

Università degli studi di Sassari

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi

Indirizzo Giuridico

(XXIII CICLO)

Responsabilità professionale medica
Tutela del bene salute e della dignità umana

Coordinatore: Prof. Michele Comenale Pinto

Responsabile dell'indirizzo giuridico: Prof. Giovanni Maria Uda

Tutor: Prof. Andrea Nervi

Tesi Dottorato

Presentata dalla Dottoressa: Marianna Bulciolu

Anno accademico 2011/2012

“Ogni medico dovrebbe essere ricco di conoscenze, e non soltanto di quelle che sono contenute nei libri; i suoi pazienti dovrebbero essere i suoi libri. “

Paracelso

Indice

<i>Introduzione</i>	p. 5
----------------------------	------

Capitolo I

1) <i>Normativa sulla responsabilità professionale medica: con particolare riferimento alle fonti normative di natura civilistica</i>	p.7
2) <i>Responsabilità medica fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale</i>	p.10
3) <i>Obblighi professionali del medico</i>	p. 13
4) <i>Nesso causale</i>	p. 21
5) <i>Colpa professionale del medico</i>	p. 27
6) <i>Oneri probatori</i>	p. 34

Capitolo II

7) <i>La responsabilità civile nella struttura ospedaliera</i>	p. 37
8) <i>Definizione di ente ospedaliero</i>	p. 41
9) <i>attività e responsabilità dell'equipe</i>	p. 43

Capitolo III

10) <i>Tutela della salute e dignità umana</i>	p. 48
11) <i>Consenso informato</i>	p. 54

12)Requisiti di validità del consenso p. 58

*13)Responsabilità del medico in caso di
trattamento terapeutico effettuato senza valido
consenso del paziente* p. 64

Capitolo IV

14)Risarcimento danni p. 67

15)risarcimento del danno alla persona p. 69

16) Risarcimento del danno biologico p. 74

17)risarcimento del danno patrimoniale p. 82

18)risarcimento del danno non patrimoniale p. 86

*19)Risarcimento dei danni dopo la sentenza
delle Sezioni Unite della Suprema Corte
di Cassazione n. 26972/2008* p. 91

Conclusioni p.102

Bibliografia p.104

Introduzione

Con questo lavoro si è voluto trattare l'argomento della responsabilità professionale in campo medico , tenendo conto delle evoluzioni della società e di conseguenza delle varie tesi dottrinali e giuridiche . L'attività medica è oggi improntata al rigore scientifico , ma questo non impedisce al medico di compiere degli errori e alla struttura sanitaria di non essere idonea a curare al meglio il paziente.

Nella valutazione della professione medica è necessario trovare il giusto equilibrio fra tutela del paziente e la necessità di svolgere liberamente l'esercizio della propria professione.

Proprio in virtù della libertà individuale , infatti, il modo in cui viene svolta la professione medica acquista un rilievo enorme .

Si apre così un discorso importante , inerente il concetto di “responsabilità “,

e, di conseguenza, riguardante la modalità individuale che ogni professionista adotta per svolgere il proprio mestiere. Infatti la professione medica dipende strettamente dalla personalità che dalla pratica, dalla sua esperienza nell'arte medica, dalle sue capacità e , soprattutto dai valori di riferimento. Fra questi dovrebbe spiccare il” senso di responsabilità.”

Così nella prima parte del lavoro ci si è occupati dei principi generali della responsabilità medica .

Dopo un'analisi delle fonti normative e degli elementi costitutivi della responsabilità , si sono analizzati il nesso causale ,la colpa e gli obblighi del medico . Inoltre si è voluto specificare che cosa

oggi si intenda per ente ospedaliero ed il rapporto esistente fra questo, il medico ed il paziente . Relativamente all'attività medica si è affrontato anche il problema del lavoro dell'equipe medica, che oggi è se ben disciplinato e organizzato , indice di efficienza e favorisce il risultato

La seconda parte del lavoro è dedicata alla diritto alla salute e alla dignità umana , sempre in relazione alla professione medica. Si è voluto evidenziare l'evoluzione etica del medico , che prima era rappresentato come un “sacerdote della salute“ e , in tale ottica il paziente non poteva che rivestire un ruolo passivo e subire le scelte del medico.

Anche se oggi si è cercato di superare questa immagine sacrale del medico , comunque esiste sempre una “ soggezione “del paziente alla scelta della terapia discrezionalmente determinata dal medico.

Ormai la salute pubblica è diventata uno degli interessi principali degli stati.

Il medico nell' esercizio della sua professione dovrà tenere in debito conto il rischio della scelta adottata nel percorso diagnostico e terapeutico valutando costi e benefici del malato .

In questo ambito si è analizzato il consenso informato che consiste nel dare la giusta informazione sui trattamenti terapeutici e sugli interventi .

Alla fine si è affrontato il problema della risarcibilità dei danni subiti dal paziente , la loro natura ed evoluzione . A questo proposito vengono analizzate le innovazioni giurisprudenziali dopo la sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione n. 2697/2008 con le quali si è modificato il concetto di danno non

patrimoniale e la sua risarcibilità anche nella fattispecie di responsabilità per inadempimento contrattuale.

Capitolo I

1) Normativa sulla responsabilità professionale medica: con particolare riferimento alle fonti normative di natura civilistica.

L'art. 32 della Costituzione Italiana, nel sancire la tutela della salute come "diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività", considera tale diritto, uno tra i più importanti fra i diritti sociali.

La salute ,infatti, rappresenta non solo un diritto primario del singolo ,ma anche un interesse fondamentale di tutta la collettività. Questo principio deve essere sempre tenuto in considerazione, quando si tratta della responsabilità medica, poiché su queste basi è imperniato l' intero quadro normativo.

La responsabilità professionale del medico nasce generalmente da una prestazione inadeguata, che ha prodotto effetti negativi sulla salute del paziente.

Ciò può comportare per il sanitario , a seconda dei casi,un risarcimento del danno , una condanna per reato,o un semplice provvedimento disciplinare.

Queste differenze designano le diverse fonti normative .

Pertanto a seconda delle ipotesi la normativa interessata può essere: di natura civilistica, o attinente al diritto penale, o di natura

deontologica. Nell'ambito del diritto civile le fonti principali sono rappresentate dai seguenti articoli del codice civile : art. 1176 c.c. (diligenza nell'adempimento) .

Nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la *diligenza del buon padre di famiglia* .

Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di una attività professionale la diligenza deve valutarsi con *riguardo alla natura dell'attività umana esercitata*.

Art . 1218 c.c. (responsabilità del debitore) Il debitore che non esegue esattamente la prestazione è tenuto al risarcimento del danno , se non prova che l' inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante *da causa a lui non imputabile*.

Art. 2043 c.c. (risarcimento per fatto illecito) Qualunque fatto doloso colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto , obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.

Art. 2230 c.c. (prestazione d'opera intellettuale) il contratto che ha per oggetto una prestazione d'opera intellettuale è regolato dalle norme seguenti e, in quanto compatibili con queste e con la natura del rapporto , dalle disposizioni del capo precedente .Sono salve le disposizioni delle leggi speciali.

Art. 2236 c.c. (responsabilità del prestatore d'opera) se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave.

Dall'esame coordinato di tali norme si possono desumere i principi cardine che regolano la responsabilità del medico in ambito civile.

Per quanto concerne le fonti normative in ambito penale.

La responsabilità penale del medico sorge quando la violazione dei doveri professionali costituisce un reato previsto dal codice penale o sia punita dalle disposizioni contenute nel T.U.L.S. o in altre leggi quali le norme in materia di sostanze stupefacenti, di vivisezione o di interruzione volontaria di gravidanza.

Questa responsabilità può essere dolosa o colposa, commissiva od omissiva, può configurare reati comuni, come nel caso di lesione personale e di omicidio, oppure costituisce reati esclusivi e propri della professione, come la falsità ideologica o l'omissione di referto.

Bisogna rilevare che le principali norme di riferimento sono quelle relative al nesso di causalità e al concorso di più fattori causali. Si tratta principalmente degli art. 40 e 41 del codice penale che stabiliscono principi che generalmente vengono applicati anche nell'ambito dell'accertamento della responsabilità civile.

In base a tali principi, prima di poter affermare con certezza la sussistenza di una responsabilità, bisogna accertare l'esistenza non solo degli elementi soggettivi del dolo e della colpa, ma anche del nesso di causalità materiale tra fatto compiuto e l'evento dannoso.

L'art. 40 del codice penale è chiaro sul punto “: nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso da cui dipende l'esistenza del reato non è conseguenza della sua azione od omissione.”

Una volta accertata l'esistenza di questi tre elementi, dolo, colpa e nesso di causalità, il medico, nel caso in cui dalla propria condotta sia derivata la morte del paziente, potrà essere chiamato a rispondere del reato di omicidio (art. 575 c.p.), di omicidio

preterintenzionale (584 c.p.) , o di omicidio colposo (art. 589 c.p.) ; se invece dalla condotta è derivata al paziente una malattia nel corpo o nella mente potrà essere chiamato a rispondere di lesioni personali ai sensi dell'art. 582 c.p. o lesione personale colposa ai sensi dell'art. 590 c.p. [1]

Infine , per completare il quadro normativo, è necessario un breve cenno al codice deontologia medica (ultima stesura approvata il 3 ottobre 1998) che contiene un complesso di regole di autodisciplina alle quali gli iscritti all'ordine debbono adeguare la loro condotta professionale .

Se la violazione delle norme deontologiche comporta principalmente la comminazione di sanzioni disciplinari essa può avere anche, in certi casi ripercussioni nella valutazione della responsabilità in ambito civile e penale.

Tali norme infatti , contengono prescrizioni comportamentali la cui inosservanza può tradursi in una colpa professionale.

[1] Cataldi R., Matricardi C., Romanelli F., Vagnoni S., Zatti V.
 “La responsabilità professionale del medico”
 2006, Maggioli Editore

2) Responsabilità medica fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

In dottrina e in giurisprudenza si è in più occasioni dibattuto se la responsabilità professionale del medico fosse da ricondurre all'ambito della responsabilità contrattuale (che consegue all'inadempimento di un obbligazione preesistente) ovvero a quello della responsabilità extracontrattuale(la quale scaturisce, quando un soggetto cagiona ad altri un danno ingiusto senza esserne legato da

alcun rapporto contrattualistico). La distinzione assume notevole rilievo in quanto comporta l'applicazione di norme differenti con diretta ripercussione sulla risarcibilità o meno di determinate fattispecie.

Le principali differenze del tipo di inquadramento in esame attengono all'onere della prova, al regime prescrizione, alla determinazione del danno risarcibile.

L'onere della prova.

La responsabilità civile del medico ricorre quando siano lesi la vita o l'integrità psico-fisica di un soggetto. Nell'affrontare la materia della responsabilità medica, occorre anzitutto chiedersi se essa debba essere inquadrata nell'ambito della responsabilità aquiliana o in quella contrattuale. L'interrogativo, di cui a lungo si sono occupate sia la dottrina che la giurisprudenza, non pone una questione solo teorica. Tutt'altro. Le conseguenze della scelta per l'uno o l'altro degli inquadramenti si riverberano direttamente nel diverso concreto atteggiarsi – ad esempio- della disciplina per il danneggiato dell'onere della prova circa la colpa professionale, ma anche in relazione al diverso termine di prescrizione dell'azione contrattuale ed extracontrattuale, che è decennale nel primo caso e quinquennale nel secondo.

Il danneggiato può agire per ottenere l'integrale risarcimento dei danni sia nei confronti della parte, pubblica o privata, con la quale ha instaurato il rapporto giuridico sia nei confronti del medico - dipendente o convenzionato - che materialmente abbia determinato l'evento dannoso.

L'obbligazione del medico ad una determinata prestazione può derivare da un contratto d'opera intellettuale, da un contratto di lavoro subordinato oppure, ancora, può avere origine non contrattuale (situazione di urgenza; incarico conferito da una P.A. per pubblico interesse; rapporto in favore di un terzo beneficiario, come nel caso dei familiari che affidino la cura del proprio congiunto incapace di intendere e di volere alla cura di un medico di fiducia). In quest'ultima ipotesi rileva, anche ai fini del risarcimento, la lesione del diritto (assoluto e protetto costituzionalmente all'art. 32) al bene salute.

La violazione del diritto di credito dà luogo alla responsabilità contrattuale, la violazione del diritto assoluto da origine alla responsabilità extracontrattuale.

Chi ha subito un danno a causa di una condotta illecita del medico chirurgo, può agire per il risarcimento del danno, sia contrattuale sia extracontrattuale; la scelta di quale delle due azioni esercitare, quando concorrano entrambi i presupposti, è rimessa alla valutazione discrezionale.

In questa materia, anche se vi è un preesistente rapporto giuridico con il medico - per cui sia configurabile una prospettiva in termini di responsabilità contrattuale - sarà di regola compresente anche la responsabilità extracontrattuale, in quanto i diritti che possono essere pregiudicati sono quelli primari ed assoluti dell'individuo (vita ed integrità psicofisica) al rispetto dei quali chiunque è tenuto. Si cumulano, in tale sede, l'obbligazione giuridica assunta con il contratto e l'obbligazione generale che si ispira al principio del *neminem laedere*.

La differenza pratica tra le due forme di responsabilità è notevole e si riflette – oltre che sui termini della prescrizione - sull'onere della prova.

In materia extracontrattuale, la regola è che l'attore abbia l'onere di provare il fatto illecito.

Vale a dire, non solo l'evento dannoso ma anche la colpevolezza (dolo o colpa) nella condotta dell'autore del danno ed il relativo nesso causale.

Nella responsabilità contrattuale, invece, all'attore è sufficiente provare il preesistente rapporto giuridico da cui deriva il suo diritto di credito ed è sul debitore convenuto in giudizio che ricade l'onere della prova di dimostrare se vuole andare esente da responsabilità che l'inadempimento dell'obbligazione sia dovuto a causa a lui non imputabile (1218 c.c.): vi è un'inversione dell'onere della prova.

Come in precedenza evidenziato, la particolare natura della materia consente di cumulare le due azioni ponendo il paziente danneggiato in una condizione di sicuro vantaggio.

3) *Obblighi professionali del medico*

L'attività medica pur non essendo soggetta a rigide regole operative, essa discende comunque da un patrimonio di conoscenze elaborato dalla comunità scientifica. rientra nell'esercizio della professione intellettuale, disciplinato nel codice civile dagli articoli 2229 – 2238 ;che interessano le professioni intellettuali.

In base al combinato disposto di cui all'art. 1176 c.c., comma 2, e art. 2236 c.c. la diligenza richiesta al medico, in relazione ad un corretto adempimento, non è quella ordinaria, del buon padre di

famiglia bensì quella ordinaria del “buon professionista” e cioè la diligenza normalmente adeguata in relazione al tipo di attività e alle relative modalità di esecuzione.

Nell'adempimento dell'obbligazione professionale va infatti osservata la diligenza qualificata ai sensi dell'art. 1176 c.c., comma 2, uniformando il proprio modello di condotta attraverso un adeguato sforzo tecnico, con impiego delle energie e dei mezzi normalmente ed obiettivamente necessari od utili, in relazione alla natura dell'attività esercitata, volto all'adempimento della prestazione dovuta ed al soddisfacimento dell'interesse creditorio, nonchè ad evitare possibili eventi dannosi.

L'obbligo in questione si concretizza , quindi, nel rispetto delle regole di buona pratica sanitaria, nell'esercizio di qualsiasi attività essenziale per la realizzazione del risultato e nell'aggiornamento continuo , indispensabile per garantire al paziente un trattamento sicuro.

“ Nell'adempimento delle sue obbligazioni , il medico ,a qualunque titolo intervenga e sotto qualsiasi il profilo venga in considerazione la sua condotta , è dunque tenuto a compiere tutte quelle attività che vengono considerate idonee al raggiungimento del fine perseguito, costituito dalla salute del paziente, e al rispetto della sua volontà costituzionalmente garantita.”[2]

Perciò la diligenza richiesta al medico è quella del debitore qualificato,delle volte ,si potrebbe definire doppiamente qualificato ,a seconda della specializzazione esercitata . Infatti se il medico ha più specializzazioni, maggiore è il suo bagaglio culturale e lo specifico settore di competenza in cui rientra

l'attività esercitata richiede quindi la specifica conoscenza ed applicazione delle cognizioni tecniche che sono tipiche dell'attività necessaria per l'esecuzione dell'attività professionale.[3]

In ordine alla limitazione di responsabilità professionale del medico essa afferisce normalmente ai casi di dolo o colpa grave ex art. 2236 c.c. applicandosi nelle sole ipotesi che presentano problemi tecnici di particolare difficoltà; in ogni caso si rivolgono esclusivamente all'imperizia e non anche all'imprudenza e alla negligenza.

La stessa Cassazione Civile ha statuito che :” *..la limitazione della responsabilità professionale del medico, ai soli casi di dolo o colpa grave a norma dell’art. 2236 c.c. ,si applica nelle sole ipotesi che presentino problemi tecnici di particolare difficoltà (perché trascendono la prestazione media o perché non sono stati ancora studiati a sufficienza, ovvero dibattuti con riguardo a metodi da adottare), e imperizia; non all’imprudenza o alla negligenza , con la conseguenza che risponde per colpa lieve il professionista che, nell’esecuzione di un intervento o di una terapia medica , provochi, un danno per omissione di diligenza ed inadeguata preparazione; la sussistenza della negligenza va valutata in relazione alla specifica diligenza richiesta al debitore qualificato dall’art. 1176,comma 2 del codice civile ,ed il relativo accertamento compete al giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivato..”[4]*

Le obbligazioni professionali sono dunque caratterizzate dalla prestazione di attività particolarmente qualificata da parte di

soggetto dotato di specifica abilità tecnica, in cui il paziente fa affidamento nel decidere di sottoporsi all'intervento chirurgico, al fine del raggiungimento del risultato perseguito o sperato.

Tale affidamento risulta tanto più accentuato, in vista dell'esito positivo nel caso concreto conseguibile, quanto maggiore è la specializzazione del professionista e la preparazione organizzativa e tecnica della struttura sanitaria presso la quale l'attività medica viene dal primo espletata.

Ne deriva che la condotta del medico specialista va esaminata non già con minore ma semmai al contrario con maggior rigore ai fini della responsabilità professionale, dovendo aversi riguardo alla peculiare specializzazione e alla necessità di adeguare la condotta alla natura e al livello di pericolosità della prestazione implicante scrupolosa attenzione e adeguata preparazione professionale.

Considerato che la diligenza si manifesta nella cura, nella cautela, nella perizia (cioè con impiego delle abilità e delle appropriate nozioni tecniche peculiari dell'attività esercitata, con l'uso degli strumenti normalmente adeguati) e nella legalità, al professionista (ancora di più allo specialista) è richiesta una diligenza particolarmente qualificata dalla perizia e dall'impiego di strumenti tecnici adeguati al tipo di attività da espletarsi.

E' lo standard professionale della categoria che determina il contenuto della perizia dovuta.

Il medico quindi e' di regola tenuto ad una normale perizia, commisurata al modello del buon professionista (secondo cioè una misura obiettiva che prescinde dalle concrete capacità del soggetto, sicché deve escludersi che il debitore privo delle

necessarie cognizioni tecniche sia esentato dall'adempiere l'obbligazione con la perizia adeguata alla natura dell'attività esercitata), mentre una diversa misura di perizia è dovuta in

relazione alla particolare qualifica professionale, per il riferimento alla necessità di adeguare la valutazione alla stregua del dovere di diligenza particolarmente qualificato, inerente lo svolgimento dell'attività del professionista, in relazione ai diversi gradi di specializzazione propri dello specifico settore professionale.

Potremmo dedurre che a diversi gradi di specializzazione corrispondono diversi gradi di perizia, tanto da individuare una diligenza professionale generica e una diligenza professionale variamente qualificata.

Chi assume un'obbligazione nella qualità di specialista o una obbligazione che presuppone una tale qualità, è tenuto alla perizia che è normale della categoria.

Lo sforzo tecnico implica anche l'uso degli strumenti materiali normalmente adeguati, ossia l'uso degli strumenti comunemente impiegati nel tipo di attività professionale in cui rientra la prestazione dovuta.

La misura della diligenza richiesta nelle obbligazioni professionali va quindi concretamente accertata sotto il profilo della responsabilità.

Il normale esito della prestazione dipende allora da una pluralità di fattori, quali il tipo di patologia, le condizioni generali del paziente, l'attuale stato della tecnica e delle conoscenze scientifiche, l'organizzazione dei mezzi adeguati per il

raggiungimento degli obiettivi in condizioni di normalità.

Normalità che risponde dunque ad un giudizio relazionale di valore, in ragione delle circostanze del caso.

La difficoltà dell'intervento e la diligenza del professionista vanno valutate in concreto, rapportandole al livello di specializzazione del professionista e alle strutture tecniche a sua disposizione.

Ne consegue che il medico deve sempre valutare con prudenza i limiti della propria adeguatezza professionale, eventualmente consultando anche uno specialista, avendo cura, nel contempo, di adottare tutte le misure volte ad ovviare alle carenze strutturali ed organizzative, agli incidenti sugli accertamenti diagnostici e sui risultati dell'intervento, informando e consigliando eventualmente al paziente, ove le condizioni lo richiedono, anche il ricovero in una struttura più idonea.

Altro problema da affrontare è se l'obbligazione che il professionista assume, sia nell'obbligazione di mezzi o di risultato.

Secondo una distinzione tradizionale e ancora seguita in dottrina, non senza dissensi, e in giurisprudenza, la prestazione del medico, salve eccezioni, che si vedranno in seguito, appartiene, essendone anzi uno dei più rilevanti esempi, alla categoria delle obbligazioni c.d. "di mezzi", per distinguerle 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.

L'obbligazione di mezzi “ richiede al debitore soltanto la diligente osservanza del comportamento pattuito , indipendentemente dalla sua fruttuosità rispetto allo scopo perseguito dal creditore.”

Nel caso del medico egli non si obbliga con il paziente alla sua guarigione , bensì ad un comportamento , professionalmente adeguato, espressione della diligenza che lo standard medio di riferimento richiede .

Pertanto il medico , quale fornitore della prestazione ,non sarebbe tenuto a far conseguire al paziente il risultato sperato, consistente nella guarigione.

Mentre nelle cosiddette *obbligazioni di risultato*, si richiede , che “ il soddisfacimento effettivo dell’interesse di una parte sia assunto come contenuto essenziale ed irriducibile della prestazione “ in modo tale che l’obbligazione si considera adempiuta” solo quando si sia realizzato l’evento previsto come conseguenza dell’attività esplicata dal debitore , nell’identità di previsione negoziale e nella completezza quantitativa e qualitativa degli effetti previsti,e, per converso , non può ritenersi adempiuta se l’attività dell’obbligazione , quantunque diligente non sia valsa a far raggiungere il risultato previsto”.[5]

Nel caso del medico egli non si obbliga alla guarigione del paziente, ma ad un comportamento professionalmente adeguato, rivolto alla guarigione o, più in generale , al miglioramento delle sue condizioni di salute.

Se questo risultato non si ottiene , il medico non sarà per questo responsabile del suo mancato conseguimento ; sarà il paziente a

dover provare che la prestazione eseguita non era sufficiente al suo miglioramento e quindi provare la colpa del medico.

Questa classificazione appare ormai superata .

Infatti la responsabilità contrattuale del medico è giustificata, anche dal contatto sociale che intercorre con il paziente; nel contatto sociale è, infatti, da ravvisarsi la fonte di un rapporto che quanto al contenuto non ha ad oggetto la “protezione” del paziente bensì una prestazione che si modella su quella del contratto d’opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all’esercizio della propria attività nell’ambito dell’ente con il quale il paziente ha stipulato il contratto, ad essa ricollegando obblighi di comportamento di varia natura, va superata la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, perché priva di argomenti sostanziali.

L’onere probatorio va ripartito nel senso che il paziente deve provare la sussistenza ed il contenuto del contratto, mentre il medico (a *fortiori* nel caso di intervento semplice o routinario), se non è stato raggiunto il risultato conseguibile, deve dare la prova del verificarsi di un evento imprevedibile e non superabile con l’adeguata diligenza.[6]

[2]Bilancetti M. *La responsabilità penale e civile del medico*, Cedam 2003.

[3] Cassazione Civile , sezione III, 13 aprile 2007

[4]Cassazione civile , sez. III , 10 maggio 2000, n. 5945

[5]sull’obbligazione di mezzi e di risultato, accolta in Italia all’esito dell’elaborazione maturata in Francia , MENGONI L. , *Obbligazioni “di risultato “e obbligazioni di “mezzi”* , in *Rivista di Diritto Commerciale* I,185,1954.

[6]Altalex Massimario

4) *Nesso Causale*

Il nesso causale è l'elemento fondamentale per accertare la Responsabilità Professionale del Medico.

Affinché si possa parlare di Responsabilità Medica, bisogna provare il nesso causale e cioè bisogna dimostrare che quelle lesioni o quella morte sono causa dell'errore del medico o meglio della sua attività medica.

Le azioni umane possono causare delle conseguenze rilevanti dal punto di vista giuridico , ma prima di poter valutare tali conseguenze dal punto di vista legale è necessario accertare con rigore scientifico se esista o meno un collegamento tra ciò che è frutto di una nostra libera scelta e ciò che da questa si determina. [7] Ai fini della corretta determinazione del rapporto di causalità, trovano applicazione, anche in sede civilistica, i principi espressi nelle norme penali di cui agli artt. 40 e 41 cod. pen., in conformità con quanto affermato dalla giurisprudenza della Cassazione [8].

Il primo regola il rapporto di causalità e stabilisce che:”*nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato se l’evento dannoso o pericoloso(..) non è conseguenza della sua azione od omissione* “.

Il secondo introduce , invece, il principio delle concause in base al quale “*le concause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l’evento*”.

Dal combinato disposto di queste due norme , emerge che , da un lato che l’azione del soggetto deve porsi come condizione

necessaria dell'evento ; dall'altro che se le cause sopravvenute , da sole hanno provocato l'evento , si esclude il rapporto di causalità.

In questi casi l'accertamento del nesso di causalità è molto arduo in quanto si possono verificare causalità indirette e cioè concause che non sono riconducibili immediatamente all'azione o alla omissione del medico.

Basti pensare per esempio ad un intervento sbagliato che causa la morte a distanza di tanti mesi.

Infatti può accadere che un malato operato da un medico abbia delle complicanze che causano dapprima gravi lesioni e poi la morte. Può accadere che il paziente muoia in conseguenza di una patologia diversa da quella per la quale era stato operato.

Il nodo che il disposto normativo lascia irrisolto, e sul quale dottrina e giurisprudenza hanno prodotto gli sforzi interpretativi più consistenti, è quello dell'esatta configurazione del rapporto tra evento dannoso e l'azione od omissione.

In merito sono state formulate varie teorie .

Tra queste quella in prevalenza più seguita è la teoria della *condicio sine qua non*, in base alla quale , sono <<causa>> dell'evento gli antecedenti senza il verificarsi dei quali l'evento non si sarebbe prodotto, individuati sulla scorta del processo della c.d. eliminazione mentale secondo il quale la condotta è *condicio sine qua non* dell'evento “se non può essere mentalmente eliminata senza che l'evento stesso venga meno.”

Teoria che postula al ricorso di un giudizio , così detto, contrafattuale (il quale ipotizza ciò che sarebbe o non sarebbe

accaduto se si fossero o non si fossero verificate determinate condizioni).

In ogni caso ciò che è rilevante ai fini dell'accertamento della responsabilità è che sussista una condotta umana colpevole e che a tale condotta sia imputabile l'evento.

Per quanto riguarda il nesso di causalità, le Sezioni Unite hanno suggerito al Giudice, di non tenere in considerazione solo la legge statistica che la condotta omessa avrebbe portato ad un risultato positivo, ma di ispirarsi al criterio della probabilità logica, che tiene bensì “in considerazione il dato statistico, ma anche tutte le particolarità del caso specifico”.

La Suprema Corte ha statuito che: “ *nel cosiddetto sottosistema civilistico, il nesso di causalità (materiale), la cui valutazione in sede civile è diversa da quella penale (ove vale il criterio dell'elevato grado di credibilità razionale che è prossimo alla “certezza”), consiste anche nella relazione probabilistica concreta tra comportamento ed evento dannoso, secondo il criterio (ispirato alla regola della normalità causale) che “più probabile che non”; esso si distingue dall'indagine diretta all'individuazione delle singole conseguenze dannose finalizzata a delimitare, a valle, i confini da ogni valutazione di prevedibilità o previsione da parte dell'autore, la quale va compiuta soltanto in una fase successiva ai fini dell'accertamento dell'elemento soggettivo (colpevolezza).*”[9]

Ancora la Cassazione in una recente sentenza, ha ribadito che “ *il nesso causale in ambito civilistico, consiste anche nella relazione probabilistica concreta tra comportamento ed evento dannoso,*

secondo il criterio ispirato alla regola della normalità causale, del "PIU' PROBABILE CHE NON"[10],

Perché l'evento però sia attribuibile al professionista sulla base di una legge probabilistica è necessario dimostrare in modo logico che senza quel comportamento del professionista , con alto grado di probabilità, l'evento non si sarebbe verificato.

In una recente sentenza la Suprema Corte ha ribadito che :

“

considerare causato da un altro, se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, nonché dal criterio della cosiddetta causalità adeguata, sulla base del quale, all'interno della serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiano - ad una valutazione "ex ante" - del tutto inverosimili, ferma restando, peraltro, la diversità del regime probatorio applicabile, in ragione dei differenti valori sott

probabile che non", mentre nel processo penale vige la regola della prova , "oltre il ragionevole dubbio

ritenere, in assenza di altri fattori alternativi, che tale omissione sia stata causa dell'evento lesivo e che, per converso, la condotta doverosa, se fosse stata tenuta, avrebbe impedito il verificarsi dell'evento stesso. [11]

Infine , particolare riguardo è necessario al nesso di causalità nella colpa medica configurata con riferimento a comportamenti di tipo omissivo .

In questo caso la "causalità omissiva" è retta da criteri riconducibili alla "causalità commissiva", ma sarà necessario, "dimostrare che la condotta omessa, ove attuata, sarebbe stata in grado di impedire l'evento con un grado di probabilità vicino alla certezza".

La giurisprudenza è unanime nel ritenere che è configurabile il nesso causale fra il comportamento omissivo del medico ed il pregiudizio subito dal paziente qualora, attraverso un criterio necessariamente probabilistico si ritenga che l'opera del medico, se correttamente e puntualmente prestata, avrebbe avuto serie ed apprezzabili probabilità di evitare il danno verificatosi. [12]

Il criterio probabilistico nella valutazione del nesso di causalità, secondo alcuni autori, potrebbe portare ad una confusione tra il dovere del medico di intervenire per salvare il malato, con l'individuazione del nesso di causalità.

Si intende con ciò affermare che se da un lato il dovere del medico d'intervenire per salvare il malato sussiste anche quando le probabilità di guarigione sono minime, altra dovrebbe essere la valutazione in termini probabilistici ove si volgesse l'attenzione alla ricorribilità del nesso di causalità tra la condotta del medico e l'evento dannoso.

La necessità di configurare e adeguare la teoria *della condicio sine qua non*, pur integrata dalle valutazioni in termini di probabilità, si

pone sul piano anche dell'individuazione e valutazione -in senso negativo- di fattori eccezionali che turbino il processo di causalità che si dice adeguata, volendo in tal modo significare l'esigenza che non siano imputati all'azione od omissione del sanitario quegli eventi dannosi che non rientrano nel normale sviluppo etiopatogenetico, in quanto <<anormali e atipici>> ovvero eccezionali, giacché posti al di fuori del processo causale anzidetto.

In definitiva ogni evento che si può far risalire ad ogni azione o omissione di un soggetto, determina l'accertamento della sua responsabilità ed anche in casi di causalità indiretta il soggetto risponderà di quell'evento anche se esso non è direttamente e temporalmente ricollegato alla sua azione o omissione. [13]

[7] A. E. S. BALDASSARRI, *La responsabilità civile del professionista*, Coll.: il diritto privato oggi, Milano, 1993 , 653 e segg.

[8] Cass. civ. sez. III, 15 gennaio 1996, n. 268: <<Nel caso che l'evento dannoso si ricolleghi a più azioni o omissioni, il problema del concorso delle cause trova soluzione nell'art. 41 c.p., secondo cui, in presenza di una pluralità di fatti imputabili a più persone, a tutti deve riconoscersi nell'efficacia causativa ove abbiano determinato una situazione tale che senza di essi l'evento, sebbene prodotto dal fatto avvenuto per ultimo, non si sarebbe verificato. Qualora, invece, la causa sopravvenuta sia stata da sola sufficiente a determinare l'evento, questa può assurgere a causa efficiente esclusiva, in quanto, inserendosi nella successione dei fatti, toglie ogni legame tra le cause remote e l'evento. (Nella specie, sei uomini spingevano, di notte, lungo il ciglio della strada, una betoniera; sopraggiungeva un motociclo che, benché il trasporto fosse segnalato mediante una lampada bianca, andava a scontrare contro la betoniera; questa perdeva equilibrio e schiacciava uno degli uomini che la trasportava, causandone la morte. La S.C., in applicazione dell'enunciato principio, ha confermato la sentenza del merito, la quale aveva escluso che l'instabilità propria della betoniera potesse costituire una causa

sopravvenuta di per sé idonea a determinare l'evento e ad interrompere il nesso di causalità con l'investimento ad opera del motociclista, attribuendo, pertanto la responsabilità del fatto, per il 40%, a quest'ultimo e, per il 60%, alla vittima ed ai suoi compagni).>> Vianello c. Busetto e altro, in Giust. civ. Mass., 1996, 48; in Danno e resp., 1996, 521.

[9] Cass. civ. sez. III 16/10/2007 n. 21618. (Nella fattispecie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva ravvisato il nesso causale tra comportamento omissivo del sanitario che aveva RITARDATO ad inviare la paziente presso un centro di medicina iperbarica e l'aggravamento delle lesioni subite dal paziente, che probabilmente avrebbe potuto essere evitato).

[10] Cass. civ. sez. III 16/01/2009 n. 975).

[11] Cassazione civile, sez. III, 08 luglio 2010 n. 16123

[12] Cass. civ. sez. III 17 gennaio 2008 n. 867.

[13] M. BILANCETTI, La responsabilità penale e civile del medico, II ediz., Padova, 1996, 51 e segg.

5) Colpa professionale del medico

Nell'accertamento della colpa professionale del medico, tradizionalmente, si sono contrapposti due indirizzi, uno che si potrebbe definire di protezione "speciale" del professionista, in cui l'errore del medico era ritenuto rilevante solo in casi marginali, l'altro eccessivamente rigoroso che ravvisava la colpa del sanitario, in tutti quei casi in cui ci fosse un esito infausto.

Gli elementi soggettivi della responsabilità medica sono il dolo e la colpa (lieve o grave).

In ambito civile sarà difficile ravvisare il dolo del medico, perché ciò significherebbe che nella condotta del medico, si dovrebbe ravvisare la volontà, da parte sua di procurare un danno al paziente

e ciò comporterebbe che il professionista ha trasgredito volontariamente e coscientemente, in modo tale da presupporre, per l'appunto, un dolo.

Questo tipo di ipotesi sono più probabili in ambito penale (es. : omissione di referto o di rapporto (art. 365 c.p.), interruzione illecita della gravidanza (art. 18 e 19 , legge 22 maggio 1978, n. 194), rivelazione del segreto professionale (art. 622 c.p.) o d'ufficio (art. 326 c.p.), falsità in atti (art. 476-493 c.p.), comparaggio (art. 170 T.U.L.S.), commercio di campioni medicinali (art. 173 T.U.L.S.), prescrizione illecita di sostanze stupefacenti (art. 43 legge 22 dicembre 1975, n. 685), omissione di denuncia obbligatoria, uso illegittimo del cadavere (art. 413 c.p.) ed infine i reati di sequestro di persona, violenza privata, ispezione corporale arbitraria e incapacità mentale procurata mediante violenza che possono configurarsi anche in seguito a trattamenti medico-chirurgo-anestesiologici senza il consenso del paziente.)

Mentre in ambito civile troviamo maggiori riferimenti al nesso psicologico della colpa.

La responsabilità colposa si configura quando il medico , per negligenza , imprudenza, imperizia, ovvero per inosservanza di leggi o regolamenti ,ordini o discipline , cagiona, senza volerlo,la morte o la lesione personale del paziente.

La negligenza si ha quando il sanitario, per disattenzione , dimenticanza , trascuratezza, svogliatezza, leggerezza, superficialità o altro, trascuri quelle regole richieste nell'esercizio della professione e osservate dalla generalità dei medici.

La condotta negligente è la meno scusabile e la responsabilità può derivare anche da una colpa lieve perché il dovere di diligenza e di sollecitudine non può venir meno in nessuna prestazione professionale , evitando quelle distrazioni , insufficienze o mancanze che possono costituire la causa del danno al paziente.

Oggi si afferma che il compito della tutela della salute impone al medico la massima diligenza e completezza dei suoi interventi diagnostici e curativi.

L'imprudenza se il medico agisce con avventatezza, eccessiva precipitazione o ingiustificata fretta, senza adottare quelle cautele consigliate dalla ordinaria prudenza o dall'osservanza di precauzioni doverose .

La prudenza presuppone che il medico o chiunque eserciti la professione sanitaria , conosca bene la regola dell'arte, sappia scegliere il modo più opportuno e tempestivo per attuare il proprio intervento e abbia a prevedere quali possano essere le conseguenze del suo operato.

Resta nei limiti della prudenza il medico che , pur usando mezzi diagnostici o curativi rischiosi, valuta correttamente il pericolo e cerca di evitare gli effetti collaterali di una terapia o le complicanze di un trattamento chirurgico, mentre cade nell'imprudenza se egli si comporta in modo avventato o temerario.

La imperizia ha un profilo strettamente tecnico e deriva dalla mancanza di nozioni scientifiche e pratiche o da una insufficiente esperienza professionale. La perizia del medico o di altro sanitario , consiste nel sapere e nel saper fare ciò che richiede il proprio campo di attività .

Si considera imperito colui che non sa o non sa fare quello che ogni altro collega di pari livello professionale avrebbe correttamente eseguito nello stesso caso clinico.

La responsabilità da imperizia richiede una valutazione più aderente alla specie in esame e chi giudica deve tenere conto delle difficoltà tecniche incontrate nella soluzione del singolo caso.

Inoltre la colpa può essere *specificata* o *generica*.

La colpa *specificata* si verifica in caso di trasgressione di norme giuridiche , dettate da leggi o da regolamenti che disciplinano determinati campi dell'attività sanitaria, come può accadere nel caso di incidenti trasfusionali provocati contravvenendo alle disposizioni in materia di raccolta , conservazione e distribuzione del sangue umano , qualora il danno al paziente derivi dalla difettosa conservazione del sangue, da errori di tipizzazione e così via.

La colpa *generica* esiste in tutti i casi , in cui l'opera del sanitario sia stata viziata da un comportamento negligente, imprudente, o imperito.

Pertanto la colpa è lieve , quando c'è negligenza , per una preparazione non coerente al caso concreto e causante il danno nell'esecuzione dell'intervento operatorio o nell'ambito della terapia medica.

La Cassazione afferma che *“il medico risponde anche per colpa lieve , ai sensi dell'art.1176 c.c. , ove di fronte ad un caso ordinario non abbia osservato , per inadeguatezza o incompletezza nella 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 , costituiscono il corredo del professionista che si dedichi ad un determinato settore della medicina.[14]

Per valutare se il professionista ha seguito le regole di comune conoscenza , si fa riferimento ai protocolli adottati per quello specifico intervento o trattamento terapeutico.

La colpa è valutata diversamente , nel caso in cui la prestazione professionale richiesta comporti la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà ,in questo caso la responsabilità del medico risulta attenuata e ristretta ai sensi dell'art. 2236 c.c. , alle ipotesi in cui il prestatore abbia agito con dolo o colpa grave.

In questo senso va innanzi tutto precisato che l'art.2236 c.c. , in base al quale , nei casi di prestazioni che implicino la soluzione di problemi tecnici , di particolare difficoltà , la responsabilità del medico è limitata ai soli casi di dolo e colpa grave, non trova applicazione per i danni ricollegabili a negligenza o imprudenza , dei quali il professionista risponde anche solo per colpa lieve.[15]

Si è ritenuto che , così il medico fosse responsabile dei danni conseguenti alla violazione , per negligenza del dovere di informazione del paziente sui possibili esiti negativi dell'intervento chirurgico , al quale il medico è in ogni caso tenuto.

L'imprudenza e imperizia si hanno , in sostanza , quando il professionista abbia intrapreso un lavoro impegnativo e rischioso “pur sapendo ,o dovendo sapere , di non disporre di una adeguata preparazione scientifica e capacità tecnica.”[16]

L'art. 2236 c.c. si caratterizza sempre più come norma di limitazione della responsabilità non estensibile alla imprudenza o negligenza, e circoscritta alla sola imperizia .

Sul versante giurisprudenziale, si giunge, lungo questo sentiero interpretativo, all'affermazione del principio secondo cui l'attenuazione di responsabilità ex art. 2236 c.c. non si applichi a tutti gli atti del medico, ma solo ai casi di particolare complessità o perché non ancora sperimentati o studiati a sufficienza, o perché non ancora dibattuti con riferimento ai metodi terapeutici da seguire. [17]

Nel giudizio di colpa si deve tener conto, da un lato del diritto del paziente ad agire nei confronti di chi lo ha curato male e ha attentato o ha danneggiato il bene della sua salute, e dall'altro del medico di agire professionalmente con la serenità necessaria nella pratica medica di per sé pericolosa e che richiede iniziative decise e precise anche se potenzialmente rischiose. L'art. 2236 c.c. assolve a tale funzione stabilendo che per problemi tecnici di speciale difficoltà è necessario il riscontro di una colpa grave nell'agente.

Anche qui si pone il problema di delimitazioni alquanto sfuggenti a generalizzazioni teoriche.

Secondo l'esperienza, nelle prestazioni medico-chirurgiche di routine, l'applicazione delle regole tecniche in modo diligente, assicura, nella totalità dei casi, il raggiungimento del risultato sperato: il mancato raggiungimento fa presumere negligenza ed imperizia del sanitario.

Questa è un presunzione giurisprudenziale e non di certo legale o contrattuale, che ha portato, quindi, ad affermare che nelle prestazioni di routine, il risultato utile che il creditore ha diritto di attendersi, e che è l'oggetto dell'obbligazione, non è più l'impegno conforme alle regole dell'arte del medico.

[14] Cassazione civile, sezione III, 22 febbraio 1988 n. 1847

[15] A. Vigotti (*responsabilità del professionista c. Petix e altro*, in *Giust. civ.*, 1995, I, 767; in *Resp. civ. e prev.*, 1994, 1029, nota)

[16] Cfr. Cass. civ. sez. III, 1 agosto 1996, n. 6937: <<La disposizione di cui all'art. 2236 c.c. -che, nei casi di prestazioni implicanti la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, limita la responsabilità del professionista ai soli casi di dolo o colpa grave - non trova applicazione ai danni ricollegabili a negligenza ed imprudenza, essendo essa circoscritta, nei limiti considerati, ai casi di imperizia ricollegabili alla particolare difficoltà di problemi tecnici che l'attività professionale, in concreto, renda necessario affrontare. (Nella specie, e' stata esclusa l'applicabilità della menzionata disposizione in relazione al comportamento di un avvocato che, pur avendo ricevuto dal proprio assistito un foglio in bianco contenente una procura, aveva ommesso di impugnare il licenziamento subito dall'assistito stesso, cagionandogli, così, danni risarcibili).>> Nappi c. Saunie, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 1091.

E ancora cfr. Cass. civ. sez. III, 8 luglio 1994, n. 6464: <<La disposizione dell'art. 2236 c.c. che, nei casi di prestazioni che implicano la soluzione di problemi tecnici particolarmente difficili, limita la responsabilità del professionista ai soli casi di dolo o colpa grave, non trova applicazione per i danni ricollegabili a negligenza o imprudenza, dei quali il professionista, conseguentemente, risponde anche solo per colpa lieve.>> Usl n. 21 Padova c. Petix e altro, in *Giust. civ.*, 1995, I, 767; in *Resp. civ. e prev.*, 1994, 1029, nota (GORGONI).

[17] Cass. civ., Sez. III, 19 aprile 2006, n. 9085
 “La limitazione della responsabilità professionale del medico ai soli casi di dolo o colpa grave a norma dell'art. 2236 cod. civ. si applica nelle sole ipotesi che presentino problemi tecnici di particolare difficoltà e, in ogni caso, tale limitazione di responsabilità attiene esclusivamente all'imperizia, non all'imprudenza e alla

negligenza, con la conseguenza che risponde anche per colpa lieve il professionista che, nell'esecuzione di un intervento o di una terapia medica, provochi un danno per omissione di diligenza. (Nella specie, relativa alla paraplegia conseguita in danno di un paziente sottoposto a intervento di lombosciatalgia-emilaminectomia, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ricondotto alla ipotesi di negligenza un errore diagnostico, l'omesso ricorso ad indagini strumentali e la gestione dei tempi dell'emergenza medico-chirurgica)."

6) Oneri probatori

Il principio dell'onere della prova stabilisce che:” chi agisce in giudizio per far valere un proprio diritto deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento; chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto , deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda” (art. 2697 c.c.).

Pertanto , i criteri funzionali dell'accertamento della colpa medica , ricordando che siamo nell'ambito della di responsabilità contrattuale, [18], risultando essere in astratto quelli : a) della natura facile o non facile , dell'intervento medico ;b) del peggioramento o meno delle condizioni del paziente ; c) della valutazione del grado di colpa di volta in volta richiesto : lieve , nonché presunta, in presenza di operazioni routinarie ; grave sia pur sotto il profilo della sola imperizia (Corte cost. 166/1973) , se relativa ad interventi che trascendono la ordinaria preparazione medica ovvero non risultino sufficientemente studiati o sperimentati , salvo l'ulteriore limite della particolare diligenza e dell'elevato tasso di preparazione richiesti in tal caso dal professionista ;d) del corretto adempimento tanto dell'onere di informazione – con conseguente consenso del paziente -, quanto dei successivi obblighi “di protezione “ del

paziente stesso attraverso il successivo controllo degli effetti dell'intervento. [19]

Secondo la Cassazione , quindi , la responsabilità del prestatore d'opera intellettuale nei confronti del proprio cliente per negligente svolgimento dell'attività professionale impone a quest'ultimo la prova del danno e del nesso di causalità tra la condotta del professionista da seguire ed il danno del quale è richiesto il risarcimento . [20]

Più specificatamente : sul paziente incombe l'onere di dimostrare una serie di elementi , quali la difettosa o inadeguata prestazione professionale , sia nella fase diagnostica che in quella prognostica e terapeutica , l'esistenza danno lamentato nonché il rapporto causale tra l'evento lesivo e la condotta del medico . “ Egli dovrà dunque , provare che si è sottoposto ad un determinato trattamento e che ne è derivato quel danno lamentato che è del tutto anomalo rispetto alla consueta aleatorietà che quell'atto medico implicava.”[21]

Da ciò si deduce e presume una condotta colposa del medico che l'ha effettuato.

Incombe poi sul sanitario l'onere successivo di dimostrare che non è a lui addebitabile alcuna colpa e cioè che la prestazione è stata invece correttamente eseguita e l'evento dannoso è derivato da altra causa a lui non imputabile.

Dovrà quindi provare che l'esito pregiudizievole fu determinato dal sopravvenire di un evento imprevisto e imprevedibile , o comunque inevitabile secondo l'ordinaria diligenza professionale, o dalla preesistenza di una particolare condizione fisica nel paziente non

accertata né accertabile usando il predetto criterio di diligenza professionale.

In tale quadro, si inserisce l'ormai costante orientamento giurisprudenziale secondo il quale, se l'intervento da cui è derivato il danno sia di facile e routinaria esecuzione, non richiedendo una particolare abilità tecnica, bensì una preparazione professionale ordinaria, la dimostrazione da parte del paziente dell'aggravamento della sua condizione patologica o l'insorgenza di nuove patologie è idonea a fondare una presunzione semplice in ordine all'inadeguata o negligente prestazione, spettando all'obbligato fornire la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto ed imprevedibile.

In caso di intervento operatorio di difficile esecuzione, che è quello che richiede notevole abilità e implica la soluzione di problemi tecnici nuovi o di speciale complessità e comporta un largo margine di rischio, in queste ipotesi il paziente, per dimostrare la responsabilità del chirurgo, deve provare, in modo preciso e specifico, le modalità di esecuzione dell'atto e delle prestazioni post-operatorie.

[18] (Cass. ss. uu. 13533/2001)

[19] Cass. Civile sez. III 16 novembre 2007 n. 3520

[20] Cass. Civ del 5.1993 n. 5325.

[21] M. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, II ediz., Padova, 1996, 51 e segg.

Capitolo II

7) *La responsabilità civile nella struttura ospedaliera*

Quello della natura giuridica della responsabilità dell'ente ospedaliero è un tema di fondamentale importanza . La responsabilità della struttura ospedaliera ha natura contrattuale .

E' ormai pacifico nella giurisprudenza civile che l'accettazione del paziente in ospedale comporta la conclusione di un *contratto tra il paziente stesso e l'Ente ospedaliero* [22].

La giurisprudenza più recente ha inquadrato tale rapporto come *contratto atipico di "spedalità" o di "prestazione di assistenza sanitaria"*. Secondo tale ricostruzione il rapporto che si instaura tra paziente ed Ente ospedaliero ha fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del malato, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo sorgono a carico dell'ente (pubblico o privato), accanto a quelli di tipo "*lato sensu*" alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie , anche per fronteggiare eventuali complicazioni od emergenze.

Di conseguenza la responsabilità dell'ente ospedaliero è autonoma e prescinde dall'accertamento della condotta negligente dei singoli operatori, e trova la propria fonte nell'inadempimento delle obbligazioni direttamente riferibili all'ente.

Ne deriva che la responsabilità della struttura per inadempimento si muove sulle linee tracciate dall'art. 1218 c.c., per inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché, ai sensi

dell'art. 1228 c.c., all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato.

In base a tale ricostruzione del rapporto struttura paziente, si può avere una responsabilità contrattuale della struttura verso il paziente danneggiato non solo per il fatto del personale medico dipendente, ma anche del personale ausiliario, nonché della struttura stessa (che può risultare inadatta, insufficiente ecc.)

Per tali motivi, allorché il danno o la lesione vengano cagionati all'interno della struttura sanitaria, più che di responsabilità medica deve parlarsi di **responsabilità sanitaria**, per il coinvolgimento di soggetti anche diversi dai medici. Sussiste la responsabilità della struttura sanitaria anche se l'inadempimento è stato cagionato dal comportamento del medico operante nella struttura, senza alcuna imputazione a carico della stessa, in quanto il medico deve essere considerato quale ausiliario necessario, sia in presenza che in assenza di un rapporto di lavoro subordinato.

Sulla scorta di tale ricostruzione, ormai consolidata in giurisprudenza, vi è chi ha sostenuto che, poiché oggetto della obbligazione dell'Ente ospedaliero non è solo la prestazione del medico, ma una prestazione complessa definita di "*assistenza sanitaria*", fondata sul contratto atipico individuato in base allo schema della "*locatio operis*", la responsabilità per tale tipo di obbligazioni "*latu sensu*" alberghiere sia in realtà una obbligazione di risultato.

Dalla ricostruzione in termini autonomi del rapporto struttura-paziente rispetto al rapporto paziente-medico, discendono

importanti conseguenze sul piano della affermazione di responsabilità in primo luogo, ed anche sul piano della ripartizione e del contenuto degli oneri probatori.

Infatti, sul piano della responsabilità, ove si ritenga sussistente un contratto di speditività tra clinica e paziente, la responsabilità della clinica prescinde dalla responsabilità o dall'eventuale mancanza di responsabilità del medico in ordine all'esito infausto di un intervento o al sorgere di un danno.

La responsabilità diretta per danno da c.d. “disorganizzazione”.

Alla stregua di quanto evidenziato sopra, le obbligazioni a carico della struttura sanitaria possono sintetizzarsi in:

- 1) prestazioni di diagnosi, cura e assistenza post-operatoria;
- 2) prestazioni di tipo organizzativo relative anche alla sicurezza e manutenzione delle attrezzature e dei macchinari in dotazione;
- 3) vigilanza e custodia dei pazienti;
- 4) prestazione di natura alberghiera (vitto-riscaldamento-alloggio).

Viene così esaltata, dalla dottrina e giurisprudenza più recenti, l'affermazione di una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria:

- non solo collegata all'intervento diagnostico e/o terapeutico dei medici, e all'attività strumentale ed accessoria del personale ausiliario, paramedico etc.;
- ma anche direttamente imputabile alla stessa struttura nel complesso, per i danni provocati dalla insufficiente organizzazione o dalla inefficienza dei servizi e delle attrezzature.

In definitiva, l'attività del medico all'interno della struttura sanitaria non è che un segmento della più complessa prestazione richiesta

all'Ente e può, quindi, sussistere una responsabilità della struttura sanitaria anche in mancanza di responsabilità del personale sanitario.

In termini più chiari, la struttura sanitaria risponderà del danno da disorganizzazione nell'ipotesi di violazione dell'obbligo accessorio, connesso alla prestazione principale, di non recare danno ingiusto al paziente per omissione di diligenza nel predisporre gli strumenti necessari all'esatto adempimento della prestazione sanitaria *ex artt.* 1175 e 1375 cod. civ.

Non assume, in particolare, più rilevanza, ai fini della individuazione della natura della responsabilità della struttura sanitaria se il paziente si sia rivolto direttamente ad una struttura sanitaria del SSN, o convenzionata, oppure ad una struttura privata o se, invece, si sia rivolto ad un medico di fiducia che ha effettuato l'intervento presso una struttura privata. In tutti i predetti casi è ipotizzabile la responsabilità contrattuale dell'Ente.

In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio, l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare il contratto (o il contatto sociale) e l'aggravamento della patologia o l'insorgenza di un'affezione ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato.

Competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato, ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante.

La difettosa tenuta della cartella clinica non vale ad escludere la sussistenza del nesso eziologico tra la colposa condotta dei medici e la patologia accertata, ove risulti provata la idoneità di tale condotta a provocarla, ma consente anzi il ricorso alle presunzioni, come avviene in ogni caso in cui la prova non possa essere data per un comportamento ascrivibile alla stessa parte contro la quale il fatto da provare avrebbe potuto essere invocato, nel quadro dei principi in ordine alla distribuzione dell'onere della prova ed al rilievo che assume a tal fine la "vicinanza alla prova", e cioè la effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla[23]

[22] *Cass. 23918/2006, Cass. 10297/2004 e Cass. 11316/2003.*

[23] *Cass SS.UU n.581/2008*

8) Definizione di ente ospedaliero

Per quanto concerne la responsabilità della struttura sanitaria nei confronti del paziente, è irrilevante che si tratti di una casa di cura privata o di un ospedale pubblico, poiché a livello normativo gli obblighi dell'uno e dell'altro sono sostanzialmente equivalenti , ed anche nella giurisprudenza si riscontra una equiparazione completa della struttura privata a quella pubblica quanto al regime della responsabilità civile anche in considerazione del fatto che si tratta di violazioni che incidono sul bene della salute, tutelato quale diritto fondamentale dalla Costituzione, senza possibilità di limitazioni di responsabilità o differenze risarcitorie a seconda della diversa natura, pubblica o privata, della struttura sanitaria [24]

La Suprema Corte ha costantemente inquadrato la responsabilità della struttura sanitaria 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 [25].

Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, con sentenza 11 gennaio 2008 n. 577 hanno ribadito che *"per quanto concerne la responsabilità della struttura sanitaria nei confronti del paziente è irrilevante che si tratti di una casa di cura privata o di un ospedale pubblico in quanto sostanzialmente equivalenti sono a livello normativo gli obblighi dei due tipi di strutture verso il fruitore dei servizi, ed anche nella giurisprudenza si riscontra una equiparazione completa della struttura privata a quella pubblica quanto al regime della responsabilità civile anche in considerazione del fatto che si tratta di violazioni che incidono sul bene della salute, tutelato quale diritto fondamentale dalla Costituzione, senza possibilità di limitazioni di responsabilità o differenze risarcitorie a seconda della diversa natura, pubblica o privata della struttura sanitaria. Questa Corte ha costantemente inquadrato la responsabilità della struttura sanitaria 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"...omissis.[26]*

La corresponsabilità di medico e clinica per danni causati al paziente è stata ulteriormente ribadita dalla Cassazione con sentenza n. 18805/02 della terza sezione civile.

[24]Cass. 25.2.2005, n. 4058]

[25] (Cass. n. 1698 del 2006; Cass. n. 9085 del 2006; Cass. 28.5.2004, n. 10297; Cass. 11 marzo 2002, n. 3492; 14 luglio 2003, n. 11001; Cass. 21 luglio 2003, n. 11316).

[26] Cass. 22 dicembre 1999, n. 589; Cass. 29.9.2004, n. 19564; Cass. 21.6.2004, n. 11488; Cass. n. 9085 del 2006)

9) Attività e responsabilità dell'equipe

Parlare oggi di responsabilità medica significa indagare la complessità dei legami che nascono nel momento in cui un soggetto è destinatario di prestazioni sanitarie , prendendo atto del concreto evolversi dell'esperienza di cura orientata a privilegiare la dimensione organizzativa dei centri sanitari e la plurisoggettività numerico/specialistica delle èquipe operanti.

L'attività medica svolta nella forma d'equipe ha oggi un ruolo determinante, vista la crescente specializzazione delle singole branche della medicina e la costante necessità di interventi di più specialisti in regime di collaborazione che quindi si trovano ad operare sul medesimo paziente, contestualmente o anche in tempi diversi.

Detta forma di attività è stata foriera nel tempo di importanti problematiche di natura giurisprudenziale, riguardanti l'esatta identificazione del dovere di diligenza ascrivibile ad ogni membro dell'equipe medica.

Il quesito che si pone è di stabilire se ed in che misura il singolo sanitario possa rispondere di comportamenti colposi riferibili ad

altri componenti dell'equipe e fino a che punto si estende il dovere dello stesso di agire con prudenza, diligenza e perizia laddove egli si trovi ad operare unitamente ad altre persone.

A tale proposito ci si è posti il problema se l'osservanza del dovere di diligenza proprio dei partecipanti ad un trattamento medico-chirurgico, eseguito in équipe, si debba esaurire, nel rispetto delle prescrizioni delle più avanzate conoscenze scientifiche proprie del settore di appartenenza della propria specialità (c.d. *legis artis*), oppure debba andare oltre, connotandosi anche in un dovere di controllo sull'operato altrui e, di conseguenza, se debba ritenersi eventualmente responsabile qualora la condotta colposa posta in essere da altro componente l'equipe medica abbia cagionato o concorso a causare eventuali episodi lesivi.

La dottrina prevalente, ha stabilito che qualora la condotta posta in essere dal singolo sanitario, si sovrapponga a quella di altri soggetti, il precetto di diligenza a cui attenersi nel caso concreto dovrà fare riferimento al c.d. **principio dell'affidamento**, in base al quale ogni soggetto non dovrà ritenersi obbligato a delineare il proprio comportamento in funzione del rischio di condotte colpose altrui, atteso che potrà sempre fare affidamento, appunto, sul fatto che gli altri soggetti agiscano nell'osservanza delle regole di diligenza proprie.[27]

Per il principio sopra delineato, ciascun consociato è tenuto a rispettare il dovere di diligenza potendo legittimamente fare affidamento sul fatto che anche gli altri membri dell'equipe, osserveranno gli standards di diligenza richiesti dall'attività svolta.

Il principio dell'affidamento permette dunque ad ogni sanitario di potersi indirizzare, in maniera esclusiva e con impegno costante, all'espletamento della proprie mansioni di competenza liberamente e senza essere pressato dalla preoccupazione di dover continuamente verificare l'operato altrui.

Il principio dell'affidamento corrisponde ad una valutazione sociale secondo cui ciascun consociato confida nell'altrui rispetto delle regole cautelari.

Pertanto nella materia de quo tale principio si esplica nell'aspettativa sociale che ogni specialista (chirurgo, anestesista, infermiere, ecc) ha nell'altrui adozione delle *leges artis* tipiche della propria attività settoriale .

Tale soluzione:

- a) presuppone obblighi divisi tra più soggetti, nel senso che ciascuno di essi è tenuto all'osservanza delle norme cautelari delle rispettive attività;
- b) si fonda sul principio dell'autoresponsabilità, per cui ciascuno risponde dell'inosservanza delle relative regole cautelari;
- c) persegue la duplice finalità di conciliare il principio della responsabilità penale con la specializzazione e divisione dei compiti;
- d) comporta l'obbligo accessorio di adottare le misure cautelari per ovviare ai rischi dell'altrui scorrettezza.

La Corte di Cassazione ha di recente confermato il principio in base al quale, *“nel caso in cui fattori umani e materiali diversi abbiano avuto incidenza nella produzione di un evento, tutti vanno,*

nel loro insieme e ciascuno per sé, considerati causa dell'evento medesimo, come se ne fossero causa esclusiva, con la conseguenza che ognuno di essi e tutti costituiscono fattori causali pieni, senza che sia possibile il frazionamento o la divisione della causalità e, quindi, della responsabilità che va attribuita a tutti ed a ciascuno di coloro che hanno posto in essere le rispettive condotte concorrenti o cooperanti; nella fattispecie, relativa alla complessa procedura del trapianto di organi, ogni sanitario non potrà esimersi dal conoscere e valutare l'attività precedente o contestuale svolta da un altro collega, sia pure specialista in altra disciplina, e dal controllarne la correttezza ponendo, se del caso, rimedio - ovvero facendo in modo che si ponga opportunamente rimedio- ad errori altrui che siano evidenti e non settoriali e, come tali, rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio”.[28]

Tuttavia il principio di affidamento trova dei limiti , in primo luogo , laddove i terzi diano motivo di fare dubitare circa l’ adesione dei medici , agli standards di diligenza richiesti. In questo caso il dovere di diligenza del singolo si amplia ricomprendendo anche un dovere impeditivo delle altrui condotte colpose.

In particolare un’autorevole dottrina [29] ,afferma che in questi casi , l’ affidamento , sul quale ciascuno può originariamente contare , deve lasciare spazio ad un obbligo di adattare la propria condotta diligente , al fine di neutralizzare le condotte pericolose dell’ altrui inosservanza.

Così come nei casi in cui, a cagione dell’altrui comportamento colposo, sia già in atto una situazione pericolosa per un paziente,

oppure vi sia ragionevole motivo di ritenere che essa possa realizzarsi, in ragione delle reali contingenze di fatto che siano riconoscibili o possano essere percepite dall'agente (come ad esempio le condizioni di salute non buone di un collega, la sua età giovane, la sua inesperienza o la distrazione).

Altro limite al principio dell'affidamento , si rinviene quando fra i soggetti che si trovano ad interagire , sono stati individuati, da un lato, nella posizione apicale e gerarchicamente sovraordinata di un sanitario - il c.d. capo equipe - rispetto agli altri, che fa nascere nei suoi confronti un dovere di sorveglianza sull'operato dei suoi collaboratori .

Il principio di affidamento , tenuto conto dei limiti suddetti , si esprime in relazione all'attività medico – chirurgica , nel senso che ciascun partecipe risponde soltanto dell'inosservanza della *legis artis* , relativa alle proprie specifiche competenze.

In tali casi le limitazioni al dovere di diligenza connesse al principio dell'affidamento divengono non più vigenti: a carico di ogni medico che avrà la cura del paziente si avrà non solo l'obbligo di espletare le proprie mansioni specifiche con diligenza e perizia, ma anche quello di impedire e vanificare l'altrui condotta contraria alle *leges artis* proprie, conseguendo a ciò che nei casi di inefficace o inesatto adempimento di tali doveri cautelari, si potrà configurare a suo carico una eventuale responsabilità penale per le evenienze lesive sopravvenute.

[27]sul punto si veda per tutti: M.MANTOVANI, " il principio di affidamento nella teoria del reato colposo ",Milano 1997

[28] Corte di Cassazione, IV Sezione sen sentenza n. 2285, 1/10/1999 - 25/2/2000.

[29] Mantovani “ il principio di affidamento nella teoria del reato colposo “, Milano 1997,

Capitolo III

10) Tutela della salute e della dignità umana

L’attenzione verso i diritti del paziente in ambito di trattamento medico è un tema di estrema attualità.

Questa attenzione ha proceduto di pari passo con l’importanza che ha assunto il rispetto della dignità umana quale fondamento di convivenza civile tra gli individui. In ambito medico tale valore è arricchito dalla tutela del diritto alla salute e al consenso informato del paziente, il quale deve poter conoscere in anticipo i vantaggi e le eventuali controindicazioni del trattamento cui andrà a sottoporsi, al punto da poter liberamente autodeterminarsi in merito. Infatti si parla di rispetto del diritto di autodeterminazione del malato.

In linea di principio, infatti, come recita la nostra Costituzione, nessuno può essere sottoposto a trattamenti sanitari in assenza della propria volontà .

Il diritto del malato a decidere in piena coscienza e libertà se, da chi e come farsi curare discende dall’art. 32 della nostra Costituzione secondo il quale “*Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge*”.

Il cambiamento nel processo decisionale, dal medico al paziente, con la necessità di un consenso libero ed informato ,all'atto medico,

rappresenta il frutto di una evoluzione che da un atteggiamento "paternalistico" del medico è giunto alla cosiddetta "alleanza terapeutica" o meglio "al concetto di salute partecipata", che vede il paziente correttamente informato, coinvolto nelle scelte terapeutiche che lo riguardano.

Sin dalle origini della professione medica il rapporto tra medico e malato nel mondo occidentale, secondo la tradizione del medico greco Ippocrate, si è attenuto ad un ordine preciso: il medico aveva il dovere di fare il bene del paziente ripristinando l'ordine della natura sconvolto dalla patologia; il malato non poteva non considerare buono ciò che il medico proponeva come tale e aveva quindi il dovere di accettarlo.

In tale visione etica, di tipo naturalistico, il medico era una specie di sacerdote, egli agiva da mediatore con la divinità e aveva potere sulla vita e sulla morte.

Il cristianesimo si è innestato in questa visione della medicina, contribuendo a universalizzare l'etica ippocratica.

Il medico cristiano sentiva l'importanza della sua missione che veniva paragonata ad un sacerdozio, e, investito dall'autorità che derivava dalla professione, riteneva suo compito guidare il paziente verso il ripristino dello stato di salute. L'atteggiamento paternalistico è sopravvissuto per secoli e ha cominciato ad incrinarsi solo con l'avvento del pensiero illuministico grazie al quale è iniziato il lento processo di riconoscimento dell'opportunità di dare al paziente informazioni circa il suo stato di salute e sulla terapia in atto.

Ciononostante il principio che informava questo comportamento non era dettato dal riconoscimento del diritto di autodeterminazione dell'uomo, bensì dalla convinzione che la consapevolezza del malato potesse determinare un beneficio terapeutico.

Furono il processo e la sentenza di Norimberga[30] e la dichiarazione di Ginevra del 1948 ad introdurre internazionalmente il principio del diritto del malato alla autodeterminazione ripreso ormai da tutti i codici di deontologia medica.

La Conferenza Internazionale della Sanità (New York, 1946) e l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) definiscono la salute come “uno stato di completo benessere fisico, mentale, sociale che non consiste soltanto nell'assenza di malattie o infermità. Il possesso del migliore stato di sanità che si possa raggiungere costituisce uno dei diritti fondamentali di ciascun essere umano, qualunque sia la sua razza, la sua religione, le sue opinioni politiche, la sua condizione economica e sociale.

I Governi hanno la responsabilità della sanità dei loro popoli: essi per farvi parte devono prendere le misure sanitarie e sociali appropriate.” Da questa definizione si delinea come compito dello Stato la prevenzione e la limitazione delle situazioni di non-benessere, che possono impedire al soggetto una vita dignitosa. Il diritto alla salute rappresenta, quindi, uno dei diritti fondamentali della persona, diritto che ne riconosce la dignità, che deve essere salvaguardato anche attraverso l'azione dei pubblici poteri.

Il rapporto medico-paziente è oggi quindi costruito su una relazione equilibrata, che pone (o dovrebbe porre) sullo stesso piano la libertà

di chi assiste e di chi viene sottoposto a cure. Il consenso informato diventa, quindi, un fattore di espressione della libertà del singolo e si colloca tra i diritti fondamentali riconosciuti dal nostro ordinamento giuridico.

Come già detto, nella nostra Carta costituzionale il diritto alla salute viene trattato in maniera esplicita all'art. 32, che recita: *«La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»*, non si rinviene altrettanto in maniera chiara alcuna norma che miri a salvaguardare la dignità dell'uomo quale fondamentale componente del proprio essere, quale sfera intangibile e non violabile da parte degli altri individui. In via interpretativa si può far rientrare la tutela della dignità nell'art. 2 Cost., configurandola come un diritto inviolabile e naturale, connaturato alla esistenza umana. Anche l'ultimo capoverso dell'art. 32 Cost., a proposito del rispetto della persona umana, potrebbe consentire tale estensione.

Riferimenti più espliciti, invece, si rinvengono nella normativa comunitaria ed internazionale. Non bisogna trascurare, infatti, l'intero testo della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [31], per mezzo del quale sono state poste le basi per una collaborazione e condivisione di valori da parte dei Paesi che l'hanno ratificata.

In particolare, il titolo I enuncia esplicitamente, tra gli altri, quale diritto fondamentale dell'individuo, quello alla vita, con il conseguente divieto di tortura e di sottoposizione a pene o trattamenti inumani o degradanti.

La successiva giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo (organo giurisdizionale creato ad hoc per favorire il rispetto dei diritti enunciati), ha consentito di ampliare la portata di tali diritti ponendo al vertice di essi la salvaguardia della dignità umana.

Una ancor più esplicita attenzione verso la dignità umana si rinviene nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea di Nizza[32], laddove l'art. 1 recita: *«La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata»*.

Quali corollari di tale principio si pongono, poi, gli articoli successivi, i quali tutelano il diritto alla vita e alla integrità della persona.

In particolare, tale ultimo diritto viene enunciato all'art. 3: *<<Ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica.>>*

La Suprema Corte si è interessata del diritto alla dignità umana in una sentenza nella quale ricollega tale diritto al diritto alla salute. La Cassazione ha stabilito che :*"nella valutazione del danno morale contestuale alla lesione del diritto della salute, alla valutazione di tale voce, dotata di logica autonomia in relazione alla diversità del bene protetto, che pure attiene ad un diritto inviolabile della persona (la sua integrità morale: art. 2 della Costituzione in relazione all'art. 1 della Carta di Nizza, che il Trattato di Lisbona,*

ratificato dall'Italia con legge 190/2008, collocando le Dignità umana come massima espressione della sua integrità morale e biologica) deve tener conto delle condizioni soggettive della persona umana e della gravità del fatto, senza che possa considerarsi il valore della integrità morale una quota minore del danno alla salute".[33]

Il contributo innovativo di questa decisione riguarda l'esplicita attinenza in materia di risarcimento del danno alla salute (nella fattispecie conseguente ad un gravissimo incidente stradale) del risarcimento alla violazione della dignità umana, alla quale fanno riferimento tanto il Capo I quanto l'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Si tratta del riconoscimento di un diritto che non può subire nè pregiudizio nè limitazione, poiché la dignità umana rappresenta il presupposto assiologico dei diritti fondamentali" .

Si tratta di un elemento primario, prodromico rispetto al riconoscimento di tutti gli altri diritti umani, cioè di una qualità della condizione umana che si conserva al di là della vita e della morte dell'individuo.

La giurisprudenza di legittimità, con la sentenza in epigrafe, apporta quindi un importante contributo al riconoscimento del diritto alla dignità umana anche alle fattispecie di diritto privato quali il risarcimento del danno conseguente ad un infortunio stradale e della valutazione dei danni (morale e biologico) conseguenti alle lesioni subite dalla persona.

[30]E' affermazione comunemente accettata che con il codice di Norimberga del 1949 sia nata la prima disciplina giuridica della sperimentazione clinica sull'uomo, facendo seguito alla sentenza che il Tribunale internazionale di Norimberga emise nel 1947 contro i medici nazisti che avevano eseguito criminali esperimenti nei campi di sterminio – ed in tale sede si formula per la prima volta il principio del consenso informato. La sperimentazione clinica – secondo tale principio - è legittima quando ne sia provata l' utilità fermo l'obbligo dello sperimentatore di ottenere il consenso informato della persona che decide di sottoporsi ad uno studio clinico.

[31]Giuseppe Gliatta “La dignità e la salute del paziente e il trattamento in assenza di consenso”, rivista responsabilità civile 2010

[32] Si tratta di un testo firmato a Roma il 4.11.1950 e ratificato dalla maggior parte dei Paesi europei e da svariati Paesi di altri continenti (oggi circa settanta Paesi), elaborato in seno al Consiglio Europeo, quale organizzazione internazionale che mira da sempre a «realizzare una unione piu` stretta tra i suoi Membri, e che uno dei mezzi per conseguire tale fine e` la salvaguardia e lo sviluppo dei Diritti dell'uomo e delle liberta` fondamentali

[33] Cassazione civile sez. III del 12/12/2008 n. 29195 .La fattispecie che ha dato origine alla sentenza di legittimità in commento concerne un **grave incidente stradale** avvenuto nel 1992 dove un pedone venne investito tre volte da due vetture con conseguenti lesioni gravissime. La vittima, alla quale nel corso del procedimento si sono succeduti gli eredi, fece causa alla compagnia assicuratrice della conducente dell'auto che lo investì per prima. Il giudice di prime cure accolse la domanda di risarcimento, ma in misura minore rispetto a quanto demandato dall'investito.

11) Consenso informato

Il consenso informato è l'accettazione volontaria da parte di un paziente al trattamento che gli viene proposto da un medico .

Il presupposto essenziale del consenso informato è l'informazione adeguata (compiuta ed idonea in ordine al trattamento sanitario da effettuare ed i rischi che ne possano derivare), fornita dal medico al paziente.

La definizione di consenso informato risulta delineata dalla Suprema Corte di Cassazione : “ *Al medico va solo riconosciuta la*

facoltà o la potestà di curare, situazioni soggettive , queste, derivanti dall'abilitazione all'esercizio della professione sanitaria , le quali, tuttavia, per potersi estrinsecare abbisognano , di regola, del consenso della persona che al trattamento sanitario deve sottoporsiil consenso informato ha come contenuto concreto la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico , ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale... la mancanza del consenso del paziente o l'invalidità del consenso determinano l'arbitrarietà del trattamento medico chirurgico e, quindi , la sua rilevanza penale , in quanto compiuto in violazione della sfera personale del soggetto e del suo diritto di decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo”[34]

All'interno del nostro Ordinamento non esiste una normativa specifica che disciplini il consenso del paziente al trattamento medico e le sue condizioni di validità, ma che il consenso sia un principio fondamentale per la liceità del trattamento sanitario è principio desumibile dall'intero sistema , a partire dai principi della Carta Costituzionale .

L'art. 32 della Costituzione statuisce che la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo ed interesse della collettività e pertanto è stabilito che “nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana. ”

Quindi in conformità a quanto previsto dalla Costituzione (agli art. 13, 3, comma 2) tutti i trattamenti medici sono volontari . Fanno eccezione gli interventi previsti per legge , quando ricorrano gli estremi di necessità e quando il paziente non possa prestare il necessario consenso a causa delle sue particolari condizioni soggettive.

La Suprema Corte ha stabilito che *“la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli art. 2 ,13, 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona : quello dell'autodeterminazione e quello della salute , in quanto ,se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato , egli ha , altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura ed ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto , nonché delle eventuali terapie alternative; informazione che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32 , secondo comma , della Costituzione. [35] .Ma questi concetti sono in continua evoluzione ,tanto che oggi l'opinione prevalente in giurisprudenza è che esista in capo ad ogni essere umano dotato di capacità di agire , una vera e propria libertà di autodeterminarsi in ordine alla propria vita ed integrità fisica, questo fino alle estreme conseguenze.*

Tutto ciò perché il punto di vista del medico , l'imporre un trattamento , anche se vitale , contro la volontà del paziente (al di fuori dei trattamenti sanitari obbligatori previsti dalla legge)

determinerebbe la violazione della stessa libertà personale ,tutelata dagli art. 2 e 3 della Costituzione .

Affinché un paziente possa effettuare una scelta consapevole pur non essendo provvisto di conoscenze specialistiche ,è necessario che sia fornito di tutte le informazioni idonee ad orientare la sua scelta ,e che quindi possa esercitare correttamente il suo diritto all'autodeterminazione nel trattamento diagnostico e/o chirurgico.

Altra fonte normativa alla quale si deve fare riferimento nel caso di consenso informato, è il codice di deontologia medica, che consiste nell'insieme di norme che regolamentano la condotta professionale degli iscritti all'ordine. La norma sul consenso informato , prevede che “ *il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi , sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico -terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate;il medico nell'informarlo dovrà tenere conto delle sue capacità di comprensione , al fine di promuovere la massima adesione alle proposte diagnostiche - terapeutiche*”(art.33); “ *il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso informato del paziente* “(art.35) ;

“*il medico deve astenersi , nell'ambito dell'autonomia ed indipendenza che caratterizza la professione , alla volontà liberamente espressa della persona che deve curarsi e deve agire nel rispetto della dignità , della libertà e autonomia della stessa. (art. 38)*”.

Con una recentissima sentenza , la Suprema Corte ha statuito che :

Il diritto al consenso informato, in quanto diritto irretrattabile della persona, va comunque e sempre rispettato dal sanitario, a meno che non ricorrano casi di urgenza, rinvenuti, a seguito di un intervento concordato e programmato e per il quale sia stato richiesto e sia stato ottenuto il consenso, che pongano in gravissimo pericolo la vita della persona, bene che riceve e si correda di una tutela primaria nella scala dei valori giuridici a fondamento dell'ordine giuridico e del vivere civile, o si tratti di trattamento sanitario obbligatorio.

Tale consenso è talmente inderogabile che non assume alcuna rilevanza per escluderlo che l'intervento absque pactis sia stato effettuato in modo tecnicamente corretto, per la semplice ragione che a causa del totale deficit di informazione il paziente non è posto in condizione di assentire al trattamento, per cui nei suoi confronti, comunque, si consuma una lesione di quella dignità che connota nei momenti cruciali - la sofferenza fisica e/o psichica - la sua esistenza. [36]

[34] Cassazione penale ,sentenza n. 45126 del 2008

[35]Corte Costituzionale , sentenza n. 438 del 2008

[36]Cassazione civile sez III sentenza n. 16543 del 28/07/20011

12) Requisiti di validità del consenso.

Perché il consenso informato sia valido , è necessario il rispetto di alcuni requisiti. Innanzitutto il consenso deve essere manifestato in modo esplicito e inequivocabile , così che il medico , possa chiaramente capirlo. L'atto del consenso inoltre , deve essere una espressione della libertà ed autodeterminazione dell'individuo ed in quanto tale deve essere personale. Nel nostro ordinamento giuridico

vige il sistema della libertà della forma , pertanto il consenso potrà essere dato anche oralmente. Ma il codice deontologico , all'art. 35 prevede che il consenso deve essere espresso in forma scritta : “ nei casi previsti dalla legge e nei casi in cui per la particolarità delle prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche o per le possibili conseguenze delle stesse sull'integrità fisica si renda opportuna una manifestazione documentata della volontà della persona.”

Essendo il consenso , una condizione di liceità della prestazione medica , è bene rimarcare che il medico ha il dovere di accertare scrupolosamente e attentamente , la volontà del paziente , non essendo sufficiente una manifestazione di tacito assenso.

Nel corso degli anni il rapporto tra medico e paziente si è evoluto ,al punto che i due soggetti oggi , giustamente , si trovano in una situazione paritaria, pertanto la figura paternalistica del medico è stata ampiamente superata . Infatti è ormai principio consolidato che il medico non possa più intervenire sul paziente senza aver prima ricevuto il consenso , che deve essere “informato”.

A tale proposito gli ospedali hanno assunto l'abitudine di far firmare dei moduli prestampati , senza che poi il paziente venga effettivamente edotto sul trattamento medico che deve subire.

Questa prassi è oltremodo dannosa non solo per il paziente che non viene correttamente informato ,ma anche per i medici , dato che questo tipo di documento potrà essere superato da prove testimoniali contrarie. In ogni caso il consenso deve essere esplicito , non equivoco , né accompagnato da condizioni.

Ancora , la volontà espressa , deve essere libera , cioè non viziata da errore , dolo , violenza. Non sarebbe assolutamente valido il consenso rilasciato da un malato che è stato ingannato , come nel caso di un intervento inutile .[37]

Per quanto riguarda l'errore , bisogna sottolineare che nel caso di consenso informato si tratta di errore -motivo, ovvero quell'errore in cui il paziente può incorrere a causa di una falsa rappresentazione della realtà sulla base della quale viene ad formarsi una volontà “viziata”.

Inoltre l'errore deve essere essenziale , ossia tale da aver determinato da solo la volontà del paziente, la quale se si fosse correttamente formata , sarebbe stata diversa.

Il consenso per essere valido deve essere “ informato”. Come già detto presupposto essenziale del consenso è una corretta informazione e il medico dovrebbe porsi il problema di quali caratteristiche l'informazione debba avere per dirsi tale.

La dottrina ha previsto tre tesi : la prima prevede che il medico debba comunicare al paziente tutto ciò che la comunità scientifica ritiene essenziale allo stato attuale in riferimento a quella prassi sanitaria; la seconda impone di riferire tutto ciò che una persona media vorrebbe sapere e potrebbe comprendere sulla procedura che la riguarda , in particolare i rischi , le conseguenze e possibili alternative; la terza preferibile ad avviso di chi scrive, perché meglio tutela la posizione del creditore di informazione, sostiene che l'informazione deve essere quella necessaria perché quello

specifico paziente possa comprendere e decidere circa quel determinato trattamento.

Secondo al Suprema Corte, la responsabilità del medico e i doveri del medico non riguardano solo l'attività propria e dell'èquipe che a lui risponda,ma si estende allo stato di efficienza e al livello di dotazioni della struttura sanitaria in cui presta la sua attività , e si traduce in un ulteriore dovere di informazione verso il paziente.

In tal senso la Cassazione ha statuito che :”*Il consenso informato personale del paziente o di un proprio familiare, in vista di un intervento chirurgico o di un altra terapia specialistica o accertamento diagnostico invasivi, non riguardano soltanto i rischi oggettivi e tecnici in relazione alla situazione soggettiva e allo stato dell'arte della disciplina, ma riguardano anche la concreta , magari momentaneamente carente situazione ospedaliera , in rapporto alle dotazioni e alle attrezzature , e al loro regolare funzionamento , in modo che il paziente possa non soltanto decidere se sottoporsi o meno all'intervento , ma anche se farlo in quella struttura ovvero chiedere di trasferirsi in un'altra . L'omessa informazione sul punto può configurare una negligenza grave , della quale il medico risponderà in concorso con l'ospedale sul piano professionale , deontologico – disciplinare.[38]*

Ancora la Cassazione ha affermato che "*la struttura sanitaria ha l'obbligo di una compiuta informativa del paziente sui rischi di eventuali dimensioni od entità del suo equipaggiamento non idonee a fronteggiare particolari situazioni patologiche o devianti - sia pure con una qualificabili di normalità statistica - dalla norma", la Corte d'Appello ha più avanti rilevato che "non interessa alla*

controparte del rapporto negoziale -cioè alla gestante o ai danneggiati per colpa aquiliana quale fosse la struttura interna dell'organizzazione dei danneggiati, attesa la natura delle obbligazioni comunque assunte". La conclusione è corretta in diritto, in quanto l'obbligo informativo circa i limiti di equipaggiamento o di organizzazione della struttura sanitaria grava, in ipotesi siffatte, anche sul medico, convenzionato o non, con la casa di cura, dipendente o non della stessa, che abbia concluso con la paziente un contratto di assistenza al parto (o, con qualunque paziente, di tipo comportante la possibilità dell'instaurarsi di situazioni patologiche che non sia agevole fronteggiare) presso la casa di cura in cui era convenuto che ella si sarebbe ricoverata. E ciò non solo per la natura trilaterale del contratto, ma anche in ragione degli obblighi di protezione che, nei confronti della paziente e dei terzi che con la stessa siano in particolari relazioni, come l'altro genitore ed il neonato, derivano da un contratto che abbia ad oggetto tale tipo di prestazioni. Ne consegue che, in caso di violazione dell'obbligazione di informare, ove sia sostenibile che il paziente non si sarebbe avvalso di quella struttura se fosse stato adeguatamente informato (secondo uno schema analogo a quello descritto, in tema di consenso informato, da Cass., n. 2847/10), delle conseguenze derivate dalle carenze organizzative o di equipaggiamento della struttura risponde anche il medico col quale il paziente abbia instaurato un rapporto di natura privatistica».

Per quanto attiene alla natura della responsabilità per omessa informazione, la giurisprudenza ha considerato che :” *il consenso*

oltre che a legittimare l'intervento sanitario costituisce , sotto altro profilo , uno degli elementi del contratto tra paziente e professionista (art. 1325c.c.) avente ad oggetto la prestazione professionale, sicché l'obbligo di informazione deriva anche dal comportamento secondo buona fede cui si è tenuti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.) .[39]

Qualificare la violazione del dovere di informazione come un ipotesi di inadempimento contrattuale , implica il fatto che l'onere della prova correlativo si distribuirà tra le parti in conformità delle consuete norme in materia , perchè come è noto il nostro ordinamento ha previsto che in materia di obbligazioni contrattuali , è il creditore a dover provare l'inadempimento , oltre al contenuto dell'obbligazione , mentre il debitore è tenuto , dopo tale prova , a giustificare ex art. 1218 c.c. l' inadempimento che il creditore gli attribuisce. Comunque non è rilevante , in questo caso la qualificazione di responsabilità contrattuale o extracontrattuale perché , aggiunge la la Suprema Corte “ *qualora l'informazione sia mancata , in tutto o in parte , si avrà una responsabilità del sanitario colpevole dell'omissione : la quale sarà di natura contrattuale o di natura extracontrattuale (precisamente : precontrattuale ex art. 1337 c.c.) a seconda che si ritenga il difetto d' informazione rilevi sul piano dell'inadempimento di un contratto già pienamente perfezionato o su quello, delle trattative.*[40]

Concludendo si può affermare che essendo il consenso informato un atto di autodeterminazione del cittadino , il processo di partecipazione attiva del paziente alle decisioni mediche, richiede

modifiche comportamentali e culturali volte a trasformare la raccolta di un mero questionario amministrativo in un vero e proprio rapporto di fiducia tra le varie parti interessate.

Per il paziente firmare il consenso significa decidere con libertà e consapevolezza se sottoporsi o meno ad un trattamento terapeutico o chirurgico , tenendo conto dei rischi e risultati , ma questo può avvenire solo se esso è posto in condizioni di capire la diagnosi e gli eventuali rischi del trattamento che gli viene proposto.

Per il medico si tratta di porre parte del suo tempo a disposizione del paziente per fornirgli tutte le informazioni necessarie per aiutarlo nella sua scelta ; pertanto il medico non può più permettersi di dire al paziente che un determinato trattamento “ deve” essere fatto senza fornire alcuna spiegazione o fornendo informazioni poco esaustive .

[37] Caso ancora in corso dei pazienti della clinica Santa Rita di Milano, nella quale sono stati effettuati “interventi abnormi ed invasivi, eseguiti in totale disprezzo delle condizioni di fragilità del malato

[38] Cassazione civ. Sez III n. 6318 del 16/05/2000

[39] Cassazione civ. Sent. n. 10014 del 25/11/1994, a seguire Cassazione civ. Sent. n. 7027 del 23/05/2001

[40] Cassazione civ. Sentenza n. 7027 del 23/05/2001

13) Responsabilità del medico in caso di trattamento terapeutico effettuato senza valido consenso del paziente.

La violazione dell'obbligo del consenso informato , da parte del sanitario , comporta per quest'ultimo una responsabilità derivante dall'inadempimento del contratto di cura, con la conseguenza che

sarà il medico a dover dimostrare di aver fornito tutte le informazioni e rischi connessi al trattamento.

Il paziente dovrà limitarsi a dimostrare soltanto l'esistenza del rapporto contrattuale e il peggioramento delle sue condizioni.

Il medico potrà liberarsi ,solo dimostrando che la mancanza di consenso informato, non è dipesa da sua colpa, in questo non potrà neanche utilizzare l'esimente derivante dall'art. 2236 c.c. ,che riguarda i casi di operazioni particolarmente complesse. Pertanto si può affermare che la responsabilità derivante da omesso consenso ha una natura indipendente dall'accertamento della condotta colposa del medico.

Anche la Corte Costituzionale , in una recente sentenza [41], si è occupata delle conseguenze civilistiche del trattamento terapeutico eseguito senza il consenso informato :

La Corte ha precisato che *il fondamento costituzionale del consenso informato (artt. 2, 13 e 32 Cost.) “pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all’autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all’art. 32, secondo comma, della Costituzione”*. Tali principi sono stati più

volte ribaditi dalla Cassazione che ha riportato i principi enunciati dalla Corte Costituzionale .[42]

La Cassazione ha stabilito che , in armonia con quanto sostenuto dalla Corte Costituzionale , *il diritto all'autodeterminazione è diverso dal diritto alla salute . Infatti , esso rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo ed un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi, che si sostanzia non solo nella facoltà di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico , ma altresì di rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla.* “La violazione al diritto di autodeterminazione può generare nel paziente un turbamento derivante dal fatto di dover sopportare delle complicanze che non aveva previsto e non si aspettava, complicanze la cui previsione avrebbero portato ad una scelta diversa del paziente , se sottoporsi o meno all'intervento.

La mancanza del consenso informato , può assumere rilevanza ai fini risarcitori , anche dove non sussista una lesione della salute : quante volte siano configurabili conseguenze pregiudizievoli , di apprezzabile gravità se integranti un danno non patrimoniale, che siano derivate dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in se stesso considerato

Pertanto si può concludere affermando che la giurisprudenza di merito e di legittimità sono ormai conformi nel ritenere che la mancanza del consenso informato costituisca, di per sè e a prescindere da errore del medico, un illecito e un inadempimento del professionista e sia motivo di risarcimento dei danni.

[41] Corte Costituzionale sentenza n.438 del 2008

[42] Cassazione civ. Sent. n. 2847 del 2010

Capitolo IV

14) Risarcimento danni

Come si è già visto , il codice civile divide in due grandi aree la responsabilità da cui deriva il danno, a seconda che si sia verificato nell'ambito di un rapporto contrattuale (es., una compravendita, un contratto di trasporto, etc.) o che provenga da situazioni extra-contrattuali (es. incidente stradale, diffamazione, etc.), regolandone diversamente sia il tetto massimo risarcibile, sia le modalità per dimostrare il danno in caso di giudizio.

In più, esiste anche una responsabilità precontrattuale, cagionata da scorretti comportamenti nelle trattative.

Responsabilità contrattuale :se il danno avviene in ambito contrattuale, questo è risarcibile solo nella misura in cui è astrattamente prevedibile.

In questo caso dimostrare la responsabilità del danneggiante sarà più semplice.

Il danneggiato dovrà provare in giudizio l'esistenza del contratto e spetterà all'altro contraente -il presunto danneggiante- provare di aver agito correttamente nei propri obblighi contrattuali. Infine, il danno che deriva da responsabilità contrattuale, salvi i casi diversamente disciplinati per legge o da contratto, può essere richiesto in giudizio nei 10 anni dall'evento che lo hanno cagionato.

Responsabilità extracontrattuale :se si tratta di danno extracontrattuale, esso e' risarcibile nella misura in cui si riuscirà a quantificarlo e provarlo. Se ad esempio si e' investiti da un'automobile, si avrà diritto al risarcimento di tutto il danno patito, come l'impossibilita' di lavorare o svolgere altre attività.

Diversamente dalla responsabilità contrattuale, in quella extracontrattuale dovrà essere il danneggiato a provare il fatto ingiusto che ha causato il danno, oltre alla colpa o al dolo del danneggiante.

In ogni caso, però, il danno lamentato deve esser identificato nel dettaglio e provato da chi lo ha subito nella sua esistenza ed entità. Infine, il danno che deriva da responsabilità' extracontrattuale, salvi i casi diversamente disciplinati per legge o per contratto, può esser richiesto in giudizio nei 5 anni dall'evento che lo hanno cagionato.

Responsabilità precontrattuale - Anche i danni che derivano dalle trattative che non sono andate a buon fine o si sono protratte e non concluse con comportamenti scorretti e contrari alla buona fede ,possono esser risarciti, se provati.

Ad esempio, se un proprietario si impegna a concludere un contratto di vendita di un immobile ma poi ci ripensa senza darne giustificato motivo, se il fatto ha causato nel potenziale acquirente una notevole perdita di tempo, denaro o altre opportunità, il danno potrà essere richiesto.

La prescrizione e le modalità per dimostrare il danno sono le stesse della responsabilità extracontrattuale.

La giurisprudenza ha trattato un notevole numero di casi , sul tema

della risarcibilità del danno e tali decisioni hanno contribuito ad allargare il fronte interpretativo sulla risarcibilità del danno extracontrattuale /contrattuale.

La prima distinzione che deve essere fatta è se il danno sia stato cagionato a cose o a persone , in caso di responsabilità medica ci interessa il danno cagionato alle persone .

15) Risarcimento danni alla persona.

Per danno alla persona , si intende una modificazione in senso peggiorativo , della sua entità psico-fisico (elemento biologico) , la quale viene tutelata dalla legge , e il cui pregiudizio suscita una reazione dell'ordinamento giuridico, rivolta alla riparazione del danno stesso , riconoscendo in capo all'attore (paziente/ congiunti) , un diritto al risarcimento del danno .

Il danno può essere determinato da una responsabilità , civile , penale o amministrativa.

Perché si riconosca un danno è necessario la sussistenza di una lesione. L'azione lesiva: è rappresentata dall'incontro fra l'agente dannoso e l'organismo e s'identifica con la causa vera e propria del danno.

La ricerca del momento lesivo non si esaurisce con lo scoprire l'eziologia e la patogenesi della lesione, bensì comprende l'analisi delle circostanze in cui si è verificato il danno, dalle quali discende l'effetto giuridico.

La lesione determina una modificazione all'integrità psico-fisica della persona danneggiata , creando da un punto di vista giuridico la creazione del danno risarcibile, dovuta al processo morboso in atto, a decorso evolutivo, contrassegnata dai seguenti elementi: anormalità, dinamicità e alterata funzionalità con ripercussioni sulla vita vegetativa e di relazione ed eventuale necessità di intervento terapeutico.

A seconda della gravità ed irreparabilità della lesione dipende il ristoro del risarcimento.

Nel caso della responsabilità medica il risarcimento verso il paziente leso , potrà tendere o alla guarigione completa, (*con la restitutio in integrum*) ,oppure una guarigione parziale , che lascia dei postumi permanenti (*senza restitutio in integrum*) , la cronicizzazione della patologia, infine la morte. Quindi dalla gravità della lesione dipende l'entità delle conseguenze menomative; dalla durata della lesione dipende il tempo di dannosità; il decorso può essere verso la guarigione con *restitutio ad integrum* completa o con postumi permanenti, oppure verso un andamento cronico o la morte.

La menomazione è la conseguenza concomitante o susseguente della lesione e consiste in una compromissione funzionale psico-fisica, quale la perdita dell'attività di un arto, l'aumento del rischio o la limitazione delle attività confacenti (vertigini, deficit visivi, epilessia post-traumatica).

A seconda della durata della menomazione il danno può essere solo temporaneo o permanente.

Il danno può interessare tre branche principali dell'ordinamento giuridico per ciascuna delle quali i fondamenti giuridici, le finalità, i sistemi ed i metodi di valutazione tecnica sono diversi e hanno una propria autonomia, nonostante i punti di contatto esistenti sul piano teorico e nella rilevazione biologica del danno.

Quello che si analizza in questa sede è il danno psico-fisico sotto l'aspetto civilistico. Tale forma di danno prevede il risarcimento, cui il danneggiante è obbligato nei confronti del danneggiato, rapportato alla sua effettiva perdita economica e/o alla riduzione della sua integrità somato-psichica.

I criteri in sede civilistica differiscono profondamente da quelli prevalentemente biologici che si applicano in sede penalistica.

In merito alla qualificazione e quantificazione del danno risarcibile, come detto più volte, sono normati dalle seguenti fonti.

Le norme che disciplinano la materia sono:

Art. 2043 c.c. Risarcimento per fatto illecito. - Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.

Art. 1218 c.c. Responsabilità del debitore. - Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

Art. 185 c.p. Restituzione e risarcimento del danno. - Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili.

Ogni reato che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui.

Art. 2059 c.c. Danni non patrimoniali. - Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge.

Il danno può quindi nascere da una responsabilità extracontrattuale o aquiliana, nella cui fattispecie sul danneggiato incombe l'onere della prova sia della colpa che del danno, o contrattuale, in cui il danneggiato deve provare solo il danno.

Il risarcimento è previsto o con la reintegrazione specifica, quando è in tutto o in parte possibile, altrimenti solo per equivalente (art. 2058 c.c.), e tale dovrà essere in caso di danni alle persone, identificando l'equivalente in una somma in danaro.

Per decenni, dalla iniziale impostazione giuridico-dottrinarica, il danno alla persona è stato riferito non al patrimonio "uomo", quanto a quello di "uomo lavoratore" e la liquidazione mirava a riparare esclusivamente la perdita di capacità produttiva di reddito; si è passati ad evidenziare la presenza di una risarcibilità notevolmente più globale e completa, la quale mira infatti oggi a prevedere il risarcimento anche verso tutti gli altri settori fisico- sociali che interessano il soggetto danneggiato.

Dopo numerose sentenze innovatrici una svolta determinante è rappresentata dalla sentenza della Corte Costituzionale, 26/7/79, n. 88, la quale ha riconosciuto il danno alla salute, quale menomazione dell'integrità fisica in sé considerata, non suscettibile direttamente

di valutazione economica, e quindi con carattere extra-patrimoniale risarcibile ai sensi degli artt. 2059 c.c. e 185 c.p.

Dopo altri sette anni caratterizzati da un fermento di idee, posizioni e proposte contraddittorie, la Corte Costituzionale si è nuovamente pronunciata con la sentenza n. 184 del 30/6/1986.

In questa sentenza la salute, bene giuridico costituzionalmente tutelato dall'art. 32, intesa non già come assenza di malattia o infermità, ma, secondo il concetto dell'O.M.S. oggi universalmente accettato, come uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, viene a porsi al centro della valutazione del danno alla persona come bene primario: è infatti la lesione alla salute il danno-evento da cui possono derivare, oppure no, il danno morale soggettivo e l'incapacità lavorativa specifica.

Alla lesione della salute può seguire il danno morale soggettivo e l'incapacità conseguente .

Prima di passare all'analisi delle singole forme di danno risarcibile , analizzeremo

genericamente le varie tipologie.

1) danno alla salute o danno biologico. E' inteso nel senso più vasto come lesione dell'integrità psico-fisica del soggetto e quindi limitazione delle sue potenzialità sociali, viene a conglobare la miriade di componenti della personalità dell'uomo che venivano ad essere compromesse dall'uno o dall'altro evento lesivo, quali il danno alla vita di relazione, il danno estetico, il danno della capacità sessuale, le piccole invalidità permanenti, l'incapacità lavorativa generica.

Richiede una metodologia valutativa identica a prescindere dalla situazione professionale (dipendente, autonomo, professionista) o non professionale (studente, casalinga, disoccupato, pensionato,) dell'interessato mediante l'impiego, a titolo indicativo, dei barèmes (modificati) in uso per valutare la riduzione della capacità lavorativa. Su questo punto le posizioni non sono uniformi.

2) danno patrimoniale. Consiste in una perdita economica da:

a) danno emergente, rappresentato dalle spese di cura, di assistenza, di controlli clinici, di vitto speciale, di apparecchi protesici, ecc.

b) lucro cessante, costituito dalla perdita del guadagno durante il corso della malattia, la convalescenza e anche successivamente se residuano postumi permanenti.

3) danno extra-patrimoniale, consiste in una condizione particolare di sofferenza fisica e psichica, cagionata dal fatto illecito; per legge il risarcimento è dovuto solo quando essi sia conseguenza di un reato, oppure dell'inosservanza di un regolamento (incidente stradale).

16) risarcimento danno biologico

La tematica del danno biologico , o del danno alla salute o danno alla persona, sempre oggetto di autorevoli attenzioni sia dottrinarie che giurisprudenziali, ha subito nel tempo una indiscutibile evoluzione concettuale. Iniziamo dalla definizione che ne ha dato la Corte Costituzionale, secondo la quale:

“Il danno biologico, consiste nel danno provocato dalla lesione dell’interesse costituzionalmente garantito all’integrità psicofisica, considerato nell’integrità dei suoi riflessi pregiudizievoli rispetto

alla propria vita, e quindi non solo in riferimento alla sfera produttiva, bensì pure per ciò che concerne la sfera spirituale, culturale, affettiva, sociale, sportiva e a tutte le altre attività realizzatrici della persona umana,[44]

Ancora la Suprema Corte di Cassazione ha statuito che: *“l' aspetto prioritario e centrale del danno alla persona consiste nella menomazione dell'integrità psico-fisica della persona in se e per se considerata , in quanto incidente sul valore uomo in tutta la sua concreta dimensione , che non si esaurisce nella sola attitudine a produrre ricchezza , ma si collega alla somma delle funzioni naturali afferenti al soggetto nell'ambiente in cui si esplica , ed aventi rilevanza non solo economica , ma anche biologica , culturale ed estetica.”[44]*

Quindi si è superata definitivamente la concezione del danno biologico rilevabile solo sotto il profilo patrimoniale.

Infatti sia la dottrina che la giurisprudenza precedenti valutavano il danno biologico solo dal punto di vista del “ mancato guadagno che il paziente subiva in seguito alla lesione subita.

Tale circostanza si realizzava solo con una minore capacità lavorativa della persona.

Con le sentenze sopracitate , si è finalmente , introdotta una nuova categoria di danno biologico , inteso come danno da evento , determinato dagli esiti di lesioni produttive di un deterioramento della integrità psico-fisica preesistente nel soggetto .

Quindi si è sancito il principio che la natura umana non può essere considerata solo in quanto produttrice di ricchezza e di reddito, ma

come somma di funzioni fisiche, sociali, culturali ed anche estetiche.

Il danno biologico è ritenuto danno evento , il quale costituisce l'elemento fondamentale interno al fatto illecito e che inevitabilmente è presente quando si determinano esiti irreversibili ,deteriorativi del patrimonio intellettuale , fisico e sociale del soggetto traumatizzato.

Si tratta di un danno base , sempre immancabile , garantito costituzionalmente in quanto interagente in senso negativo con il bene salute tutelato dalla Costituzione.

Se non vi è formazione di una lesione fisica o psichica, non è nemmeno configurabile il danno biologico , non essendo sufficiente , al fine dell'incriminabilità il pericolo di danno.

Si deve considerare la lesione come la modificazione di un organo o di un tessuto , mentre la menomazione è la perdita di qualità e di funzionalità dell'organo o del tessuto stesso leso. Perciò la lesione deve necessariamente precedere la menomazione , e rappresenta il momento iniziale del così detto “ danno evento”.

Ci si sta riferendo a lesioni cagionate all'**integrità psico-somatica** dell'individuo, e ciò indipendentemente da qualsivoglia connotazione patrimoniale si volesse dare alla funzione risarcitoria a fronte del danno subito.

Sinteticamente si possono delineare le principali caratteristiche di danno biologico che sono :

Danno meramente morfologico: ossia la modificazione dell'aspetto esteriore della persona (es. danno estetico), che va sempre risarcito

anche se la lesione non compromette l'efficienza psico-fisica della persona;

La riduzione dell'efficacia psico-fisica della persona : ossia la ridotta possibilità per il danneggiato di utilizzare il proprio corpo , il quale va valutato in misura percentuale , dal punto di vista medico-legale e assicurativo – risarcitorio;

Danno alla vita di relazione : che consiste nella riduzione della capacità sociale globalmente intesa, il che vuol dire l'attitudine della persona ad affermarsi in vita mediante la sua vita di relazione con gli altri.[45]

Riduzione della capacità lavorativa generica: ovvero l'attitudine dell'uomo al lavoro in generale.

La perdita di future opportunità di lavoro: intesa come lesione del diritto alla libertà di scelta del lavoro e del diritto di mutare il lavoro già scelto. Il fare più fatica nello svolgere il proprio lavoro.

Per quanto riguarda la liquidazione del danno biologico: essa può essere effettuata dal giudice, con ricorso al metodo equitativo, anche attraverso l'applicazione di criteri predeterminati e standardizzati, quali le cosiddette "tabelle" (elaborate da alcuni uffici giudiziari),” *ancorché non rientrino nelle nozioni di fatto di comune esperienza, né risultano recepite in norme di diritto, come tali appartenenti alla scienza ufficiale del giudice.*” [46]

Nel concreto il danno biologico viene liquidato con riferimento a due voci:

La invalidità temporanea consiste nel numero di giorni necessari per la guarigione e per il ritorno alla normale attività.

La invalidità permanente che viene, ormai, liquidata con riferimento, appunto, al "danno biologico", uguale per ogni cittadino, da determinarsi con riferimento a requisiti consistenti nella età della danneggiata e nel grado di invalidità permanente (cd. punti).

La confluenza in un ipotetico diagramma dei detti requisiti determina l'importo dovuto. Il danno biologico si riferisce non solo ai danni fisici, ma anche ai danni psichici.

Tali danni psichici, ad esempio, sono valutati nella ipotesi di decesso di una persona e della influenza che tale decesso abbia avuto nella psiche dei familiari.

Invalidità temporanea: la Corte di Cassazione, con la sentenza 15385/2010, confermando un precedente orientamento, si è pronunciata per l'esclusione della liquidazione della invalidità temporanea a seguito di un sinistro, se nel frattempo il danneggiato ha regolarmente percepito le retribuzioni. *«..questa Corte Suprema ha affermato, nulla compete a titolo di risarcimento del danno da invalidità totale temporanea al lavoratore che - rimasto infortunato per fatto illecito del terzo - abbia continuato a percepire durante il periodo di invalidità l'intera retribuzione dal proprio datore di lavoro, dato che, sotto questo specifico profilo, nessuna diminuzione si è prodotta nella sfera patrimoniale dell'infortunato, salva restando la prova, a carico del lavoratore, di avere subito altri pregiudizi economici .[47].*

In questa sede, seppur brevemente e sinteticamente, è necessario esaminare gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in relazione

all'ammissibilità del risarcimento del danno biologico *iure hereditatis*, e precisamente:

Il danno biologico, in caso di morte, è quello maturato dalla vittima tra il momento del fatto ed il decesso: una morte istantanea o quasi immediata, infatti, non permetterebbe al soggetto leso di percepire la gravità della lesione ed il conseguente patimento derivante dalla menomazione psico-fisica.

Questa teoria è stata accolta e sviluppata dall'ormai nota sentenza della Corte Costituzionale n. 372/94, che ha riconosciuto la risarcibilità del danno subito da chi, in conseguenza delle lesioni patite, sia deceduto dopo un apprezzabile lasso di tempo.

E' bene tenere presente la distinzione tra ***danno alla vita e danno alla salute***, posta nella giusta evidenza dalla succitata sentenza della Corte Costituzionale. Secondo i fautori della teoria affermativa il decesso del soggetto leso deve essere necessariamente risarcito, poiché la morte rappresenta il culmine del danno alla salute.

La maggior parte delle sentenze della Cassazione pronunciate in proposito sono, tuttavia, di diverso avviso: particolarmente illuminante è la motivazione della sentenza n. 8970/98, secondo la quale "*[...] la morte non costituisce la massima lesione possibile del diritto alla salute, ma incide sul diverso bene giuridico della vita, la cui perdita, per il definitivo venir meno del soggetto, non può tradursi nel contestuale acquisto al patrimonio della vittima di un diritto al risarcimento, trasferibile agli eredi, non rilevando al contrario la mancanza di tutela privatistica del diritto alla vita*

(peraltro protetto con lo strumento della sanzione penale), attesa la funzione non sanzionatoria, ma di reintegrazione e riparazione di effettivi pregiudizi svolta dal risarcimento, e la conseguente impossibilità che, con riguardo alla lesione di un bene intrinsecamente connesso alla persona del suo titolare e da questi fruibile solo in natura, esso operi quando tale persona abbia cessato di esistere".

Ancora, la sentenza n. 1074/97 ribadisce che "[...] diverso dal diritto alla salute è il diritto alla vita. La distinzione tra vita e salute e, conseguentemente, tra diritto alla vita e diritto alla salute, non appare invero contestabile, ed è stata del resto autorevolmente ribadita dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 372/94, sul rilievo che sebbene connesse, la seconda essendo una qualità della prima, vita e salute sono beni giuridici diversi, oggetto di diritti distinti, sicché la lesione dell'integrità fisica con esito letale non può considerarsi una semplice sottopotesi di lesione alla salute in senso proprio".

Pertanto, il fatto della morte (danno alla vita) non integra di per sé prova dell'esistenza del danno biologico, occorrendo a tal fine la prova del danno alla salute patito in seguito alla lesione.

Tale orientamento è stato ormai recepito sia dalla Suprema Corte, sia dalla prevalente giurisprudenza di merito.

Pertanto la giurisprudenza è unanime nel ritenere risarcibile “ il danno biologico degli stretti congiunti” ,quello patito dal *de cuius* solo qualora il decesso conseguente alle lesioni riportate non sia immediato, ma decorra invece un lasso di tempo che possa venire

giudicato apprezzabile, tale cioè da rendere concreta una perdita di utilità che si rifletta nella sfera patrimoniale del danneggiato.

E proprio ai principi di tale teoria si richiama il criterio di liquidazione del risarcimento indicato dalla Cassazione.

La Suprema Corte, infatti, ha espressamente stabilito che il risarcimento del danno patito dal *de cuius* deve essere commisurato al periodo di tempo in cui costui ha potuto percepire le conseguenze della propria menomazione: da qui la necessità che lo *spatium temporis* sia congruo.

Infatti, un risarcimento determinato su tale metro valutativo, se concesso anche nel caso di morte quasi istantanea, sarebbe talmente modesto da non giustificare neppure le spese del procedimento.

D'altronde, la Cassazione stessa, pur senza fornire i parametri precisi per la liquidazione, nella sentenza n. 2450 del 2 marzo 1995, ha statuito che *"la menomazione non reversibile dell'integrazione psico-fisica della persona [...] presuppone che la persona stessa sopravviva almeno temporaneamente al fatto lesivo e, presentandosi con i connotati del danno permanente, va risarcita con le corrispondenti tecniche di valutazione probabilistica. Tuttavia, nel caso in cui al momento della liquidazione la persona offesa sia deceduta, alla valutazione probabilistica va sostituita quella del concreto danno effettivamente prodottosi e richiesto dagli eredi 'iure successionis', cosicché la morte della persona, sopravvenuta prima della liquidazione del risarcimento, rende misurabile e rapportabile alla durata della vita successiva alla menomazione l'incidenza negativa da questa arrecata*

all'esplicazione dell'attività" Altre sentenze della Suprema Corte convalidano questo orientamento; ad es.: Cass. 28 novembre 1995, n. 12299, riconosce ai congiunti, *iure hereditatis*, il diritto al risarcimento del danno biologico sofferto dal proprio dante causa limitatamente ai danni verificatisi tra il momento dell'illecito e quello del decesso.

E' bene notare, infine, che la Cassazione ha affermato, senza dilungarsi oltre, che il giudizio circa l'apprezzabilità del lasso di tempo in cui matura il danno biologico è demandato alla discrezionalità del giudice di merito.

[43] Corte Costituzionale con la sentenza n. 184 del 1986 e con la sentenza n. 356 del 1991.

[44] Corte Cassazione sentenza. 2396 del 6 /4/1983

[45] la Terza Sezione Civile della Corte di Cassazione (Sentenza 9514/07) "*in presenza di una lesione dell'integrità psicofisica della persona, il danno alla vita di relazione (come il danno estetico o la riduzione della capacità lavorativa generica) costituisce, una componente del danno biologico perché si risolve nell'impossibilità o nella difficoltà di reintegrarsi nei rapporti sociali per gli effetti di tale lesione e di mantenerli a un livello normale, cosicché anche quest'ultimo non è suscettibile di autonoma valutazione rispetto al danno biologico , ancorché costituisca un fattore di cui il giudice deve tenere conto per accertare in concreto la misura di tale danno e personalizzarlo alla peculiarità del caso"*.

[46] Cassazione Civile Sentenza 12/05/2006, n. 11039.

[47] Cass. 11 ottobre 1995 n. 10597, 15 aprile 1993 n. 4475, 10 ottobre 1988 n. 5465 ed altre.

17) Risarcimento danno patrimoniale.

Si parla di danno patrimoniale quando un evento colpisce il soggetto e ne danneggia in modo diretto il patrimonio economico.

Il danno patrimoniale rientra quindi nella categoria dei danni che possono colpire la persona.

Ciascun individuo consegue il proprio benessere quando ha il pieno godimento dei propri beni materiali e delle proprie facoltà personali.

Pertanto una qualsiasi privazione di tali beni o di tali facoltà, poiché impediscono e limitano la possibilità di conseguire un pieno benessere, costituiscono una lesione della persona.

Tra i beni personali dell'individuo, quelli che costituiscono insieme il suo modo di essere, rientra ovviamente il bene salute.

Ed una compromissione sulla complessiva integrità psicofisica dell'individuo, tanto momentanea quanto definitiva, può in vario modo incidere sul patrimonio del soggetto leso.

Il concetto di patrimonio da prendere in considerazione ai fini della stima del danno patrimoniale, conseguente ad un fatto illecito, non si identifica con quello di cui all'art. 2740 cod. civ., ma è più ampio, comprendendo non solo i beni in senso stretto, materiali o immateriali che siano (art. 810 cod. civ.), ma altresì le opportunità o chances, sempre che queste ultime si presentassero, al momento della perdita, con delle concrete possibilità di avveramento.

Così, ad esempio, costituisce danno patrimoniale la rinuncia forzata ad un'offerta di lavoro o ad una proposta di promozione o di mutamento di funzioni, quando queste ultime avessero comportato un aumento della retribuzione, e sempre che il danneggiato per

condizioni soggettive e requisiti professionali avesse avuto serie e concrete possibilità di ottenere la promozione od il trasferimento.

A differenza del danno biologico e di quello morale, che sono gli altri danni che colpiscono comunque la persona, il danno patrimoniale può essere ricondotto esclusivamente alla sfera economica del soggetto, quindi, esclusivamente alle sue mancate capacità di guadagno, in quanto pregiudicate dall'evento dannoso che può essere rappresentato anche dalla malattia.

Infatti il giudice, oltre al danno biologico, dovrà accertare se la malattia ha prodotto una contrazione del reddito del danneggiato.

Ogni compromissione dell'integrità psicofisica dell'individuo, pertanto, oltre agli immancabili riflessi "biologici", può determinare una inabilità al lavoro, ovvero una impossibilità di continuare a lavorare con la stessa energia, qualità, produttività, attenzione, impiegate prima dell'evento dannoso.

Questa inabilità può essere solo temporanea, ovvero irremissibile e permanente. Sia l'una che l'altra possono causare:

Il danno emergente : viene definito dal codice civile come "perdita subita".

In sede di risarcimento, si calcola come danno patrimoniale la diminuzione quantitativa del patrimonio dell'danneggiato, o, caso molto più frequente, del valore dei suoi beni nel loro complesso.

Si differenzia quindi dal lucro cessante in quanto il primo è una perdita futura, mentre il danno emergente è una perdita che già si è concretizzata nel patrimonio di chi ha subito l'evento lesivo.

In questo tipo di danno rientrano però non solo i beni, ma anche i cessati diritti che possono essere valutati da un punto di vista economico.

Altri tipi di danno patrimoniale emergente possono essere le spese di cura presenti e future, quelle di sepoltura, le spese per l'attività stragiudiziale , in altri termini designa una posta attiva del patrimonio del soggetto un bene su cui in pratica è maturata una legittima aspettativa (come nel caso di chi debba sostenere spese aggiuntive di trasporto, per non potere recarsi al lavoro coi propri mezzi a causa delle lesioni subite).

Il danno emergente va sempre liquidato sulla base di una prova rigorosa, e può liquidarsi equitativamente solo ove ne sia impossibile, e non per inerzia del danneggiato, la stima esatta (art. 1226 c.c.).

Il **lucro cessante** calcola la quantità di guadagno che l'assicurato non potrà percepire e aggiungere al suo patrimonio a causa dell'evento che lo ha colpito e danneggiato. In sostanza, nella categoria del lucro cessante rientrano tutti i futuri guadagni che si erano previsti e che la persona perderà a causa dell'evento. Quindi, per fare un esempio, se a causa di un evento, un artista non può partecipare a un concerto che gli avrebbe fatto guadagnare 100 euro, proprio in quei 100 euro è da quantificare il lucro cessante. E' importante ricordare che per calcolare il lucro cessante (con una sostanziale differenza rispetto al danno emergente) al momento del risarcimento bisogna usare non solo dati concreti ma anche elementi attendibili, ottenuti quindi non solo sulla base di una

constatazione oggettiva ma anche su dei ragionamenti, delle induzioni, dei calcoli di probabilità. Come si potrà immaginare, si tratta quindi di situazioni che possono facilmente generare delle controversie.

Esempio classico di danno emergente è di chi, impossibilitato dagli esiti delle lesioni, deve rinunciare al proprio reddito od a parte di esso.

IL risarcimento del danno patrimoniale , conseguente ad una responsabilità medica , comporta a carico del professionista un obbligo risarcitorio aquiliano del danno.

Il pregiudizio psico-fisico (presente e futuro) subito dal paziente, deve essere provato in giudizio , attraverso ogni mezzo probatorio, secondo la struttura dell'articolo 2043 c. c. il danneggiato è tenuto a dimostrare sia l'esistenza del fatto dannoso che il danno subito, il nesso di causalità fra evento e danno che si concretizza nella consequenzialità immediata e diretta del danno in rapporto alla condotta dannosa.

Il giudice dovrà stabilire l'esistenza del nesso causale tra il fatto doloso e l'evento prendendo in considerazione tutti gli elementi della fattispecie in esame. Dovrà poi quantificare la perdita patrimoniale subita dal paziente o dai suoi congiunti.

18) Risarcimento danno non patrimoniale.

Il risarcimento del danno non patrimoniale è previsto nel nostro ordinamento dall'art. 2059 c.c. , secondo il quale *“Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi previsti dalla legge*

“ , quindi sono risarcibili solo quei danni che vengono individuati specificatamente dalla legge .

La dottrina e la giurisprudenza precedenti , prevedevano la risarcibilità solo all'interno dell'art. 185 c.p. , quindi erano risarcibili solo i danni derivanti da reato.

L'interpretazione di tale articolo è stato più volte revisionato e ampliato, tanto che attualmente il suo campo di applicazione è totalmente mutato.

La Cassazione, ha accolto l'idea di un danno non patrimoniale risarcibile , ogni qualvolta si verifichi una lesione di un interesse costituzionalmente protetto.

A parte le ipotesi già codificate dalla giurisprudenza si dovrà, di volta in volta, verificare la lesione ai diritti inviolabili della persona.

All'interno del quadro legislativo italiano le ipotesi già codificate di risarcimento del danno non patrimoniale riguardano:

- la compromissione di valori personali (art. 2 l. n. 117/199),
- la privazione della libertà personale cagionati dall'esercizio di funzioni giudiziarie; art 29, comma 9, l. n. 675/1996;
- l'impiego di modalità illecite nella raccolta di dati personali; art. 44, comma 7, d.lgs. n. 286/1998 -
- l'adozione di atti discriminatori per motivi razziali, etnici o religiosi; art. 2 l. n. 89/2001;
- il mancato rispetto del termine ragionevole di durata del processo

Inoltre all'interno del danno non patrimoniale vanno ricondotti:

-il danno da lesione del diritto inviolabile alla salute (art. 32 Cost.)

-la lesione dei diritti inviolabili della famiglia (artt. 2, 29 e 30 Cost; già considerate nelle precedenti sent. n. 8827 e n. 8828/2003 dello stesso Cons. Rel Roberto Preden) concernenti la fattispecie del danno da perdita o compromissione del rapporto parentale nel caso di morte o di procurata grave invalidità del congiunto

-la violazione del diritto alla reputazione, all'immagine, al nome, alla riservatezza, diritti inviolabili della persona incisa nella sua dignità, (artt. 2 e 3 Cost.; sent. n. 25157/2008).

Al di fuori dei casi sopra elencati è possibile ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale, ma solo se sia accertata la lesione di un diritto inviolabile della persona, ossia deve sussistere una ingiustizia costituzionalmente qualificata. Non tutti i pregiudizi non patrimoniali possono essere risarciti, ma soltanto quelli che realizzano un'ingiustizia costituzionalmente qualificata.

La peculiarità del danno non patrimoniale consiste nella sua tipicità, avuto riguardo alla natura dell'art. 2059 c.c., quale norma di rinvio ai casi previsti dalla legge (e, quindi, ai fatti costituenti reato o agli altri fatti illeciti riconosciuti dal legislatore ordinario produttivi di tale tipo di danno) ovvero ai diritti costituzionali inviolabili, presieduti dalla tutela minima risarcitoria, con la precisazione, in quest'ultimo caso, che la rilevanza costituzionale deve riguardare l'interesse leso e non il pregiudizio consequenzialmente sofferto e che la risarcibilità del pregiudizio non patrimoniale presuppone, altresì, che la lesione sia grave (e, cioè, superi la soglia minima di tollerabilità, imposto dai doveri di solidarietà sociale) e che il danno

non sia futile (vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi o sia addirittura meramente immaginario). Questo non significa che il risarcimento del danno sia confinato ad un *numerus clausus*.

La lettura evolutiva, e costituzionalmente orientata, della norma di cui all'art. 2059 c.c. comporta che il danno non patrimoniale deve ritenersi risarcibile non solo nei casi contemplati da apposita previsione di legge ma anche in caso di lesione dei valori fondamentali della persona tutelati precettive della Carta Costituzionale dalle disposizioni immediatamente. Si tratta di un approccio ermeneutico che legge in senso elastico la tipicità del danno non patrimoniale risarcibile, consentendo il ristoro del danno in caso di lesione di valori costituzionali primari, oltretutto non confinabili ad un *numerus clausus* in quanto ricavabili, in forza della clausola aperta di cui all'art. 2 della Costituzione, in base ad un criterio dinamico che consente di apprezzare l'emersione, nella realtà sociale, di nuovi interessi aventi rango costituzionale in quanto attinenti a posizioni inviolabili della persona.

L'ampliamento della categoria del danno non patrimoniale, categoria unitaria non scindibile in sottocategorie strutturalmente autonome, è tuttavia compensata, dall'introduzione di un limite ontologico e di un onere probatorio. Quanto al primo, in un quadro interpretativo attento al contemperamento tra i principi costituzionali di solidarietà e di tolleranza, il risarcimento del danno non patrimoniale costituzionalmente qualificato è stato ammesso nei soli casi in cui la

lesione del diritto costituzionale sia qualificata dalla serietà dell'offesa e dalla gravità delle conseguenze nella sfera personale. Quanto al secondo aspetto, superandosi la teoria del danno evento, si esige che il danneggiato fornisca la prova, oltre dell'evento dato dalla sussistenza di una lesione del diritto costituzionalmente primario che superi la soglia della tollerabilità, anche della ricorrenza di significative ripercussioni pregiudizievoli sotto il profilo del danno conseguenza.[50]

La Cassazione pone l'accento sulla "gravità dell'offesa" affermando che la *"gravità dell'offesa costituisce requisito ulteriore per l'ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionali inviolabili. Il diritto deve essere inteso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio. La lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza. Il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile. Pregiudizi connotati da futilità ogni persona inserita nel complesso contesto sociale li deve accettare in virtù del dovere della tolleranza che la convivenza impone (art. 2 Cost.). Entrambi i requisiti devono essere accertati dal giudice secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico."* Con questa formula la Cassazione

intende individuare le cause risarcitorie in cui il danno consequenziale è futile o irrisorio; infatti è stato necessario chiarire questo aspetto poiché il risarcimento di pretesi danni esistenziali è stato frequentemente richiesto ai giudici di pace ed ha dato luogo alla proliferazione delle liti bagatellari e superflue: vi sono stati casi infatti in cui è stato chiesto il ristoro per pregiudizi futili (non poter più urlare allo stadio, fumare o bere alcolici), o per offese che arrecavano danni privi di gravità come avviene nel caso del graffio superficiale dell'epidermide, del mal di testa per una sola mattinata conseguente ai fumi emessi da una fabbrica ecc.[51]

Le sentenze della Corte di cassazione a S.U. n. 26972 e 26973/2008 hanno disposto che non è ammessa la creazione di diverse tipologie autonome e a sé stanti di danno non patrimoniale (ed in particolare di quella del danno c.d. esistenziale), per attribuire una specifica somma in risarcimento di ognuna; ma che il giudice deve comunque tenere conto - nel liquidare l'unica somma spettante in riparazione - di tutti gli aspetti che il danno non patrimoniale assume nel caso concreto (danno alla vita, alla salute, ai rapporti affettivi e familiari, sofferenze psichiche, ecc.).

[50] Consiglio di Stato sentenza n. 03397 /2010 ; sentenza n. 09228/2009

[51] Cassazione civile sez. III n. 12885 del 470572009

19)Risarcimento danni dopo le sentenze delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione n. 26972 / 2008.

Con la sentenza n. 26972 dell'11.11.2008 le Sezioni Unite della Corte della Cassazione, nel rispondere agli otto quesiti contenuti

nell'ordinanza di remissione del 25 febbraio 2008, dopo circa un decennio di dibattiti dottrinali e di pronunce giurisprudenziali contrastanti, sanciscono la fine del cd. danno esistenziale, stabilendo espressamente che di esso *“come autonoma categoria di danno non è più dato discorrere”*.

In realtà, la pronuncia delle Sezioni Unite va oltre le attese, va oltre dando una definizione nuova del danno non patrimoniale e stabilendo quando e come lo stesso deve essere risarcito, considerato quale danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona umana, non connotati da rilevanza economica e riconosciuto come categoria unitaria, capace di riassumere in sé le *“figure descrittive del danno morale, del danno biologico e del danno esistenziale”*, da considerarsi quali tipi diversi di *“pregiudizio”* (o *“voci”*) di uno stesso danno, di cui il giudice deve, comunque, tener conto nella liquidazione dello stesso. In tal senso la Corte riprende quanto statuito nel 2003 dalle sentenze gemelle della Corte Costituzionale, in cui si è affermato *“che nel vigente assetto dell'ordinamento, nel quale assume posizione preminente la Costituzione - che, all'art. 2, riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo - il danno non patrimoniale deve essere inteso nella sua accezione più ampia di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica. “*

Ebbene le S.U. dicono di condividere questo aspetto affermando che *“Il danno non patrimoniale di cui parla, nella rubrica e nel testo, l'art. 2059 c.c., si identifica con il danno determinato dalla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza*

economica. Il suo risarcimento postula la verifica della sussistenza degli elementi nei quali si articola l'illecito civile extracontrattuale definito dall'art. 2043 c.c..cioè, l'art. 2059 c.c. non delinea una distinta fattispecie di illecito produttiva di danno non patrimoniale, ma consente la riparazione anche dei danni non patrimoniali, nei casi determinati dalla legge, nel presupposto della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della struttura dell'illecito civile, che si ricavano dall'art. 2043 c.c., elementi che consistono nella condotta, nel nesso causale tra condotta ed evento di danno, connotato quest'ultimo dall'ingiustizia, determinata dalla lesione, non giustificata, di interessi meritevoli di tutela, e nel danno che ne consegue.

La rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., come norma deputata alla tutela risarcitoria del danno non patrimoniale inteso nella sua più ampia accezione, riporta il sistema della responsabilità aquiliana nell'ambito della bipolarità che vede l'art. 2043 demandato alla cura dei danni patrimoniali, l'art. 2059 ai danni non patrimoniali.

La risarcibilità del danno non patrimoniale postula, sul piano dell'ingiustizia del danno, la selezione degli interessi dalla cui lesione consegue il danno. Selezione che avviene a livello normativo, negli specifici casi determinati dalla legge, o in via di interpretazione da parte del giudice, chiamato ad individuare la sussistenza, alla stregua della Costituzione, di uno specifico diritto inviolabile della persona necessariamente presidiato dalla minima tutela risarcitoria. “

Fino a qui la Suprema Corte non fa altro che confermare quanto già disposto in precedenza in materia di responsabilità civile.

La Cassazione però statuisce che il risarcimento del danno patrimoniale da fatto illecito è *connotato da atipicità, postulando l'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c. la lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante, mentre quello del danno non patrimoniale è connotato da tipicità, perché tale danno è risarcibile solo nei casi determinati dalla legge e nei casi in cui sia cagionato da un evento di danno consistente nella lesione di specifici diritti inviolabili della persona.*

La presenza del rinvio da parte dell'art. 2059 c.c. ai “*casi determinati dalla legge*” da intendersi secondo l'accezione sopra richiamata - consentirebbe, quindi, a giudizio della Suprema Corte di ricostruire il danno non patrimoniale in termini di danno tipico, a differenza del danno patrimoniale di cui all'art. 2043 c.c. che resta atipico.

Ma, forse, l'affermata “tipicità”, che contraddistinguerebbe il danno non patrimoniale, viene ad essere in parte smentita dalla successiva affermazione, contenuta nella stessa sentenza, secondo la quale al di fuori di tali casi, è comunque possibile ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale, qualora “*sia accertata la lesione di un diritto inviolabile della persona*” tale da dar luogo ad “*un'ingiustizia costituzionalmente qualificata*”. Con questa affermazione la Corte sembra rimandare alla atipicità o una falsa tipicità in quanto il riferimento è alla Costituzione, la quale ha poche norme di immediata applicazione precettiva, ma le altre trovano applicazione nelle leggi, e nell'interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali.

Inoltre, il riconoscimento dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 rimanda ad una realtà sociale in continua evoluzione e cambiamento .[52]

E l'art. 2 in combinazione con il 3 diventa la fucina dei nuovi diritti. Per cui questa tipicità come dire non è pura, ma relativa, o meglio è una falsa tipicità.

Ciò significa in ultima analisi che, in virtù dell'apertura offerta dall'art. 2 delle Costituzione, spetta al giudice procedere all'individuazione di ulteriori interessi emersi nella realtà sociale in un determinato momento storico, purché si tratti di interessi non genericamente rilevanti per l'ordinamento ma di rango costituzionale e attinenti a posizioni inviolabili della persona umana, d'altra parte, il tentativo di costruire il danno non patrimoniale come categoria unitaria ed omogenea, non sembra destinato ad incontrare consensi, anche all'interno della stessa giurisprudenza.

In tema di danno morale la Corte ha stabilito che lo stesso non è un autonoma sottocategoria di danno , ma descrive i vari pregiudizi che ne possono derivare.

Circa il contenuto di tali “*pregiudizi*” si chiarisce che per “danno morale soggettivo” deve intendersi il pregiudizio costituito dalla sofferenza psichica, non necessariamente transeunte, come ritenuto in passato, ma proiettata anche nel futuro; mentre in merito al pregiudizio (o danno) biologico, pur ribadendosi sostanzialmente la precedente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, si aggiunge che la prova dell'avvenuta lesione dell'integrità psico-fisica, può anche prescindere dall'accertamento medico-legale, potendo il

giudice ritenere sufficienti altre prove, ivi comprese quelle presuntive.

Come già ricordato, non è, invece, ritenuta ammissibile nel nostro ordinamento la configurabilità di un autonomo “*danno esistenziale*”, inteso quale perdita del fare reddituale, che ove causata da un fatto illecito lesivo di un diritto della persona costituzionalmente garantito, rientra nell’ambito del danno non patrimoniale, risarcibile alle condizioni e nei limiti di cui all’art. 2059 c.c.

In particolare, interpretando il dettato normativo di cui all’art. 2059 c.c., che consente il risarcimento del danno non patrimoniale “*solo nei casi determinati dalla legge*”, le Sezioni Unite stabiliscono che ai fini della risarcibilità dello stesso, si rende necessario un fondamento di diritto positivo, costituito o dall’espressa previsione legislativa del risarcimento o dalla tutela costituzionale di un diritto inviolabile della persona.

Infatti afferma che (...), *la figura del danno esistenziale era stata proposta nel dichiarato intento di supplire ad un vuoto di tutela, che ormai più non sussiste.* Al contempo si dice che: “*Il c.d. pregiudizio di tipo esistenziale è, quindi, risarcibile solo entro il limite segnato dalla ingiustizia costituzionalmente qualificata dell’evento di danno. Se non si riscontra lesione di diritti costituzionalmente inviolabili della persona non è data tutela risarcitoria*”.

Un ulteriore requisito ritenuto indispensabile ai fini della risarcibilità dei danni non patrimoniali alla persona, viene individuato nella “gravità dell’offesa”, consistente nel fatto che la

lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza.

Infatti la Corte specifica che : *“palesamente non meritevoli dalla tutela risarcitoria, invocata a titolo di danno esistenziale, sono i pregiudizi consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie ed in ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita quotidiana che ciascuno conduce nel contesto sociale Non vale, per dirli risarcibili, invocare diritti del tutto immaginari, come il diritto alla qualità della vita, allo stato di benessere, alla serenità: in definitiva il diritto ad essere felici.*

Conseguentemente deve escludersi la risarcibilità dei cc.dd. “danni bagatellari” ossia di quei danni futili od irrisori, tali da doversi accettare in un determinato contesto sociale in virtù del dovere di tolleranza che la convivenza impone (art. 2 Cost.). Anche l’individuazione di tale secondo requisito è rimessa al giudice, il quale dovrà procedervi secondo il vago parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico.

Però la Cassazione non indica quali diritti e quali gli interessi meritevoli di tutela .

La Corte fa solo un esempio di quelli che possono essere gli interessi privi di interesse e non il contrario.

Alla luce dell’affermato principio della necessaria tutela risarcitoria riconosciuta dall’ordinamento in tutti i casi di lesione di un diritto inviolabile della persona, la sentenza delle Sezioni Unite affronta e

risolve positivamente anche la questione concernente la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, da molti ritenuta inammissibile, data la mancanza, nella disciplina della responsabilità cosiddetta contrattuale, di una norma analoga all'art. 2059 c.c., dettato in materia di fatti illeciti.

In particolare, a giudizio della Corte “una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consente di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali.” Dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale.

La risposta delle Sezioni Unite è la seguente: *“la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espedito del cumulo di azioni. Che interessi di natura non patrimoniale possano assumere rilevanza nell'ambito delle obbligazioni contrattuali, è confermato dalla previsione dell'art. 1174 c.c., secondo cui la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore. L'individuazione, in relazione alla specifica ipotesi contrattuale, degli interessi compresi nell'area del contratto che, oltre a quelli a contenuto patrimoniale, presentino carattere non patrimoniale, va condotta accertando la causa concreta del negozio, da intendersi come*

sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico, adoperato; sintesi, e dunque ragione concreta, della dinamica contrattuale.”

Ed è forse questa la più importante innovazione apportata dalla recente sentenza delle Sezioni Unite in quanto consente di attribuire un più ampio significato sia all'art. 1218 c.c. - nella parte in cui dispone che il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, da riferirsi non soltanto al danno patrimoniale, ma altresì, al danno non patrimoniale, qualora l'inadempimento abbia determinato lesione di diritti inviolabili della persona- sia all'art. 1223 c.c, secondo cui il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta, riconducendo tra le perdite e le mancate utilità anche i pregiudizi non patrimoniali determinati dalla lesione dei menzionati diritti.

Con l'ulteriore precisazione che, anche al danno non patrimoniale, risulta applicabile l'art. 1225 c.c., mentre il rango costituzionale dei diritti suscettivi di lesione rende nulli i patti di esonero o limitazione della responsabilità, ai sensi dell'art. 1229, comma 2, c.c..

A tal riguardo, preme porre in luce che - contrariamente a quanto ritenuto da coloro che hanno ravvisato nella riconducibilità del danno non patrimoniale da inadempimento nell'ambito della responsabilità c.d. contrattuale e dalla conseguente applicazione dell'art. 1225 c.c., riferibile tra l'altro alla sola ipotesi in cui il creditore abbia agito con dolo, una riduzione quantitativa del danno

risarcibile - la norma in questione è genericamente inserita nell'ambito di quelle che regolano l'inadempimento delle obbligazioni, la cui fonte ai sensi dell'art. 1173 c.c. può essere non soltanto il contratto, ma anche un fatto illecito o qualsiasi altro fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico. Altro punto che è stato affrontato in questa sentenza è quello relativo alla prova e si è stabilito che si può anche non disporre l'accertamento medico legale, ma utilizzare tutti gli elementi utili (documenti, testimonianze), ossia far ricorso alla prova testimoniale, documentale e presuntiva; ci si dimentica che per intuire le ripercussioni negative sul valore uomo, altri consulenti possono aiutare il giudice oltre che il medico legale (ossia lo psicologo, il medico sociale, il sociologo e così a seguire).

In particolare il danno non patrimoniale, una volta allegate le circostanze di fatto da cui deriva, può essere provato nelle forme consuete, anche mediante presunzioni semplici, fermo restando la possibilità di fondare la decisione sulle nozioni di fatto rientranti nella comune esperienza.

Il problema della quantificazione dei danni non viene, però, esaminato esaustivamente dalla Suprema Corte in quanto, premessa l'applicabilità dell'art. 1226 c.c., non si chiarisce se sia corretto utilizzare, seppur a livello orientativo, le cc.dd. tabelle del danno biologico, anche nei casi in cui siano lesi beni diversi dalla salute, ovvero debba farsi riferimento alla liquidazione in via equitativa.

Un ultimo aspetto affrontato dalla sentenza, e non risolto completamente, concerne la complessa tematica del cd. danno tanatologico.

In particolare, le Sezioni Unite non rispondono esplicitamente al quesito concernente la risarcibilità o meno del danno da morte immediata, ma citano come vigente il costante orientamento di legittimità che nega il risarcimento del danno biologico per la perdita della vita nel caso di morte immediata o intervenuta a breve distanza dall'evento lesivo, e lo ammette, invece, per la perdita della salute se il soggetto è rimasto in vita per un tempo apprezzabile. Tuttavia consapevole del fatto che un siffatto indirizzo giurisprudenziale è stato più volte criticato in quanto arriva alla soluzione paradossale ed incostituzionale per cui si punisce più gravemente la lesione aggravata dalla morte rispetto alla c.d. morte immediata e diretta, la Cassazione afferma che *“il giudice potrà correttamente riconoscere e liquidare il solo danno morale (e non anche il danno biologico), a ristoro della sofferenza psichica provata dalla vittima di lesioni fisiche, alle quali sia seguita dopo breve tempo la morte, che sia rimasta lucida durante l'agonia in consapevole attesa della fine”*, richiamandosi, in tal modo, a quell'isolata sentenza di legittimità (Cass. 2 aprile 2001 n. 4783) che ha riconosciuto la risarcibilità del cd. danno esistenziale da sofferenza catastrofica, non suscettibile di degenerare in danno biologico, ma risarcibile come danno morale, nella sua nuova più ampia eccezione.

La soluzione prospettata in materia di danno tanatologico dalle Sezioni Unite non appare, però, esaustiva, in quanto seppur è vero che risarcendo il danno morale, trasferibile agli eredi *iure successionis*, nel caso in cui la vittima muoia immediatamente ovvero dopo pochissimo tempo dalla lesione, si pone fine, in questi

casi, ad un vuoto di tutela del danno non patrimoniale, tale problema continua, tuttavia, a sussistere relativamente ai restanti casi in cui il *de cuius* non fosse cosciente poco prima di morire. La Cassazione afferma che *il giudice potrà invece correttamente riconoscere e liquidare il solo danno morale, a ristoro della sofferenza psichica provata dalla vittima di lesioni fisiche, alle quali sia seguita dopo breve tempo la morte, che sia rimasta lucida durante l'agonia in consapevole attesa della fine. Viene così evitato il vuoto di tutela determinato dalla giurisprudenza di legittimità che nega, nel caso di morte immediata o intervenuta a breve distanza dall'evento lesivo, il risarcimento del danno biologico per la perdita della vita e lo ammette per la perdita della salute solo se il soggetto sia rimasto in vita per un tempo apprezzabile, al quale lo commisura. Una sofferenza psichica siffatta, di massima intensità anche se di durata contenuta, non essendo suscettibile, in ragione del limitato intervallo di tempo tra lesioni e morte, di degenerare in patologia e dare luogo a danno biologico, va risarcita come danno morale, nella sua nuova più ampia accezione.*

[52] Cassano Giuseppe *note critiche 2008*, sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione n. 26972 / 2008.

Conclusioni.

La responsabilità medica, come si è analizzato ha dato origine ad una nutrita messe dottrinarie e giurisprudenziale determinandone, soprattutto in sede giudiziaria, una notevole rivoluzione operativo-decisoria. Si è infatti passati da un periodo di notevole tolleranza

nei confronti degli errori compiuti dal medico, all'epoca attuale, la quale si caratterizza per una maggiore della tutela dei diritti del malato.

Le tematiche esaminate inducono a ritenere che l'obbligazione del medico, caratterizzata da una fattispecie a formazione progressiva, per definizione destinata a durare nel tempo, la quale si snoda in plurime prestazioni, imponga il raggiungimento di più risultati intermedi e strumentali al conseguimento dell'obiettivo finale, (id est) la guarigione del paziente.

I comportamenti cui il medico è tenuto nel corso del rapporto obbligatorio complessivo sono esigibili dal paziente e la loro violazione integra un inadempimento in sé rilevante, suscettibile di salvaguardia risarcitoria. D'altro canto, tale inadempimento ha una valenza oggettiva e subiettiva: per un verso, connota la rilevanza delle condotte in concreto adottate, anche nell'ottica della valutazione del nesso causale sotto l'egida della probabilità logica, per altro, è significativo della ricorrenza della colpa nell'esercizio della professione.

L'inquadramento che precede ha inoltre un precipitato immediato anche sul piano processuale - probatorio: dovrà essere il medico cui è addebitata la violazione di tali obblighi di risultato intermedi a fornire la dimostrazione del loro adempimento e della loro concreta esigibilità, anche in ordine alle ripercussioni rinvenute sul piano causale.

Essendo implicati nella responsabilità medica il diritto alla salute e alla dignità umana, questa sarà sempre oggetto di attenzione, sia sotto il profilo strettamente giuridico che sociale.

Bibliografia

- 1) Bilancetti M., La responsabilità penale e civile del medico, II ediz., Padova, 1996, 51 e segg.
- 2) Bilancetti M. La responsabilità penale e civile del medico, Cedam 2003.,
- 3) A. . Baldassarri, La responsabilità civile del professionista, Coll.: il diritto privato oggi, Milano, Mengoni L. , Obbligazioni “di risultato “e obbligazioni di “mezzi” , in Rivista di Diritto Commerciale I,185,1954.
- 4), Cassano Giuseppe note critiche 2008 , sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione n. 26972 / 2008.
- 5) Cataldi R., Matricardi C., Romanelli F., Vagnoni S., Zatti V.“La responsabilità professionale del medico” 2006, Maggioli Editore
- 6) Gliatta Giuseppe “ La dignità e la salute del paziente e il trattamento in assenza di consenso”
- 7) Mantovani “ il principio di affidamento nella teoria del reato colposo.,
- 8) Mengoni L. , Obbligazioni “di risultato “e obbligazioni di “mezzi” , in Rivista di Diritto Commerciale I,185,1954.
- 9) A. Vigotti “ responsabilità del professionista “ c. Petix e altro, in Giust. civ., 1995, I, 767;nota 1029 in Resp. civ. e prev., 1994.

Direttore della scuola: *Prof. Michele Comenale Pinto*

Tutor : *Prof. Andrea Nervi*

Autrice della tesi: *Dottoressa Marianna Bulciolu*

