

**Aspetti civili della colpa professionale medica** di Carlo Cincotti | Avvocato

# Responsabilità medica o ammortizzatore sociale?

## Il concetto di responsabilità

L'inventiva di alcuni colleghi, l'acquiescenza della politica e l'insopprimibile desiderio di alcuni magistrati di emettere sentenze innovative (sarei portato a dire "con effetti speciali"), hanno portato, a sommo avviso di chi scrive, all'emanazione della nota sentenza del Tribunale di Genova (Seconda Sezione civile - sentenza 27 ottobre-14 dicembre 2007, n. 4383) cui è stato dato ampio risalto sui media (vedi riquadro a fianco).

Tanto premesso, il punto di partenza per un discorso rigoroso non può che risiedere nel concetto stesso di responsabilità e di danno: "Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno" (art. 2043 c.c.). Il rapporto si instaura, quindi, "stante l'atto doloso o colposo", tra l'ingiustizia del danno e il suo risarcimento.

Tale tipo di responsabilità così definita (cosiddetta aquiliana) ha un ristretto margine applicativo e interpretativo e così nel "fatto medico" si è iniziato a parlare di "rapporto terapeutico", di contratto sanitario aggiungendo così ai titoli di responsabilità extracontrattuale tutti i titoli della responsabilità contrattuale.

## Responsabilità medica: il "contratto sociale"

La responsabilità del medico nei confronti del paziente, pur se non fondata su un contratto concluso tra la struttura sanitaria e il paziente con l'accettazione dello stesso ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, si basa sul "contratto sociale". Non si creda che sia un mero esercizio letterale, dall'inquadramento giuridico discendono molte e varieguate conseguenze; infatti le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, l'11/01/2008, con la sentenza n. 577, hanno affermato che: "inquadrate nell'ambito contrattuale la responsabilità della struttura sanitaria e del medico, nel rapporto con il paziente il problema del riparto dell'onere probatorio deve seguire i criteri fissati in materia contrattuale (...): il creditore che agisca per il risarcimento del danno deve dare la prova della

■ **L'ormai frequente riconoscimento della risarcibilità del danno non patrimoniale nell'ambito dell'attività medica, appesantisce, in termini di responsabilità professionale, una situazione ormai non più tollerabile per la classe medica. Alcune riflessioni e proposte su questo tema, a partire dalla recente sentenza del Tribunale di Genova, ove il danno esistenziale è stato dilatato fino a considerare risarcibile il danno "da perdita della gioia per la nascita del primo figlio"**



## "Stop al padre in sala parto i giudici: negato diritto alla felicità"

**Risarcito dal tribunale: 5 mila euro. Il figlio nato dopo il cesareo**

■ Quanto vale la felicità di un padre nel veder nascere il primo figlio? Quanto valgono l'emozione del primo vagito, il sorriso sereno e stanco della mamma, l'orgoglio e quello strano imbarazzo quando l'ostetrica ti affida il piccolo per qualche secondo? Cinquemila euro. Lo ha stabilito il Tribunale di Genova, liquidando il danno esistenziale subito da un genitore che tutte quelle sensazioni meravigliose non le ha mai vissute.

Anzi. La giornata si è trasformata in un incubo: il medico di guardia non si accorge che la mamma si sente male e decide per un cesareo con un paio d'ore di ritardo, il bimbo nasce sano ma viene affidato alle infermiere perché la donna è ricoverata d'urgenza in un'altra struttura, il pa-

dre inevitabilmente è tenuto lontano dalla sala-parto. Per lui, che fino a un minuto prima trepidava in reparto, solo paura e sofferenza. «È stato privato del diritto di gioire in serenità della nascita del primo figlio. Ha vissuto il giorno come momento drammatico», scrive il giudice Paola Bozzo-Costa. «Una sofferenza duratura e tendenzialmente permanente: quell'istante, cruciale e rilevante, resterà per sempre ed ineluttabilmente legato al ricordo del tragico evento che ha visto la madre in pericolo di vita». Per fortuna, spiega ancora il magistrato, il bimbo stava bene e la situazione si è sensibilmente normalizzata con il passare del tempo. Dopo un mese la mamma ha potuto riabbracciare il figlio. «Ma anche il coniuge/padre deve essere considerato un soggetto

protetto", e come tale vittima degli effetti negativi della situazione». Aveva diritto ad essere felice. «Gli spetta il risarcimento del danno esistenziale, oltre alla sofferenza costituita dalle "lacrime" e dal "dolore" immediatamente collegati alle gravi condizioni della moglie con il contemporaneo ricovero del primo figlio in distinto nosocomio». Naturalmente anche la donna è stata risarcita per il danno subito, e con una cifra maggiore - 14.000 euro - tenuto conto delle sofferenze fisiche patite e dalla lontananza forzata dal piccolo. La vita della coppia è stata «modificata da un evento dannoso», che non potrà mai essere cancellato. Pagheranno il medico di guardia e l'ospedale, che era assistito dall'avvocato Dino Ottolenghi. Il

fonte negoziale limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avenuto adempimento".

Quindi, quando qualcosa non risponde appieno alle aspettative del paziente, una qualche tipo di responsabilità sarà sempre applicabile.

## Il risarcimento del danno non patrimoniale in campo medico

Occorre allora occuparci dell'oggetto del risarcimento il cosiddetto danno non patrimoniale: esso si può suddividere in tre generi, danno biologico, (lesione della salute accertabile medicalmente), danno morale (cd. *pretium doloris*), e danno esistenziale quale lesione di un valore tutelato dalla costituzione. Nella sentenza del Tribunale di Genova il danno esistenziale è stato dilatato a tal punto da considerare risarcibile il danno alla gioia.

*Nullum novi sub solem*: la moltiplicazione degli illeciti bagattellari è cosa all'ordine del giorno nei Tribunali italiani, si pensi al danno da intasamento della cassetta delle lettere, danno da ritardato allacciamento della linea telefonica, danno da smarrimento del bagaglio, danno da cattivo taglio dei capelli, l'elenco potrebbe continuare ancora, oltre a considerare risarcibili tutti i danni derivanti da ogni tipo di stress.

L'equazione dei Tribunali è: vi è una coincidenza temporale tra l'intervento medico e la lesione di una qualsiasi sfaccettatura della vita o di qualsiasi disagio turbamento o stress? Bene: il medico è tenuto al risarcimento del danno.

Occorre chiedersi se siamo preparati ad affrontare una società

piccolo era nato ad agosto di sette anni fa nel reparto ostetricia dell'ospedale Galliera, a Genova. La madre, sofferente di pressione, era stata ricoverata qualche giorno prima della prevista nascita dopo che una visita di controllo aveva evidenziato qualche piccolo problema. La notte prima del parto le condizioni si erano aggravate e alle 6.30 del mattino il medico di guardia aveva eseguito il cesareo. Secondo i periti del tribunale l'intervento poteva essere fatto con qualche ora di anticipo. Assistiti dall'avvocato Pierpaolo Casalegno, i genitori avevano chiesto un risarcimento per il danno «da perdita della gioia per la nascita del primo figlio».

**(di Massimo Calandri, La Repubblica di Genova, 22 febbraio 2008)**

DENTRO C'È MOLTO DI PIÙ.

Si ringrazia l'Editore per lo spazio concesso.

Foto: Alberto Luchena



In una **bomboniera** Save the Children c'è il diritto di ogni bambino ad avere un futuro.

In occasione di matrimoni, battesimi, comunioni, lauree e ogni altra ricorrenza, festeggia con una bomboniera Save the Children. Puoi trasformare il tuo momento felice in un contributo per scuole, libri, cure mediche, acqua potabile, protezione e assistenza per offrire una vita migliore a tanti bambini. Parenti e amici riceveranno una scatolina porta confetti o una pergamena a testimonianza di un gesto di solidarietà importante. Save the Children dal 1919 lotta per i diritti dei bambini e per migliorare le loro condizioni di vita in tutto il mondo.

Per informazioni su bomboniere, partecipazioni e liste nozze:  
[www.savethechildren.it/bomboniere](http://www.savethechildren.it/bomboniere)  
[bomboniere@savethechildren.it](mailto:bomboniere@savethechildren.it) - Tel 06-4807.0067



**Save the Children**  
Italia ONLUS



così ad alto rischio. La recente giurisprudenza di legittimità non solo ha riconosciuto la categoria del danno esistenziale ma lo ha considerato ravvisabile in "ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva e interiore, ma oggettivamente ac-

via indiretta, da nozioni di comune esperienza (Cass. 12 giugno 2006, n. 13.546) che si concreta nell'impatto negativo che il fatto ha determinato sulla quotidianità del soggetto leso (Trib. Bologna 24 maggio 2005, Trib. Roma, 18 ottobre 2006).

## L'equazione dei Tribunali sembra essere questa: vi è una coincidenza temporale tra l'intervento medico e la lesione di una qualsiasi sfaccettatura della vita o di qualsiasi disagio turbamento o stress? Bene: il medico è tenuto al risarcimento del danno

certabile) provocato sul fare arduo del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all'espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno" (Cass. Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572).

Se si estendesse questo concetto, si può facilmente immaginare che l'attività medica sta correndo su di un binario morto: si immagini per un sol istante che un medico prescriva a un suo assistito una determinata indagine e che questa dia esito negativo o comunque non sia conclusiva o che un altro medico la ritenga inutile; bene anche questo comportamento porterebbe alla risarcibilità del danno da parte del medico, poiché la dimostrazione del pregiudizio esistenziale può essere desunta, in

L'essersi recato presso una struttura sanitaria per sottoporsi ad un'indagine, il dubbio circa l'esito dell'esame stesso, può indurre una modificazione peggiorativa degli stili e della qualità della vita, agevolmente ed empiricamente verificabile.

Ciò significa che il tempo della giornata utilizzato per organizzare il sottoporsi a detta indagine, consistente in colloqui col medico di base, partecipazione ad una o più sedute di indagine, è tempo occupato e che non può essere destinato ad altre attività realizzative dell'uomo; quali, a titolo meramente esemplificativo, svago, tempo libero, attività sportiva, incontri con amici o parenti, o altro. Tutto ciò che nella vita dell'uomo è "altro" rispetto al lavoro. Perché non considerare risarcibile il tempo perso che non si è potuto

utilizzare altrimenti dovendosi sottoporre ad una indagine medica "inutile"?

Non c'è dubbio che, così argomentando, il paziente sottoposto ad un'indagine, poi rivelata inutile, abbia subito un danno esistenziale dove il pregiudizio è ravvisabile nell'essersi dovuto sottoporre ad un'indagine infondata, con evidente peggioramento della qualità della vita, l'attività preparatoria dell'indagine e il sottoporsi all'indagine stessa ne ha modificato *in peius* i ritmi di vita, costringendola a rinunciare alle proprie abitudini quotidiane, inducendone un peggioramento della realizzazione personale, con ripercussioni sulla serenità dei rapporti interpersonali, oltre che sul grado di autostima e di sicurezza personali. Sicuramente ha creato stress.

Quanto sopra integra un danno di natura esistenziale, da qui nasce l'obbligo del medico al risarcimento del danno.

### Quali correttivi

Tutto ciò non può più essere tollerato. Occorrono dei correttivi e se ne propongono alcuni:

- a) incentivare le procedure conciliative con la creazione di una camera di conciliazione in cui il medico possa dimostrare le proprie ragioni innanzi ad un collegio di specialisti, magari nominati in un elenco fornito dalle Società scientifiche nazionali del ramo ovvero da un Ordine dei Medici ove il denunciato non sia iscritto. Ciò garantirebbe sia la terzietà del Consulente

d'Ufficio, sia l'individuazione di questo in uno specialista nel campo e non in un medico "tuttologo" prestato alla Giustizia.

- b) Tipizzare i casi di colpa medica, eliminando la possibilità di risarcimento dei danni da colpa lieve e/o lievissima; rendere necessario il distinguo tra le colpe dell'operatore e le colpe della struttura o dell'organizzazione della struttura, eliminando, così, che la responsabilità della struttura venga "appiattita" su quella del medico e viceversa.
- c) Regolare il profilo probatorio per evitare che "in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contratto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio, l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare il contratto e l'insorgenza di un'affezione e allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato. Competerà al debitore dimostrare o che tal inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato etiologicalamente rilevante".
- d) Ricondurre anche i casi di cd. "colpa medica" al principio generale per il quale l'onere della prova *incubit ei qui dicat*.
- e) Da ultimo, poiché la salute dei cittadini è considerata un valore costituzionalmente tutelato e l'attività medica essenziale e degna di essere considerata oggetto di "con-

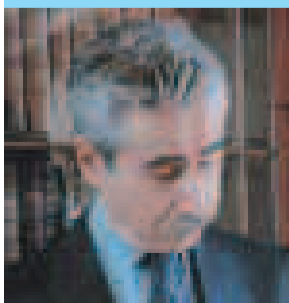
tratto sociale", chi scrive auspica che il Legislatore ponga mano ad una vera e propria riforma strutturale della cd. "colpa medica" evitando alla Giurisprudenza di dettare i limiti e i profili della stessa. Si ponga mente a cosa e come ha fatto il Legislatore quando, sotto la spinta di un referendum, si è trovato a dover regolamentare la responsabilità civile dei magistrati - si veda la L. 117/1988 del 13/04/1988. Tale Legge prevede, tra l'altro, la possibilità di agire solo in caso di dolo o colpa grave (art. 2) e solo nei confronti del Presidente del Consiglio dei Ministri (art.4). Prevede, altresì, che il magistrato non possa essere chiamato in causa ma vi può intervenire (art. 6) e che lo Stato esercita l'azione di rivalsa nei confronti del magistrato (art. 7) ma che la misura della rivalsa non può superare una somma pari al terzo di una annualità dello stipendio (art. 8). Poiché si reputa che l'attività medica abbia la stessa dignità e la stessa meritevolezza della funzione dello *ius dicere*, si potrebbe ipotizzare una estensione della normativa in parola. La distinzione tra un profilo di responsabilità cd. esterno paziente c/ struttura e un profilo interno struttura c/ medico renderebbe di certo più sereno l'operato di chi in un lasso di tempo molto breve deve decidere per il bene del paziente e non per la miglior riuscita di un giudizio. **Y**

## PREMIO UMBERTO NICOLINI

In occasione del Convegno Nazionale della Associazione Scientifica ANDRIA, che si terrà a Cosenza sabato 27 settembre 2008, il Direttivo dell'Associazione invita tutte/i a partecipare presentando un poster

Presentare un poster a un congresso significa portare una relazione applicando i fogli scritti, i grafici, le immagini o le fotografie su un cartoncino o un foglio di carta un po' rigida delle dimensioni di 1 metro di altezza per 70 cm di base. Chi presenta il poster rimane a disposizione accanto al suo elaborato in determinate fasce orarie previste per rispondere a domande o chiarimenti inerenti il lavoro presentato.

Ciò equivale a preparare una tesina breve su uno dei temi previsti, solo che i fogli vengono disposti affiancati su un poster in modo da rendere il tutto visibile in un solo colpo d'occhio. Naturalmente qualsiasi altra soluzione grafica più elaborata e "artistica" è ben accetta. Rimane il limite di contenere tutto in un foglio di cartoncino di 100 cm per 70 cm



### I TEMI

- ALLEANZA tra persone assistite e professionisti
- SOSTEGNO tra donne
- PROGETTI assistenziali sulla nascita

### NORME DEL CONCORSO

- Al miglior poster verrà attribuito un premio di 500 euro
- Il premio verrà attribuito, a insindacabile giudizio del Direttivo di Andria, al miglior lavoro che verrà presentato in plenaria dagli autori, come previsto dal programma
- Il premio è dedicato alla memoria del Prof. Umberto Nicolini
- Gli autori/ le autrici sono tenuti/e a inviare il testo del poster sotto forma di relazione di 3-4 pagine entro il 30/07/08 affinché possa essere inserito nel volume degli atti del congresso

Per invio dei materiali e ulteriori informazioni contattare il responsabile della sezione poster:

Dott. Roberto Fraioli: Tel 3478200931 robertofraioli@yahoo.it

Segreteria:

Associazione Scientifica ANDRIA Via Servais 112 A, 10146 Torino  
cosenza2008@associazioneandria.it



ANDRIA  
Associazione per la promozione di un'assistenza appropriata in Ostetricia e Ginecologia



Servizio Sanitario Regione Calabria



LE DONNE E LA NASCITA  
l'alleanza tra persone assistite e professionisti

sabato 27 settembre 2008  
Cosenza