe pertanto quella di porre in essere un comportamento professionalmente adeguato, espressione della diligenza che lo *standard* medio richiede, non essendo al contrario tenuto a far conseguire un risultato consistente nella guarigione.

Principio, questo, più volte affermato in giurisprudenza.

Nel contratto tra medico e paziente l'inadempimento dell'obbligazione consistente nell'apprestamento dei mezzi medico-chirurgici idonei potenzialmente ad assicurare il risultato positivo, è costituito dalla violazione dei doveri inerenti allo svolgimento dell'attività professionale per inosservanza della diligenza, prevista dall'art. 1176, comma 2, c.c., che, di norma, si risolve nella colpa anche lieve ove non si tratti di operazioni che implicino problemi tecnici di speciale difficoltà. (App. Roma, 25.1.1978, GM, 1980, 326).

Nell'ambito degli interventi sanitari, deve osservarsi che sovente affiora una situazione di incertezza; che la soluzione di problemi tecnico - diagnostici-terapeutici talora è particolarmente difficoltosa, per l'impossibilità di individuare tutte le innumerevoli variazioni delle caratteristiche psicosomatiche, e di prevedere, caso per caso, con gli ordinari sussidi semeiologici, quale sarà l'espressione reattiva del particolare organismo. (Cfr. Cass., 18.6.1975, n. 2439, GI, 1976, I, 1, 953; Cass., 18.4.1978, n. 1845, RCP, 1978, 591; Cass., 21.12.1978, n. 6141, GI, 1979, I, 1, 953).

Conclusione cui giunge anche la dottrina.

L'obbligazione del medico è un'obbligazione « di mezzi » o « di contegno ». L'esito favorevole delle cure non è mai del tutto sicuro, cosicché il medico è in grado di impegnarsi a prestare un'attività diligente, ma non di garantirne il buon esito. Il medico non si impegna a guarire il malato o a salvargli la vita: contenuto dell'obbligazione è invece un'attività diretta verso quel risultato.

Così uno specialista è tenuto ad agire nel suo campo con perizia superiore a quella del buon medico generico. D'altra parte anche certe circostanze di luogo possono avere la loro importanza: per esempio un medico condotto, che viva in un piccolo paese, lontano dai centri di studio, senza la possibilità di tenersi al corrente delle scoperte scientifiche più recenti, non è tenuto a conoscere quest'ultime. Non hanno invece influenza la capacità, l'istruzione, le condizioni particolari della singola persona.

Va però osservato che in tempi recenti la distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato, soprattutto con riferimento a particolari ambiti della professione sanitaria quali l'odontoiatria e la chirurgia estetica, ha perso quella sua originaria consistenza.

L'obbligo di mezzi, secondo la più recente interpretazione appare una sorta di entità residuale, nel momento in cui **il risultato** è ciò che realmente vale: stante l'avanzamento delle capacità e delle conoscenze di cui il professionista deve essere dotato ed è anche ciò che lecitamente ciascuno ha il diritto di attendersi e sostanzialmente di pretendere, salvo dimostrazione, con onere probatorio a completo carico del professionista, di una complicità inattesa imprevedibile o, al contrario possibile e di cui era stata fornita idonea informazione, produttiva un esito indesiderato nonostante la prudenza.

Conseguenza, questa di un inasprimento della responsabilità del professionista « dovuta ad un largo uso di presunzioni di negligenza, poiché si ritiene che gran parte degli interventi eseguiti appartengano al genere di quelli di facile esecuzione, per i quali è sempre inapplicabile l'art. 2236 c.c. ».

In questo modo « la linea di confine tra l'obbligazione di mezzi e l'obbligazione di risultato è diventata molto sottile, specie quando l'intervento sia motivato da ragioni estetiche e non propriamente terapeutiche » (Franzoni 2004, 238).

## **CAPITOLO II L'INADEMPIMENTO**

### **2) La responsabilità per inadempimento.**

Come per ogni altra professione intellettuale, anche la responsabilità civile del medico trova principalmente fondamento nella violazione dei doveri nascenti dal contratto d'opera professionale

Il medico — con ciò intendendosi non solo il mero esecutore dell'intervento e/o della prestazione ma anche colui che lo ha assistito nell'attività (c.d. assistente) — diviene, perciò, responsabile nei confronti del paziente quando la prestazione dallo stesso fornita non rappresenta espressione della diligenza specifica di cui all'art. 1176,2° co., c.c., risultando essa non corrispondente alla diligenza media « del buon medico » che il singolo caso richiede.

Con ciò si può quindi innanzitutto affermare come, per quanto si riconosca che nello svolgimento dell'attività medica non tutto sia controllabile dall'azione umana e che il rischio sia in gran parte connesso a fattori imponderabili, « l'unico strumento di tutela che possa esercitare una funzione preventiva, rispetto a quella porzione del rischio invece suscettibile di controllo » è dunque quello consistente « nell'imposizione di norme di condotta nei confronti dei soggetti della relazione: il rispetto di tali norme risulta garantito attraverso un sistema di regole di responsabilità » fra le quali, oltre a quella disciplinare, penale, amministrativa si annovera la responsabilità civile .

Responsabilità civile la quale, nella maggior parte dei casi, assumerà le sembianze di una responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. conseguente all'inadempimento della prestazione ma che potrà consistere anche in una responsabilità ex art. 2043 qualora il medico non abbia alcun rapporto contrattuale con il paziente come nell'ipotesi in cui questi « presti soccorso a favore di un soggetto, a prescindere da qualsiasi richiesta da parte di costui, ovvero nel caso in cui il paziente stipuli il contratto di cura con il terzo (ente) presso il quale il medico svolge la sua attività »

Come detto, tali considerazioni si riferiscono all'ipotesi tipica del medico libero professionista.

E infatti dalla sussistenza di un contratto di prestazione medica che scaturisce l'ipotesi (eventuale) dell'inadempimento.

#### **2.1) La violazione delle regole connesse al corretto esercizio della professione medica.**

La responsabilità civile del medico, nei confronti del paziente, sorge quindi in conseguenza di un vero e proprio inadempimento contrattuale e, più precisamente, inadempimento all'obbligazione di comportamento che gli impone di osservare

determinate regole di condotta, astrattamente individuate, corrispondenti al corretto esercizio della professione medica e tutte riconducibili al dovere di diligenza.

Quest'ultimo rappresenta, dunque, il criterio guida nella identificazione della responsabilità civile del medico.

Diligenza, dunque, che non è solo quella del buon padre di famiglia ex art. 1176, 1° co., e.e., ma è quella specifica del debitore qualificato, come prescritto dall'art. 1176, 2°, e.e., la quale comporta il rispetto di tutte quelle regole e quegli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione medica.

diligenza all'interno della quale è da ricomprendersi la perizia « da intendersi come conoscenza ed attuazione delle regole tecniche proprie di una determinata arte o professione (Cass. 16.2.2001, n. 2335), nonché la stessa prudenza.

### **2.2) In particolare: il livello minimo di cultura ed esperienza professionale.**

In tema di colpa professionale del sanitario, afferma una pronuncia della Pretura di Verona dell' 89, la responsabilità nel caso di negligenza o imprudenza « deve essere valutata secondo i normali criteri; in caso di imperizia, devono essere adottati criteri meno rigorosi, essendo la condotta colposa del sanitario circoscritta alle ipotesi di colpa grave ex art. 2236 c.c., » che si verifica allorché il comportamento del medico « sia incompatibile con il livello minimo di cultura e di esperienza indispensabile per l'esercizio della professione sanitaria; l'imperizia in definitiva, si sostanzia nell'errore diagnostico o terapeutico ».

In definitiva quello che veniva addebitato al curante era il fatto che vi fosse stata una grossolanità di esecuzione della manovra » di introduzione dell'ago di Verres che venne inserito, anziché nella cavità peritoneale, in una grossa struttura vascolare e nello stesso tempo le manovre di controllo del corretto posizionamento dell'ago di fatto o vennero omesse o furono del tutto inadeguate, e, ciò nonostante il medico procedette ugualmente ad insufflare l'aria.

In tale circostanza è stata accertata la responsabilità sia civile( con responsabilità solidale con la struttura sanitaria di provenienza del sanitario) che penale.

### **2.3) La perizia.**

Certo è che quando si tratta della professione medica la valutazione della diligenza osservata dal professionista deve svolgersi secondo regole rigide, volte ad individuare quando effettivamente il medico è risultato inosservante a quegli obblighi di prudenza e perizia che la particolarità della professione gli impongono.

E la valutazione si concentrerà soprattutto sulla perizia intesa come quel complesso di regole tecniche e professionali espresse dal livello medio della categoria medica di appartenenza con la precisazione che nelle varie discipline oggetto di specialità, la perizia di volta in volta si caratterizzerà in modi parzialmente diversi, risultando contraddistinta dai significati tecnico-qualitativi attinti dallo standard medio rinvenibile nella categoria di riferimento.

Perizia che dovrà essere valutata anche alla stregua di quello che è un preciso obbligo del medico, rappresentato dall'aggiornamento costante che egli deve mantenere.

Il particolare sforzo tecnico richiesto al medico, caratterizzante la perizia, dovrà poi essere valutato anche alla stregua degli strumenti tecnico-materiali utilizzati per

l'esecuzione dell'intervento; la scelta del mezzo più adeguato si rivela, infatti, fondamentale per il buon esito della prestazione.

Questo porta a far ritenere che il medico, in quanto tenuto ad esprimere una diligenza estesa anche alla fase strumentale dei mezzi apprestati, sia con ciò obbligato a servirsi di strumenti che garantiscano uno standard qualitativo e tecnico adeguato al tipo di prestazione richiesta e al livello tecnico medio.

L'inosservanza di tale regola, determinando una violazione della diligenza professionale, comporterebbe che anche il solo utilizzo di strumenti non corrispondenti ad un criterio di adeguatezza tecnicamente apprezzabile porterebbe a far ritenere questi responsabile del mancato buon esito dell'intervento eseguito (così Cass. 27.7.1998, n. 7336).

Diligente deve, invece, considerarsi il comportamento del medico che resosi conto della inadeguatezza degli strumenti tecnici in suo possesso ne informi tempestivamente il paziente invitandolo a recarsi presso strutture meglio attrezzate rifiutandosi, quindi, di intervenire sulla scorta dei mezzi da lui posseduti o, comunque, intervenendo limitatamente a quelle fasi consentite dalla sua strumentazione ma comunque sempre indirizzando il paziente altrove per il proseguimento delle diagnosi necessarie della terapia.

#### **2.4) Singole ipotesi di inadempimento: a) Medicina sportiva.**

Particolare è la diligenza che viene richiesta nel campo della medicina sportiva proprio in considerazione della pericolosità, sotto il profilo della salute dello sportivo, dell'attività in sé considerata.

Ed è proprio in ragione della indicata potenziale pericolosità della pratica sportiva, soprattutto quando viene svolta a livello professionale, che la condotta del medico sportivo, in ragione della sua peculiare specializzazione e della necessità di adeguare i suoi interventi alla natura e al livello di pericolosità dell'attività sportiva stessa, deve essere valutata con maggiore rigore rispetto a quella del medico generico, ai fini della configurabilità di una eventuale responsabilità professionale.

Il medico sportivo, si afferma in giurisprudenza, ha infatti l'obbligo di valutare le condizioni di salute del giocatore con continuità, anche in sede di allenamenti o di ritiro precampionato, dovendo anche valutare criticamente le informazioni fornite dagli stessi atleti o dai loro allenatori, al fine di poter individuare pure l'eventuale dissimulazione da parte dell'atleta dell'esistenza di condizioni di rischio per la propria salute (Cass. 8.1.2003, n. 85).

Infatti, per come emerge nella parte motiva della sentenza, non si tiene conto della pericolosità dell'attività sportiva esercitata la quale, proprio in virtù di tale suo carattere, richiede, comunque, un costante controllo dello stato di salute del singolo sportivo. Controllo che, nel caso di specie, sarebbe risultato insoddisfacente sotto il profilo della intensità.

Al riguardo è opportuno ricordare come si la dottrina che la giurisprudenza a fronte di eventi, anche drammatici, subiti dagli atleti per effetto di non diagnosticate anomalie fisiche, abbiano sovente fatto riferimento per l'individuazione di condotte imprudenti o negligenti ai criteri generali fissati in relazione all'esercizio della professione sanitaria patrocinando l'integrale applicazione dei principi fissati dall'art. 2236 cc, ed evidenziando altresì come la prudenza e la diligenza non debbano mai difettare nel

medico sportivo tenuto ad adeguare i propri interventi alla natura ed al tasso di pericolosità dell'attività prestata.

Sul piano poi della individuazione dei soggetti responsabili degli eventi

lesivi subiti dall'atleta, per carenza dei necessari accertamenti sanitari e/o per errori nelle diagnosi e nelle terapie prescritte, si è evidenziata in dottrina come le società sportive possano essere chiamate a rispondere alla stregua dell'art. 2409 c.c.

Per la S.C. l'accertamento dello stato di salute dell'atleta deve essere condotto a tutto campo «sperimentando, a fronte di situazioni dubbie, tutte le più aggiornate tecniche idonee a disvelarne l'effettiva condizione ». (cfr. ex plurimis: Cass.30.8.2000 n. 11427; Cass. 29.12.1998 n. 12863; Cass. 20.6.1998 n. 6169; Cass.9.5.1998 n. 4721; Cass. 19.8.1996 n. 7636).

#### **b) Il periodo successivo al parto.**

Che, al di là della esecuzione della terapia o dell'intervento, un dovere di assistenza del medico sussista nella fase successiva viene ribadito anche da Cass. 11316/2003 con riferimento al parto.

Qui la S.C. - domandandosi « quale fosse il limite del dovere del ginecologo, legato alla partorienta da un risalente rapporto privatistico: se, cioè, una volta che il bambino era venuto alla luce, egli potesse non interessarsi più della sua sorte, lasciandolo senz'altro alle cure della struttura della clinica privata>>- ritiene che sul sanitario incomba comunque l'obbligo di sorvegliare il neonato anche successivamente alla nascita e sostiene che la condotta colposa possa così identificarsi non solo con la erronea esecuzione del parto, ma soprattutto con la mancata vigilanza in ordine all'evolversi dello stato patologico e con la totale inerzia dimostrata nell'attuare o suggerire una qualche terapia idonea ad affrontare la gravissima situazione clinica del paziente.

Si tratta di una pronuncia, come viene rilevato in dottrina, che estende la responsabilità del medico ben oltre l'esecuzione della terapia o dell'intervento richiesto dalle condizioni patologiche del paziente e gli impone di prestare ogni ulteriore attenzione e cura, compreso il dovere di informare il malato e prendere tutti gli opportuni provvedimenti per evitare che le eventuali carenze tecniche ed organizzative della struttura sanitaria possano ulteriormente gravare sul suo stato d'infermità.

#### **c) Ritardo nella prestazione delle cure.**

Rientra sempre nell'ambito della responsabilità del medico per inosservanza all'obbligo di diligenza il caso in cui, a causa dell'omessa diagnosi di una patologia esistente, le cure opportune vengano prestate con grave ritardo.

È questo quanto afferma il Tribunale di Roma (17.9.2001, GRom, 2002, 73) con riferimento al caso specifico del medico che, visitando un paziente che presentava ferite da taglio alla mano, si era limitato a suturare il taglio, senza preoccuparsi di accertare se vi fossero lesioni tendinee o neurologiche.

#### **d) Dimenticanza nel corpo del paziente di strumenti operatori.**

Altra ipotesi di grave negligenza del sanitario è quella considerata da Cass., 15.7.1982 (DPA, 1983, 449), con riguardo ad un caso di evento mortale, conseguente ad un tampone di garza « dimenticato » nell'addome del paziente, nel corso di un intervento chirurgico.

Nel caso di specie è stata ritenuta la responsabilità sia del chirurgo che del suo assistente, in quanto tenuto a vigilare sull'esecuzione dell'intervento.

#### **e) Chirurgia estetica.**

Le difficoltà connesse all'adattamento rigido della distinzione tradizionale tra obbligazioni « di mezzi » e obbligazioni « di risultato », già trattata, si avvertono con maggiore intensità allorché si pone attenzione alla particolare considerazione che la giurisprudenza ha riservato a precise ipotesi di responsabilità professionali sanitarie quali quella del chirurgo estetico.

Con preciso riferimento alla responsabilità civile del chirurgo estetico va osservato che la questione si concentra, fondamentalmente, su quello che può considerarsi quale l'interrogativo di base: se cioè la sua sia un'obbligazione di mezzi o di risultato.

La dottrina si è diversamente orientata.

Secondo alcuni autori l'obbligazione del chirurgo estetico sarebbe un'obbligazione di comportamento (v. Cattaneo 1958, 299).

Secondo altri si tratterebbe, invece, di un'obbligazione di risultato in quanto il chirurgo estetico sarebbe indotto a prospettare « in termini concreti un'alta probabilità di successo escludendo la possibilità di esiti non favorevoli, soprattutto se ulteriormente deformanti la situazione morfologica primitiva » (Principalli 1983,).

Da altra parte della dottrina si è poi sottolineata l'inutilità della differenziazione tra medico in genere e chirurgo estetico, osservandosi come una siffatta distinzione non sarebbe più opportuna alla luce della rinnovata concezione della salute, intesa anche nelle accezioni comprensive della soddisfazione psicologica derivante dall'accettazione del proprio aspetto fisico.

Ma esaminando la giurisprudenza più recente si scopre come in realtà il chirurgo estetico sia tenuto ad un obbligo di informazione ben più intenso rispetto a quello incombente su ogni altro medico; obbligo che si concentra su quello che sarà il risultato dell'intervento medesimo e che porta, conseguentemente, ad individuare l'informativa su tale « risultato » quale l'aspetto fondamentale del rapporto paziente-chirurgo estetico.

Ebbene è diverso il rapporto che intercorre tra cliente e terapeuta in generale e chirurgo praticante la chirurgia estetica: si persegue nell'un caso la guarigione da un'infermità; nell'altro un miglioramento dell'aspetto fisico; e, donde il corrispondente diversificarsi del dovere di informazione, limitato in genere per il terapeuta ai possibili rischi ed effetti delle terapie suggerite o degli interventi chirurgici proposti e gravanti invece sul chirurgo estetico in ordine alla conseguibilità di un miglioramento effettivo dell'aspetto fisico, che si ripercuota favorevolmente sulla vita professionale e sulla vita di relazione. (Cass. 8.8.1985, n. 4394, RCP, 1986, 44).

Dunque, negli interventi di chirurgia estetica l'interesse in gioco non è il bene della salute, ma il conseguimento di una migliore presentazione del proprio aspetto fisico nella vita di relazione. In tale ambito, quindi, il dovere di informazione deve comprendere anche la possibilità di ottenere o meno un tale miglioramento (Gaggia 1998,).

Ma al di là di quello che è il ruolo dell'informazione nell'ambito della chirurgia estetica resta il fatto che la prestazione del chirurgo estetico non può certamente essere degradata a livello di adempimento di un'obbligazione di risultato. La sua è e rimane un'obbligazione di mezzi (Cass. 6.10.1997, n. 9705).

#### **f) Errore diagnostico e malformazione del feto.**

Il caso riguardava i genitori di una bimba nata malformata i quali convenivano in giudizio il medico, chiedendone la condanna al risarcimento del danno consistito nel fatto di non aver potuto interrompere la gravidanza a causa dell'omessa informazione sulle malformazioni.

I genitori agivano anche in nome della loro figlia minore, per conto della quale reclamavano il diritto al risarcimento dei danni per « essere venuta al mondo malata ».

La S.C. nell'affermare l'insussistenza di un diritto *motu proprio* del concepito al non nascere e, conseguentemente, rigettando la domanda sotto il profilo del risarcimento dei danni nei confronti del medico che, per colpa, durante la gestazione abbia omesso di informare di tale circostanza la madre impedendole, così, di interrompere la gravidanza, ha però riconosciuto la responsabilità del medico il quale, nel porre la diagnosi, si attenga a quanto inesattamente riferitegli dal paziente senza disporre ulteriori accertamenti.

La responsabilità del medico per i danni causati al paziente postula la violazione dei doveri inerenti al suo svolgimento, tra i quali quello della diligenza, che va a sua volta valutato con riguardo alla natura dell'attività e che in rapporto alla professione di medico chirurgo implica scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione professionale (...)

Il medico-chirurgo nell'adempimento delle obbligazioni inerenti alla propria attività professionale è tenuto ad una diligenza che non è solo quella del buon padre di famiglia, come richiesto dall'art. 1176, primo comma, ma è quella specifica del debitore qualificato, come indicato dall'art. 1176, comma 2, la quale comporta il rispetto di tutte le regole e degli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione medica. (Cass. 6.5.2005, n. 14488).

#### **2.5) La regola dell'arte medica.**

L'accertamento di una responsabilità del medico non può, comunque, prescindere da alcuni passaggi fondamentali e conseguenti alle stesse modalità insite nello svolgimento della prestazione medica.

È necessario distinguere, sul piano strutturale e funzionale, il momento ispettivo - conoscitivo dell'attività medica (fase diagnostica) da quello valutativo - attuativo (fase terapeutica). (...) Collocando il momento decisionale tra l'una e l'altra fase, l'attività medica subisce una semplificazione forse eccessiva: prima si conosce, dunque si valuta, si decide, e infine si esegue.

In verità anche nella fase diagnostica si pone un problema di valutazione dei rischi e anche qui il medico procede ad un'esecuzione materiale; allo stesso modo anche nella fase terapeutica si pone un problema di prevedibilità di circostanze sopravvenienti e il processo decisionale si rinnova a partire dalla fase conoscitiva. L'intersezione tra i vari momenti, dunque, è più funzionale che cronologica; il loro succedersi nel tempo rileva sul piano dell'acquisizione di dati di cui il medico deve tener via via conto nel ripetersi delle diverse fasi.

Tali fasi sono tutte contraddistinte, come si afferma in giurisprudenza (Cass. 21.12.1978, n. 6141), da un carattere comune che, in buona sostanza, identifica la regola di condotta che il sanitario deve seguire: la scienza medica (*regular artis*).

Il ricorso alle *regulae artis* quale parametro di definizione della regola di condotta cui deve adeguarsi il medico, viene affermato anche dalla giurisprudenza. Così, come si legge

in una sentenza dell'87, la responsabilità del medico deve essere ritenuta quando « l'errore professionale, in rapporto alla soluzione di un determinato problema, dipende da una particolare condotta contrastante, per negligenza, imprudenza o imperizia, con le regole universalmente accettate “nell'arte medica”, e trovi origine “o nella mancata applicazione delle cognizioni generali e fondamenti attinenti alla professione, o nel difetto di quel minimo di abilità e perizia tecnica nell'uso dei mezzi manuali o strumentali di indagine o di terapia che il medico deve essere sicuro di adoperare correttamente o, infine, nella mancanza di prudenza o diligenza che non devono mai difettare in chi esercita la professione sanitaria” (Cass.pen., 25.3.1987, RP, 1988, 510).

Principio, questo, affermato anche dalla Cassazione civile, la quale individua una responsabilità del medico, anche per colpa lieve, ai sensi dell'art. 1176, 2° co., c.c., ove, « di fronte ad un caso ordinario », non abbia osservato, « per inadeguatezza o incompletezza della preparazione professionale, ovvero per omissione della media diligenza, quelle regole precise che siano acquisite, per comune consenso e consolidata sperimentazione, alla scienza ed alla pratica, e, quindi, costituiscano il necessario corredo del professionista che si dedichi ad un determinato settore della medicina ».

### **CAPITOLO III IL NESSO CAUSALE**

#### **3) Il nesso causale. Il contributo della giurisprudenza penalistica. Il criterio probabilistico.**

Ovviamente, l'individuazione di una responsabilità civile del sanitario presuppone l'esistenza di un nesso causale tra condotta ed evento. E quindi necessario che l'evento lesivo subito dal paziente rappresenti la conseguenza immediata e diretta del comportamento osservato dal medico.

Ma se ciò è indubbio, trovando del resto conferma nella disposizione di cui all'art. 1223 c.c., non altrettanto certo si presenta l'individuazione di un criterio ben definito, che permetta di stabilire quando il verificarsi di un determinato evento può certamente ascriversi alla condotta del sanitario. E questo soprattutto in considerazione della pluralità di fattori che, in campo sanitario, possono concorrere con la condotta del medico, e in molti casi determinare la mancata riuscita di un intervento chirurgico.

Un notevole contributo all'identificazione del nesso causale con riferimento alla professione medica è stato soprattutto dato dalla giurisprudenza penale, semprechè si accetti un'estensione all'illecito civile delle stesse regole causali dettate in riferimento all'illecito penale.

Secondo un primo e maggioritario orientamento giurisprudenziale la sussistenza del nesso causale va ravvisata laddove venga accertata una stretta relazione tra attività medica e criterio probabilistico.

Si è così affermato il principio che nella ricerca del nesso causale tra la condotta dell'imputato e l'evento, in materia di responsabilità per colpa professionale del sanitario, « al criterio della certezza degli effetti della condotta si può sostituire quello della

probabilità di tali effetti » (Cass. pen. 7.1.1983, FI, 1986, II, 351; nel medesimo senso v. Pret. Genova 13.11.1991, FI, 1992, II, 586; Cass. pen. 30.4.1993) ritenendosi, con ciò, sufficienti serie ed apprezzabili probabilità di successo per l'azione impeditiva dell'evento, anche se limitate e con ridotti coefficienti di probabilità, talora indicati in misura addirittura inferiore al 50%.

Si affermava, quindi, il principio per il quale in materia di responsabilità per colpa professionale sanitaria, « nella ricerca del nesso di causalità tra la condotta dell'imputato e l'evento, al criterio della certezza degli effetti della condotta, si può sostituire quello della probabilità, anche

limitata, di tali effetti e dell'idoneità della condotta a produrli » con la conseguenza che « il rapporto causale sussiste anche quando l'opera del sanitario, se correttamente e tempestivamente intervenuta, avrebbe avuto non già la certezza, bensì soltanto serie ed apprezzabili possibilità di successo, tali che la vita del paziente sarebbe stata, con una certa probabilità, salvata ».

### **3.1) Il diverso orientamento.**

All'orientamento appena delineato si è contrapposta una diversa e più recente giurisprudenza la quale richiede la prova che il comportamento alternativo dell'agente avrebbe impedito l'evento lesivo con un elevato grado di probabilità prossimo alla certezza, e cioè in una percentuale di casi quasi prossima a cento, con ciò affermandosi « la necessità di un accertamento particolarmente rigoroso della causalità » ritenuto che il « nesso di condizionamento tra la condotta emissiva dell'agente e l'evento lesivo sussiste solo qualora risulti che, se fosse stata posta in essere la condotta doverosa omessa, l'evento concreto sarebbe stato evitato con una probabilità di alto grado, vicina alla certezza» (v. Cass. pen. 25.9.2001, n. 1586).

### **3.2) La sentenza delle sezioni unite penali 30328/2002.**

Difformità di orientamenti che è stata risolta da un recente intervento delle sezioni unite penali secondo le quali il nesso causale, si afferma, va ravvisato quando, alla « stregua del giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica — universale o statistica — », si accerti che, « ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa impeditiva dell'evento hic et nunc, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva ».

Accertamento, questo, che non può essere dedotto automaticamente dal « coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica » dovendo, invece, il giudice « verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con alto o elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica ».

Soluzione, questa, che non viene condivisa dalle sezioni unite penali in quanto, « con la tralasciata formula delle « serie ed apprezzabili probabilità di successo » dell'ipotetico intervento salvifico del medico » si finisce « per esprimere coefficienti di « probabilità » indeterminati, mutevoli, manipolabili dall'interprete, talora attestati su standard davvero esigui: così sovrapponendosi aspetti deontologici e di colpa professionale per violazione

del principio di precauzione a scelte politico-legislative dettate in funzione degli scopi della repressione penale ed al problema, strutturalmente distinto, dell'accertamento degli elementi costitutivi della fattispecie criminosa tipica ».

Con ciò, quindi, ad avviso delle sezioni unite,

a) Il nesso causale può essere ravvisato quando, alla stregua del giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica — universale o statistica, si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa impeditiva dell'evento *hic et nunc*, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva.

b) Non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta emissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con « alto o elevato grado di credibilità razionale » o « probabilità logica ».

c) L'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta emissiva del medico rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio del giudizio (Cass. sez. un. pen., 11.9.2002, n. 30328).

Se dunque, come si osserva in dottrina, le regole di cui agli art. 40 e 41 cp. disciplinano il principio di causalità tanto in materia penale quanto in materia civile.

### **3.3) Il criterio probabilistico nella giurisprudenza civile. L'irrilevanza della certezza scientifica.**

Il dato probabilistico continua, invece, a rappresentare, nell'ambito della giurisprudenza civile, l'aspetto centrale nell'accertamento del nesso causale, sulla scorta di quel ragionamento in virtù del quale « il ricorso alla regola della *condicio sine qua non* costituirebbe un ostacolo significativo rispetto alla tutela del danneggiato che si troverebbe sistematicamente nell'impossibilità di provare la sussistenza del nesso causale ».

Un primo esempio è costituito dalla pronuncia 13.5.1981, n. 3013, con la quale la Cassazione, in riferimento al caso di un intervento di ernia inguinale dal quale erano derivate gravi disfunzioni al paziente ha stabilito che l'indagine « sulla sussistenza del nesso di causalità tra un'affezione o lesione personale ed una terapia medica od un intervento chirurgico, al fine dell'eventuale responsabilità risarcitoria dell'autore di tale terapia od intervento », implica « il necessario ausilio di nozioni di patologia medica e medicina legale » con la conseguenza che, non potendo « queste fornire un grado di certezza assoluta sulla derivazione di un certo evento da un determinato antecedente, la ricorrenza del suddetto rapporto di causalità non può essere esclusa in base al mero rilievo di margini di relatività » a fronte di « un serio e ragionevole criterio di probabilità

scientifico, specie quando non risulti la preesistenza, concomitanza o sopravvenienza di altri fattori idonei a provocare l'evento medesimo ».

E che l'orientamento della giurisprudenza più attuale sia quello di una progressiva irrilevanza, ai fini della individuazione del nesso causale, di una certezza scientifica, viene affermato anche dalle più recenti sentenze della Cassazione.

Emblematica al riguardo è la pronuncia 11316/2003.

La responsabilità del sanitario viene allo stato sorretta, sotto il profilo probatorio, da una presunzione incentrata sulla mera idoneità della condotta, pur doverosa ma non adottata dal ginecologo, a produrre l'effetto dannoso e non è confermata da alcuna prova scientificamente certa ma solo da una probabilità statistica di successo per la terapia non realizzata.

Sembrerebbe cioè delinearsi una sorta di responsabilità presunta inquadrabile nell'orientamento giurisprudenziale largamente maggioritario che distingue, in materia di responsabilità medica, tra interventi routinari e interventi di difficile esecuzione. Nel primo caso infatti le corti, coerentemente con lo schema delle obbligazioni di mezzi, applicano il principio *res ipsa loquitur* avvicinando la responsabilità del medico a quella oggettiva : il paziente potrà limitarsi a fornire la prova della facile eseguibilità dell'intervento, del danno sofferto e della sua derivazione causale dalla negligente condotta del sanitario, non essendo però tenuto, a differenza dalle consuete ipotesi di responsabilità oggettiva, a provare il nesso eziologico in termini di certezza assoluta. Solamente nel caso di interventi di difficoltosa esecuzione non opererà alcun meccanismo presuntivo ed il paziente dovrà dimostrare rigorosamente la negligenza con la quale è stata svolta la prestazione sanitaria (Pasquinelli C. 2004, ).

La Cassazione civile, con la sentenza in esame, sembrerebbe quindi « prendere implicitamente atto di questa nuovo indirizzo interpretativo nel momento in cui attribuisce peculiare importanza alla valutazione del giudice in ordine alle concrete circostanze, come ad esempio l'incompletezza della documentazione clinica dovuta ad omissione medica, che impediscono di attestare con assoluta certezza la derivazione causale tra condotta ed evento dannoso ».

#### **3.4 ) La « causalità efficiente ».**

Sempre in materia di responsabilità medica ugualmente interessante si presenta una sentenza della Cassazione del '95 resa in tema di « causalità efficiente », laddove si è affermato che in tema di responsabilità aquiliana, il rigore del principio dell'equivalenza delle cause, posto dall'art. 40 c.p., in base al quale, se la produzione di un evento dannoso è riferibile a più azioni od omissioni, deve riconoscersi ad ognuna di esse efficienza causale, trova il suo temperamento solo nel principio della causalità efficiente, desumibile dal 2° co. dell'art. 41 dello stesso codice, in base al quale l'evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all'autore della condotta sopravvenuta, solo se questa azione risulti tale da rendere irrilevante le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto (Cass. 27.5.1995, n. 5925).

La suprema Corte, nella sentenza n. 1847 del 22.2.1988, dunque, ha enunciato il principio di diritto per cui, ai sensi dell'art. 1176 cpv c.c., il medico risponde anche per colpa lieve ove di fronte ad un caso ordinario non abbia osservato, per l'inadeguatezza od incompletezza della preparazione professionale, ovvero per omissione della media

diligenza, quelle regole precise che siano acquisite per comune consenso e consolidata sperimentazione, alla scienza ed alla pratica.

In materia di responsabilità aquiliana, il rigore del principio dell'equivalenza delle cause, dettato dall'art. 40 c.p., in base al quale se la produzione di un evento lesivo è riferibile a più azioni od omissioni, deve riconoscersi ad ognuna di esse efficienza causale, trova il suo temperamento solo nel principio della causalità efficiente, desumibile dall'art. 41, 2° co. dello stesso codice, in base al quale l'evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all'autore della condotta sopravvenuta solo se questa azione risulti tale da rendere irrilevanti le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto (cfr. Cass. 2688/1992; Cass.2051/1988, etc.).

#### **CAPITOLO IV LA LIMITAZIONE DI RESPONSABILITA' EX ART. 2236 C.C.**

##### **1) L'applicabilità dell'art. 2236 c.c.**

L'art. 2236 c.c. pone una limitazione di responsabilità del prestatore d'opera, circoscrivendola ai soli casi di dolo o colpa grave, qualora si trovi di fronte a problemi tecnici di speciale difficoltà.

Limitazione riferita anche alla professione del medico la quale fa sì che, se di fronte ad un caso patologico concreto che sia comune ed ordinario, con la conseguente esistenza di

regole precise ed indiscusse, sussiste la responsabilità del medico, anche per colpa lieve, ove le regole da applicare non siano state osservate per inadeguatezza od incompletezza della preparazione professionale comune e media o per omissione della diligenza media, detta responsabilità sussiste soltanto per colpa grave (oltre che per dolo) «quando il caso concreto sia straordinario od eccezionale».

L'attività professionale del medico di fronte ad un concreto caso patologico si scinde in due fasi: l'una, preliminare, diagnostica, basata sul rilevamento dei dati sintomatologici; l'altra, conseguente, terapeutica o di intervento chirurgico, determinata dalla prima. In entrambe le fasi, il medico deve indirizzare e svolgere la sua attività applicando le regole che, per il comune consenso delle autorità scientifiche e per consolidata sperimentazione, si possono considerare acquisite alla scienza ed alla pratica, sì da costituire il necessario corredo, culturale e sperimentale, dei professionisti che si dedichi ad un particolare settore della medicina. Di fronte ad un caso concreto che sia comune ed ordinario, cioè che sia tipico perché conosciuto dalla scienza e nell'esperienza medica, con la conseguente esistenza di regole precise ed indiscusse, sussiste la responsabilità ordinaria del medico, anche per colpa lieve, ove la regola o le regole da applicare non siano osservate per inadeguatezza od incompletezza della preparazione professionale comune e media (imperizia) o per omissione della diligenza media (negligenza). Il medico risponde, invece, soltanto per colpa grave (oltre che per dolo) quando il caso concreto sia straordinario od eccezionale, sì da essere non adeguata-

mente studiato nella scienza medica e sperimentato nella pratica (se non addirittura ignoto), ovvero quando nella scienza medica siano proposti e dibattuti diversi, ed incompatibili tra loro, sistemi diagnostici, terapeutici e di tecnica chirurgica, tra i quali il medico operi la sua scelta (Cass. 18.6.1975, n. 2439. CC, 1975, I, 1389).

Esemplificativa è l'ipotesi del caso non adeguatamente studiato nella scienza medica e sperimentato nella pratica, se non addirittura ignoto, ovvero quando nella scienza medica siano proposti e dibattuti diversi, ed incompatibili tra loro, sistemi diagnostici, terapeutici e di tecnica chirurgica, tra i quali il medico operi la sua scelta (Cass. 18.6.1975, n. 2439).

Come per ogni altra professione intellettuale anche in tema di responsabilità contrattuale da inadempimento del medico tre sono dunque i profili fondamentali di indagine da esaminare e valutare ai fini della individuazione di una sua eventuale responsabilità: a) la qualità della prestazione professionale medica; b) il necessario nesso di causalità tra la condotta concretamente tenuta dal medico e l'evento dannoso; c) l'esistenza di una colpa desumibile dalla condotta del medico e, in caso affermativo, il grado di essa (lieve o grave).

Se quindi, in linea di principio, la valutazione della condotta del medico dovrà compiersi alla stregua del criterio della diligenza, detta diligenza, ai fini della individuazione di una sua responsabilità, dovrà essere considerata anche alla luce della disposizione di cui all'art. 2236 c.c.

In tema di responsabilità del medico, la limitazione di responsabilità ai casi di dolo o colpa grave (di cui all'art. 2236 e.c.) si applica ai soli atti che trascendono la preparazione professionale media. Ne consegue che il professionista medico-chirurgo risponde anche per colpa lieve quando, per omissione di diligenza o per inadeguata preparazione, provochi un danno nell'esecuzione di un intervento operatorio o di una terapia medica; risponde invece solo per colpa grave, quante volte il caso affidategli sia di particolare complessità, o perché non ancora sperimentato e studiato a sufficienza o

perché non ancora dibattuto con riferimento ai metodi terapeutici. (Trib. MUano 15.12.1999, GMil, 2000, 294).

Norma quest'ultima che, come già si è detto introduce, nell'ambito della generale categoria della responsabilità civile del professionista, una specificazione e restrizione delle ipotesi di responsabilità, sempreché ne ricorrano i presupposti, primo dei quali, la speciale difficoltà della prestazione.

#### **4.1) Problemi tecnici di speciale difficoltà. Individuazione della nozione.**

Ma cosa si intende « per problemi tecnici di speciale difficoltà »?

Con riferimento alla professione del medico integrano l'astratta previsione normativa i casi che, per essere stati oggetto, nella stessa letteratura medica, di dibattiti e studi dagli esiti tra loro opposti, per la novità della loro emersione, ovvero per essere caratterizzati dalla straordinarietà e particolare eccezionalità del loro manifestarsi, non possono considerarsi ricompresi nel diligente patrimonio culturale — professionale — tecnico del professionista, avuto riguardo, anche in questo caso, alle peculiarità del settore ove svolge la sua attività, e ad uno standard medio di riferimento (v. Cass. 7.5.1988 n. 3389, DPA, 1989, 497).

A ciò poi aggiungasi, come afferma la S.C., la sua limitazione alle sole ipotesi di imperizia, con esclusione della imprudenza e della negligenza (v. anche Cass. 19.5.1999, n. 4852).

Nella diligenza è compresa anche la perizia da intendersi come cono-scenza ed attuazione delle regole tecniche proprie di una determinata arte o professione.

Comunemente si dice che trattasi di una *diligentia in abstracto*, ma ciò solo per escludere che trattasi di *diligentia quam in suis*, e cioè la diligenza che normalmente adotta quel determinato debitore.

Per il resto il grado di diligenza, per quanto in termini astratti ed oggettivi, deve essere apprezzato in relazione alle circostanze concrete e tra queste, quanto alla responsabilità professionale del medico, rientrano anche le dotazioni della struttura ospedaliera in cui lo stesso opera. (Cass. 16.2.2001, n. 2335).

Pertanto il professionista risponde anche per colpa lieve quando per omissione di diligenza ed inadeguata preparazione provochi un danno nell'esecuzione di un intervento operatorio o di una terapia medica.

In altri termini la limitazione della responsabilità del medico alle sole ipotesi di dolo o colpa grave si applica unicamente ai casi che trascendono la preparazione media (Cass. 11.4.1995, n. 4152), ovvero perché la particolare complessità discende dal fatto che il caso non è stato ancora studiato a sufficienza, o non è stato ancora dibattuto con riferimento ai metodi da adottare (Cass. 12.8.1995, n. 8845; così anche Cass. 19.5.1999, n. 4852).

## **CAPITOLO V L'INFORMATIVA AL PAZIENTE**

## **5). Il consenso informato.**

Si è già visto come nell'attuale panorama delle professioni intellettuali, contraddistinte da un sempre maggiore grado di specializzazione settoriale, l'aspetto dell'informazione al cliente assume un rilievo sempre più consistente, non solo da un punto di vista deontologico ma anche da un punto di vista della responsabilità civile.

In tutte le professioni intellettuali, il cliente -creditore della prestazione professionale, ancor prima di addivenire al conferimento dell'incarico professionale, si trova di fronte ad una scelta che implica una valutazione dei costi e benefici di un determinato intervento professionale.

Ed è appunto in questa fase che determinante si rivela la corretta informazione da parte del professionista; informazione che avrà, per l'appunto, la funzione di far conoscere al creditore cliente e i vantaggi ed i rischi che una determinata metodologia di azione comporta con sufficiente probabilità.

Corretta informazione che costituirà poi il presupposto per la valida manifestazione del consenso alla prestazione professionale .

Ciò che conta è dunque che nel rapporto medico-paziente sussista il consenso informato, ossia l'adesione volontaria dell'ammalato alle cure proposte, previa informazione circa i costi e i benefici del trattamento sanitario.

A questo riguardo si comprende, quindi, come l'informazione sia essenziale, in quanto il consenso di un soggetto che non sia stato adeguatamente informato, non ha valore.

Come per ogni professione intellettuale, dunque, il medico deve, infatti, adeguatamente informare il paziente su quelli che saranno i rischi di un determinato intervento e le possibilità di beneficio onde consentire al paziente stesso una valutazione circa l'opportunità di proseguire nell'intervento.

E che l'importanza dell'informazione rappresenti il momento centrale nella formazione del consenso del paziente viene ribadito dalla giurisprudenza in numerose occasioni la quale, tra l'altro, non manca di rilevare come l'obbligo d'informazione riguardi anche i rischi specifici delle singole fasi del trattamento sanitario.

Si afferma così che il medico deve informare il paziente dei possibili benefici del trattamento, delle modalità d'intervento, dell'eventuale possibilità di scelta fra cure diverse o diverse tecniche operatorie e, infine, dei rischi prevedibili di complicanze in sede postoperatoria (cfr. Cass. 6.10.1997, n. 9705) nonché comunicare al paziente anche l'esito delle indagini (per esempio, dell'ecografia), in quanto tale informazione è una caratteristica essenziale della prestazione sanitaria (così Cass. 18.4.1997, n.3599).

Obbligo di informativa che, con particolare riguardo ai rischi di un determinato intervento, non deve, ad avviso di parte della giurisprudenza, intendersi riferito al medico che suggerisce l'opportunità dello stesso bensì al medico che esegue l'intervento medesimo.

Con riguardo, poi, al chirurgo estetico si è affermato che questi deve informare il paziente non solo e non tanto dei rischi in genere dell'intervento programmato, ma anche delle concrete possibilità di conseguire il risultato sperato (cfr. Cass. 8.8.1985 n. 4394; Cass, 25.11.1994, n. 10014).

Uguale consenso informato viene poi richiesto anche per le trasfusioni di sangue, di emocomponenti e di emoderivati in quanto trattasi di pratiche terapeutiche non esenti da rischi (v.art. 19 del d.m. 15.1.1991; v. ora d.m. 3.5.2003) come uguale consenso

informato occorre anche per il prelievo ematico, che non può essere imposto (v. Corte cost. 9.7.1996, n. 238).

Certo è che l'intensità di tale obbligo informativo si presta a valutazioni tra loro diverse a seconda del tipo di intervento che il singolo medico è chiamato ad attuare.

E infatti indubbio che alcune prestazioni mediche si caratterizzino per una sorta di ordinarietà e conoscibilità da parte dei pazienti per essere entrate a far parte del patrimonio comune di conoscenza. E questo il caso del prelievo di sangue o della normale iniezione come anche della ingessatura di un arto.

Qui si comprende agevolmente come l'informazione del medico non assuma quella preponderanza e centralità come accadrebbe in altre ipotesi di interventi maggiormente complessi, proprio perché si parte dal presupposto della conoscibilità del significato di detti interventi. Un obbligo di informativa potrebbe, al limite, ritenersi raffigurabile solo laddove il medico si avveda della mancata consapevolezza od assoluta « ignoranza » del paziente delle più elementari nozioni medico sanitarie.

### **5.1) La mancata informativa quale ipotesi di responsabilità precontrattuale.**

Si è già rilevato come ad avviso di una parte della dottrina la mancata informativa al cliente (paziente) comporterebbe una tipica ipotesi di responsabilità precontrattuale. Soluzione, questa, fatta propria anche dalla Cassazione con la sentenza 25.11.1994, n. 10014, la quale evidenzia come in siffatta ipotesi si individua una violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.) con conseguente obbligo del medico al risarcimento del danno subito da paziente.

Si tratta, peraltro, di un recente orientamento che si contrappone ad un precedente indirizzo giurisprudenziale per il quale la mancata preventiva informazione del paziente sui possibili rischi ed effetti di un intervento non configurava una ipotesi di responsabilità precontrattuale. E ciò in quanto la prestazione professionale del chirurgo, cui il cliente si affida per il superamento di una determinata affezione o quadro patologico, comporta sempre e necessariamente un'attività preliminare di diagnosi, al fine di stabilire l'opportunità o meno dell'intervento.

L'indicato dovere di informazione, diretto ad ottenere un consapevole consenso del cliente, interviene dopo che, con l'attività diagnostica, è già iniziata l'esecuzione del contratto d'opera professionale, e, quindi ha natura contrattuale, così come contrattuale è la responsabilità derivante dal suo mancato assolvimento (Cass., 29.3.1976, n. 1132, RDL, 1977, 140).

### **5.2) Le modalità di manifestazione del consenso.**

Il consenso manifestato dal paziente rappresenta indubbiamente espressione del potere di autodeterminazione riconosciuto al singolo e rappresenta l'estrinsecazione del diritto di libertà personale costituzionalmente garantito (art. 13 1° co. Cost.), essendo il paziente, in via di principio, il solo che possa decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo.

Tranne il caso di situazioni estreme nelle quali l'intervento del sanitario, qualunque possa esserne l'esito, si palesi necessario ed urgente ed il paziente non si trovi neppure in grado di esprimere una cosciente volontà favorevole o contraria, il medico, il quale intenda eseguire sul corpo del paziente un rischioso intervento, tale da porre in serio

pericolo la vita o l'incolumità fisica, ha il dovere professionale di renderlo di ciò edotto, affinché questi possa validamente, cioè consapevolmente, prestare consenso al trattamento sanitario prospettatogli (Cass., 29.3.1976, n. 1132, RDL, 1977, 140).

E al riguardo va infatti osservato che, al di fuori delle ipotesi di trattamento sanitario obbligatorio stabilite per legge, la Costituzione, all'art. 32, 2° co., stabilendo che nessuno può essere sottoposto contro la sua volontà ad un trattamento sanitario, esclude che le decisioni relative all'equilibrio psico-fisico ed alla salute della persona possano essere prese da persona diversa dall'interessato .

Nel medesimo senso dispone anche il codice civile laddove riconosce un'autonomia privata in questo campo. Infatti, vietando all'art. 5 gli atti di disposizione del proprio corpo che cagionano una diminuzione permanente dell'integrità fisica o che sono contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume, implicitamente permette al privato - fuori da queste ipotesi - di disporre del proprio equilibrio psico-fisico .

### **5.3) Il trattamento sanitario obbligatorio.**

Si è visto come la regola del consenso incontri una deroga quando si tratti di un trattamento sanitario obbligatorio.

Deroga, questa, giustificata in nome di un principio di tutela della salute intesa quale interesse collettivo, ma che, comunque, come precisa la Corte costituzionale, deve svolgersi nel rispetto di precisi criteri. Un trattamento sanitario, si afferma, può infatti essere imposto solo nella previsione che non incida sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che « per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiono normali di ogni intervento sanitario e tollerabili ».

Il principio che si ricava dalle pronunce della giurisprudenza è, dunque, quello del primato della volontà individuale e della eccezionalità del trattamento sanitario obbligatorio.

Eccezionalità evidenziata anche da una pronuncia di merito dell'86 in occasione della quale si è affermato: la regola fondamentale è che i trattamenti sono volontari il malato è libero financo di lasciarsi morire, e nessuna norma può imporgli la sottoposizione a cure o interventi sanitari.

La regola peraltro subisce eccezioni tutte le volte che la malattia del singolo sia tale da mettere in pericolo le condizioni di salute, o anche di vita o di sicurezza dei consociati .

E comunque, anche nel caso in cui la legge prescriva l'obbligo di un determinato trattamento sanitario, il medico non potrà intervenire contro la volontà dell'interessato, dovendosi limitare « a segnalarne l'inadempienza all'Autorità per i provvedimenti di competenza »

### **5.4) Il pericolo di gravi danni alla salute.**

Nell'ipotesi, invece, in cui si profilino situazioni di pericolo di gravi danni e quindi una situazione di vera e propria necessità , il medico dovrà comunque intervenire, indipendentemente dal consenso prestato, nella previsione che l'utilità dell'intervento sia di gran lunga superiore a qualunque pretesa autonomistica dell'interessato (Nannini 1989,).

Occorre tenere conto delle condizioni di necessità e urgenza in cui può trovarsi ad essere effettuato il trattamento medico. Sebbene quindi il consenso sia assolutamente necessario

al trattamento medico, e questo sia legittimo solo nella misura del consenso prestato, nondimeno in condizioni estreme, quando l'intervento del medico, quale ne sia l'esito, si palesa come necessario e urgente, ed il paziente non è in grado di esprimere una cosciente volontà, allora il medico può, anzi, deve intervenire ugualmente nel miglior interesse del paziente stesso. Dal punto di vista operativo la necessità e l'urgenza costituiscono così un surrogato del consenso del paziente. Con ciò deve intendersi che alla regola del consenso del paziente, quale presupposto giustificativo di ogni trattamento medico chirurgico suscettibile di porre in grave pericolo la vita o l'incolumità fisica, si fa eccezione in situazioni estreme, nelle quali l'intervento del sanitario, qualunque possa essere l'esito, si palesa necessario ed urgente, laddove in situazioni del genere il paziente neppure si trova in grado di esprimere una cosciente volontà favorevole o contraria all'intervento stesso (Cass. 15.11.1999, n.12621).

Necessità ed urgenza — la quale può altresì determinare la piena legittimità di un « allontanamento » del medico dal consenso inizialmente prestato dal paziente che rileva di per sé, indipendentemente anche dalle determinazioni degli eventuali congiunti.

Con ciò, dunque, l'intervento medico arbitrario, in quanto eseguito senza consenso, o con consenso invalido, al di fuori dei casi di trattamento sanitario obbligatorio o di stato di necessità, dà luogo al sorgere di una responsabilità penale (con conseguenti effetti sul piano della responsabilità civile in chiave di risarcimento dei danni); responsabilità penale incentrata sulle ipotesi di reato contro la libertà morale o personale (artt. 605, 610, 613, c.p.), ovvero, in caso di prestazione chirurgica, contro la incolumità individuale (con l'imputazione del fatto lesivo a titolo di dolo ex art. 582 c.p., se il sanitario aveva consapevolezza e volontà di agire senza il consenso o senza valido consenso del malato, ovvero a titolo di colpa, ex art. 590 c.p. — siccome affermato nella fattispecie esaminata —, qualora il medesimo ritenesse, per errore a lui imputabile per negligenza o imprudenza, che un consenso, e valido, esistesse).

La tesi, qui avanzata, dell'« autolegittimazione » del trattamento sanitario, era stata, peraltro, già affermata dalla Cassazione civile con sentenza 15.1.1997, n. 364 (riportata supra, 12.3.4) con la quale si era affermato il seguente principio: a meno che non siano obbligatori per legge o che ricorrano gli estremi dello stato di necessità e il paziente non possa per le sue condizioni prestare il proprio consenso, i trattamenti sanitari sono di norma volontari (art. 13 e 32, comma 2, Cost.) e la validità del consenso è condizionata alla informazione, da

parte del professionista al quale è richiesto, sui benefici, sulle modalità in genere, sulla scelta tra diverse modalità operative e sui rischi specifici prevedibili dell'intervento terapeutico — informazione che deve essere effettiva e corretta — e, nel caso che sia lo stesso paziente a richiedere un intervento chirurgico, per sua natura complesso e svolto in equipe, la presunzione di un implicito consenso a tutte le operazioni preparatorie e successive connesse all'intervento vero e proprio, non esime il personale medico responsabile dal dovere di informarlo anche su queste fasi operative, in modo che la scelta tecnica dell'operatore avvenga dopo una adeguata informazione e con il consenso specifico dell'interessato.(Cass. 15.1.1997, n. 564).

### **5.5) Il consenso dei familiari.**

Non vi è dubbio che i familiari hanno una legittimazione a prestare il consenso nella misura in cui ciò avvenga nelle forme della rappresentanza legale.

È questo il caso del paziente minore di età (v. Pret. Milano 18.9.1982, FI, 1984, I, 3066 con riferimento al consenso a ricovero espresso dalla madre di un minore affetto da alterazioni psichiche) come anche del soggetto legalmente incapace sottoposto alla tutela di altro soggetto.

Si ammette, inoltre, l'intervento dell'autorità giudiziaria nel caso di rifiuto espresso dal rappresentante legale, quando tale rifiuto sia gravemente pregiudizievole per il rappresentato (v. Cass. pen. 13.12.1983, FI, 1984, II, 361).

Al di là di queste ipotesi la legittimazione dei familiari viene invece esclusa dalla giurisprudenza.

Emblematica è una pronuncia della Corte di Assise di Firenze (8.11.1990, DFam, 1991, 978) secondo la quale il consenso, costituendo un diritto personalissimo, non può che spettare all'avente diritto (e cioè all'ammalato), salvo i casi di rappresentanza legale tassativamente stabiliti (minori e interdetti).

### **5.6) La mancata informazione sulla carente situazione ospedaliera.**

La centralità del consenso informato nell'ambito del rapporto medico-paziente emerge anche con riferimento ad ipotesi non strettamente connesse con le modalità di intervento ma che comunque a queste sono collegate.

E' questo il caso della carente situazione ospedaliera.

Quando, infatti, l'esecuzione di un determinato intervento chirurgico richieda l'impiego di particolari strumentazioni o tecniche, l'informazione rivolta al paziente deve essere tale da metterlo in condizione di conoscere se effettivamente la struttura dove verrà eseguito l'intervento sia dotata di quelle attrezzature necessarie al suo compimento in modo che, se insussistenti, da porlo nella condizione di decidere se sottoporsi ugualmente all'indicato intervento o se trasferirsi in un'altra struttura sanitaria.

L'inosservanza di tale obbligo comporta l'inevitabile responsabilità del medico.

Applica tale regola una recente sentenza della Cassazione del 2000 con preciso riferimento ad un caso di parto prematuro.

I giudici del merito hanno in sostanza ritenuto che il preannunciato parto prematuro a seguito del ricovero della paziente per rottura delle membrane con abbondante perdita di liquido amniotico, in un contesto connotato dalla indisponibilità del cardiocografo, strumento essenziale per il costante controllo dello stato del feto, richiedessero un interessamento attivo da parte del primario, un controllo del battito cardiaco più frequente di quanto fosse stato fatto durante tutto il periodo di ricovero ed interventi più decisi e tempestivi durante tale fase. La circostanza che manca nella legislazione italiana uno standard di riferimento dagli strumenti di cui una struttura sanitaria pubblica deve necessariamente disporre non esima il medico responsabile della cura dei pazienti dal dovere di

informarli della possibile inadeguatezza della struttura per l'indisponibilità, anche solo momentanea, di strumenti essenziali per una corretta terapia o per un'adeguata prevenzione di possibili applicazioni. ( cass. N. 6318/2000)

### **5.7) Conclusioni**

Con ciò, dunque, il consenso del malato viene ad integrare un presupposto di liceità del trattamento medico, che ne rende l'esecuzione pienamente conforme a legge.

Ma questo solo in presenza dei precisi presupposti evidenziati dalla menzionata pronuncia e che possono essere così sintetizzati:

- a) il consenso non è condizionato di norma a forme di espressione particolari, essenziale risultando che esso, pur per comportamenti concludenti, pervenga in modo esplicito ed univoco al sanitario;
- B) il consenso deve provenire da colui che ha la disponibilità giuridica del bene protetto, e quindi dal paziente con la inevitabile conseguenza che nessuna efficacia giuridica può essere riconosciuta alla volontà dei familiari, tranne il caso di esercizio della tutela o della potestà dei genitori, rispettivamente per il paziente incapace e per il paziente minorenni;
- c) il paziente deve inoltre essere capace di intendere e di volere nel momento in cui esprime il consenso;
- d) il consenso deve formarsi liberamente ed essere immune da coartazione, inganno o errore, e non deve essere contrario all'ordine pubblico ed al buon costume;
- e) deve precedere l'avvio del trattamento ed è suscettibile di revoca per lo meno fino a che ne sia possibile l'interruzione;
- f) il consenso deve essere di regola acquisito da parte del medico che eseguirà il trattamento;
- g) qualora l'attività sanitaria si espliciti attraverso varie fasi, ciascuna delle quali presenti rischi specifici e distinti il consenso dovrà essere acquisito dal sanitario preposto ad ogni singola fase;
- h) in linea di massima il consenso non presuppone la riferibilità ad un determinato sanitario, potendo quindi il trattamento essere svolto anche da altro medico sempreché, ovviamente, il paziente non abbia posto come condizione del consenso stesso il fatto che l'intervento venga eseguito da un medico determinato con ciò precludendosi qualsiasi possibilità di sostituzione;
- i) il consenso del paziente deve intendersi riferito a quella prestazione medica che gli viene prospettata dal sanitario con ciò escludendosi l'ammissibilità di una prestazione medica diversa da quella in relazione alla quale è stato manifestato il consenso, sempreché non si verifichi una situazione di necessità e permanendo, comunque, la possibilità anche di un consenso di più ampio respiro;
- l) il consenso deve, infine, seguire ad una informazione chiara e semplice svolta dal medico e comunque comprensibile dallo stesso paziente.

## **CAPITOLO VI L'ATTIVITA' MEDICA IN EQUIPE**

### **6). Attività medica in équipe. La responsabilità del primario.**

Pienamente in linea con la crescente specializzazione delle singole materie e con la costante necessità, per determinati trattamenti sanitari, di specifici interventi specialistici, si presenta la sempre maggiore collaborazione tra più specialisti ed il loro intervento congiunto.

Ma se quella che viene definita come attività medica realizzata nella forma *d'équipe* comporta, da un lato, indubbi vantaggi per il paziente sotto il profilo della garanzia di una maggiore probabilità di successo dell'intervento grazie proprio a quella

unione di precise specializzazioni anche sotto il profilo della relativa responsabilità, dall'altro rappresenta il punto di partenza per tutta una serie di considerazioni sotto il profilo della responsabilità civile.

Centrale nella identificazione della materia (sotto il profilo della responsabilità civile) è innanzitutto l'individuazione di quello che va sotto il nome di capo dell'*équipe* (primario) e cioè il medico che ha il compito di coordinare l'intervento di altri specialisti.

Il primario, nell'ambito dell'organigramma del reparto ospedaliero, viene definito dal d.p.r. 20.12.1979, n. 761, recante norme sullo « stato giuridico del personale delle unità sanitarie locali » come « medico appartenente alla posizione apicale ».

L'art. 63 della menzionata legge, contenente l'identificazione dei profili professionali alle qualifiche funzionali e le attribuzioni del personale prevede che:

*“-il medico appartenente alla posizione iniziale svolge funzioni medico-chirurgiche di supporto e funzioni di studio, di didattica e di ricerca, nonché attività finalizzate alla sua formazione. Ha la responsabilità per le attività professionali a lui direttamente affidate e per le istruzioni e direttive impartite nonché per i risultati conseguiti. La sua attività è soggetta a controllo e gode di autonomia vincolata alle direttive ricevute.*

*-Il medico appartenente alla posizione intermedia svolge funzioni autonome nell'area dei servizi a lui affidata, relativamente ad attività e prestazioni medico-chirurgiche, nonché ad attività di studio, di didattica, di ricerca anche sotto il profilo della diagnosi e cura, nel rispetto delle necessità del lavoro di gruppo e sulla base delle direttive ricevute dal medico appartenente alla posizione apicale.*

*-Il medico appartenente alla posizione apicale svolge attività e prestazioni medico-chirurgiche, attività di studio, di didattica e di ricerca, di programmazione e di direzione dell'unità operativa o dipartimentale, servizio multizonale o ufficio complesso affidategli. A tal fine cura la preparazione dei piani di lavoro e la loro attuazione ed esercita funzioni di indirizzo e di verifica sulle prestazioni di diagnosi e cura, nel rispetto della autonomia professionale operativa del personale dell'unità assegnatagli, impartendo all'uopo istruzioni e direttive ed esercitando la verifica inerente all'attuazione di esse.*

*In particolare, per quanto concerne le attività in ambiente ospedaliero, assegna a sé e agli altri medici i pazienti ricoverati e può avocare casi alla sua diretta responsabilità, fermo restando l'obbligo di collaborazione da parte del personale appartenente alle altre posizioni funzionali.*

*Le modalità di assegnazione in cura dei pazienti debbono rispettare criteri oggettivi di competenza, di equa distribuzione del lavoro, di rotazione nei vari settori di pertinenza (art. 63, d.p.r. 20.12.1979, n. 761).*

In secondo luogo va richiamato l'art. 7 del d.p.r. 27.3.1969, n. 128 (sul ordinamento interno dei servizi ospedalieri) il quale prevede che « il primario vigila sull'attività e sulla disciplina del personale sanitario, tecnico, sanitario ausiliario ed esecutivo assegnato alla sua divisione o servizio, ha la responsabilità dei

malati, definisce i criteri diagnostici e terapeutici che devono essere seguiti dagli aiuti e dagli assistenti, pratica direttamente sui malati gli interventi diagnostici e curativi che ritenga di non

affidare ai suoi collaboratori, formula la diagnosi definitiva, ....., è responsabile della regolare compilazione delle cartelle cliniche,..... pratica le visite di consulenza richieste dai sanitari di altre divisioni o servizi; dirige il servizio di ambulatorio,.... cura la

preparazione ed il perfezionamento tecnico-professionale del personale da lui dipendente; esercita le funzioni didattiche a lui affidate ».

E al riguardo si pone un primo problema, sotto il profilo del legittimo affidamento che il paziente nutre nei confronti di costui. Se infatti è vero che il consenso informato del paziente trae la propria origine proprio dalle informazioni fornite dal primario e dalla fiducia che il paziente nutre nei riguardi di quest'ultimo ci si chiede se, con ciò, il primario debba considerarsi responsabile di qualsiasi evento dannoso che si verifichi in capo al paziente medesimo.

Ma l'ammettere ciò equivarrebbe a svilire le prestazioni professionali realizzate dai singoli specialisti al ruolo di mere esecuzioni materiali di direttive impartite dal primario. E' questo, a titolo esemplificativo, il caso del medico anestesista.

Come potrebbe, infatti, ritenersi responsabile il primario delle scelte e delle modalità di intervento del medico anestesista la cui attività si esaurisce nella fase pre- operatoria?

Una volta esauritasi la fase pre-operatoria con il trasferimento del malato in sala operatoria, il capo équipe non può certo ricontrollare l'indicata fase, ne sembra ipotizzabile addebitargli i comportamenti negligenti attribuibili alla condotta di un soggetto terzo (l'anestesista) che non siano riconducibili ad un diretto coinvolgimento dello stesso capo all'équipe, come ad esempio nel caso del paziente che una volta trasportato nella sala operatoria non si presenti completamente sotto l'effetto anestetico; qui il capo équipe ha ovviamente un dovere di intervenire e di correggere tale situazione al limite anche richiamando il medico anestesista e richiedendo un suo intervento.

Sembra quindi corretto doversi affermare che la funzione di coordinamento e supervisione del capo équipe non comporta, per ciò solo, una incondizionata sua responsabilità per tutto ciò che

si verifica nel corso dell'intervento (o trattamento) sanitario dovendo essa andare ristretta a quelle sole ipotesi in cui si assista ad un mancato corretto espletamento delle funzioni di controllo ad esso riferibili come ad esempio nel caso in cui egli (capo équipe) si allontani dal luogo di cura senza verificare il decorso della fase postoperatoria e, così, disinteressandosi delle condizioni del paziente.

Orientamento, questo, confermato, di recente, anche dal Tribunale di Venezia (con sentenza 13.12.2004,).

### **6.1)Chirurgo ed anestesista. In particolare la ripartizione dei ruoli tra membri dell'équipe.**

Se dunque, come si è visto, il principio è quello che il capo dell'équipe non risponde per quelle che possono essere manchevolezze realizzatesi in una fase antecedente a quella operatoria, come nel caso dell'anestesista che non esegua esattamente l'intervento di anestesia, da ciò ne consegue una ripartizione dei ruoli tra dette figure professionali (chirurgo ed anestesista).

Ripartizione evincibile anche dalla stessa giurisprudenza laddove, con riferimento ad un caso di lesioni gravi subite da un paziente per la dimenticanza nell' addome di una garza per la "parotomia" si è affermato che l'anestesista non risponde di tale fatto in quanto egli « è deputato a controllare lo stato di insensibilità del paziente all'azione chirurgica, la sua reazione e magari la sua sicurezza dal punto di vista circolatorio, mentre non ha nessuna competenza e, quindi, nessun incarico di porre o estrarre tamponi dalla cavità soggetta all'operazione » (Cass. Pen 30.10.1984).

Questo però non significa che, sulla scorta della menzionata ripartizione dei ruoli, il capo dell'Alpe sia comunque esente da responsabilità.

Responsabilità che, come poi si vedrà in seguito, deve ravvisarsi allorquando risulti dimostrato che l'esito negativo dell'intervento è dipeso anche da una mancata, corretta direzione e controllo da parte del primario.

Se non può certo affermarsi che il primario sia responsabile di tutto quanto accade nel suo reparto, non essendo esigibile un controllo continuo e analitico di tutte le attività terapeutiche che vi si compiono, egli ha tuttavia il

dovere di informarsi dello stato di ogni paziente ricoverato, di seguirne il decorso anche quando non provveda direttamente alla visita, di controllare che quelle impartite dagli altri medici siano corrette e adeguate. E ciò quando anche abbia affidato l'ammalato ad un medico in sottordine, poiché se l'affidamento determina la responsabilità del medico affidatario per gli eventi a lui imputabili che colpiscano l'ammalato, ciò non esime il primario dall'obbligo di assumere le iniziative necessarie per provocare in ambito decisionale i provvedimenti richiesti da esigenze terapeutiche. (Cass. 16.5.2000, n. 6318).

## **6.2). Il principio dell'affidamento.**

Il quadro si completa ove si ponga attenzione anche ad un altro principio al quale la stessa giurisprudenza fa riferimento, ossia quello di affidamento e cioè l'affidamento legittimo che ciascun membro dell'équipe ripone nella diligente prestazione degli altri membri.

Il principio di affidamento riguarda situazioni in cui più consociati, titolari di doveri di diligenza anche differenti ma tutti funzionalmente preordinati alla prevenzione di un medesimo fatto, entrino in relazione tra loro svolgendo attività concorrenti .

Ogni consociato può (o deve potere) legittimamente confidare sul fatto che i soggetti con i quali entri in contatto adempiranno correttamente ai propri (rispettivi) doveri di diligenza.

La reciproca collaborazione che sta alla base del lavoro d'équipe si fonda proprio su tale dato di fatto il quale porta ad escludere una responsabilità estesa agli altri componenti l'équipe medica proprio laddove non siano emersi, nel corso dell'intervento chirurgico, elementi tali da lasciar prevedere una negligenza altrui.

In questo caso il singolo soggetto, potendo prevedere che probabilmente il consociato non si comporterà in modo corretto, per evitare un addebito di corresponsabilità avrà l'obbligo di orientare la propria condotta al fine di evitare le conseguenze dell'altrui negligenza.

Con ciò, dunque, se è vero che il presupposto dello stesso affidamento sta in un preventivo giudizio pronostico positivo che ogni soggetto appartenente all'équipe deve compiere circa il fatto che colui con il quale entrerà in rapporto si comporterà in modo diligente è altresì vero che la corresponsabilità scaturirà proprio laddove, pur in presenza di un giudizio prognostico negativo, non vengano utilizzati quelle necessarie attenzioni e controlli volti ad impedire il verificarsi di fatti dannosi per il paziente.

La permanenza di un controllo assiduo e costante sull'operato di ciascun medico dell'équipe, la reciproca fiducia che giustifica l'affidamento di ciascun membro non esclude però « che all'interno del gruppo operino, quali momenti di coordinazione ulteriore, meccanismi di controllo che consentano di identificare errori e negligenze e di creare opportune occasioni di rettifica .

### **6.3). Ipotesi di responsabilità.**

Così definiti i ruoli dei singoli membri dell'équipe ed limiti entro i quali dovrà intendersi sussistente un loro obbligo di valutazione dell'attività svolta dagli altri membri, accompagnato da un'attività di coordinamento e direzione da parte del capo dell'equipe, le ipotesi di colpa ricorrenti e determinanti il sorgere di una responsabilità civile saranno le seguenti.

Innanzitutto colpa per avere assunto quale singolo un'attività per la quale il medico si sarebbe dovuto avvalere della collaborazione di colleghi o di personale specializzato (così Cass.6.3.1971, n. 606; Cass. 15.12.1972, n. 3616; Trib. Udine 13.5.1991, FI, 1992, I, 549).

Inoltre colpa per non avere svolto un adeguato controllo sull'attività di altri membri dell'équipe.

Criterio, questo, presente nella giurisprudenza, secondo la quale le responsabilità del primario si fondano sul fatto che lo stesso: « non ha mai sottoposto personalmente a visita la paziente, ne risulta che sia intervenuto in alcun modo secondo le precise prescrizioni riportate nella citata normativa, nonostante le particolari condizioni di prematuro e dismaturo del feto, ed ancor più l'indisponibilità del cardiocotografo, richiedessero una presenza attenta e vigile nell'impartire le istruzioni del caso .

La corte di merito ha dunque assunto che il primario, in relazione alla condizione di prematuro e dismaturo del feto ed alla indisponibilità del cardiocotografo, avesse il dovere di interessarsi al caso, di dare le opportune disposizioni e di verificare che esse fossero attuate.

Ora, è ben vero che l'art. 63 del d.p.r. 20.12.1939, n. 761 (Stato giuridico del personale delle unità sanitarie locali), richiamato dalla corte di merito come parametro valutativo del comportamento del primario , non esaurisce la sua portata prescrittiva nella previsione che « Il primario ospedaliero ha funzioni di indirizzo e di verifica sulle prestazioni di diagnosi e cura mediante emanazione di istruzioni e direttive, nonché di controllo sull'attuazione della stessa »; e che il sesto comma stabilisce che « in particolare, per quanto

concerne le attività in ambiente ospedaliero, assegna a sé e agli altri medici i pazienti ricoverati e può avocare casi alla sua diretta responsabilità, fermo restando l'obbligo di collaborazione da parte del personale appartenente alle altre posizioni funzionali ».

E però a tale norma non può conferirsi la valenza di esenzione del primario da ogni responsabilità per il solo fatto che il paziente ricoverato sia stato assegnato ad altro medico in sottordine. In tal caso, infatti, il medico assegnatario sarà investito delle responsabilità che gli derivano dalla sua posizione funzionale di aiuto o di assistente e sarà, per converso, in via generale affrancato da responsabilità se si sia limitato a collaborare col primario che abbia assegnato a se stesso il paziente. Ma anche allorché il paziente sia stato assegnato ad altro medico, la responsabilità del primario può tuttavia ricollegarsi alla violazione dei doveri di dare istruzioni e direttive adeguate per il trattamento del caso e/o di verificarne la puntuale

attuazione. Doveri che non è affatto eliso dalla « assegnazione » ad altri medici, del resto prevista da una disposizione (il citato art. 63). (Cass. 6.5.2000, n. 6518).

E ancora.

Colpa per non aver corretto l'errore commesso da altri; errore che il soggetto ha identificato in virtù dell'obbligo di controllo gravante su di lui (Trib, Vicenza 27.1.1990, NGCC, 1990,1, 734; Pret. Crotone 26.6.1993, FI, 1993, 721).

#### **6.4) Attività medica svolta all'interno di una struttura organizzata. Il carattere contrattuale del rapporto tra paziente e struttura.**

Come si osserva in dottrina, l'inserimento dell'attività medica all'interno di una struttura organizzata, sia essa clinica privata, casa di cura, ospedale o ente di altro tipo, rappresenta ormai una scelta molto comune.

In questa circostanza, però, « la trama dei rapporti soggettivi », soprattutto sotto il profilo della responsabilità, si complica alquanto.

Al rapporto « che continua a legare medico e paziente e che non può non risentire nella presenza della sovrastruttura rappresentata dall'ente », si aggiunge « quello che lega quest'ultimo al paziente, quale rapporto nuovo denso di implicazioni sul piano degli obblighi e della tutela ».

Rapporto che — superate quelle distinzioni tra ente pubblico ed ente privato e che avevano portato una parte della dottrina ad individuarne una matrice contrattuale solo laddove esso rapporto fosse intervenuto con strutture privatistiche— assume oggi una natura prettamente contrattuale.

Indubbio è, quindi, che a prescindere dalla natura dell'ente, tra paziente e struttura si conclude un vero e proprio contratto (Cass. 24.3.1979, n. 1716; Cass. 11.5.1988, n. 2144; Cass. 27.5.1993, n. 5939).

Con ciò si afferma che il ricovero di un paziente « in una struttura (pubblica o privata) deputata a fornire assistenza sanitaria avviene sulla base di un contratto tra il paziente stesso ed il soggetto gestore della struttura e l'adempimento di tale contratto, con riguardo alle prestazioni di natura sanitaria, è regolato dalle norme che disciplinano la corrispondente attività del medico nell'ambito del contratto di prestazione d'opera professionale, con la conseguenza che il detto gestore risponde dei danni derivati al paziente da trattamenti sanitari praticatigli con colpa, alla stregua delle norme di cui agli artt. 1176 e 2236 c.c. » (Cass. 8.5.2001, n. 6386).

Contratto il cui oggetto è rappresentato dallo svolgimento dell'attività diagnostica e della conseguente attività terapeutica in relazione alla specifica situazione patologica del paziente preso in cura (Cass. 24.3.1979, n. 1716).

L'ente ospedaliero, avente personalità giuridica, è un'istituzione pubblica con organizzazione di personale e di mezzi materiali al fine dello svolgimento delle attività diagnostiche e terapeutiche, nonché delle attività collaterali, in favore dei ricoverati ed, in genere, di coloro che richiedono assistenza sanitaria. I medici dipendenti dall'ente sono inseriti nell'organizzazione, costituendone la componente essenziale, e nell'ambito del rapporto organico che li lega all'ente provvedono allo svolgimento delle attività diagnostiche e terapeutiche necessarie ai ricoverati ed agli assistiti in genere.

L'accettazione del paziente nell'ospedale, ai fini del ricovero oppure di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto d'opera professionale. Contratto, questo, che viene concluso tra il paziente e l'ente ospedaliero, il quale assume a proprio carico, nei confronti del paziente, l'obbligazione di svolgere l'attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica in relazione alla specifica situazione patologica del paziente preso in cura. Parte nel contratto d'opera professionale, e nel conseguente

rapporto obbligatorio, è l'ente ospedaliero ed esso soltanto, non anche il medico dipendente che provvede in concreto allo svolgimento dell'attività diagnostica e della conseguente attività terapeutica. In sede di conclusione del contratto di esecuzione della dovuta prestazione professionale, di fronte al paziente si pone esclusivamente la soggettività giuridica dell'ente ospedaliero, nel quale il medico dipendente si immedesima per effetto del rapporto organico, sì che non rileva, nell'ambito e sotto l'aspetto dell'attività diagnostica e terapeutica, il suo status di soggetto di diritto, essendo egli l'organo per mezzo del quale l'ente ospedaliero adempie la prestazione professionale che è il contenuto dell'obbligazione assunta a proprio carico con la conclusione del contratto (Cass. 24.5.1979, n. 1716, GC, 1979, I, 1440).

Di contraria opinione con l'orientamento giurisprudenziale indicato è parte della dottrina, propensa ad identificare il contratto tra paziente ed ente ospedaliero quale un contratto atipico di locatio operis.

### **6.5) La responsabilità del medico inserito nella struttura organizzata.**

Qualora il medico operi all'interno di un ospedale o di una casa di cura, si pone il problema se il cattivo esito della prestazione determini una responsabilità del professionista oppure una responsabilità della struttura oppure, infine, una responsabilità di entrambi.

Diverse sono le soluzioni possibili, al problema così individuato, a seconda che si versi nel caso (a) di sanitario il quale abbia concluso personalmente con l'ammalato un contratto di cura, avvalendosi poi, per l'esecuzione del trattamento terapeutico, di una clinica o di un ospedale oppure (b) di sanitario dipendente da una struttura ospedaliera pubblica o privata.

Nel primo caso indubbiamente si rientra nella ipotesi di una responsabilità di natura contrattuale che trova il proprio fondamento nel contratto perfezionato tra il medico curante ed il paziente.

Più problematico, soprattutto alla luce dei recenti sviluppi giurisprudenziali, si presenta, invece, l'individuazione delle responsabilità e dei soggetti cui le stesse sono riferibili e se, soprattutto, si individuino ipotesi di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale concorrente.

Secondo quanto emerge da una pronuncia del Tribunale di Firenze dell' 81, la responsabilità per danni subiti dal paziente si riteneva ricadere sull'ente medesimo, il quale era così responsabile direttamente del comportamento del sanitario dipendente, pur sussistendo, si affermava, una responsabilità del professionista a titolo extracontrattuale, conformemente la Cassazione la quale rilevava come con l'accettazione del paziente nell'ospedale, ai fini del ricovero oppure di una visita ambulatoriale, in realtà si giungeva alla conclusione di un contratto d'opera professionale tra il paziente e l'ente ospedaliero.

In forza di tale contratto l'ente ospedaliero assumeva a proprio carico, nei confronti del paziente, l'obbligazione di svolgere l'attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica in relazione alla specifica situazione del paziente preso in cura. E, proprio perché a questo rapporto contrattuale non partecipa il medico dipendente, il quale si limita allo svolgimento dell'attività diagnostica, che la responsabilità del predetto sanitario verso il paziente per il danno cagionato da un suo eventuale errore diagnostico o terapeutico si affermava essere soltanto una responsabilità extracontrattuale.

Nel rapporto obbligatorio contrattuale esistente fra l'ente ospedaliero ed il paziente, l'errore si traduce in un inesatto adempimento dell'obbligazione avente per contenuto la prestazione professionale: inesatto adempimento che è proprio dell'ente ospedaliero, parte del contratto d'opera professionale e nel conseguente rapporto da esso generato, e non anche del medico dipendente, il quale non è parte in quel contratto e perciò nel conseguente rapporto.

Non è configurabile, dunque, una responsabilità contrattuale del medico, dipendente dall'ente ospedaliero, verso il paziente in conseguenza dell'errore diagnostico o terapeutico da lui commesso. Il quale errore, però, in mancanza di un preesistente rapporto fra il medico ed il paziente, rileva quale atto illecito causativo di un evento dal quale sia derivato un danno al paziente: rileva, cioè, sotto il profilo della responsabilità extracontrattuale. Sicché soltanto a questo titolo il medico dipendente è tenuto al risarcimento del danno nei confronti del paziente, e non anche a titolo di responsabilità contrattuale. Dalla conclusione cui si è pervenuti, che la responsabilità del medico dipendente da un ente ospedaliero verso il paziente per il danno cagionato da un suo errore diagnostico o terapeutico è soltanto extracontrattuale, deriva la conseguenza che il diritto al risarcimento del danno spettante al paziente nei confronti del medico si prescrive nel termine quinquennale stabilito dal 1° comma dell'art 2947 c.c.

(Cass. 24.1.1979, n. 1716, GC, 1979, I, 1440).

#### **6.5.1) In particolare: il medico ospedaliero.**

L'affermazione di una responsabilità extracontrattuale del medico ospedaliero, sulla scorta di una sua estraneità al contratto che interviene tra paziente e struttura ospedaliera medesima, pur non rappresentando più una soluzione attuale, soprattutto alla luce di recenti interventi giurisprudenziali, ha però costituito per circa vent'anni la soluzione abbracciata dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

In sostanza il rapporto giuridico che si instaura tra il privato e l'ente pubblico è un tipico rapporto obbligatorio, strutturato in un diritto soggettivo del primo e in un corrispondente obbligo del secondo, onde la disciplina di questo rapporto si adatta esattamente alla disciplina del rapporto contrattuale ivi compresa la disciplina della responsabilità, anche se la fonte del rapporto non va ritrovata in un documento programmatico delle parti, ma in un semplice atto di accettazione del paziente all'interno della struttura sanitaria.

Naturalmente occorre, allora, distinguere nettamente tra la responsabilità dell'ente e quella del sanitario agente: quest'ultimo, in quanto dipendente della struttura sanitaria, rimane del tutto estraneo al rapporto legale-contrattuale con il paziente, e pertanto non può rispondere che ex art. 2043 c.c. dei danni a questi cagionati, in violazione del generale obbligo del *neminem laedere*.

Secondo un primo orientamento (Cass. 8.3.1979, n. 1716; Cass. 21.12.1978, n. 6141; Cass. 26.3.1990, n. 2428; Cass. 13.3.1998, n. 2750), l'accettazione del paziente nell'ospedale, ai fini del ricovero oppure di una visita ambulatoriale, si affermava comportasse la conclusione di un contratto d'opera professionale tra il paziente e l'ente ospedaliero, il quale assume a proprio carico, nei confronti del malato, l'obbligazione di compiere l'attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica in relazione alla specifica situazione patologica del paziente preso in cura.

E poiché a questo rapporto contrattuale non partecipa il medico dipendente, che provvede allo svolgimento dell'attività diagnostica o terapeutica, quale organo dell'ente ospedaliero,

la responsabilità del predetto sanitario verso il paziente per danno cagionato da un suo danno diagnostico o terapeutico era soltanto extracontrattuale, con la conseguenza che il diritto al risarcimento del danno spettante al paziente si prescriveva in cinque anni.

In tale ipotesi, come si affermava in giurisprudenza, dovrà quindi ritenersi sussistente una duplice responsabilità: dell'ospedale, a titolo contrattuale, stante il rapporto obbligatorio instauratesi con l'accettazione del paziente, del medico, a titolo extracontrattuale, in quanto estraneo al rapporto in questione (Trib. Vicenza 27.1.1990, Cass. 26.3.1990, n. 2428; Trib. Verona 4.3.1991).

Parte nel contratto d'opera professionale e del conseguente rapporto obbligatorio, è l'ente ospedaliero ed esso soltanto, non anche il medico dipendente che provvede in concreto allo svolgimento dell'attività diagnostica e della conseguente attività terapeutica.

Quanto all'ente ospedaliero, l'attività è dovuta nei confronti del paziente quale prestazione che l'ente si è obbligato ad adempiere con la conclusione del contratto d'opera professionale. Quanto al medico dipendente, l'attività è dovuta nei confronti dell'ente ospedaliero nell'ambito del rapporto di impiego pubblico che lo lega all'ente e quale esplicazione della funzione che è obbligato a svolgere.

Ne consegue, pertanto, che, non è configurabile una responsabilità contrattuale del medico, dipendente dall'ente ospedaliero, verso il paziente in conseguenza dell'errore diagnostico o terapeutico da lui commesso.

Il quale errore, però, in mancanza di un preesistente rapporto fra il medico ed il paziente, rileva quale atto illecito causativo di un evento dal quale sia derivato un danno al paziente: rileva, cioè, sotto il profilo della responsabilità extracontrattuale. Sicché soltanto a questo titolo il medico dipendente è tenuto al risarcimento del danno nei confronti del paziente, e non anche a titolo di responsabilità contrattuale.

Dalla conclusione cui si è pervenuti, che la responsabilità del medico dipendente da un ente ospedaliero verso il paziente per il danno cagionato da un suo errore diagnostico o terapeutico è soltanto extracontrattuale, deriva la conseguenza che il diritto al risarcimento del danno spettante al paziente nei confronti del medico si prescrive nel termine quinquennale stabilito dal 1° co. dell'art. 2947 c.c. (Cass. 24.3.1979, n. 1716, GC, 1979, I, 1440).

### **6.5.2) Coesistenza della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.**

#### **Conseguenze.**

L'accettazione di tale originaria soluzione giurisprudenziale portava dunque, come conseguenza, all'identificazione di due diverse tipologie di responsabilità, ciascuna assoggettata ad un proprio regime.

Responsabilità contrattuale (della struttura ospedaliera) e responsabilità extracontrattuale (del medico) che rappresentano due differenti e contrapposti aspetti del più vasto fenomeno della responsabilità civile intesa in senso lato. Tale contrapposizione nasce dal differente fondamento alla base di ciascuna di tali diverse forme di responsabilità. Mentre la responsabilità contrattuale si caratterizza per essere una sanzione dell'inadempimento dell'obbligazione, quale dovere specifico verso un determinato soggetto (il creditore), la responsabilità extracontrattuale (o aquiliana) scaturisce, invece, dalla violazione di norme di condotta che « regolano la vita sociale e che impongono doveri di rispetto degli interessi altrui a prescindere da una specifica pretesa creditoria » (Bianca 1994).

In altre parole, la responsabilità contrattuale tutela le parti rispetto ad un rischio specifico di danno, determinato sulla base della particolare relazione instaurata con il contratto, viceversa, nell'ipotesi di responsabilità extracontrattuale manca un programma delle parti e, per questo, non si ravvisa l'esigenza di limitare il risarcimento del danno causalmente collegato all'illecito e, perciò, il danneggiato dovrebbe essere messo nella stessa posizione in cui si sarebbe trovato se l'illecito non fosse stato commesso.

Si tratta, però, di una contrapposizione che, come si osserva in dottrina, ha perso parte della sua originaria consistenza.

Pertanto, la tradizionale distinzione, fondata sull'alternativa tra il generale divieto di *alterum laedere* e l'esigenza di rispettare un obbligo specifico nei confronti di un soggetto predeterminato, sembra dunque sfumare, e l'estendersi di zone di confine, perché di dubbia attribuzione, o perché rette dalla regola del cosiddetto cumulo o concorso, induce a dubitare tanto del valore concettuale, quanto dell'opportunità legislativa della distinzione.

Ciò, però, non toglie che responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale mantengano una loro sostanziale diversità; diversità individuabile nel fatto che, come rileva la

dottrina, nella responsabilità contrattuale l'obbligo di risarcimento assume un carattere « derivato e secondario », in quanto fondato sulla preesistenza, tra le parti, di un vincolo obbligatorio, e « l'inadempimento lede interessi per la cui conservazione la prestazione stessa è strumentale »,

mentre nella responsabilità aquiliana, all'opposto, l'obbligo di risarcimento si instaura, con carattere « originario o primario », al di fuori di qualsiasi contratto o progetto precedente.

Stante la profonda diversità strutturale tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sarebbe, quindi, eccessivo ritenere che ogni differenza tra le dette forme di responsabilità sia venuta meno.

In altri termini, una volta abbandonata la ricostruzione di entrambe le figure attorno allo schema dell'illecito, emerge una diversità di struttura e funzioni, corrispondente al carattere, proprio dell'istituto aquiliano, di ordinamento dei casi in cui un contatto sociale avviene al di fuori di un precedente progetto.

La qualificazione *ex post* ne copre così l'intera dimensione, aprendo al giudizio di responsabilità spazi sempre rinnovantisi, ed estranei all'altra figura.

#### **6.6). I termini di prescrizione.**

Rilevante differenza, come si è detto, tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale è rappresentata dal termine di prescrizione che, per il danno da inadempimento contrattuale è quello ordinario decennale (art. 2946 c.c.), sempreché dalla legge non ne venga stabilito uno diverso, mentre per il danno derivante da fatto illecito è di cinque anni dal giorno del fatto e di due anni se si tratta di danno derivante dalla circolazione di veicoli o, nell'ipotesi in cui il fatto commesso costituisca reato, quello previsto per il reato (art. 2947 c.c.).

In tale ultima ipotesi, però, il richiamo a tale termine non implica anche la rilevanza dell'intera disciplina penale della prescrizione del reato ai fini civili: e così, per la prescrizione del risarcimento del danno, nell'ipotesi il fatto dannoso sia considerato dalla legge come reato per il quale venga stabilita una pena più lunga, « le circostanze

attenuanti generiche, se influiscono sulla durata della prescrizione del reato per l'espresso disposto dall'art. 157, 2° co., c.p., non hanno invece alcuna rilevanza ai fini della prescrizione del diritto al risarcimento, la durata della quale va determinata con esclusivo riferimento alla pena edittale prevista per il reato contestato, senza tener conto della diminuzione di pena conseguente all'avvenuta concessione di dette attenuanti.

Ai fini della sospensione e dell' interruzione non valgono, poi, i fatti sospensivi o interruttivi previsti dal codice penale e, perciò, le regole dettate dagli artt. 159 e 160 c.p.; pertanto, i termini stabiliti dall'art. 157 c.p. possono essere prolungati, ai soli effetti civili, oltre la metà (art. 160 c.p.) da più fatti, considerati sospensivi o interruttivi dal codice civile (artt. 2941-2945 c.c.).

### **6.7) Il danno risarcibile.**

Le differenze tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale emergono, con ancor più evidenza, sotto l'aspetto della risarcibilità del danno pur assistendosi ad una tendenza ad uniformare tali diverse forme di r.c.

In tema di responsabilità contrattuale « si pone in piena evidenza » l'inadempimento; il risarcimento costituisce il « surrogato » della prestazione dovuta, comprendendo le conseguenze immediate e dirette di ordine patrimoniale, e cioè le perdite subite ed il mancato guadagno ex art. 1223 c.c. Inoltre, la valutazione del danno è diversa a seconda che l'inadempimento sia doloso o colposo (art. 1225 c.c.).

Nella responsabilità extracontrattuale, invece, il danno si caratterizza come « lesione, derivante in linea immediata o mediata da un fatto illecito, di un altrui bene-interesse, tutelato a questo riguardo dal diritto » (Scognamiglio 1968).

Qui la voce danno comprende, in forza della disposizione di cui all'art. 1223 c.c., richiamato dall'art. 2056 c.c., «le conseguenze pregiudizievoli ed ulteriori, prevedibili o meno, che discendano in maniera immediata e diretta dal fatto stesso » , non trovando, quindi, applicazione il criterio di limitazione del danno fondato sulla prevedibilità (art. 1225 c.c.) .

### **6.8) Il diverso orientamento.**

Senonché, come si è detto, ad avviso di altra giurisprudenza più recente, l'iscrizione dell'attività del medico dipendente della struttura sanitaria alla responsabilità extracontrattuale non appare persuasiva.

Ribaltando i precedenti orientamenti giurisprudenziali che ravvedevano in capo al medico solo una responsabilità extracontrattuale, per violazione dei doveri inerenti alla professione, concorrente con quella contrattuale dell'ente, la giurisprudenza, da ultimo, ha qualificato come contrattuale la responsabilità del medico che opera all'interno di una struttura ospedaliera.

Secondo la ricostruzione più risalente, un eventuale errore diagnostico o terapeutico da parte del medico dipendente darebbe vita ad un concorso improprio tra responsabilità contrattuale dell'ente ospedaliero e quella aquiliana del professionista, configurandosi un medesimo fatto sia come inadempimento da parte dell'ente ospedaliero di preesistenti obbligazioni, sia come lesivo del diritto assoluto alla salute. Il presupposto di questa ricostruzione è l'estraneità del medico dipendente al contratto che si stabilisce, a seguito della visita o di un ricovero in ospedale del paziente, tra quest'ultimo e l'ente ospedaliero, accordo che la dottrina più recente, ritenendo semplicistica e riduttiva una configurazione

in termini di contratto d'opera professionale, qualifica come un **contratto atipico di speditività**, avente ad oggetto non solo prestazioni di natura strettamente terapeutica e diagnostica, ma anche l'erogazione di mezzi, strumenti e arredi.

Si muove a questa opzione interpretativa una duplice critica: tale configurazione giuridica finirebbe innanzi tutto con l'equiparare la posizione del medico a quella, icasticamente raffigurata in dottrina, del « passante », che si trovi casualmente ad arrecare danno ai terzi, secondo il modello della responsabilità aquiliana, comportando così una ineludibile frattura tra forma giuridica da un lato e realtà materiale dall'altro (...).

Inoltre, considerando il fatto che la responsabilità aquiliana non nasce dalla violazione di obblighi ma dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive, qualificare la responsabilità del medico come aquiliana implicherebbe necessariamente per il paziente l'impossibilità di lamentarsi del mancato successo della cura, essendo la responsabilità del professionista limitata all'ipotesi in cui il paziente veda peggiorata la sua condizione di salute.

Secondo tale diverso orientamento, che trae origine dalla sentenza di Cassazione 1.3.1988, n. 2144 e successivamente ribadito (v. Cass. 11.4.1995, n. 4152; Cass. 27.5.1993, n. 5939; Cass. 1.2.1991, n. 977), la responsabilità dell'ente ospedaliero, gestore di un servizio pubblico sanitario, e del medico suo dipendente per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica, inserendosi nell'ambito del rapporto giuridico pubblico (o privato) tra l'ente gestore ed il privato che ha richiesto ed usufruito del servizio, ha quindi natura contrattuale di tipo professionale.

Pertanto nel servizio sanitario l'attività svolta dall'ente gestore a mezzo dei suoi dipendenti è di tipo professionale medico, simile all'attività svolta nell'esecuzione dell'obbligazione privatistica di prestazione dal medico che abbia concluso con il paziente un contratto d'opera professionale. La responsabilità dell'ente gestore del servizio è diretta, essendo riferibile all'ente, per il principio dell'immedesimazione organica, l'operato del medico dipendente inserito nell'organizzazione del servizio, che con il suo operato ha causato danni al privato che ha richiesto ed usufruito del servizio.

(Cass. 22.1.1999, n. 589).

Tesi, quella della responsabilità contrattuale del medico dipendente di una struttura ospedaliera che, come si osserva in dottrina, per trovare accoglimento in giurisprudenza, si è invece dovuto attendere fino al 1988, quando la S.C. affermò che la responsabilità dell'ente ospedaliero, gestore di un servizio pubblico sanitario, e del medico suo dipendente per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica, inserendosi nell'ambito del rapporto giuridico pubblico (o privato) tra l'ente gestore ed il privato che ha richiesto ed usufruito del servizio, ha natura contrattuale di tipo professionale. Di conseguenza, la responsabilità diretta dell'ente e quella del medico, inserito organicamente nella struttura tenuta ad erogare il servizio, sono disciplinate dalle norme che regolano la responsabilità in tema di prestazione professionale medica in esecuzione di un contratto d'opera professionale (segnatamente dalla disposizione di cui all'art. 2236 e.e.), senza che possa trovare applicazione nei confronti del medico la normativa prevista dagli artt. 22 e 23 del d.p.r. 10.1.1957 n. 3 con riguardo alla responsabilità degli impiegati civili dello Stato per gli atti compiuti in violazione dei diritti dei cittadini.

Tesi poi rivisitata dalla S.C. con la indicata sentenza 589/1999 con la quale si è introdotta la figura della responsabilità contrattuale professionale da « contatto sociale ».

La terza via proposta dalla sentenza la responsabilità contrattuale del medico si fonderebbe su di «un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto », fondata sul contatto sociale o rapporto contrattuale di fatto che intercorre tra il medico che presta la sua attività professionale all'interno della struttura ospedaliera, da una parte, e il paziente che viene in essa ricoverato, dall'altra. In questo modo, si realizzerebbe una « dissociazione tra la fonte e l'obbligazione che ne scaturisce ».

Infatti pur in assenza, cioè, di un obbligo di prestazione a suo carico, il medico sarebbe tenuto a rispondere, a titolo, contrattuale, degli eventuali danni cagionati nell'esercizio della sua attività professionale per il solo fatto di essere entrato in contatto con il paziente, dal momento che, dal rapporto in questo modo instauratesi, potrebbe potenzialmente derivare la lesione di diritti meritevoli di tutela per l'ordinamento. Dal momento che questo tipo di operatore professionale esercita un servizio di pubblica necessità — osserva la S.C. —, « la coscienza sociale, prima ancora che l'ordinamento giuridico, non si limita a chiedergli un non facere, e cioè il puro rispetto della sfera giuridica di colui che gli si rivolge fidando nella sua professionalità, ma giustappunto quel facere nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento », indipendentemente dal fatto che, alla base, vi sia o meno un contratto d'opera professionale.

La S.C. evidenzia poi quelle che ritiene essere le principali implicazioni dell'affermazione della natura contrattuale della responsabilità del medico dipendente di una struttura ospedaliera, entrambe conseguenza della sostanziale equiparazione della sua posizione con quella della struttura stessa nei confronti del paziente danneggiato: la prima consiste nell'applicazione diretta della norma dell'ari. 2236 c.c. sulla responsabilità professionale; la seconda riguarda la ripartizione dell'onere della prova. In relazione a questo secondo aspetto, la S.C., condividendo la già ricordata e « granitica » posizione della giurisprudenza per la quale l'attività sanitaria in genere avrebbe ad oggetto una prestazione c.d. di mezzi — in virtù della quale il medico che invoca

l'applicazione dell'ari. 2236 e.e. deve fornire la prova che il caso concreto comportava la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, mentre il paziente deve provare che lo stesso era di facile e routinario esecuzione — afferma che, nel caso di intervento di facile esecuzione, non si verifica un passaggio da obbligazione di mezzi ad obbligazione di risultato, in quanto trova più semplicemente applicazione il principio del *res ipsa loquitur*, inteso come « quell'evidenza circostanziale che crea una deduzione di negligenza »

Dalla suddetta ricostruzione della responsabilità dell'ente gestore del servizio sanitario pubblico il predetto orientamento desume che vanno applicate analogicamente le norme che regolano la responsabilità in tema di prestazione professionale medica in esecuzione di un contratto d'opera professionale; in particolare quella di cui all'ari. 2236 c.c.

Si tratta indubbiamente, come viene osservato in dottrina, di una soluzione certamente più favorevole per il paziente danneggiato « in quanto essa implica un più favorevole regime dell'onere della prova, nonché l'applicazione del corrispondente termine di prescrizione decennale in luogo di quello quinquennale, previsto dall'art. 2947 c.c.

### **6.8.1) La sentenza della Cassazione 589/1999.**

Una ricostruzione in termini contrattuali dell'attività svolta dal medico ospedaliero, con conseguenti risvolti sul piano della sua responsabilità civile che non sarebbe, quindi, extracontrattuale ma contrattuale, viene affermato ancora dalla Cassazione con la già ricordata sentenza 589/1999.

Il caso era il seguente.

In seguito ad una caduta su alcuni cocci di vetro, una ragazza minorenni veniva ricoverata d'urgenza presso un ospedale di Roma e sottoposta ad intervento chirurgico alla mano destra, a seguito del quale non recuperava la sensibilità della mano .

Un secondo intervento, effettuato presso un altro nosocomio romano, evidenziava la definitiva lesione addebitabile esclusivamente ad insipienza medica.

Onde ottenere il risarcimento dei danni subiti in proprio e dalla figlia, il padre della ragazza agiva in giudizio contro i chirurghi e contro l'ente ospedaliero in cui era avvenuto il primo ricovero.

Il Tribunale adito condannava il chirurgo che per primo aveva effettuato l'intervento al risarcimento dei danni.

La Corte d'Appello confermava sostanzialmente la decisione di primo grado, elevando il quantum del risarcimento.

Il giudice di secondo grado rilevava in particolare che la menomazione subita dalla ragazza era dovuta alla non tempestiva « sutura della doppia sezione del nervo mediano e di quello ulnare », la cui lesione non era stata ne diagnosticata ne trattata, come invece era lecito attendersi da una corretta terapia.

Avverso tale decisione ricorreva per Cassazione il chirurgo, lamentando la mancata specificazione della natura e del fondamento normativo della propria responsabilità: secondo il ricorrente la danneggiata avrebbe potuto chiedere il risarcimento dei danni subiti esclusivamente nei confronti dell'ente ospedaliero, dovendo il medico dipendente rispondere del suo operato unicamente nei confronti del suo datore di lavoro.

I giudici di legittimità respingevano il ricorso, affermando la natura contrattuale della responsabilità del medico dipendente nei confronti del paziente.

Conclusione, questa, cui la S.C. (con sentenza 589/1999) giungeva, quindi, partendo proprio dalla iniziale considerazione che non si può criticare la definizione « come "contrattuale" » della responsabilità del medico dipendente di struttura sanitaria, limitandosi ad invocare la rigidità del catalogo delle fonti ex art. 1173 c.c., che non consentirebbe obbligazioni contrattuali in assenza di contratto.

Le incertezze dimostrate hanno offerto il destro alla dottrina per sottolineare l'artificialità di una ricostruzione che configuri in capo al professionista solo obblighi di protezione e di cura, escludendo così che il paziente possa vantare alcun diritto all'esatto adempimento della prestazione principale da parte del medico: secondo questa opinione, presentandosi l'interesse del malato ad una corretta esecuzione della prestazione principale inscudibilmente connesso ad un interesse negativo di conservazione della propria integrità fisica, sarebbe riduttivo affermare che l'obbligo del medico, sorto in seguito al « contatto » con il paziente, si esaurisca nella conservazione dell'altrui sfera giuridica, poiché il professionista è tenuto a migliorare le condizioni del paziente, qualunque sia la fonte dell'obbligazione.

A ben vedere l'importanza della decisione (589/1999) non consiste tanto nell'aver contribuito con una nuova ricostruzione al tormentato dibattito sulla qualificazione

giuridica della responsabilità del medico dipendente, che può apparire per più versi una discussione sterile, quanto nell'aver ammesso, seppure con le esitazioni di cui si è detto, la configurabilità nel nostro ordinamento di obbligazioni senza l'obbligo primario di prestazione.

Spostandoci ad altro settore, è quello dei danni meramente patrimoniali l'ambito in cui la configurabilità di obbligazioni senza prestazione assume un rilievo determinante, permettendo che pure perdite patrimoniali abbandonino l'universo dell'irrilevanza giuridica per divenire suscettibili di tutela risarcitoria. Si tratta infatti di perdite economiche « secche » che, non ricollegandosi alla violazione di contratti o di obblighi aventi titolo nella legge né alla lesione di beni protetti in via aquiliana, non troverebbero tutela alcuna né in sede contrattuale né in quella aquiliana, se si applicassero i criteri tradizionali.

Esistono, come è facile immaginare, tutta una serie di rapporti in cui, creandosi un affidamento in senso proprio nella professionalità, connotata da specifiche conoscenze tecniche dell'agente, possono configurarsi obblighi di comportamento in capo a quest'ultimo. Il contenuto di questi obblighi va conformato sul modello della diligenza, intesa come perizia, che viene a svolgere non solo la funzione di parametro di commisurazione dell'esattezza dell'adempimento, ma altresì quella di attirare nel dominio contrattuale tutti i comportamenti posti in essere dal professionista nello svolgimento della propria attività.

In questa prospettiva, quindi, si ammette che le obbligazioni possano sorgere da « rapporti contrattuali di fatto », nei casi in cui taluni soggetti entrano in contatto, senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali, e pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso.

In altri termini la prestazione (usando il termine in modo generico) sanitaria del medico nei confronti del paziente non può che essere sempre la stessa, vi sia o meno alla base un contratto d'opera professionale tra i due.

Ciò è dovuto al fatto che, trattandosi dell'esercizio di un servizio di pubblica necessità, che non può svolgersi senza una speciale abilitazione dello Stato, da parte di soggetti di cui il « pubblico è obbligato per legge a valersi » (art. 359 c.p.), e quindi trattandosi di una professione protetta, l'esercizio di detto servizio non può essere diverso a seconda se esista o meno un contratto.

Con ciò, dunque, l'esistenza di un contratto potrà essere rilevante solo al fine di stabilire se il medico sia obbligato alla prestazione della sua attività sanitaria, salve ovviamente le ipotesi in cui detta attività è obbligatoria per legge.

Al di fuori di tali casi di vincolo, il paziente non potrà pretendere la prestazione sanitaria dal medico, ma se il medico, ed è questa la conclusione cui giunge la S.C., interviene l'esercizio della sua attività sanitaria (e quindi il rapporto paziente medico) non potrà essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico.

Da tutto ciò consegue che la responsabilità dell'ente gestore del servizio ospedaliero e quella del medico dipendente hanno entrambe radice nell'esecuzione non diligente o errata della prestazione sanitaria da parte del medico, per cui, accertata la stessa, risulta contestualmente accertata la responsabilità a contenuto contrattuale di entrambi

(qualificazione che discende non dalla fonte dell'obbligazione, ma dal contenuto del rapporto).

La matrice negoziale del rapporto, peraltro, è indebolita solo con riguardo alla possibilità di scelta delle parti contrattuali: da una parte, il medico, in quanto dipendente della struttura, è tenuto a prestare la sua attività nei confronti del soggetto che abbia concluso un accordo con l'ente; dall'altra parte il paziente non è libero di scegliere il professionista a cui rivolgersi essendo in ciò vincolato dall'indicazione fornita dalla struttura.

Ed è a questo punto che, secondo la menzionata pronuncia della Cassazione, il contatto sociale surroga la consensualità tipica dell'accordo negoziale, giustificando la nascita di vincoli contrattuali in tutto equivalenti a quelli generati da un contratto di prestazione d'opera.

Quella in esame, osserva altra giurisprudenza, può dunque essere definita come una fattispecie contrattuale a struttura complessa, dominata dalla

presenza di un collegamento negoziale tra tre rapporti « ex contractu »: quello tra ente e medico, quello tra ente e paziente e quello tra paziente e medico. Ne consegue che, mentre le prestazioni pecuniarie - prezzo, compenso, spese - sono regolate dai primi due rapporti e la predisposizione di un'adeguata struttura organizzativa compete principalmente all'ente, la prestazione professionale è oggetto, a diverso titolo, di entrambi i rapporti facenti capo al paziente: quello instaurato con l'ente, in quanto l'ente assicura la disponibilità di personale qualificato a cui rivolgersi, riservandosi di condizionare la scelta

del medico da parte del paziente; quello instaurato col medico nel momento in cui il paziente decide di avvalersi di quella disponibilità, in quanto è in questo preciso ambito in cui il rapporto di cura si sviluppa che la prestazione viene definita ed eseguita concretamente. L'esistenza di un rapporto contrattuale tra medico e paziente, il cui contenuto obbligatorio si individua nel contratto di prestazione d'opera professionale, configura in capo al primo una responsabilità da inadempimento nei confronti del secondo che, dunque, concorre con quella dell'ente, emergente ad altro titolo. La distinzione dei due rapporti spiega la diversità dei criteri d'imputazione della responsabilità dell'ente e di quella del medico: il regime della responsabilità oggettiva dell'ente, quello della responsabilità per colpa, coi criteri di cui all'art. 2236 c.c., per il secondo (Trib. Milano 19.2.2001).

Quello della natura della responsabilità del medico dipendente è comunque un problema che si inserisce nell'ambito della questione della definizione dei confini tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Non si può negare che il distacco tra queste due figure stia gradatamente scemando. Il fenomeno è dovuto da un lato al fatto che l'obbligazione, più che un rapporto elementare, viene sempre più configurata da parte della dottrina come un rapporto a struttura complessa, caratterizzato da una serie di obblighi accessori, collegati alla prestazione principale da un nesso funzionale unitario.

Lo spettro del rapporto obbligatorio si arricchisce in tal modo di una serie crescente di obblighi collaterali, dal contenuto assai eterogeneo.

D'altro lato è ormai acquisito nella coscienza giuridica il superamento della tradizionale identificazione del requisito dell'ingiustizia del danno con la violazione di un diritto soggettivo assoluto, ritenendosi meritevoli di tutela aquiliana anche interessi connessi

all'attività contrattuale, Appare tuttavia opportuno rammentarne la differenza strutturale: quella contrattuale si caratterizza per essere sanzione della violazione di obbligazioni preesistenti, che non debbono necessariamente coincidere con l'obbligo primario di prestazione, poiché possono configurarsi come semplici obblighi di protezione. La responsabilità aquiliana invece si colloca al di fuori di qualsiasi preesistente vincolo o progetto intercorrente tra le parti, derivando dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive.

Che sia comunque eccessivo ritenere che ogni ragione di diversità sia venuta meno, è ribadito dalle differenze di regime positivamente sancite, che non attengono solo, come si è appena ricordato, all'onere probatorio, all'estensione dell'area dei danni risarcibili, al regime di prescrizione dell'azione e alla costituzione in mora.

#### **6.9). Casa di cura privata.**

Nessuna distinzione viene effettuata in giurisprudenza tra struttura pubblica e casa di cura privata.

Si è così affermato che anche l'ente gestore di una casa di cura privata risponde dei danni subiti dal paziente in conseguenza dell'errata esecuzione della prestazione medica effettuata al suo interno in quanto il ricovero di un paziente in una struttura (pubblica o privata) deputata a fornire assistenza sanitaria avviene sulla base di un contratto tra il paziente stesso ed il soggetto gestore della struttura e l'adempimento di tale contratto, con riguardo alle prestazioni di natura sanitaria, è regolato dalle norme che disciplinano la corrispondente attività del medico nell'ambito del contratto di prestazione d'opera professionale, con la conseguenza che il detto gestore risponde dei danni derivati al paziente da trattamenti sanitari praticatigli con colpa, alla stregua delle norme di cui agli artt. 1176 e 2236 c.c. Il positivo accertamento della responsabilità dell'istituto postula, pertanto, pur sempre la colpa del medico esecutore dell'attività che si assume illecita, non potendo detta responsabilità affermarsi in assenza di tale colpa, poiché sia l'art. 1228 che il successivo art. 2049 c.c. presuppongono, comunque, un illecito colpevole dell'autore immediato del danno, di talché, in assenza di tale colpa, non è ravvisabile alcuna responsabilità contrattuale del committente per il fatto illecito dei suoi preposti (Cass. 8.5.2001, n. 6386).

#### **6.10). La responsabilità dell'ente.**

La responsabilità dell'ente per un fatto materialmente imputabile al medico dipendente viene diversamente giustificata dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Secondo un primo orientamento l'atto compiuto dal medico va riferito direttamente all'ente, di modo che la responsabilità di quest'ultimo si presenta quale una responsabilità diretta, in virtù del rapporto organico che intercorre tra questo ed il medico.

Nel servizio pubblico sanitario, l'attività svolta dall'ente pubblico gestore del servizio a mezzo dei suoi dipendenti, nell'adempimento del dovere verso il privato richiedente (titolare del corrispondente diritto soggettivo), è di tipo professionale medico; similare all'attività svolta, nell'esecuzione dell'obbligazione (privatistica) di prestazione, dal medico che abbia concluso con il paziente un contratto d'opera professionale.

Ed appunto per questa similarità, perché quella svolta dall'ente pubblico a mezzo dei medici suoi dipendenti è attività professionale medica, la responsabilità è analoga a quella del professionista medico privato.

Con la conseguenza che vanno applicate, analogicamente, le norme che regolano le responsabilità in tema di prestazione professionale medica in esecuzione d'un contratto d'opera professionale; in particolare quella di cui all'art. 2236 c.c., il quale dispone che, « se la prestazione implica la soluzione dei problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave ».

La responsabilità dell'ente pubblico gestore del servizio sanitario è diretta, essendo riferibile all'ente, per il principio della immedesimazione organica, l'operato del medico suo dipendente, inserito nell'organizzazione del servizio, che con il suo operato, nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria, ha causato danno al privato che ha richiesto ed usufruito del servizio pubblico (Cass. 1.3.1988, n. 2144).

#### **6.11). La responsabilità contrattuale.**

Si è già detto che l'ente, quale debitore della prestazione, risponde a titolo di responsabilità contrattuale.

Si tratta di una soluzione ormai pienamente accolta dalla giurisprudenza e che risale ad una pronuncia della Cassazione del '78 nella quale si afferma che la responsabilità di un ente per i danni causati ad un ricoverato da prestazioni mediche dei sanitari dipendenti, ha natura contrattuale: l'ente ospedaliero infatti ha concluso con il ricoverato un contratto d'opera intellettuale, obbligandosi ad eseguire le prestazioni mediche necessario a mezzo dei sanitari suoi dipendenti; e pertanto la sua responsabilità discende dall'inesatto adempimento. Responsabilità che è quella tipica del professionista, appunto per inesatto adempimento della prestazione con la conseguenza che vanno applicati i principi di diritto elaborati ed enunciati nella giurisprudenza di questa Suprema Corte in ordine alla responsabilità del professionista (Cass. 21,12,1978, n. 6141).

Con ciò, si rileva in dottrina, sul fronte delle regole di responsabilità si osserva una perfetta assimilazione tra la posizione dell'ente e quella del medico (libero professionista). Ma in questi termini l'assimilazione non può che funzionare con riferimento a quei profili della prestazione dovuta dall'ente che sono equivalenti a quelli propri del libero professionista; restano esclusi da tale considerazione gli aspetti dell'attività dovuta legati ai caratteri strutturali dell'ente in quanto tale .

#### **6.12) La non necessaria sussistenza di un rapporto di lavoro tra ente e medico.**

Se, come si è visto, indubbia è una responsabilità contrattuale dell'ente ospedaliero (o casa di cura) per i danni subiti dal paziente in conseguenza di un'inesatta esecuzione della prestazione del medico dipendente dell'ente medesimo, altra questione è quella se una eguale responsabilità, di natura contrattuale, sia ravvisabile con riferimento al caso del medico che svolga la propria prestazione professionale all'interno della struttura senza però essere legato a questa da alcun rapporto di lavoro subordinato.

E questa la vicenda considerata dalla S.C. in una recente sentenza del 2004.

Gli attori in proprio e quali esercenti la potestà genitoriale sul figlio convenivano in giudizio dinanzi al Tribunale di Roma la clinica ed i due medici; la moglie alla sua prima gravidanza, per accordo intervenuto con il proprio ginecologo, si era ricoverata presso la clinica, per fine gestazione. Dopo essere stata visitata per due volte, era stata

trasferita in sala parto con l'assistenza di un altro sanitario ed aveva dato alla luce il neonato previa applicazione della ventosa. Le condizioni del neonato si erano presentate subito precarie, tanto che era stato ricoverato al Policlinico dove era stata emessa una diagnosi di « asfissia perinatale, convulsioni ».

Poiché in conseguenza di questa situazione il bambino aveva subito gravi danni, chiedevano la condanna dei convenuti in solido tra loro al risarcimento.

I convenuti si costituivano, contestando il fondamento della domanda.

Il Tribunale di Roma condannava i convenuti, in solido tra loro, al risarcimento dei danni. Avverso questa sentenza proponevano appello, con atti separati.

Dopo la rimessione al Collegio, la causa veniva rimessa in istruttoria, per una nuova considerazione della situazione di fatto venutasi a creare per la morte del minore .

Con sentenza parziale, la Corte d'appello di Roma accoglieva l'appello incidentale proposto dall'ostetrica e respingeva la domanda nei suoi confronti.

La Corte d'appello respingeva l'appello della D.G. (in proprio e nella qualità). Accoglieva l'appello incidentale della S.D. e rigettava la domanda proposta nei suoi confronti. Accoglieva parzialmente gli appelli incidentali proposti dalle altre due parti e, per l'effetto, condannava in solido la clinica e l'eredità giacente, in seguito alla morte di uno dei due medici, al pagamento in favore della moglie, in proprio e nella qualità, di una somma di lire 984.000.000, detratto l'acconto di lire 300.000.000, oltre interessi (Cass. 14.7.2004, n. 13066).

Avverso la pronuncia della Corte di appello di Roma la casa di cura proponeva ricorso per Cassazione contestando, tra l'altro, il fatto che la sentenza di II° grado non avesse tenuto nella debita considerazione che il ginecologo era medico di fiducia della paziente, con l'incarico di seguirla per tutto il corso della gravidanza.

Nessun rapporto di dipendenza sussisteva, quindi, con la casa di cura, dovendosi invece ritenere sussistente solo un rapporto di libero professionista tra il medico e la gestante.

E ciò, del resto, era testimoniato anche dal fatto che il corrispettivo per le sue prestazioni professionali veniva pagato direttamente dalla paziente in virtù del rapporto libero professionale e dal servizio sanitario nazionale, ma non dalla casa di cura. Con ciò erronea doveva dunque considerarsi la sentenza impugnata per avere assimilato il rapporto in questione a quello tra ospedale e paziente ed avere così ritenuto la casa di cura responsabile del danno.

Ad avviso della casa di cura ricorrente, solo un rapporto di dipendenza con la caratteristica essenziale della subordinazione avrebbe potuto giustificare la sua corresponsabilità ai sensi dell'art. 2049 c.c.

Argomentazioni, queste, disattese dalla S.C., la quale, nel confermare una responsabilità della Casa di cura anche laddove non sussista alcun rapporto di dipendenza tra medico curante e paziente, osservava quanto segue.

“ Questa Corte ha costantemente inquadrato la responsabilità dell'ente ospedaliero nella responsabilità contrattuale, sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto. Relativamente alla responsabilità della casa di cura privata, è stato affermato il principio secondo cui essa può essere chiamata a rispondere del danno alla persona causato dalla colpa professionale del medico che ha eseguito l'intervento in due casi. a) a titolo di responsabilità indiretta ex art. 2049 c.c., ove sussista un vincolo di subordinazione tra la casa di cura ed il medico operante; b) a titolo di responsabilità diretta ex art. 1218 e.e.,

qualora la casa di cura abbia assunto direttamente nei confronti del danneggiato, con patto contrattuale, l'esecuzione dell'intervento (Cass. 11 marzo 1998, n. 2678).

Successivamente, è stato affermato che la responsabilità della casa di cura è generalmente «responsabilità per inadempimento dell'obbligazione che la stessa casa di cura assume, direttamente con i pazienti, di prestare la propria organizzazione aziendale per l'esercizio dell'intervento richiesto », individuando dunque nel contratto e nell'art. 1218 cc. il titolo della responsabilità.

Quest'ultima decisione, poi, richiamando il rischio d'impresa che si assume la casa di cura, precisa che in questo rischio « è compreso anche quello della distribuzione delle competenze tra i vari operatori, delle quali il titolare dell'impresa risponde ai sensi dell'art. 1228 ».

Di recente, poi, le Sezioni Unite di questa Corte hanno definito « complesso e atipico » il « rapporto che si instaura (...) tra la casa di cura ed il paziente, anche nell'ipotesi in cui quest'ultimo scelga al di fuori il medico curante, dal momento che la clinica non si limita (...) ad impegnarsi alla fornitura di mere prestazioni di natura alberghiera, ma si obbliga alla messa a disposizione del personale medico ausiliario, di quello paramedico ed all'apprestamento dei medicinali e di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicanze » (Cass. S.U. 1° luglio 2002, n. 9556) (Cass. 14.7.2004, n. 13066). Avuto riguardo alla giurisprudenza sopra richiamata, la S.C. giungeva quindi alle seguenti conclusioni.

Il rapporto che si instaura tra il paziente e la casa di cura privata – così come il rapporto che si instaura con l'ente ospedaliero - ha fonte nel contratto, che può concludersi anche con l'accettazione del paziente. Si tratta di un contratto atipico con effetti protettivi nei confronti del terzo che fa sorgere a carico della casa di cura accanto ad obblighi lato sensu alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, di quello paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni. Consiste in un contratto a prestazioni corrispettive in quanto fa sorgere anche l'obbligazione di versare il corrispettivo per la prestazione resa dalla casa di cura, restando irrilevante che questa obbligazione sia estinta dal paziente, dal suo assicuratore, dal servizio sanitario nazionale o da altro ente.

La responsabilità della casa di cura privata nei confronti del paziente ha dunque natura contrattuale e può conseguire, a norma dell'art. 1218 c.c. all'inadempimento di quelle obbligazioni che sono direttamente a carico dell'ente debitore.

Può anche conseguire, a norma dell'art. 1228 c.c., all'inadempimento della prestazione medico - professionale svolta direttamente dal sanitario, che assume la veste di ausiliario necessario del debitore.

Rispetto a quest'ultima evenienza occorrono alcune precisazioni.

Innanzitutto non è necessario che il medico sia « dipendente » della casa di cura, sia cioè a questa legato da un rapporto di lavoro subordinato. A norma dell'art. 1228 c.c., il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi, risponde dei fatti dolosi e colposi di costoro. Ausiliari, dunque, sono tutti colori dei quali il debitore si avvale nell'esecuzione della prestazione, indipendentemente dalla natura del rapporto che ad esso li leghi (Cass. 20 aprile 1989, n. 1855).

In secondo luogo, in applicazione dell'art. 1228 c.c., non rileva che il sanitario il quale esegue l'intervento possa essere anche sanitario di fiducia del paziente, ove la scelta,

come nel caso di specie, cada su soggetto comunque collegato all'organizzazione aziendale della casa di cura. La prestazione dell'ausiliario, cioè del medico, è necessaria per l'esecuzione della prestazione della casa di cura, che si obbliga alla messa a disposizione del personale medico, paramedico e dell'attrezzature necessarie per l'intervento e, dunque, si avvale del medico, sia pure di fiducia anche del paziente. Nel caso di specie è acquisito agli atti che il medico era collaboratore della clinica, cosicché pur scelto dalla paziente era comunque ausiliario del debitore. (Cass. 14.7.2004, n. 15066).

## **CAPITOLO VII**

### **IL DANNO**

#### **7) L'onere della prova. La responsabilità contrattuale.**

La disciplina dell'onere della prova relativa al giudizio di responsabilità medica è strettamente legata agli stessi criteri di valutazione della responsabilità, fondandosi sulla tradizionale distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extra-contrattuale. Quanto alla prima, la regola applicabile, nel caso di intervento facile o di routinario esecuzione, è quella che incombe al paziente che assume di avere subito un danno l'onere di provare la difettosa o inadeguata prestazione professionale, l'esistenza del danno ed il rapporto di causalità tra la difettosa o inadeguata prestazione professionale ed il danno medesimo spettando poi al sanitario provare, a sua volta, « al fine di rimanere esente da responsabilità, di avere seguito la prestazione con diligenza » (Cass. 30.5.1996, n. 5005). Principio, questo, affermato anche da Cass. 4152/1995 e ribadito più di recente da Cass. 23.2.2000, n. 2044.

In tema di danni cagionati ad un paziente da prestazioni mediche, nel campo chirurgico, quando l'intervento operatorio non sia di difficile esecuzione ed il risultato sia peggiorativo delle condizioni iniziali del paziente, questo adempie l'onere a suo carico provando solo che l'operazione era di facile esecuzione e che ne è derivato un risultato peggiorativo, mentre spetta al professionista fornire la prova contraria, cioè che la prestazione era stata eseguita idoneamente e l'esito peggiorativo era stato causato dal sopravvenire di un evento imprevisto ed imprevedibile oppure dalla preesistenza di una particolare condizione fisica del malato, non accertabile con il criterio della ordinaria diligenza professionale (Cass. 16.11.1993, n. 11287).

Qualora si tratti, invece, di intervento di difficile esecuzione, il medico ha l'onere di provare la natura complessa dell'esecuzione spettando al paziente « l'onere di provare quali siano state le modalità di esecuzione ritenute inidonee ».

La questione da risolvere in punto di diritto è dunque, innanzitutto, quella di stabilire a chi compete l'onere della prova in tema di responsabilità per danni da intervento chirurgico.

Al riguardo, secondo l'attuale giurisprudenza della S.C., occorre distinguere l'ipotesi in cui l'intervento operatorio sia di difficile esecuzione da quello in cui l'intervento sia di facile o routinario esecuzione. Nel primo caso, una volta provato dal professionista che la prestazione implica problemi

tecnici di particolare difficoltà, è il paziente che deve dimostrare, ai fini dell'accertamento della responsabilità del predetto, in modo preciso e specifico, le modalità di esecuzione dell'atto e delle prestazioni post operatorie.

Nel secondo caso, provata dal paziente la non difficile esecuzione dell'intervento richiesto, incombe al professionista l'onere di dimostrare che l'insuccesso dell'operazione non è dipeso dal difetto di propria diligenza o perizia. Deve infatti ritenersi, a quest'ultimo riguardo, che ricorra la presunzione di un'inadeguata o non diligente esecuzione della prestazione professionale, superabile solo con la prova contraria, e cioè dimostrando che l'esito infausto era stato causato dal sopravvenire di un evento impreveduto e imprevedibile, oppure dalla preesistenza di una particolare condizione fisica del paziente, non accertabile con il criterio della ordinaria diligenza professionale (Cass. 4.2.1998, n. 1127).

### **7.1) La responsabilità extracontrattuale.**

Laddove l'azione esercitata dal paziente abbia natura extra-contrattuale come nel caso della responsabilità del dipendente sanitario, una volta fornita dal paziente la prova della colpa del medico e del rapporto causale tra intervento e danno lamentato, il sanitario potrà liberarsi da ogni sua responsabilità solo dimostrando in concreto la « sussistenza di una causa di forza maggiore o comunque di un fatto a lui non imputabile » (Cass. 26.3.1990, n. 2428).

Con ciò, come si osserva in dottrina, « anche in ipotesi di responsabilità extracontrattuale, dunque, sul medico grava l'onere di provare l'impossibilità sopravvenuta e la sua non imputabilità o il fortuito. L'assimilazione non avviene sul piano della responsabilità aquiliana, ma su quello della responsabilità contrattuale».

### **7.2).Il trattamento dei dati personali.**

Prima dell'intervento della l. 31.12.1996, n. 675 (c.d. legge sulla privacy), la tutela della riservatezza nel rapporto tra medico e paziente era affidata esclusivamente al rispetto delle regole della correttezza, fondate su principi di natura costituzionale (art. 2 e 13 Cost.), nonché, sull'art. 9 del codice di deontologia medica il quale, al riguardo, prevede che: Il medico deve serbare il segreto su tutto ciò che gli è confidato o che può conoscere in ragione della sua professione, tranne i casi in cui è prevista la rivelazione.

L'intervento della menzionata legge 675/1996 (ora abrogata dal Codice in materia di protezione dei dati personali introdotto dal d.lg.vo 196/2003) ha reso ancora più incisivo il riserbo che il medico (ma anche altri professionisti, quali l'avvocato) deve tenere su quelle che sono informazioni riguardanti i dati personali c.d. sensibili.

Dati personali che, con preciso riferimento al medico, riguardano, come precisava l'art. 22 della l. 675/1996 « lo stato di salute e la vita sessuale ».

Qualsiasi trattamento che riguardi tali dati richiede il consenso scritto dell'interessato e la previa autorizzazione del Garante.

Agli esercenti le professioni sanitarie e agli organismi sanitari pubblici è tuttavia dedicata una norma specifica, ai sensi della quale il trattamento relativo ai dati personali idonei a rivelare lo stato di

salute può avvenire senza l'autorizzazione del Garante limitatamente ai dati o alle operazioni indispensabili per perseguimento di finalità di tutela dell'incolumità fisica e della salute dell'interessato (art. 23,1° co., ora art. 24 d.lg.vo. 196/2003), permanendo, però, la necessità del consenso dell'interessato che sarà, quindi, necessario tanto ai fini della loro raccolta come della loro utilizzazione, comunicazione, diffusione, distruzione.

L'inosservanza delle indicate norme a tutela della riservatezza comporta l'irrogazione di una sanzione penale (art. 167 e ss. codice privacy} oltre che, il sorgere di una responsabilità civile ex art. 2050 c.c.

### **7.3).Il danno quale conseguenza di un inadempimento del medico.**

Con preciso riferimento alla responsabilità medica il relativo giudizio di risarcimento normalmente si concentrerà su distinte ipotesi di danno: il danno patrimoniale (nella sua duplice configurazione del danno emergente e del lucro cessante), il danno alla salute nonché il danno morale ed il danno esistenziale

#### **7.3.1). Il danno patrimoniale futuro collegato all'evento della nascita.**

Il danno collegato all'evento della nascita, nelle sue varie manifestazioni, è stato ritenuto dalla giurisprudenza motivo di risarcimento.

Oltre a quello della nascita indesiderata — v. Trib. Venezia 10.9.2002, 61, che, con riferimento al caso di un intervento di sterilizzazione eseguito su una donna, non riuscito per imperizia del medico, si è riconosciuto alla madre il risarcimento del danno biologico (nella specie, depressione) patito in conseguenza della nascita, ed a tutti e due i genitori il risarcimento del danno patrimoniale consistente nelle spese causate dal parto e negli oneri di mantenimento della prole; Trib. Genova 10.10.2002, il quale ha stabilito che « in caso di insuccesso di un intervento di interruzione volontaria della gravidanza l'azienda ospedaliera ed il medico rispondono in via contrattuale dei danni, a meno che non dimostrino la completezza dell'informazione data alla paziente (necessità di eseguire test di accertamento) ovvero l'intervento di un evento anomalo che ha reso impossibile la corretta esecuzione della prestazione sanitaria »; Trib. Cagliari 23.2.1995, 1107 secondo cui « in caso di insuccesso dell'intervento abortivo, per imperizia o per negligenza, la struttura sanitaria da cui dipende il medico che ha eseguito materialmente l'intervento è responsabile per l'inadempimento dell'obbligazione contrattualmente assunta nei confronti della gestante. Essa, secondo le norme in materia di responsabilità per inadempimento, è tenuta a risarcire alla donna anche il danno consistente negli oneri economici per mantenimento del neonato, danno verificatosi nel patrimonio della stessa in conseguenza dell'inadempimento » —i casi più ricorrenti sono quelli della nascita provocata da interventi chirurgici o terapeutici errati, che hanno provocato lesioni al neonato (Trib. Milano 13.5.1982, ) o della patologia congenita del nato a seguito a un contagio venereo di uno dei genitori (Trib. Piacenza 31.7.1950, FI, 1951, I, 990) o della invalidità del neonato a seguito della somministrazione di farmaci o sostanze nocive durante la gestazione della madre.

Orientamento, questo, fatto proprio anche da una più recente giurisprudenza, la quale non ha mancato di rilevare come non si possa escludere il diritto del risarcimento del minore sul solo presupposto che il fatto colposo si sia verificato anteriormente alla nascita, non essendo necessaria la « permanenza di un rapporto intersoggettivo tra danneggiante e danneggiato».

Non è infatti tanto, afferma sempre la Cassazione, il rapporto intersoggettivo che consente la tutela, « quanto, viceversa, l'esistenza stessa di un centro di interessi giuridicamente tutelato che non può essere contestato al concepito ».

E la conferma di tali conclusioni viene raggiunta dalla Cassazione sulla base delle seguenti argomentazioni.

Responsabilità, si osserva, che già la Corte Costituzionale ha riconosciuto con la sentenza 18.2.1975, n. 27, dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 546 c.p. nella parte in cui non prevedeva che la gravidanza potesse essere interrotta quando la sua prosecuzione implicasse danno o pericolo grave, medicalmente accertato e non altrimenti evitabile, per la salute della madre, precisando altresì che anche la tutela del concepito ha «fondamento costituzionale» nell'art. 31 e 2, che «impone espressamente la protezione della maternità» e, più in generale, nell'art. 2, che «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi la situazione giuridica del concepito».

Il nascituro concepito, dunque, ha il diritto di essere risarcito dei danni ingiusti che gli siano derivati da comportamenti dolosi o colposi anteriori alla nascita.

Quanto ai danni patrimoniali ciò discende dall'art. 85 n. 2 del d.p.r. 30.6. 1965 n. 1124, cui rinvia l'art. 21 comma 2 l. n. 990 del 1969, il quale tra i superstiti aventi diritto alla rendita, contempla i figli concepiti alla data dell'infortunio.

Per il danno non patrimoniale, l'art. 2043 c.c. non esclude in alcun modo che possa darsi una divaricazione temporale tra l'illecito e la conseguenza dannosa; perciò, anche se si volesse negare, sotto il profilo naturalistico, la capacità di soffrire del feto, non si può escludere l'insorgenza di uno stato acuto di sofferenza del neonato, e poi nel bambino, che si trovi ad affrontare le fasi primigenie e più delicate della formazione della propria costituzione psichica, caratteriale ed affettiva privato della figura paterna.

(Trib. Morirà 8.5.1998, RCP, 1998, 1101).

Sempre con riferimento all'evento della nascita, ma con riguardo al danno morale, va poi segnalata una recente pronuncia delle Sezioni Unite le quali hanno riconosciuto ai genitori per l'invalidità totale derivata al loro bambino dall'anossia, e dalla successiva sindrome asfittica, di cui egli aveva sofferto al momento della nascita per dedotta responsabilità del medico e della struttura sanitaria ove la madre era stata ricoverata al momento del parto, tale voce di danno oltre al danno patrimoniale.

Ai prossimi congiunti di persona che abbia subito, a causa di fatto illecito costituente reato, lesioni personali, spetta anche il risarcimento del danno morale concretamente accertato in relazione ad una particolare situazione affettiva con la vittima, non essendo ostativo il disposto dell'art. 1223 c.c., in

quanto anche tale danno trova causa immediata e diretta nel fatto dannoso; ne consegue che in tal caso il congiunto è legittimato ad agire « iure proprio » contro il responsabile » (Cass. 1.7.2002, n. 9556).

### **7.3.2). Danno futuro come conseguenza del mancato esercizio del diritto all'interruzione della gravidanza.**

Una particolare ipotesi di risarcimento del danno giunta all'esame della giurisprudenza è quella che attiene al caso specifico della nascita di figlio affetto da malformazioni che, se preventivamente comunicate alla gestante, ne avrebbero consentito il legittimo esercizio del diritto all'interruzione della gravidanza.

Sul punto la Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla risarcibilità del danno quale conseguente alla nascita del figlio - che, nel caso di specie, risultava affetto da sindrome di Down - sulla base dell'avvenuta violazione del diritto all'informazione da parte dei sanitari, ha affermato che il risarcimento non consegue automaticamente all'obbligo di

esatta informazione che il sanitario era tenuto ad adempiere in ordine alle possibili anomalie o malformazioni del nascituro, necessitando, altresì, della sussistenza delle condizioni previste dagli art. 6 e 7 della l. n.194/1978.

L'art. 6 della legge n. 22.5.1978, n. 194, si afferma, non affida all'autodeterminazione della donna l'interruzione della gravidanza dopo i primi novanta giorni, ma la assoggetta all'accertamento di specifiche condizioni.

L'articolo in questione dispone, infatti, che l'interruzione volontaria della gravidanza può essere praticata: « a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna; h) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna ».

Così, limitando l'indagine alla lett. b) della disposizione, la Suprema Corte afferma che perché possa procedersi all'interruzione di gravidanza non è sufficiente la presenza di anomalie o malformazioni del nascituro, ma è necessario che tale presenza determini processi patologici consistenti in un « grave » pericolo per la salute fisica o psichica della madre.

I processi patologici idonei a consentire l'interruzione della gravidanza devono poi essere in atto e devono essere accertati (v. anche art. 7, comma 1).

Ne, ad avviso della Corte, il solo fatto per una gestante quarantenne dell'esistenza della probabilità che il nascituro sia affetto dalla sindrome di Down soddisfa il requisito della presenza di un grave pericolo per la salute.

La deduzione, si osserva, « è priva di fondamento, in quanto pone a presupposto dell'interruzione di gravidanza le (sole) rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro in sé considerate, mentre nel sistema della legge n. 194 del 1978 in tanto esse rilevano in quanto assurgono a causa dello stato di « grave » pericolo (e non solo « serio » come previsto dall'art. 4 della legge) per la salute fisica o psichica della donna »; in altri termini, « ciò che conta è la sussistenza del grave pericolo, che è determinato dalle rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, ma potrebbe mancare pur in presenza di queste » (Cass. 24.3.1999, n. 2793).

Centrale nella identificazione di un nesso causale tra la condotta inadempiente del medico (omessa informazione) e la successiva nascita di un figlio malformato con conseguente diritto della gestante (e del padre) al risarcimento dei danni è dunque l'esistenza di un pericolo anche solo per la salute psichica della donna (l. 198/1978). Pericolo che, come meglio emerge dalla pronuncia della Cassazione 6735/2002, può derivare da un « processo patologico » innescato dal fatto di sapere che il figlio da lei concepito presenta e perciò nascerebbe con rilevanti anomalie o malformazioni.

Ecco allora che fondamentale è stabilire non se la donna possa esercitare il suo diritto di interrompere la gravidanza, « ma se avrebbe potuto farlo ove fosse stata convenientemente informata sulle condizioni del nascituro », e non si deve « già accertare se in lei si sia instaurato un processo patologico capace di evolvere in grave pericolo per la sua salute psichica, ma se la dovuta informazione sulle condizioni del feto avrebbe potuto determinare durante la gravidanza l'insorgere di un tale processo patologico ».

(Cass.10.5.2002,n.6735).

Da ciò ne consegue che l'inadempimento del medico ha impedito alla donna di compiere una scelta.

La possibilità perduta, d'altra parte, era tale per cui il sottoporsi o no ad un intervento di interruzione della gravidanza, oggetto della scelta, dipendeva solo dalla donna.

La circostanza che, nel ricorso di dati presupposti, tra i quali sono le anomalie e malformazioni del nascituro, la legge consenta alla donna di evitarle il pregiudizio che da quella condizione del figlio le deriverebbe al suo stato di salute, rende legittimo per il giudice assumere come normale e corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto e perciò rende legittimo anche il ricondurre al difetto di informazione, come alla sua causa, il mancato esercizio di quella facoltà

Uguali le conclusioni cui giunge anche Cass. 14488/2004 (v. anche Cass. 20.10.2005, n. 20320).

Non esiste nel nostro ordinamento l'aborto eugenetico, contrariamente a quanto sostengono i ricorrenti. Esso inoltre non esiste né come un diritto della gestante né come un diritto del nascituro, per quanto da far valere successivamente alla nascita, sotto il profilo risarcitorio per il mancato esercizio. Infatti l'art. 4 della legge 22.5.1978, n. 194 sull'interruzione volontaria della gravidanza statuisce che: "Per l'interruzione della gravidanza entro i primi novanta giorni, la donna che accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o la previsione di anomalie o malformazioni del concepito, si rivolge ad un consultorio pubblico... o ad una struttura pubblica (...)".

Espletato il procedimento di cui all'art. 5 1. n. 194/1978, la gestante può ottenere l'interruzione della gravidanza presso una delle sedi autorizzate.

L'art. 6 della legge 22.5.1978 n. 194 statuisce che:

"L'interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata:

- a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna;
- b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna".

Lo scopo delle norme appare evidente.

Viene consentito il sacrificio del concepito, la cui tutela la stessa legge proclama nel primo comma dell'art. 1, considerando preminente la tutela della salute fisica o psichica della madre (Cass. 8.7.1994, n. 6464; Cass. 1.12.1998, n. 12195).

Proprio perché detto pericolo va valutato anche con riferimento alla salute psichica della donna e può essere determinato anche dalle rilevanti anomalie o malformazioni del feto, il che significa, ai fini della salute psichica, dalla conoscenza di queste affezioni del feto da parte della donna, assume particolare importanza che il medico, richiesto dalla gestante di essere informata delle risultanze di un'ecografia rivelatrice di gravi malformazioni del feto, adempia esattamente a detto suo obbligo di informazione (Cass. 29.7.2004, n. 14488).

Seguendo « la logica argomentativa dei giudici di legittimità, perché l'inesatta esecuzione della prestazione medica possa assumere rilievo ai fini del risarcimento del danno », è

dunque « necessaria la prova della realizzazione di quel rischio di danno alla salute della donna che, nella previsione legislativa (messa in pericolo della salute), costituisce il presupposto del riconoscimento in capo alla stessa del diritto ad interrompere la gravidanza .

Conclusione, questa, che si sottopone ad evidenti critiche di da un lato rileva che la legge in oggetto non tutela direttamente la salute ma la scelta della donna fra due mali, il sacrificio di una vita e il rischio della propria salute, tant'è che la privazione della libertà di scegliere non cessa di essere antigiuridica se successivamente il rischio non si sia realizzato in concreti pregiudizi alla salute; e di chi, dall'altro, osserva che il pregiudizio alla salute costituisce, nella ratio della norma che prevede l'IVG, una mera conseguenza dannosa e solo eventuale di un fatto ipoteticamente supposto (prosecuzione gravidanza-parto-nascita), la cui previsione, valutabile anche in rapporto alle difficoltà economiche nella loro proiezione nel tempo, giustifica il riconoscimento in capo alla madre di un diritto di autodeterminazione nella decisione di sfuggire a questo rischio per la sua salute . In sostanza, come rileva l'indicata dottrina, anche, ragionando in termini di responsabilità contrattuale, a fronte dell'inesatta esecuzione di un intervento di interruzione volontaria di gravidanza, è necessario valutare, a detta dei giudici di legittimità, se la negligenza medica abbia inciso su quell'interesse individuato dal legislatore del 78, in capo alla gestante, come meritevole di protezione al cospetto del sacrificio della vita del feto. Riemerge per questa via, anche nell'ambito della responsabilità medica per nascite indesiderate, quella tendenza a conferire rilievo alla lesione della salute ai fini della valutazione dell'inadempimento come peculiare espressione del sistema della responsabilità medica al confine tra responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana .

Danno alla salute della gestante che può quindi essere ricondotto anche alle presumibili difficoltà economiche che essa incontrerà a seguito del fallito intervento interruttivo delle gravidanza, pur nel rispetto di determinati limiti.

Non più, dunque, la tutela della salute della gestante sia come presupposto per il riconoscimento del diritto di interrompere la gravidanza sia come bene protetto dalla legge ai fini dell'individuazione e selezione dei danni, operata assumendo la sua lesione come termine di riferimento su cui valutare l'incidenza della condotta professionale .E questo con evidenti risvolti anche sotto il profilo dei danni risarcibili, non più accertati con riferimento esclusivo alla lesione della salute, «bensì con riguardo a tutti i danni, siano essi patrimoniali o non patrimoniali, che, nella loro correlazione all'inadempimento del medico, sono mediati dal solo criterio selettivo della consequenzialità diretta ed immediata ».

In quest'ottica, si afferma, non saranno certo risarcibili quei danni che il corretto adempimento non avrebbe evitato: « come una nascita che la madre non avrebbe potuto scegliere di rifiutare; una nascita che non avrebbe in concreto rifiutato; la presenza nel figlio di menomazioni o malformazioni al cui consolidarsi non avrebbe potuto porsi riparo durante la gravidanza in modo che il figlio nascesse sano », mentre saranno risarcibili: il danno patrimoniale, nelle sue voci di danno emergente (spese mediche già sopportate, che dovranno essere sopportate in futuro, per le necessità di costante cura del minore totalmente invalido) e di lucro cessante (il tempo sottratto sia alla vita professionale che alla vita di relazione per la necessità di accudire un figlio totalmente invalido); il danno biologico, subito dalla donna in correlazione alla lesione della salute psichica medicalmente accertata, nonché un danno, sempre etichettato come biologico,

ma descritto sul piano del pregiudizio con riguardo sia al trauma subito a causa della nascita inaspettata, sia al danno permanente alla vita di relazione. Un danno quest'ultimo presentato sotto le mentite spoglie di un danno biologico, in realtà asserito oltre la lesione della salute per essere conseguente alla privazione del diritto di autodeterminazione che fa capo alla donna, e raffigurato da un lato riesumando l'oramai desueta categoria del danno alla vita di relazione, dall'altro conferendo risalto a quel trauma psichico, normalmente conseguente, si assume, alla nascita di un figlio con handicap

### **7.3.3 Esiste un diritto a non nascere ovvero a nascere sani?**

Un problema certamente collegato a quello dell'aborto eseguito dopo i 90 giorni dall'inizio della gravidanza (ex art. 6 l. 194/78) è se esista comunque un diritto a non nascere o a nascere sani.

E se la lesione di tale (eventuale) diritto sia cagione di danni.

Si tratta, come evidenzia la dottrina, di concetti di origine dottrinale, mutuati dalla esperienza internazionale solo in tempi abbastanza recenti, e che erano pressoché sconosciuti alla nostra realtà giuridica fino a pochi anni fa, quando il dibattito mondiale sull'eutanasia e sulla selezione degli embrioni per la clonazione terapeutica ha portato la suddetta problematica alla ribalta dell'interesse collettivo, con conseguente adeguamento della nostra dottrina. Le origini della teoria del diritto a non nascere sotto alcuni aspetti si possono individuare, con un sillogismo al contrario, addirittura in epoca nazista (negazione della teoria eugenetica della razza perfetta ariana) e coinvolgono vasti campi dello scibile: quello religioso, quello filosofico, quello morale, quello medico-giuridico e così via. Ripercorrendo la storia di quel dibattito giuridico-filosofico che in America ha portato dagli anni Sessanta in poi alla nascita dei concetti di "diritto di esistere" e di "cause da torto da procreazione", alcuni studiosi hanno evidenziato come tali concetti ritenuti capisaldi di questa dottrina - perciò inalterabili e privi di ambiguità - siano stati oggetto di un aspro dibattito che ha messo in discussione l'esistenza di tale teoria sotto tutti i profili sopra menzionati.

Dall'America questa tesi si è diffusa, pian piano, anche in altri ordinamenti giuridici (anglosassone, francese e tedesco) sino ad essere recepita anche dal nostro ordinamento. Giova ricordare che tale sistema dottrinale prevede che tutti gli esseri viventi hanno il diritto di nascere, anche se la loro esistenza non potrà mai essere felice a causa del danno provocato da terzi, il quale abbia causato una lesione dei diritti del nascituro.

Si dava anche una rigida definizione di persona, ma proprio da questa sono sorti i dubbi principali che hanno suscitato il dibattito internazionale. Questa dottrina, infatti, sosteneva che il nascituro non aveva alcun diritto al risarcimento danni e non poteva reclamare alcun diritto a vivere oppure a non vivere, perché considerato privo di capacità giuridica, perciò privo di interessi legittimi degni di tutela, al contrario della madre cui spettava la scelta se ricorrere o meno all'aborto. Tutte le scuole di pensiero sorte attorno a questa dottrina - nazionali e internazionali - concordano che il punto di partenza della stessa è l'attribuzione della dignità di persona, detentrici di interessi e diritti tutelabili, e dell'individuazione di quando il feto possa assumerla .

Già il Tribunale di Roma con la summenzionata pronuncia 13.12.1994 aveva escluso la configurabilità di un diritto di tale natura nel nostro ordinamento.

Principio, questo, ribadito di recente dalla S.C. con la sentenza 14488/2004 (in ugual senso v. anche Cass. 20.10.2005, n. 20320) con la quale si è esclusa la sussistenza di tale categoria e, conseguentemente, la configurabilità di un diritto a non nascere.

Infatti non esiste nel nostro ordinamento l'aborto eugenetico, contrariamente a quanto sostengono i ricorrenti.

Esso inoltre non esiste né come un diritto della gestante né come un diritto del nascituro, per quanto da far valere successivamente alla nascita, sotto il profilo risarcitorio per il mancato esercizio.

Secondo la S.C., l'art. 1 della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza, pur riconoscendo il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, e quindi all'autodeterminazione una volta intervenuto il concepimento, ricollega dunque l'interruzione della gravidanza esclusivamente alle ipotesi normativamente previste in cui sussista un pericolo per la salute o per la vita della gestante.

Nel «bilanciamento, quindi, tra il valore e la tutela della salute della donna e la tutela del concepito», la legge permette alla madre di autodeterminarsi, in presenza delle condizioni richieste e del pericolo per la sua salute, a richiedere l'interruzione della gravidanza.

Ne consegue che la sola esistenza di malformazioni del feto, che non incidano sulla salute o sulla vita della donna, non permettono alla gestante di praticare l'aborto.

Il che porta in buona sostanza ed in conclusione ad escludere l'esistenza e la percorribilità giuridica dell'aborto eugenetico.

### **7.3.3.1) Riflessi sotto il profilo di un diritto del nato malformato al risarcimento del danno. Esclusione.**

Il problema che, a questo punto, si pone, è se in ogni caso, allorché la madre, pur in presenza di un pericolo per la sua salute derivante dalla gestazione o dalla maternità e conseguente alle malformazioni fetali, non sia stata posta in grado di autodeterminarsi per l'aborto, possa comunque il concepito malformato, una volta nato, richiedere il risarcimento del danno per la "vita ingiusta" che egli ha avuto in conseguenza del comportamento

emissivo o errato del medico nei confronti della propria genitrice, per mancata o errata informazione.

E a questo riguardo la S.C. giunge ad escludere un tale diritto in capo al nato sulla base delle seguenti argomentazioni.

Va, anzitutto, rilevato che detto diritto di "non nascere" sarebbe un diritto adespota (letteralmente: senza padrone), in quanto a norma dell'art. 1 c.c. la capacità giuridica si acquista al momento della nascita, ed i diritti che la legge riconosce a favore del concepito (artt. 462, 687, 715 c.c.) sono subordinati all'evento della nascita, ma appunto esistenti dopo la nascita.

Nella fattispecie, invece, il diritto di non nascere, sino alla nascita non avrebbe un soggetto titolare dello stesso e con la nascita detto "diritto di non nascere" sarebbe definitivamente scomparso.

Sotto altro profilo, ma nella stessa ottica, ipotizzare il diritto del concepito malformato di non nascere significa concepire un diritto che, solo se viene violato, ha, per quanto in via postuma, un titolare, ma se tale violazione non vi è (e quindi non si fa nascere il malformato per rispettare il suo diritto di non nascere), non vi è mai un titolare. Il titolare di questo presunto diritto non avrà mai quindi la possibilità di esercitarlo.

A parte queste incongruenze, va osservato che il nostro ordinamento positivo tutela il concepito e quindi l'evoluzione della gravidanza esclusivamente verso la nascita e non verso la non nascita, per cui se di diritto vuoi parlarsi, deve parlarsi di diritto a nascere.

Sostenere che il concepito abbia un diritto a non nascere, sia pure in determinate situazioni di malformazione, significa affermare l'esistenza di un principio di eugenesi o di eutanasia prenatale, che è in contrasto con i principi di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., nonché con i principi di indisponibilità del proprio corpo di cui all'art. 5 c.c.

Va poi osservato che se esistesse detto diritto a non nascere, se non sano, se ne dovrebbe ritenere l'esistenza, indipendentemente dal pericolo per la salute della madre, derivante dalle malformazioni fetali, e si porrebbe l'ulteriore problema, in assenza di normativa in tal senso, di quale sarebbe il livello di handicap per legittimare l'esercizio di quel diritto, e, poi, di chi dovrebbe ritenere che detto livello è legittimante della non nascita.

Diversamente si verifica nell'ordinamento francese, in cui la legge 162-12, *code santé public*, prevede "la possibilità di interrompere la gravidanza fino alla nascita, quando esiste una forte probabilità che il nascituro sia portatore di un'affezione di una particolare gravità riconosciuta come incurabile al momento della diagnosi".

In quell'ordinamento sembra che sia la stessa legge a riconoscere che la nascita di un handicappato sia un danno. (Cass. 29.7.2004, n. 14488).

Tra l'altro, osserva sempre la S.C., escluso che esista un diritto del concepito, per quanto handicappato, a non nascere, in ogni caso per questo ipotetico diritto non esisterebbe un soggetto legittimato a farlo valere.

In conclusione, secondo l'interpretazione della S.C., l'insussistenza, nel nostro ordinamento, di un diritto a non nascere, se malformati, comporta che se il concepito malformato nasce egli non può lamentarsi del fatto che la gravidanza non sia stata interrotta, in quanto tale eventualità non è prevista dall'attuale ordinamento giuridico come meritevole di tutela.

Conseguentemente egli non avrà diritto ad alcun risarcimento.

#### **7.4) Il diritto autonomo del nato al risarcimento del danno quale conseguenza di un inadempimento del medico.**

Altro (e diverso) aspetto da considerare è, invece, se esista un autonomo diritto del nato al risarcimento dei danni conseguenti ad un inadempimento del medico (ostetrico - ginecologo).

Al riguardo va innanzitutto osservato che non vi è dubbio che con il contratto di prestazione professionale tra la gestante ed il medico questi si obbliga non soltanto a prestare alla stessa le cure e le attività necessarie al fine di consentirle una corretta gestazione, ma altresì ad effettuare, con la dovuta diligenza, tutte quelle altre prestazioni necessarie al feto, sì da garantirne la nascita, evitandogli - nei limiti consentiti dalla scienza - qualsiasi possibile danno.

Il contratto, intercorso tra la gestante ed il sanitario, si atteggia, quindi, come viene evidenziato in giurisprudenza, quale "contratto con effetti protettivi a favore di terzo" nei confronti del neonato,

alla cui tutela tende quell'obbligazione accessoria, ancorché le prestazioni debbano essere assolte in tutto o in parte, anteriormente alla nascita. Pertanto in presenza di lesioni gravi del nascituro, posta l'esistenza nel nostro ordinamento di norme dalle quali si evince l'intenzione del legislatore di tutelare l'individuo sin dal suo concepimento, una volta accertata l'esistenza di un rapporto di causalità tra un comportamento colposo anteriore

alla nascita ed il danno ad un soggetto che, con la nascita, abbia acquisito la personalità giuridica, deve essere riconosciuto in capo a quest'ultimo il diritto al risarcimento del danno (Cass. 29.7.2004, n. 14488).

Sembrirebbe quindi che il soggetto, che con la nascita acquista la capacità giuridica, possa poi agire per far valere la responsabilità contrattuale per l'inadempimento delle obbligazioni accessorie, cui il contraente (medico) sia tenuto in forza del contratto stipulato col genitore o con terzi, a garanzia di un suo specifico interesse.

Ma così non è.

La non esistenza nel nostro ordinamento di un diritto a non nascere se malformati, afferma la S.C., comporta che, se per omessa o inesatta informazione da parte del medico sulle mal-formazioni fetali (delle quali egli non è colpevole), « il concepito malformato nasce, egli non può lamentarsi che non sia stata interrotta la gravidanza con riferimento alla sua personale posi-

zione, poiché, come detto, l'ordinamento attuale non prevede tale posizione giuridica come meritevole di tutela, anzi prevede il contrario ».

Ciò comporta che il concepito malformato, una volta nato, non può far «valere, come danno proprio da inadempimento contrattuale, (come invece può fare il coniugo, soggetto egualmente protetto dal contratto originario) il fatto (o che, non essendo stata posta la madre nella condizione di tutelare il suo diritto alla salute, attraverso l'aborto, egli sia nato con malformazioni congenite e con conseguenze dannose alla persona ed eventualmente al patrimonio (Cass. 29.7.2004, n. 14488).

Ne parimenti, rileva altresì la S.C., « il concepito, ormai nato, può lamentare un proprio danno perché la madre non sia stata posta nella condizione di avvalersi, nel bilanciamento degli interessi, di sopprimere il bene giuridico tutelato del concepito per non far soccombere il proprio bene giuridico della salute o della vita ».

In altri termini, e ritornando allo schema secondo cui l'aborto è consentito nell'ambito di uno stato di necessità (sia pure attenuato e sui generis) per la salute o la vita della donna, il soggetto titolare del diritto, che deve soccombere, non può invocare tutela risarcitoria nei confronti di alcuno, perché l'altro soggetto, che poteva avvalersi della scriminante, non si sia avvalso della stessa, per quanto per difetto di dovuta informazione.

In conclusione, la persona venuta al mondo con gravi malformazioni congenite non vanta alcun diritto al risarcimento del danno nei confronti del medico che per colpa, durante la gestazione, abbia omesso di informare di tale circostanza la madre, impedendole così di interrompere la gravidanza.

Conclusione, questa, criticata dalla dottrina.

Dottrina la quale, sulla scorta di una concreta e palpabile percezione di quelli che sono i danni e le sofferenze che una persona deforme viene a subire per un comportamento negligente di un terzo (il medico), che, tra l'altro, neppure lui ha scelto (in quanto la scelta è « naturalmente » opera della madre), giunge a conclusioni completamente diverse da quelle della S.C.

Perciò anche il bimbo nato malformato deve essere risarcito, in primis ex art. 2059c.c in quanto, per la mancata informazione de qua o per colpa omissiva/commissiva altrui, avrà forti limitazioni alla sua vita familiare, sociale e così via. La teoria sul diritto a nascere sani e sul contratto con effetti protettivi a favore di terzi, così come può essere interpretata in maniera estensiva a favore del padre, tanto più dovrebbe esserlo a favore

del bimbo disabile, sia dal punto di vista contrattuale (gli effetti protettivi debbono necessariamente intendersi come tutelanti il nascituro) che extra-contrattuale.

### **7.5) Il danno esistenziale nella r.c. medica.**

Si è detto come la nuova concezione del risarcimento in un'ottica non patrimoniale, abbia favorito la nascita di un modello risarcitorio che si fonda su di una riconsiderazione della persona a tutto campo.

Persona vista, quasi in prosecuzione di quella teoria personalistica del danno inaugurata con il danno biologico, non più quale solo e mero soggetto produttore di reddito, ma quale insieme di emozioni, pulsioni, aspettative, prospettive.

In buona sostanza l'uomo nella sua essenza più profonda ed intima, non palpabile, non percepibile all'esterno, ma non per questo meno importante, e come tale, una volta lesa, suscettibile di un autonomo risarcimento.

Il danno esistenziale si indirizza in tal senso: risarcire quelle situazioni lesive della persona che le impediscono di assaporare quei momenti di cui, diversamente, se non fosse intervenuto il comportamento illecito del terzo (o dell'altro contraente), avrebbe continuato a godere.

Nell'ambito della r.c. del professionista la ricorrenza di ipotesi di danno esistenziale si è soprattutto concentrata con riferimento alla r.c. del medico.

E ciò proprio in conseguenza della peculiarità dell'attività sanitaria, la quale, per sua natura, si concretizza in un intervento diretto del sanitario sulla persona fisica; intervento che può sfociare in sofferenze, lesioni, o anche morte del paziente, quando questo non sia eseguito nel rispetto di quella diligenza e competenza di cui è si è già trattato.

Situazioni, queste, purtroppo sempre più ricorrenti e che vengono molto spesso ricondotte a forme di malasanità. Il settore della responsabilità medica attraversa ormai da tempo una situazione di profonda crisi. Pur in mancanza di dati ufficiali su scala nazionale, è stato calcolato che il contenzioso in Italia si assesterebbe su una media di circa 10.000/12.000 nuovi casi all'anno: a fronte di circa 8.000.000 di ricoveri annui nelle strutture ospedaliere, ben 320.000 persone riporterebbero danni, menomazioni e malattie dovute ad errori ospedalieri. Anche all'estero, tuttavia, il panorama sanitario non offre dati più confortanti. La preoccupante dimensione assunta dal fenomeno « rischio sanitario » è un dato facilmente riscontrabile anche in altri ordinamenti.

Questo allarmante e generalizzato fenomeno, purtroppo, comune anche a realtà ospedaliere più all'avanguardia di quella italiana, non è certo consolatorio, (quasi a dire «mal comune mezzo gaudio»!), ma porta ad una più attenta valutazione di ogni singolo caso concreto con una conseguente revisione dei confini di risarcibilità del danno.

E sì vero, che « errare humanum est », che « non siamo macchine perfette e talvolta nell'esecuzione delle nostre attività è possibile commettere errori ». Ciò avviene in ogni campo ed in ogni manifestazione dell'attività dell'uomo». E connaturato alla nostra natura non essere infallibili. « Umano, troppo umano » citava Nietzsche.

Tuttavia, quando gli errori vanno ad incidere su valori fondamentali, imprescindibili dell'esistenza, quali la stessa vita o la salute, gli sbagli balzano agli occhi suscitando la riprovazione di tutti. Così avviene in campo medico. Qui più che altrove, l'incidenza di uno sbaglio umano assume una rilevanza amplificata a causa delle conseguenze che si riversano direttamente sull'individuo, che ne

sconta, anche e soprattutto fisicamente, le conseguenze. Qui più che altrove, gli errori sono valutati con particolare severità sia dall'opinione pubblica sia dalla giurisprudenza.

All'aumento dei casi di malasanità ha fatto seguito uno spostamento delle frontiere del danno risarcibile.

Fenomeno, questo, come già detto, frutto di una rivalutazione dell'uomo come persona che ha portato ad estenderne la risarcibilità ad ambiti fino ad anni or sono non considerati. Si è così passati da una individuazione del danno limitata al solo danno patrimoniale, ad una riconsiderazione dello stesso anche in un'ottica strettamente biologica per poi giungere in tempi relativamente recenti al riconoscimento del danno esistenziale.

Il pregio del danno esistenziale è quello di aver ampliato la sfera degli interessi tutelabili, mettendo in evidenza un'area di pregiudizi correlata ad un illecito cui non consegue necessariamente alcuna alterazione dell'equilibrio fisio-psichico. In pratica la tutela è estesa a tutti gli aspetti inerenti all'intera esistenza dell'individuo, non limitando la risarcibilità soltanto alla lesione del bene-vita o integrità fisica, ma anche alla quotidianità della vittima modificata irrimediabilmente dall'illecito.

### **7.5.1) Casistica: (a) nascita indesiderata.**

In numerose occasioni la giurisprudenza ha avuto modo di esprimersi sul riconoscimento del danno esistenziale collegato alla r.c. medica.

Un primo esempio è rappresentato dalle c.d. nascite indesiderate.

Cosa si intende con tale nozione?

Nell'ambito della responsabilità medica per nascite c.d. indesiderate sono venute ad iscriversi nel tempo tutte quelle ipotesi in cui una nascita, costituendo l'esito dell'insuccesso di un intervento di interruzione della gravidanza o di un'omessa diagnosi prenatale che ha privato la gestante della possibilità di far ricorso all'interruzione della gravidanza, viene assunta come rappresentazione del risultato di un errore medico.

Ma se, indubbiamente, l'evento della nascita non rappresenta di per sé fonte di responsabilità né, tanto meno, cagione di danno, il problema che si è imposto all'attenzione della giurisprudenza è stato quello se una nascita non desiderata, quale conseguenza di un non esatto adempimento della prestazione da parte del medico curante (ad esempio una pratica di aborto malriuscita), possa costituire cagione di danno.

Il *leading case* in tema di nascita indesiderata per fallito intervento di interruzione volontaria della gravidanza è quello deciso dal Tribunale di Padova (9.8.1985, F/, 1986, I, 1995).

Il tribunale ha deciso che costituisce grave negligenza contrattuale la condotta del sanitario che, dopo aver praticato un intervento di interruzione della gravidanza su una minorenne, ritenendo risolto il rapporto professionale a seguito dell'allontanamento della paziente dalla clinica contro il suo parere, omette di prescrivere una visita di controllo intesa ad accertare l'esito in tempo utile per porre rimedio ad un eventuale insuccesso.

Sotto il profilo del risarcimento del danno, lo stesso veniva equitativamente liquidato e rapportato « ai

disagi affrontati per la nascita avvenuta in un momento di difficoltà, agli ostacoli che tali nuovi doveri possono aver portato nella realizzazione anche economica della coppia, in sostanza alla anticipazione degli oneri che comunque questa coppia avrebbe affrontato nella vita. E se ciò (e quindi un danno) è individuabile, viene spontaneo chiedersi se oltre al danno patrimoniale può ravvisarsi altresì un danno esistenziale?

Le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza di merito sembrano accogliere tale soluzione.

Il danno da nascita indesiderata è anche un danno esistenziale.

Un danno esistenziale per chi quella nascita ha rifiutato.

Se dunque l'interesse protetto che merita protezione è quello dell'autodeterminazione della donna, inevitabile è l'approdo al danno esistenziale: a quel danno, cioè, era stato mascherato sotto l'etichetta del danno biologico in senso lato, esteso oltre la lesione della salute, e successivamente era stato acquisito come trauma psichico per la nascita di un figlio non sano e che oggi, pur sempre sotto le mentite spoglie di un danno permanente alla vita di relazione e di un danno alla psiche dei genitori, si attesta come pregiudizio correlato alla lesione di un interesse costituzionalmente protetto.

Così, con riferimento alla nascita di un bambino « non programmata e causata dall'inadempimento del medico » si è affermato come tale fatto costituisca lesione del diritto fondamentale dell'individuo, e della coppia nel suo insieme, ad una procreazione cosciente e responsabile, e il diritto all'autodeterminazione nelle scelte personali tutelato dall'art. 2 Cost. con conseguente diritto dei coniugi medesimi oltre al danno patrimoniale, consistente nei maggiori oneri gravanti sulla coppia per il mantenimento del figlio non voluto nei primi anni di vita, anche ad un danno esistenziale, consistente nel radicale cambiamento delle abitudini di vita che la nascita di un figlio comporta per la coppia; danni che, nel caso di specie, sono stati assoggettati ad una valutazione equitativa stante l'impossibilità di dimostrare il loro preciso ammontare (Trib. Busto Arsizio 17.7.2001).

Certamente, si osserva, sussiste una fondamentale differenza tra l'ipotesi in cui questo profondo mutamento dell'esistenza quotidiana intervenga in forza di una scelta consapevole dei genitori e quella in cui esso venga imposto contro la volontà per effetto di errore medico (così Pasquinelli 2004, 4949). Si tratta, pertanto, dell'alterazione dell'esistenza di due persone; in altri termini di un danno esistenziale.

In tale prospettiva si pone la sentenza della Corte di Appello di Perugia (28.10.2004) che ha riconosciuto, quale autonoma ragione di risarcimento, il danno esistenziale ai genitori per la nascita di un bambino malformato quale conseguenza di una diagnosi tardiva che, se tempestiva, avrebbe indotto gli stessi genitori all'interruzione della gravidanza.

Una pronuncia, quella della Corte di Appello di Perugia, che afferma dunque, con indubbia chiarezza e convinzione, la centralità, nel nostro sistema, della categoria del danno esistenziale, quale espressione, risposta risarcitoria a quelle situazioni compromesse sul piano dell'esistenza come conseguenza di un illecito altrui (anche Cass. 20.10.2005, n. 20320).

Una sentenza, ulteriore dimostrazione dell'attualità (e mantenimento) di tale forma risarcitoria nel nostro ordinamento, la quale fornisce risposte precise ad una domanda che viene spontanea immedesimandosi nei genitori della piccola.

#### **7.5.1. (b) Errata diagnosi e malpractice medica.**

Altro caso di riconoscimento del danno esistenziale conseguente a r.c. medica è quello che concerne l'errata diagnosi.

Un'ipotesi, questa, purtroppo sempre più ricorrente, che ha portato la giurisprudenza, sulla scia di una rivalutazione dell'uomo e della persona, a schierarsi in favore del riconoscimento del danno esistenziale.

Emblematico è il caso considerato dal Tribunale di Genova che riguardava una donna, sofferente di disturbi ossei non prontamente riconosciuti dal medico cui si era rivolta, quali una grave forma di tumore alle ossa.

Malattia, come confermato da successivi esami cui la donna si era sottoposta, ormai in avanzatissimo stato e causata da « metastasi di un carcinoma » al seno presente da anni.

Sottoposta a terapie oncologiche, rivelatesi inefficaci, la paziente decedeva dopo gravi e crescenti sofferenze.

Gli eredi promuovevano causa contro il medico al fine di accertarne la responsabilità professionale e di ottenere il conseguente risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali.

Il Tribunale di Genova accoglieva la domanda, affermando la responsabilità del medico per avere negligenza ed imperitamente ritardato la diagnosi di una patologia che, se prontamente riconosciuta, avrebbe perlomeno risparmiato alla paziente le sofferenze patite.

(Trib. Genova, 29/11/02, n.4266.)

Danno esistenziale individuato, dunque, quale danno alla qualità della vita del malato negli ultimi mesi della sua esistenza e che ha riguardo « anche della ulteriore protrazione della degenza ospedaliera dell'attrice in dipendenza dell'erronea diagnosi »; « non si può infatti non condividere la tesi del tribunale, secondo cui la permanenza della inferma in clinica per un lungo periodo di tempo, la sua sottoposizione a cure inappropriate, l'insistenza su terapie inutili, la mancanza di qualsiasi sollievo ai dolori causati dal male, l'incertezza sull'esito di tali sacrifici, abbiano prodotto una grave afflizione che certamente deve essere qualificata come danno esistenziale » Questo comporta due ordini di conseguenze, tra loro strettamente connesse, in caso di responsabilità medica: una anticipazione della tutela risarcitoria, da un lato, e lo spostamento, con conseguente ampliamento, del piano degli interessi protetti, dall'altro.

Sotto il primo profilo si osserva che l'inevitabile epilogo delle malattie incurabili o la lesione irreversibile provocata dall'errore umano non è più il limite a cui ancorare la responsabilità del medico. Il piano della tutela è focalizzato non sulla possibilità di ottenere una guarigione, ma sull'incidenza che le conseguenze di un evento lesivo hanno nella sfera dell'esistenza dell'individuo malato.

In pratica, mentre prima, in caso di errore medico, si ritenevano risarcibili la morte ovvero la lesione o menomazione fisica del soggetto, in quanto ascrivibili alla responsabilità del sanitario, oggi, indipendentemente dal buono e cattivo esito della terapia, si vanno a tutelare le condizioni di vita medio-tempore del malato, tra la scoperta della malattia e l'esito finale (guarigione o decesso), allorquando queste siano condizionate da errate scelte del professionista. In secondo luogo, si rileva una dilatazione degli interessi garantiti. La tutela infatti non riguarda più solo il diritto alla salute, inteso in senso stretto, ma si estende anche alla qualità della vita, di tal che vi sarà risarcimento del danno ogni volta in cui sono imposti al paziente degli inutili trattamenti, in quanto evitabili, sia in caso di successiva guarigione, sia in caso di accanimento terapeutico, del quale è ben noto, oltre che inevitabile, il tragico epilogo.

Quella del danno esistenziale vista, dunque, come la risposta ad un'esistenza « rovinata » sotto il profilo della qualità della vita e delle sue aspettative proprio in virtù di una diagnosi errata.

Se, infatti, ciò non si fosse verificato e, perciò, la diagnosi fosse stata tempestiva, il paziente sarebbe guarito o, anche se questo non si fosse verificato, quanto meno avrebbe visto alleviate le sue sofferenze.

#### **7.5.1 (c) Errato intervento chirurgico.**

Una ulteriore applicazione del danno esistenziale alla r.c. medica viene statuita dal Tribunale di Palmi con la sentenza 21.5.2004 che ha riguardo alla domanda di risarcimento danni pretesi da una persona sottoposta ad un « intervento chirurgico di prostatectomia ».

Intervento non eseguito correttamente e dal quale erano derivati al paziente « danni permanenti di carattere fisiologico e psicologico » (« incontinenza urinaria ed instabilità detrusoriale in portatore di sfintere artificiale ed ileocistoplastica di ampliamento con associate impotenza coeundi e sindrome ansioso depressiva »).

Patologie tutte da ricondurre all'originaria operazione chirurgica cui era stato sottoposto l'attore, eseguita in violazione dei principi di diligenza, prudenza e perizia, e che avrebbe determinato conseguenze negative non più reversibili nonostante i successivi tentativi (anche chirurgici) di correzione.

L'accertata esistenza di un nesso causale tra la condotta del medico ed i danni subiti dal paziente ha quindi portato alla conseguente condanna del medico chirurgo (e della struttura ospedaliera dove l'intervento era stato eseguito) al risarcimento dei danni conseguenti.

Danni riconosciuti sia sotto il profilo patrimoniale che sotto quello non patrimoniale.

E a quest'ultimo riguardo il Tribunale di Palmi, oltre al danno biologico, al danno morale, riconosce all'attore anche il danno esistenziale.

Parte attrice ha richiesto, nell'atto introduttivo di lite, il risarcimento del danno alla vita di relazione. Tale specifica fattispecie di pregiudizio deve ritenersi rientrante nell'attuale nozione di danno cd. esistenziale, ovvero di danno-conseguenza che compromette la complessiva qualità della vita del danneggiato, in tutte le sue possibili attività realizzatrici. (Trib. Palmi 25.1.2004).

Danno esistenziale determinato in via equitativa come percentuale del danno biologico.

## INDICE BIBLIOGRAFICO

AA.vv.

1982 La responsabilità medica, Giuffrè editore, Milano.

AA.VV.

1984 La responsabilità in materia sanitaria (atti del convegno nazionale, Bologna, 16 dicembre, Ravenna, 17 dicembre 1983), Giuffrè editore, Milano.

AA.VV.

1989 La responsabilità medica in ambito civile (atti del convegno, Siena, 22-24 settembre 1988), a cura di V. Fineschi, Giuffrè editore, Milano.

Altavilla E.

1950 responsabilità colposa nelle professioni sanitarie, in CP, 1-10.

Ambrosetti F., Piccinelli M., Piccinelli P.

2003 La responsabilità nel lavoro medico d'equipe. Profili penali e civili, in Giurisprudenza critica, collana diretta da Paolo Cendon, Utet, Torino.

Autelitano G.

1981 Le responsabilità del medico ospedaliero. Libreria Cortina, Milano.

Bami M.

1999 Diritti, doveri, responsabilità del medico: dalla bioetica al biodiritto, Giuffrè editore.

2003 La causalità nella consulenza medico - legale: dalla adeguatezza alla certezza (aldilà del ragionevole, dubbio), in Gli esercenti le professioni sanitarie nel recente riassetto formativo, a cura di F. Buzzi e P.

Danesino con la collaborazione di C. Bovio, Giuffrè editore, Milano, 61-74.

Basini G.F.

1997 Il danno non patrimoniale, in La responsabilità civile, diretto da G. Alpa e M. Besosne, Aggiornamento 1988 - 1996, Utet, Torino, 1143-1193.

Bellelli A.

1995 Codice di deontologia medica e tutela del paziente, in RDC, II, 577.

Berlocchi A.

2004 La Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del medico libero professionista, in La responsabilità medica, di Ugo Ruffolo, Giuffrè editore, Milano, 21-90.

Bellocchi A., Attinà C.

2004 Le responsabilità della (e nella) equipe medica, in La responsabilità medica, di Ugo Ruffolo, Giuffrè editore, Milano, 185-214.

Bianca C.M.

1979 Inadempimento delle obbligazioni, Zanichelli, Bologna-Roma.

1987 'Diritto civile, voi. Ili, Giuffrè editore, Milano.

1993 Inadempimento delle obbligazioni, in Comm. del Cod. Civ. Scialoja e Branca, art. 1218-1219, Zanichelli, Bologna-Roma.

1994 Diritto civile. La responsabilità, vol. 5, Giuffrè editore, Milano.

Bilotta F.

1999 Profili del danno esistenziale nella procreazione, in RCP, 337.

- 2002 Morte del familiare convivente e danno esistenziale a carattere temporaneo del congiunto, in DFam, 80-95.
- 2002 a La nascita non programmata di un figlio e il conseguente danno esistenziale, in RCP, 446-463
- Bimbi C.
- 2004 Malpratiche e danno esistenziale, in Persona e danno, a cura di Paolo Cendon, Giuffrè editore, Milano.
- Bocchiola M.
- 1976 Perdita di una « chance » e certezza del danno, in RTDCP, 55-102.
- Bona M.
- 2003 Il nesso di causa nella responsabilità civile del medico e del datore di lavoro a confronto con il decalogo delle Sezioni Unite penali sulla causalità omissiva, in RDC, 361.
- Bordon R.
- 2005 I dati della malpractice: sei pazienti su cento muoiono a causa di errori medici, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).
- 1988 Relazione alla tavola rotonda sulla colpa professionale, in La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile, a cura di G. Visintini, Cedam, Padova.
- Busnelli F.D.
- 1965 Perdita di una chance e risarcimento del danno, in FI, IV, 47-52.
- 1996 I problemi attuali del danno alla salute, in DResp, 665-671.
- Busnelli F.D., Patti S., Scalisi V., Zatti P.
- 2000 Studi di diritto privato, in II danno biologico dal diritto vivente al diritto vigente, Giappichelli, Torino.
- Buzzi F.
- 1991 La responsabilità in chirurgia estetica alla luce di alcuni indirizzi giurisprudenziali della Corte di Cassazione, RIML, 381.
- Carbone V.
- 1999 La responsabilità del medico come responsabilità da contatto, in DResp, 299-304.
- Carta A.
- 1967 La responsabilità civile del medico, Bulzoni editore, Roma.
- Carusi D.
- 1991 Responsabilità del medico, prestazione professionale di speciale difficoltà e danno alla persona, in Gi, 599-604.
- 1991 Responsabilità del medico e obbligavano di mezzi, in RaDC, 485-508.
- 1994 Contratto d'opera intellettuale, in GI, I, 2, 1033.
- Castronovo C.
- 1997 Profili della responsabilità medica, in VN, 1222.
- Cendon P.
- 1990 Servizi socio-sanitari — Responsabilità vicaria della p.a.. Nota a Trib. Reggio Emilia, 18 novembre 1989, in NGCC, I, 549-554.
- 2000 Il danno psichico, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).
- 2000 Esistere o non esistere, in RCP, 1251-1333.
- 2001 La figlia di Zadnik, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).

- 2001 Esistere e non esistere, in Cendon P. (a cura di), Trattato breve dei nuovi danni, Cedam, Padova, 1-109.
- 2002 Prospettive del danno esistenziale, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).
- 2003 I malati terminali e i loro diritti, Giuffrè editore, Milano.
- 2004 Il danno esistenziale, in Trattati, Voi. I, Persona e danno, a cura di Cendon P., Giuffrè editore, Milano, 2004, 233.
- 2004 I diritti di chi sta per morire, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).
- 2004 a La disciplina del danno esistenziale, in Persona e danno, a cura di Cendon, II, Giuffrè editore, Milano, 2004, 1687-1804.
- 2005 Malformazione del feto, mancata interruzione della gravidanza, danni non patrimoniali dei genitori, fasc.4,M; <http://www.personaedanno.it>
- 2005 Caso Barillà: perché sì al danno esistenziale,  
Christandl G.
- 2004 Il danno esistenziale nell'ambiente giuridico di lingua tedesca, relazione nel corso del Convegno organizzato dall'Ordine degli Avvocati di Forlì Cesena in Forlì, il 15.10.2004.  
Ciaroni L.
- 2005 Malpratiche medica e danno non patrimoniale, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).  
Cipriani G.
- 2003 Il nesso di causalità nella responsabilità medica, in RCP, 1104 - 1123.  
Citarella G.
- 1998 Obbligo di informazione e responsabilità del chirurgo plastico, in RCP, 1998, 677-683.  
Costanza M.
- 1986 Informazione del paziente e responsabilità del medico, in GC, I, 1435-1436.  
De Giorgi M.V.
- 1988 Danno (Teoria generale), in Enciclopedia Giuridica Treconci, voi. X, Roma, 1-9.
- 1988 Danno (Danno alla persona), in Enciclopedia Giuridica Treconci, Vol X, Roma, 1-13.
- 1992 Danno alla salute, in RDC, 1992, II, 825-860.  
De Matteis R.
- 1996 La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile, in grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale, a cura di Galgano, Cedam, Padova.
- 1996 Consenso informato e responsabilità del medico, in DResp, 1996, 219-225
- 2003 nota a Cass. 10.5.2002, n. 6735, La responsabilità medica per omessa diagnosi prenatale: interessi protetti e danni risarcibili, in NGCC, 630-638.
- 2003 a La responsabilità professionale in campo sanitario, in Le nuove aree di applicazione della responsabilità civile, di Giovanna Visintini, 333-344
- 2004 Nascite indesiderate e interessi protetti, in Persona e danno, a cura di Paolo Cendon, Giuffrè editore, Milano.  
Fiori A.

2003 Nuovi aspetti della responsabilità medica, in *Gli esercenti le professioni sanitarie nel recente riassetto formativo*, a cura di F. Buzzi e P. Danesino con la collaborazione di C. Bovio, Giuffrè editore, Milano, 97-123.

Franzoni M.

1988 *La responsabilità aggettiva. I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Cedam, Padova.

1990 *La liquidazione del danno alla persona*, Cedam, Padova.

1993 *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, Zanichelli, Bologna - Roma.

1995 *Il danno alla persona*, Giuffrè editore, Milano.

1996 *Il danno al patrimonio*, in *II diritto privato oggi*, a cura di P. Cendon, Giuffrè editore, Milano.

2004 *a il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da Massimo Franzoni, Giuffrè editore, Milano.

Giannini G.

1992 *Onere della prova e responsabilità professionale medica*, in *RCP*, 1992, 177-184.

Iannotta R.

1989 *Professioni ed arti sanitarie*, in *Enciclopedia Giuridica Treconì*, Roma, 1990, 1- 4.

1990 *Medico (Profili generali)*, in *Enciclopedia Giuridica Treconì*, Roma, 1990, 1- 4.

Iannotta R.

1990 *Medico ospedaliero*, in *Enciclopedia Giuridica Treconì*, Roma, vol. XIX, Ist. Polig. Zecca dello Stato, Roma.

Lanotte A.

1999 *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*, in *FI*, I, 3238.

Lasagne B.

2001 *La prova del danno esistenziale*, in *Cendon P. (a cura di), Trattato breve sui nuovi danni*, Cedam, Padova, Voi. Iii, 2761-2784.

Lenzi A.

2004 *Danno biologico, patrimoniale e non patrimoniale nella lesione dei diritti della persona*, in *La responsabilità medica*, di Ugo Ruffolo, Giuffrè editore, Milano, 319-419.

Lepre A.

1999 *nota a Cass. 11.2.1998, n. 1421, Perdita della capacità di procreare e pretese risarcitorie*, in *NGCC*, 572-576.

2001 *Attività medica in regime intramurario e responsabilità della struttura sanitaria*, in *RCP*, 698-709.

2002 *nota a Cass. 16.5.2000, n. 6318, La responsabilità civile del primario e del medico di fiducia dipendente della struttura ove si è verificato*, in *NGCC*, 205-208.

Macrì C.

1987 *La responsabilità professionale*, in *Le professioni intellettuali*, Utet, Torino, 215-268.

Martorana C.

- 1997 Considerazioni su informazione del paziente e responsabilità medica, in RCP, 383-390.
- 1999 La liquidazione del danno alla salute secondo il criterio equitativo, in DResp, 1999, 126-129.
- Marzo G.
- 1985 Appunti sulla responsabilità civile in campo medico, in Gi, 681-694.
- Masera C.
- 1988 Le nuove responsabilità del medico, Oemf, Milano.
- Monateri P.G.
- 1984 Il quantum del danno a persona. Una banca dati: mille casi a confronto, Giuffrè editore, Milano.
- 1989 Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale (analisi comparata di un problema), Cedam, Padova.
- 1998 La responsabilità civile, in Le fonti delle obbligazioni, Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco, Utet, Torino.
- Musatti A.
- 1957 Contratto del sanitario col cliente, in FI, I, 280-282.
- Palmerini E.
- 2004 Nota a Cass. 28.5.2004, n. 10297, La responsabilità medica e la prova dell'inesatto adempimento, in NGCC, 791-799.
- Pannain A.
- 1955 La colpa professionale dell'esercente l'arte sanitaria, in RIDPP, 32-64.
- Pasquinelli C.
- 2004 nota a Cass. 21.7.2003, n. 11316, Responsabilità medica: la Cassazione torna ad interrogarsi sui temi della colpa e della causalità emissiva, in NGCC, 272-280.
- Pasquinelli E.
- 2004 Problemi attuali della responsabilità del medico, in Trattati, a cura di Paolo Cendon, Giuffrè editore, Milano 4793-4954.
- 2004 Il danno esistenziale in Trattati, a cura di Paolo Cendon, Giuffrè editore, Milano 131-256.
- Pirrone V.
- 1990 Responsabilità dell'equipe chirurgica, in GM, IV, 1141.
- Pizzetti F.G.
- 1998 Chirurgia estetica e responsabilità medica, in Gi, 1817.
- Pontonio F.
- 1994 La responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria pubblica: ma il giudice è veramente « peritus peritorum »?, in RCP, 161-167.
- Princigalli A.M.
- 1983 La responsabilità del medico, Jovene, Napoli.
- 1983a Note ad App. Roma, 6 settembre 1983, in FI, I, 2838-2841.
- 1986 Chirurgia estetica e responsabilità civile, in FI, I, 121-126.
- 1988 Medici pubblici dipendenti responsabili come liberi professionisti?, in FI, 2296-2303.
- 2003 libera professione dei medici ospedalieri, in RCP, 532-564.

Romano M.

1987 Considerazioni in tema di responsabilità contrattuale del medico per violazione del dovere di informazione, in *Gì*, I, 1, 1135-1144.

Ruffolo U.

2004 La responsabilità medica. Le responsabilità contrattuali ed extracontrattuali, per colpa ed oggettive, del medico e degli enti sanitari (privati e pubblici), Giuffrè editore, Milano.

Sanna P.

1999 I mille volti della responsabilità medica: la responsabilità della casa di cura, in *RCP*, 689-701.

Scardillo G.

1994 In tema di responsabilità del medico e dell'ente ospedaliero, in *GM*, II, 40-47.

Sgobbo R.

1987 Materiali per lo studio della responsabilità medica, in *DG*, 817-848.

Sposato F.

1993 Alcune considerazioni in tema di responsabilità del medico e delle case di cura private, in *RGCT*, II, 954-965.

Tornesello D.

2005 Sull'inesistenza del diritto di non nascere se non sano, in [www.personaediritto.it](http://www.personaediritto.it).

Travaglia G.

1990 Profili di danno della nascita di un bambino cerebroleso per errore medico, in *RCP*, 1990, 632-644.

Visintini G., Gabella Pisu L.

1987 La responsabilità del medico, in *RCDP*, 159-174

1991 Responsabilità del professionista, in *Enciclopedia Giuridica Treconci*, Roma, XXVII.

Zeno Zencovich V.

1986 Responsabilità e risarcimento per mancata interruzione della gravidanza, in *FI*, 1986,1, 1985-2001.

1992 Questioni in tema di responsabilità per colpa professionale sanitaria, in *NGCC*, 361-376.

1994 La sorte del paziente: la responsabilità del medico per l'errore diagnostico, Cedam, Padova.

Ziviz P-, Bilotta F.

2004 Danno Esistenziale: forma e sostanza, *RCP*, [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it)