

GINECOLOGIA & OSTETRICIA FORENSE

VOL. 1 • N. 2 • 2004

CASI - PERIZIE - SENTENZE

Serie editoriale a carattere medico legale a cura di A.O.G.O.I.
per la tutela della professione e del paziente

Patrocinata e realizzata dallo Staff legale A.O.G.O.I.

AOGOI
ASSOCIAZIONE
OSTETRI GINECOLOGI
ITALIANI



Dep. Min. Sal. 20/5/2003

è il momento di pensare a

Prefolic®

VO3AF N⁵-metiltetraidrofolato di calcio



Zambon Italia

Prefolic®

VO3AF N⁵-metiltetraidrofolato di calcio

Riassunto delle caratteristiche del prodotto

1. DENOMINAZIONE DELLA SPECIALITÀ MEDICINALE

PREFOLIC® 15 Compresse

PREFOLIC® 15 Iniettabile

PREFOLIC® 50 Iniettabile

2. COMPOSIZIONE QUALITATIVA E QUANTITATIVA

PREFOLIC® 15 Compresse

Una compressa gastroresistente contiene:

Principio attivo: N⁵-metiltetraidrofolato di calcio pentaidrato

19,18 mg pari ad acido 15 mg

PREFOLIC® 15 Iniettabile

Un flacone di liofilizzato contiene:

Principio attivo: N⁵-metiltetraidrofolato di calcio pentaidrato

19,18 mg pari ad acido 15 mg

PREFOLIC® 50 Iniettabile

Un flacone di liofilizzato contiene:

Principio attivo: N⁵-metiltetraidrofolato di calcio pentaidrato

63,93 mg pari ad acido 50 mg

3. FORMA FARMACEUTICA

Compresse gastroresistenti

Fiaconi di liofilizzato + fiale di solvente

4. INFORMAZIONI CLINICHE

4.1 Indicazioni terapeutiche

In tutte le forme da carenza di folati dovute ad aumentata richiesta, ridotto assorbimento, insufficiente apporto dietetico. Nella terapia antidotica di dosi eccessive di antagonisti dell'acido folico e per combattere gli effetti collaterali indotti da aminopterin e da metotrexate.

4.2 Posologia e modalità di somministrazione

Dopo somministrazione orale di PREFOLIC® si ottiene un picco ematico a 2-3 ore che decade poi lentamente nel tempo. La posologia media di PREFOLIC® sia per via orale che per via parenterale intramuscolare o endovenosa può essere indicata in 15 mg al dì o a giorni alterni secondo prescrizione medica. Il trattamento con PREFOLIC® deve essere prolungato fino a completa remissione dei sintomi della carenza folica e ricostituzione del patrimonio endogeno. In casi eccezionali o nell'impiego del PREFOLIC® per l'antidotismo dei farmaci citotossici antifolici (ad esempio nel caso di somministrazione di metotrexate ad alta dose), la posologia può comportare l'uso di dosi più elevate, somministrate ad intervalli di poche ore: 15 mg per os ogni 6-8 ore oppure 50-100 mg per endovena ogni 3-8 ore per qualche giorno in base ai parametri del "rescue".

4.3 Controindicazioni

Ipersensibilità nota verso i componenti.

4.4 Speciali avvertenze e precauzioni per l'uso

Nel caso si faccia ricorso alla somministrazione endovenosa si raccomanda di praticare l'iniezione lentamente. Nei soggetti epilettici i farmaci anticonvulsivanti possono provocare un abbassamento della folatemia; la somministrazione di PREFOLIC®, pur controbilanciando tale effetto, può aumentare la frequenza degli accessi. Le compresse sono gastroresistenti, liberano cioè il principio attivo nell'intestino prossimale; esse non vanno masticate, ma debbono essere deglutite intere, preferibilmente al mattino. In presenza di anemia perniciosa è buona norma associare al PREFOLIC® anche la vitamina B 12 per prevenire le complicazioni neurologiche della malattia.

4.5 Interazioni con altri medicamenti e altre forme di interazione

Non sono note.

4.6 Uso durante la gravidanza e l'allattamento

Trattasi di composto vitaminico, normale componente del nostro organismo, privo di effetti sulla madre e sul feto.

4.7 Effetti sulla capacità di guidare e sull'uso di macchinari

Non interferisce sulla capacità di guidare veicoli e sull'uso di macchinari.

4.8 Effetti indesiderati

Con l'uso del prodotto sono possibili manifestazioni di ipersensibilizzazione (febbre, orticaria, ipotensione arteriosa, tachicardia, broncospasmo, shock anafilattico).

4.9 Sovradosaggio

Non sono noti fino ad ora casi clinici di sovradosaggio.

5. PROPRIETÀ FARMACOLOGICHE

5.1 Proprietà farmacodinamiche

N⁵-metiltetraidrofolato di calcio (5-MTHF), molecola fisiologica di natura vitaminica, è un principio attivo che interviene negli organismi animali in una serie di reazioni importanti, dal punto di vista biochimico-metabolico, finalizzate a realizzare il trasferimento dell'unità monocarboniosa. Tra queste reazioni vanno in particolare ricordate le seguenti: a. la sintesi delle purine e del timidilato, tappa indispensabile per la biosintesi degli acidi nucleici; b. la sintesi ex novo dei metili labili a partire da serina, glicina, istidina, formiato; c. la sintesi della metionina a partire dall'omocisteina, reazione che richiede la presenza della vitamina B 12 come cofattore e che pertanto rappresenta il punto di interazione tra folati e cobalamina.

5.2 Proprietà farmacocinetiche Per le sue caratteristiche di molecola fisiologica il 5-MTHF viene utilizzato dall'organismo come tale, senza cioè subire ulteriori processi di biotrasformazione. Esso costituisce la forma fisiologica di trasporto dell'acido folico nel plasma, dove rappresenta la quasi totalità dei folati circolanti. È prontamente assorbito dal tratto digestivo e, quindi, si distribuisce a tutti i tessuti compreso il SNC; esso è infatti captato dai plessi corioidei nel liquido cefalorachidiano ove la sua concentrazione è pari a tre volte quella del sangue. Il t 1/2 del 5-MTHF per via endovenosa è di circa 2 ore, per via orale di circa 2-3 ore. Viene eliminato per via renale ed intestinale.

6. INFORMAZIONI FARMACEUTICHE

6.1 Elenco degli eccipienti

PREFOLIC® 15 Compresse: Amido di mais, lattosio, magnesio stearato, polietilenglicole 6000, polimetacrilati, polisorbato 80, simeticone, sodio idrossido, talco.

PREFOLIC® 15 iniettabile: Acido citrico, glutazione, mannite, metile p-idrossibenzoato, sodio idrossido. Una fiala di solvente contiene: acqua per preparazioni iniettabili.

PREFOLIC® 50 Iniettabile: Acido citrico, glutazione, mannite, metile p-idrossibenzoato, sodio idrossido. Una fiala di solvente contiene: acqua per preparazioni iniettabili.

6.2 Incompatibilità

Non va addizionato a soluzioni contenenti bicarbonato.

6.3 Validità

PREFOLIC® 15 Compresse: 36 mesi

PREFOLIC® 15 Iniettabile e 50 Iniettabile: 30 mesi

Il prodotto ricostituito rimane stabile per 10 ore.

6.4 Speciali precauzioni per la conservazione

Non esporre alla luce o all'aria.

6.5 Natura e contenuto del contenitore

-Astuccio contenente 3 blister (alluminio-politene) da 10 compresse di 15 mg

-Astuccio contenente 5 flaconi di vetro scuro a chiusura ermetica (tappo di gomma e ghiera metallica in alluminio) di 15 mg + 5 fiale di vetro contenenti 3 ml di solvente

-Astuccio contenente 6 flaconi di vetro scuro a chiusura ermetica (tappo di gomma e ghiera metallica in alluminio) di 50 mg + 6 fiale di vetro contenenti 3 ml di solvente

6.6 Istruzioni per l'uso



Modalità di apertura della fiala di solvente:

- posizionare la fiala come indicato nella figura 1;

- esercitare una pressione con il pollice posto sopra il punto colorato come indicato nella figura 2.

7. TITOLARE DELL'AUTORIZZAZIONE ALL'IMMISSIONE IN COMMERCIO

ZAMBON ITALIA s.r.l. - Via della Chimica, 9 Vicenza

8. NUMERO DELL'AUTORIZZAZIONE/RINNOVO DELL'AUTORIZZAZIONE

-30 compresse di 15 mg -A.I.C.: n.024703124

-5 flaconi di 15 mg +5 fiale di solvente -A.I.C.: n.024703098

-6 flaconi di 50 mg +6 fiale di solvente -A.I.C.: n.024703112

9. DATA DI PRIMA AUTORIZZAZIONE/RINNOVO DELL'AUTORIZZAZIONE

-30 compresse di 15 mg: 20/07/1989

-5 flaconi di 15 mg + 5 fiale di solvente: 30/04/1982

-6 flaconi di 50 mg + 6 fiale di solvente: 22/02/1985

Rinnovo autorizzazione: 01/06/2002

10. DATA (PARZIALE) DI

REVISIONE DEL TESTO:

Novembre 2001



Zambon Italia

GINECOLOGIA & OSTETRICIA FORENSE

Organo Ufficiale dell'Associazione
Ostetrici Ginecologi Ospedalieri Italiani

Editor in Chief
A. Tomassini

Assistant
M. A. Buscaglia, M. Campogrande,
A. Carecchia, A. Chiantera, P. Ciarlo,
V. Cirese, P. Curiel, R. Forleo,
G. Fusco, N. Gasparro,
N. A. Giulini, A. Lepre,
A. M. Marconi, A. Marra,
L. Massacesi, A. Melani, G. Monni,
G. Pisotti, P. Scollo, C. Signorelli,
C. M. Stigliano, T. Tarsitano

Direttore scientifico
V. Dubini

Direttore responsabile
G. Frascati

Pubblicità
Publiem srl
Centro Direzionale Colleoni
Palazzo Perseo, 10
20041 Agrate (MI)

Editore



CRITICAL MEDICINE
PUBLISHING

Critical Medicine Publishing
Via G. Squarcina, 3 - 00143 Roma
Tel. 06.504.34.41
www.criticalmedicinepublishing.com

Realizzazione grafica e stampa
Istituto Arti Grafiche Mengarelli
Roma

Finito di stampare
nel mese di febbraio 2005

SOMMARIO

VOL. 1 • N. 2 • 2004

- L'evento avverso in medicina:
le iniziative dell'AOGOI, l'impegno della FESMED 5
Carmine Gigli
- Rapporti tra etica e medicina legale 13
Sandro Spinsanti
- Il nuovo rapporto di esclusività dei medici 17
Nyranne Moshi
- La responsabilità civile del ginecologo
e della struttura ospedaliera 19
Enrico Quadri
- Rilevanza o irrilevanza della finalità terapeutica? 25
Vania Cirese
- Procreazione medicalmente assistita 29
Giancarlo Tarquini
- La tutela della privacy nella fecondazione assistita. 39
Milena Mosci
- Razionale per la produzione di Linee Guida
per la stesura di una consulenza medico-legale 43
Aniello Di Meglio
- Le Sentenze
- Diritto di non nascere 47
Corte di Cassazione
- Ancora sulla sussistenza, o meno,
della colpa grave dei medici ostetrici
per i casi assistenza difettosa al parto 67
Massimo Perin

L'evento avverso in medicina: le iniziative dell'AOGOI, l'impegno della FESMED

Dott. Carmine Gigli - Presidente Coordinatore FESMED

L'evento avverso che interviene nel processo di diagnosi e cura, provocando un danno alla salute del paziente, viene definito comunemente "errore medico". In questi ultimi anni, una serie di fattori ha contribuito a far aumentare il numero dei cosiddetti errori medici, a cominciare dalla montante richiesta di prestazioni sanitarie, senza dimenticare i grandi cambiamenti tecnologici intervenuti in medicina (TAC, RNM, PET, chirurgia endoscopica, telemedicina, etc.) e che hanno accresciuto la complessità del sistema, sino ad arrivare alle aumentate aspettative di guarigione dei pazienti che, in alcuni casi, arrivano sino al rifiuto dello stato di malattia ed alla rimozione della realtà della morte.

Secondo la FESMED, tuttavia, tutto questo non è sufficiente per giustificare l'enorme crescita dei contenziosi in Sanità, mentre è più probabile che il fenomeno dipenda da un'anomalia del sistema sanitario, che è riuscita a trascinare tutte le componenti del sistema in un circolo vizioso. (1)

Per dare un'idea delle dimensioni del fenomeno ricorderò le cifre più indicative che vengono riportate dalla stampa, anche se si nutrono dei dubbi sulla loro attendibilità:

- 320.000 pazienti restano vittime di errori medici in senso lato o comunque, di eventi avversi intervenuti in seguito al ricovero;

- 150.000 denunce o richieste di risarcimento per danni;
- 12.000 cause civili;
- 2,5 miliardi di euro è la cifra dei risarcimenti danni richiesti, ai quali si aggiungono 260 milioni di euro spesi per il prolungamento delle degenze in ospedale.(2)

Comportamenti

Siamo tutti consapevoli del fatto che gli esseri umani possono sbagliare e sappiamo anche che l'errore è più frequente nelle organizzazioni complesse. Di conseguenza, dobbiamo attenderci degli errori anche nelle organizzazioni deputate alla salute, come gli ospedali, le case di cura, i laboratori d'analisi, che sono certamente delle organizzazioni complesse. Questo significa anche, che ogni cittadino può restare vittima di un errore medico ed ogni medico può commettere un errore professionale. È stato calcolato che in 20 anni di attività, ogni medico ha 80% di probabilità di ricevere un avviso di garanzia, perché sospettato di aver commesso un errore professionale.

Queste affermazioni pur essendo ovvie, nella realtà risultano molto difficili da accettare. Dif-

ficili per i pazienti, i quali non riescono ad ammettere che possano verificarsi degli errori quando è in gioco la loro salute. Difficili da accettare anche per noi medici, perché temiamo che ammettendo l'errore possiamo compromettere la nostra credibilità professionale. Non solo, ma il comportamento di quanti dovrebbero essere interessati a risolvere il problema dell'errore medico, nella maggioranza dei casi, non sembra orientato a favorire la prevenzione dell'errore.

Gli amministratori delle Aziende sanitarie si occupano poco e senza convinzione di quest'argomento. Molti di loro credono che il problema si possa risolvere stipulando una polizza assicurativa.

I medici tendono spesso a minimizzare o ad ignorare il problema, anche se alcuni di loro dimostrano un certo impegno e talvolta, anche un lodevole interesse scientifico al problema.

I cittadini, che dovrebbero sollecitare degli interventi incisivi su questo problema, si limitano a sperare che il fenomeno dell'errore medico li risparmi. Mentre le associazioni per la difesa dei diritti dei cittadini sembrano più attente al problema degli indennizzi, rispetto a quello della prevenzione.

I nostri governanti non hanno mai ritenuto che la prevenzione dell'errore medico meritasse di entrare nelle priorità del loro programma. A mia conoscenza, il Ministero della Salute non ha mai avuto e non ha in cantiere, nessun progetto organico che abbia come obiettivo primario la riduzione degli errori nella sanità. Dobbiamo prendere atto inoltre, che sono pochi i politici che prestano attenzione a questo difficile problema.

Conseguenze

Dobbiamo riconoscere che l'errore medico non viene studiato in maniera approfondita, come meriterebbe e quando si verifica un errore medico, i comportamenti degli interessati sono molto diversi da quelli che sarebbero auspicabili.

Le reazioni scomposte da parte dei pazienti e dei loro familiari sono frequenti e per certi versi comprensibili. Meno comprensibile è che queste reazioni, talvolta, assumano dei toni che non esito a definire rancorosi, nei confronti dei medici e del personale sanitario in generale. Quello che è certo è che sta diventando una regola il fatto che, alla reazione "a caldo" faccia seguito un'avidica caccia all'indennizzo, che non sempre è giustificato, quantomeno non nella misura pretesa.

Gli avvocati sono pronti a sostenere le richieste più incredibili ed utilizzano il procedimento penale con estrema disinvoltura e oserei dire, in maniera quasi ricattatoria nei confronti dei medici, delle Aziende sanitarie e delle loro Compagnie assicuratrici. Tuttavia, gli avvocati non sono i soli a partecipare al "banchetto dell'indennizzo". Infatti, per i medici legali ed i periti, i contenziosi per errore medico costituiscono oramai una sicura fonte di reddito e certamente non hanno alcun interesse a veder calare di numero dei contenzioni. Intanto, la "quota lite" aleggia sugli accordi segreti fra avvocato e cliente. Mi riferisco alle parcelle commisurate in percentuale all'indennizzo che si riuscirà ad ottenere, proibite dalla deontologia ma sempre più diffuse.

I media sanno che queste notizie "tirano" e sono pronti ad enfatizzare su più colonne la notizia dell'avvio di un'indagine giudiziaria, promossa

da un paziente insoddisfatto dell'esito della cura. Indignazione per quanto è accaduto e biasimo per i sanitari sono la ricetta vincente del giornalista che scrive di sanità, o come usano dire: di "malasanità". Purtroppo, per alcuni giornalisti i medici si dividono solo in due categorie: i grandi scienziati che scoprono i rimedi contro i mali incurabili, oppure delle persone che non sanno esercitare il loro mestiere. Per i primi ci sono gli articoli sulla medicina salvifica, che guarisce tutti i mali ed è sul punto di sconfinare la morte, tutto il resto è "malasanità".

Nessuno dei due argomenti aiuta la medicina e queste notizie non sono prive di conseguenze. La semplice divulgazione della notizia dell'avviso di garanzia recapitato ad un medico compromette gravemente l'immagine, la reputazione professionale e le aspettative di carriera di quel medico. Anche nell'ipotesi che, in seguito, il procedimento venga archiviato senza rinvio a giudizio, il danno arrecato all'immagine professionale non potrà mai più essere riparato. Nel marzo 2004 si è tolto la vita, impiccandosi nella sua abitazione, il dottor Salvatore Scandurra, il medico bolognese a carico del quale era stata ipotizzata l'accusa di omicidio colposo per la morte di una donna curata con il farmaco Lipobay. Il 23 giugno 2004 i giornali pubblicavano la notizia dell'assoluzione perché il fatto non costituisce reato, ma per il dottor Salvatore Scandurra era troppo tardi.

Per quanto riguarda la giurisprudenza, la responsabilità medica è stata oggetto, a partire dalla fine degli anni '70, di una vera e propria rivoluzione copernicana. La crescente sensibilizzazione verso i diritti del paziente si è tradotta in un mutato atteggiamento, che ha portato i magistrati a sottovalutare le ragioni del medico.

Il punto che sembra sfuggire attualmente alla magistratura è che l'intento del medico è di curare e non certo di nuocere.

L'orientamento attuale della magistratura è che, nel caso di un intervento di "non particolare complessità" è il sanitario ad avere l'onere di provare che l'insuccesso dell'operazione non è dipeso da propria negligenza o imperizia. Al malato compete solo la dimostrazione della non difficoltà della prestazione medica. (3) È chiaro che questo mette il medico in una posizione di svantaggio rispetto al paziente insoddisfatto.

La circostanza del parto è particolarmente esemplificativa delle conseguenze che comporta un simile orientamento giuridico. Sulla base di quanto stabilisce la Cassazione, l'assistenza al parto rientra fra gli interventi di "non particolare complessità". Di conseguenza, la nascita di un bambino portatore di un handicap neurologico, anche se l'evento dannoso si è verificato settimane o mesi prima della nascita, farà ricadere sul sanitario che ha assistito al parto, l'onere di provare che l'handicap non è dovuto a propria negligenza o imperizia. Tale dimostrazione, in molti casi, è praticamente impossibile e gli ostetrici continuano a stabilire sempre nuovi record nella graduatoria degli indennizzi più elevati.

Come se questo non bastasse, la presenza di eventuali insufficienze della struttura sanitaria non vengono considerate un attenuante per il medico, al contrario, la Cassazione ha sentenziato che il medico deve "adoperarsi comunque per il raggiungimento del risultato, al di là delle eventuali insufficienze della struttura, e anzi tenendone conto per conformare la propria condotta all'obiettivo dell'esito favorevole". (4)

Approccio all'errore

È chiaro che tutto questo non consente quell'analisi sistematica degli errori che è indispensabile per arrivare alla messa a punto di sistemi di prevenzione efficaci. Perché l'errore medico deve essere affrontato nello stesso modo con il quale si affrontano gli errori in altri campi.

Sappiamo che l'errore umano in generale può essere visto sotto due punti di vista, a seconda che si ponga l'attenzione sulla persona che ha commesso l'errore (approccio personale), oppure sulle circostanze nelle quali l'errore si è verificato (approccio al sistema).

Secondo l'approccio personale, lo sbaglio deriverebbe innanzitutto da un alterato comportamento della persona ritenuta responsabile dell'errore: una dimenticanza, una disattenzione, la scarsa motivazione, la noncuranza, la negligenza, la fretta. Di conseguenza, i rimedi più appropriati per una simile "colpa" saranno: il biasimo, la colpevolizzazione, il richiamo al senso del dovere, alla "missione", le misure disciplinari, i processi.

Nel caso invece dell'approccio sistemico, si parte dal fatto "lapalissiano" che gli esseri umani possono sbagliare e di conseguenza, si guarda agli errori come all'effetto di fattori che sono presenti nel sistema e che favoriscono il verificarsi dell'errore. La conferma di questo, in campo sanitario, viene dal fatto che la maggior parte degli errori sono degli errori ricorrenti, che tornano a ripetersi. Secondo l'approccio sistemico, tutte le tecniche pericolose richiedono barriere di protezione e procedure di sicurezza e quando si verifica un evento avverso, il fatto più importante non è chi ha sbagliato ma, come e perché i sistemi di sicurezza non hanno funzionato. Le solu-

zioni sono basate sull'assunto che se non possiamo cambiare l'essere umano, possiamo cambiare le condizioni di lavoro dell'uomo.

Per parlare di fatti concreti, che consentano di comprendere meglio l'importanza dell'approccio sistemico, ricorderò che in molti casi, quando s'indaga su un errore medico, si scopre che quel medico che ha sbagliato l'intervento nel reparto di chirurgia di urgenza era di turno da quasi 24 ore, che l'apparecchiatura indispensabile per porre correttamente la diagnosi era fuori servizio da settimane, che il sanitario presente nell'autoambulanza non aveva la giusta specializzazione. L'elenco potrebbe continuare all'infinito. Per costruire un sistema sicuro è necessario individuare e rimuovere gli errori silenti che si annidano all'interno del sistema.

Risk management

Quello che dobbiamo comprendere è che un'organizzazione non corretta produce, inevitabilmente, degli illeciti e diventa solo un gioco di bussolotti vedere, poi, in concreto, quale medico commetterà l'errore. Solo una cosa è certa: prima o poi qualche paziente sfortunato subirà un evento avverso, ed un medico sfortunato ne pagherà le conseguenze.

La FESMED e la maggior parte dei Sindacati medici dicono che questo stato di cose deve cambiare, nell'interesse di tutti.

La politica sanzionatoria adottata nei confronti di chi è rimasto coinvolto in un errore sanitario porta l'interessato a negare il fatto ed a non collaborare nella ricerca delle cause dell'errore. Non solo, ma l'interessato e con lui quelli che gli stanno vicino, tendono ad assumere un at-

teggimento difensivo nella professione, inducendoli a non esporsi in tutte quelle circostanze che richiedono delle decisioni eroiche. Perché la professione del medico richiede anche questo e senza queste decisioni coraggiose rischia di diventare una burocratica routine. Questo è un rischio pericolosissimo perché porta ad evitare la ricerca e l'innovazione, attraverso le quali si ottiene il progresso della scienza medica e quando la medicina non progredisce, il danno ricade su tutta la collettività.

Cosa propone la FESMED

La Federazione Sindacale Medici Dirigenti (FESMED) ritiene che per favorire il cambiamento è necessario che tutte le componenti interessate all'errore medico s'impegnino nel processo di prevenzione dell'errore medico. Non si può progredire nella ricerca di un maggior livello di sicurezza per tutti i cittadini, se non si trova un modo per garantire che i risultati delle indagini eseguite per individuare le cause di un errore medico debbano essere utilizzate solo a fini di prevenzione.

Purtroppo, le iniziative legislative che dovrebbero favorire quest'indirizzo e riportare equilibrio nel campo del contenzioso medico-legale, sono ferme da qualche tempo a livello di proposte di legge. A cominciare da quella del sen. A. Tomassini (N° 108-A, del 6 giugno 2001, "*Nuove norme in tema di responsabilità professionale del personale sanitario*"), per la quale si è concluso l'esame in Commissione il 15 maggio 2002. La proposta Labate, Violante, Finocchiaro, Bonito, Battaglia, Turco, Petrella, Giacco, Zannotti, Di Serio, D'Antona, Bolognesi, Folena (N°

4090, del 19 giugno 2003, "*Disposizioni per la regolamentazione delle responsabilità professionali del personale sanitario*"), è stata assegnata alla commissione XII Affari sociali il 9 luglio 2003. La proposta Drago, Lucchese (N° 4905, del 21 aprile 2004, "*Nuove norme in materia di responsabilità professionale del personale sanitario*"), è stata assegnata alla commissione XII Affari sociali il 5 maggio 2004.

Si deve riuscire a creare un movimento d'opinione che spinga il Parlamento ad affrontare questo problema.

È importante che le Associazioni scientifiche s'impegnino maggiormente per informare correttamente gli associati sulle problematiche connesse con l'errore medico. Devono diffondere a livello dell'opinione pubblica, oltre che degli addetti ai lavori, le nuove acquisizioni scientifiche. I risultati di studi di rilevanza mondiale, come quelli sull'origine del danno neurologico del neonato, non possono restare confinati fra gli specialisti, ma devono essere trasmessi ai medici legali, ai magistrati ed ai cittadini. È utile anche che le Associazioni s'impegnino nella stesura di Linee guida chiare e soprattutto condivise, che affrontino gli argomenti più controversi della professione, dove si concentra il maggior numero di contenziosi e dove hanno buon gioco i periti meno corretti e preparati. Linee guida così concepite contribuirebbero ad accrescere la cultura dei loro associati e sarebbero un punto di riferimento per la classe medica.

La FESMED chiede che vengano avviati in tutte le Aziende sanitarie dei programmi di "risk-management", per la valutazione del "rischio sanitario", a partecipazione multidisciplinare e possibilmente con un supporto esterno, in mo-

do da poter procedere ad analizzare tutti gli eventi avversi che si verificano nell'Azienda, con l'intento di risalire alle cause strutturali e organizzative che li hanno prodotti ed avanzare delle proposte per eliminare tali cause.

Per quanto attiene più specificamente alla tutela sindacale del medico, nella trattativa in corso per il rinnovo del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro dell'Area relativa alla Dirigenza Medica e Veterinaria del Servizio Sanitario, la FESMED, si sta impegnando affinché vengano recepite le seguenti richieste, nel prossimo Contratto 2002-2005:

- La polizza per la copertura assicurativa della responsabilità civile dei dirigenti medici, ivi comprese le spese di giudizio, deve avere una copertura sufficiente ed adeguata in tutte le Aziende.
- La polizza per copertura della "colpa grave" dei dirigenti medici deve trovare attuazione mediante trattenute sulla busta paga in tutte le Aziende.
- Il costo sopportato dal medico per pagare il premio della polizza per la copertura assicurativa della colpa grave deve essere considerato, ai fini fiscali, come spesa per la produzione del reddito.
- Il dirigente medico deve essere informato dalla Direzione Aziendale, del suo possibile coinvolgimento in un procedimento giudiziario, ogni qualvolta giungano a detta Direzione delle segnalazioni, proteste o richieste d'indennizzo, relative ad eventi che a qualsiasi titolo possano essere ricondotte all'operato del dirigente.
- Il dirigente medico deve aver accesso agli Atti Aziendali che possano supportare in qualsiasi modo la difesa del suo operato.

- Qualora il dirigente coinvolto in un contenzioso giudiziario per cause di servizio, ravvisi un possibile conflitto d'interessi con l'Azienda ed intenda nominare un legale di sua fiducia, i relativi oneri devono essere interamente a carico dell'Azienda, senza limitazioni di sorta ed indipendentemente dall'esito del giudizio.
- Al fine di favorire un raffreddamento della conflittualità nel campo del contenzioso sanitario, le Aziende, anche con il concorso dei dirigenti medici, delle rappresentanze degli utenti e delle compagnie assicuratrici, si devono impegnare ad istituire forme di risoluzione alternative delle controversie, "camere conciliative", aperte alla volontaria adesione delle parti, al fine di favorire la composizione delle contrapposte pretese.

Il programma "MAMMA AOGOI"

In attesa che queste proposte trovino attuazione e portino una maggiore serenità per i medici, merita grande attenzione la recente iniziativa dell'Associazione Ostetrici Ginecologi Ospedalieri Italiani (AOGOI), per sostenere i suoi associati, che sono rimasti coinvolti in un contenzioso medico-legale. In un clima come quello attuale, che possiamo definire altamente ispettivo e sanzionatorio, anche il collega più freddo e razionale, quando viene accusato di aver sbagliato, può avere degli attimi di panico, si può sentire solo, non sapere con chi confidarsi, o a chi chiedere un parere. Sconforto, dubbi, paure, ansie lo possono assalire.

Per tutti i colleghi che si trovano in queste condizioni, l'Associazione Ostetrici Ginecologi

Ospedalieri Italiani (AOGOI) ha messo a punto il programma denominato: "MAMMA AOGOI", dove l'acronimo "M.A.M.M.A." sta ad indicare: Movement Against Medical Malpractice and Accident.

Con questo servizio l'AOGOI si propone di ascoltare i problemi dei suoi associati, che sono rimasti coinvolti in un contenzioso professionale, rispondere ai loro quesiti, esaminare il loro particolare problema, eventualmente sottoponendolo agli esperti del settore, sia medici che giuristi. In altre parole, l'AOGOI si propone di fare qualcosa di concreto per assistere il collega coinvolto in un problema giudiziario, per motivi attinenti la professione di medico ostetrico ginecologo (Diagnosi prenatale, Controllo della gravidanza, Assistenza al parto, Diagnosi e terapia ginecologica, Esiti d'interventi chirurgici, Conflitti con i pazienti ed il personale, Conflitti con l'Amministrazione).

Il servizio MAMMA AOGOI è collegato ad un'altra iniziativa dell'AOGOI, orientata a stimolare la formazione di una cultura medico-legale fra i suoi associati. È stato aperto il sito web www.ginecologiaforense.it, dove i soci AOGOI potranno trovare: informazioni utili per accrescere le proprie conoscenze sulle problematiche medico-legali; un archivio delle sentenze più rilevanti per la nostra specializzazione a disposizione dei soci e dei loro avvocati; una rubrica con le risposte alle domande frequenti in materia medico-legale e di diritto del lavoro, un forum sugli argomenti più scottanti ed attuali, aperto a tutti i soci; gli articoli della rivista *Ginecologia & Ostetricia Forense*.

L'accesso al sito avviene in maniera abbastanza semplice. Tutti gli iscritti all'AOGOI hanno ri-

cevuto un codice di attivazione, con il quale possono registrarsi sul sito www.ginecologiaforense.it e quindi, accedere all'area protetta dove troveranno, oltre a tutte le rubriche delle quali si è detto prima, anche il modulo da compilare ed inoltrare via e-mail, per richiedere l'assistenza di MAMMA AOGOI.

MAMMA AOGOI si può raggiungere, oltre che attraverso l'area protetta del sito www.ginecologiaforense.it, anche attraverso il sito istituzionale dell'AOGOI www.aogoi.it, oppure compilando il modulo stampato su una delle riviste dell'AOGOI ed inoltrandolo via fax alla Segreteria Nazionale, infine, telefonando alla Segreteria Nazionale AOGOI nelle ore di ufficio ed esponendo il problema. (5)

In tutti i casi, la Segreteria Nazionale AOGOI, trasmette immediatamente il modulo ad un componente il "Gruppo operativo" di MAMMA AOGOI (colleghi preparati a valutare la richiesta), il quale contatta il collega in difficoltà, secondo le modalità da lui indicate (e-mail, fax, telefono), per approfondire insieme il problema, fornire un sostegno psicologico da collega a collega e se occorre, richiedere il parere di un esperto.

Il servizio MAMMA AOGOI si ricollega e trova sostegno nella polizza "Protezione Legale AOGOI - GEAS", che l'AOGOI, offre gratuitamente a tutti i suoi associati. Con questa polizza vengono garantiti gli onorari, spese e competenze, del legale (e del perito) liberamente scelto dall'associato, per essere difeso in occasione di contenziosi giudiziari per i seguenti motivi:

1. Difesa Penale per delitti colposi e contravvenzioni
2. Recupero danni a persone e/o a cose subito per fatti illeciti di terzi

3. Controversie in materia di lavoro compreso il ricorso al TAR per i dipendenti pubblici

La polizza rimborsa le spese sostenute con i seguenti massimali per evento:

Difesa Penale	€ 25.000,00
Recupero danni	€ 25.000,00
Controversie di lavoro	€ 5.000,00

I più alti offerti gratuitamente da un'Associazione medica.(6)

Tutto questo ha lo scopo di fornire una maggiore serenità al medico, perché siamo convinti che la serenità del medico è il primo passo per prevenire gli errori ed aumentare la sicurezza per il cittadino.

NOTE

1. La Federazione Sindacale Medici Dirigenti (FESMED, www.fesmed.it) è una organizzazione sindacale, riconosciuta rappresentativa della categoria a livello nazionale, firmataria del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro del 1996 e del 2000 ed ha titolo a partecipare alle trattative ed alle consultazioni istituzionali a livello Nazionale, Regionale e Aziendale. Sono federate alla FESMED le seguenti Associazioni: ACOI (Associazione Chirurghi Ospedalieri Italiani), ANMCO (Associazione Nazionale Medici Cardiologi Italiani), ANMDO (Associazione Nazionale Medici Direzioni Ospedaliere), AOGOI (Associazione Ostetrici Ginecologi Ospedalieri Italiani), FEMEPA (Federazione Medici Pubblica Amministrazione), SEDI (Sindacato Endoscopisti Digestivi Italiani), SUMI (Sindacato Unitario Medici Italiani).
2. Il Sole24Ore Sanità 15-21 aprile 2003
3. Cassazione N° 8470/1999 e 1127/1998
4. Cassazione N° 6318/2002
5. Segreteria Nazionale AOGOI: tel. 02 29525380; fax 02 29525521
6. Il testo completo della polizza può essere letto sul sito www.fesmed.it

Rapporti tra etica e medicina legale

Sandro Spinsanti

Le norme legali ci prescrivono in che modo dobbiamo comportarci in quanto cittadini, all'interno di una condizione condivisa con altri cittadini e sanzionata dallo Stato. Di queste norme si occupano il diritto, in quanto disciplina, e gli organismi legislativi che le varano, le modificano e le revocano, nonché i tribunali che fanno riferimento ai codici - civile e penale - per sanzionare i comportamenti dei trasgressori.

In generale l'attività medica viene vista come un'area in cui le normative giuridiche sono inappropriate, in quanto la medicina sa regolare i rapporti tra terapeuti e pazienti in modo autonomo, senza il bisogno di leggi. L'esperienza diretta - come sanitari, o come pazienti, talvolta in tutt'e due i ruoli - ci aiuta a capire perché sentiamo la norma giuridica estranea alla particolare situazione che si crea tra chi eroga e chi riceve cure sanitarie. La legge, che adotta il linguaggio dei diritti e dei doveri reciproci, è particolarmente appropriata a regolare le procedure tra avversari, o quanto meno tra estranei. In questa prospettiva la norma tende a prescrivere doveri minimi e a considerare la persona come portatrice di diritti, come ad esempio il diritto a non essere danneggiato, a essere trattato con una misura di giustizia o di equità. L'insieme dei diritti e dei doveri che regolano i rapporti tra estranei tende a demarcare i confini che separano le persone.

Ma non è questo il genere di relazione che vogliamo quando i rapporti diventano intimi. Si può immaginare un rapporto di amicizia che cominci con la dichiarazione dei diritti negativi di libertà? Da un amico vogliamo essere trattati con giustizia, certo, ma vogliamo soprattutto essere considerati nella nostra unicità, come esseri speciali. Ed è anche quanto vogliamo dal medico, dall'infermiere e da tutti i professionisti ai quali ci rivolgiamo per essere curati. Desideriamo che ci curino e che si prendano cura di noi, che ci considerino con empatia - cioè mettendosi nei nostri panni -; in una parola, che stabiliscano con noi un rapporto retto dalle regole che valgono tra gli intimi, non tra gli estranei.

Le norme giuridiche promuovono un atteggiamento minimalista: il dovere è compiuto quando si è rispettato il livello più basso di ciò che è prescritto. Nel rapporto di cura, invece, fare quanto più possibile non dipende dalla bontà personale del medico o dell'infermiere, ma è la condizione abituale per poter dire che si sta facendo buona medicina. La legge non ci prescrive mai di "fare tutto il possibile", mentre è quanto richiede quotidianamente la pratica dei rapporti di cura.

Pensiamo alle situazioni cliniche nelle quali bisogna decidere se ricorre o no a terapie che incidono sulla durata e sulla qualità della vita del paziente. In questi casi è necessario un tipo di

ragionamento dove non si tratta semplicemente di applicare delle regole, ma di capire un contesto, il posto che l'individuo vi occupa, i legami familiari che lo qualificano, e ovviamente la volontà e le preferenze dell'individuo circa la sua vita. Questo è il tipo di medico che vorremmo come medico personale. Temeremmo invece che le sorti della nostra vita e della nostra salute fossero affidate a un sanitario unicamente preoccupato di osservare le prescrizioni legali che gli evitano guai con la giustizia.

Per lungo tempo la pratica della medicina si è svolta senza il bisogno di avere delle norme legali che prescrivessero ai medici che cosa fare. Guardando alla situazione italiana, possiamo dire che fino agli anni '90 leggi specifiche in ambito biomedico sono state molto rare, e solamente circoscritte ad alcune pratiche che creano particolari perplessità etiche e giuridiche, come la donazione degli organi (1975), la modificazione del sesso fenotipico (1978), l'interruzione della gravidanza (1978).

Se a queste specifiche leggi *ad hoc* aggiungiamo le norme relative all'assistenza psichiatrica, quelle che regolano l'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope e alla lotta contro l'aids, abbiamo il quadro completo delle leggi relative alla pratica della medicina. In tutte le altre situazioni, il trattamento medico-chirurgico si è svolto nel silenzio della legge.

Al di là di queste situazioni, nell'insieme piuttosto eccezionali, non si è sentito il bisogno di leggi che regolassero i comportamenti dei professionisti in sanità. Il moltiplicarsi di nuove e più invasive possibilità di intervento e soprattutto il mutato rapporto di fondo tra sanitari e cittadini hanno promosso, parallelamente, il dibattito bioetico e la richiesta di un "biodiritto". Il dif-

fondersi di pratiche come la procreazione medicalmente assistita, e soprattutto l'enfasi giornalistica e lo scandalismo con cui sono pubblicizzati alcuni casi-limite, hanno fatto diventare un luogo comune la denuncia del *far west* procreatico e la richiesta di una legge. Dopo lungo dibattito, si è giunti alla legge 40/2004, che ha suscitato così poco consenso da dar luogo alla richiesta di abolizione tramite referendum. Analoghe invocazioni di interventi legislativi hanno avuto luogo dopo la notizia di clonazioni di organi animali o, periodicamente, di fronte a fatti di cronaca riferiti a episodi di eutanasia.

La spinta verso il biodiritto non ha avuto luogo solo in rapporto a queste singole pratiche. Con il tempo è andato cambiando il rapporto stesso che teneva insieme sanitari e cittadini. Dobbiamo renderci conto che l'esercizio della medicina nella nostra società avviene in condizioni giuridiche abbastanza paradossali, che comportano la massima copertura etica e la minima copertura giuridica dell'atto medico. Intervenire sul corpo di un'altra persona, ai fini della salute, è un'azione connotata di valori altamente positivi (agire "per il bene del malato", l'esercizio dell'arte terapeutica come "missione" o come "servizio" ecc.). Eppure i sanitari hanno l'impressione di camminare su una corda, con il rischio permanente di cadere in un vuoto normativo che non riconosce all'atto medico una fisionomia giuridica specifica.

Forse il caso più emblematico è costituito dalla prima, clamorosa condanna di un chirurgo per aver eseguito un intervento ignorando il diritto del paziente a essere informato e a dare il suo consenso. Si tratta del celebre "caso Massimo". Nel 1990, la Corte di Assise di 1° grado di Firenze condannava il chirurgo Carlo Massimo

per il reato di lesione personale volontaria (art. 582 c.p.) con riferimento a un intervento chirurgico conclusosi con la morte della paziente. L'addebito non gli veniva sollevato per uno dei classici motivi di ricorso penale, in quanto cioè il chirurgo avrebbe agito con imperizia, imprudenza o negligenza. La motivazione della condanna introduce dei temi nuovi rispetto alla pratica giuridica e medico-legale del passato.

I fatti sono noti. Un'anziana signora era stata ricoverata in ospedale per un intervento di asportazione transanale di un adenoma villosa, escludendo esplicitamente l'ipotesi di un'amputazione del retto. Durante l'esecuzione dell'intervento, invece, il chirurgo aveva proceduto in questa seconda maniera. La paziente aveva risentito profondamente dell'intervento avvenuto contro la sua volontà, ed era deceduta poche settimane dopo in condizioni fisiche e psichiche deplorabili.

Il chirurgo è stato riconosciuto colpevole - leggiamo nella sentenza di primo grado - per un intervento demolitivo «in completa assenza di necessità e urgenza terapeutiche che giustificassero un tale tipo di intervento e soprattutto senza preventivamente notiziare la paziente o i suoi familiari, che non erano stati interpellati in proposito né minimamente informati dell'entità e dei concreti rischi del più grave atto operatorio che veniva eseguito, e non avendo comunque ricevuto alcuna forma di consenso a intraprendere un trattamento chirurgico di portata così devastante».

La difesa dell'operato del chirurgo impostata sulla necessità di un intervento finalizzato nelle intenzioni a salvare la vita della malata, è stata esplicitamente rifiutata dal tribunale. La corte, considerando l'espressa volontà della pa-

ziente, che aveva consentito solo a un intervento per via transanale, riconosceva a quest'ultima «il diritto di rifiutare le cure mediche, lasciando che la malattia segua il suo corso anche fino alle estreme conseguenze». Questo atteggiamento non implica il riconoscimento di un diritto positivo al suicidio, ma è invece - sempre secondo la corte - «la riaffermazione che la salute non è un bene che possa essere imposto coattivamente al soggetto interessato dal volere, o peggio dall'arbitrio altrui, ma deve fondarsi esclusivamente sulla volontà dell'avente diritto, trattandosi di una scelta che riguarda la qualità della vita e che, pertanto, lui e lui solo può legittimamente fare».

L'orizzonte di argomentazioni e di valori in cui si muove il tribunale fiorentino - la cui sentenza, peraltro, sarà successivamente convalidata da tutte le istanze superiori di giustizia - diverge notevolmente da quello che ha tradizionalmente regolato la pratica della medicina. Sono intervenuti nella nostra cultura cambiamenti importanti, che hanno spostato sensibilmente l'asse dei diritti e dei doveri.

Finora una tacita "alleanza terapeutica" tra medico e paziente e una benevola interpretazione giuridica dell'atto medico, che dava la priorità all'intenzione che lo animava, hanno assicurato un funzionamento relativamente tranquillo e senza eccessive litigiosità giudiziarie. Le denunce per *malpractice* sono state rare ed eccezionali nella società italiana. Tuttavia la situazione anche in Italia è cambiata: il periodo in cui la deontologia professionale era sufficiente per normare il comportamento del sanitario e per garantirgli un ambito di intervento protetto, a giudizio insindacabile di una sua valutazione clinica, è passato.

Probabilmente non si può pensare a una legislazione che preveda in anticipo le condizioni di legittimità a cui il sanitario debba attenersi per non ricorrere nei rigori della legge. Ma quanto meno sarà necessario proteggere sia il sanitario che il cittadino in quelle pratiche che non possono più basarsi sulla implicita “alleanza terapeutica”.

Circa l'opportunità dell'intervento della legge nelle singole procedure diagnostiche e terapeutiche di cui si dibatte in bioetica si registrano opinioni divergenti. In quali ambiti è opportuno legiferare e quali invece è meglio lasciare alle regolamentazioni deontologiche e all'unico criterio dell'etica, affidando ai cittadini la scelta di ricorrervi o no? Fino a che punto deve estendersi un'eventuale legislazione bioetica: deve determinare analiticamente tutta la fattispecie, oppure è preferibile una normativa “leggera”,

che si limiti a una legge-quadro?

Il ruolo della legge nell'ambito della bioetica è particolarmente delicato. La legge è una grande risorsa nel regolare i rapporti sociali, purché non entri in modo troppo intrusivo nelle relazioni di intimità che legano le persone. Per fare un esempio che esula dalla pratica clinica: è sicuramente dovere morale di un figlio prendersi cura dei genitori anziani e malati, bisognosi di assistenza; ma che cosa succederebbe se questo dovere di *pietas* filiale fosse prescritto per legge? Avremmo un rapporto tra le generazioni più solidale e una protezione più sicura per gli anziani? Possiamo legittimamente dubitarne. Se invocata fuori posto, la legge può fare danni maggiori dei guasti ai quali intende porre rimedio. Non si vive bene in un Paese nel quale ciò che è illegale si sovrappone a ciò che è immorale.

Il nuovo rapporto di esclusività dei medici

Avv. Nyranne Moshi

Con la legge 26 maggio 2004, n.138 di conversione del decreto legge n.81/2004 viene modificato il rapporto di esclusività dei dirigenti medici, come normato dalla c.d. legge Bindi.

La nuova normativa modifica il 4° comma dell'art.15 quater del d.lgs 502 e introduce due tipologie nel rapporto di lavoro della dirigenza medica: rapporto esclusivo e rapporto non esclusivo. Inoltre viene resa reversibile la scelta del medico che annualmente a novembre o in tempi più brevi fissati dalle regioni potrà scegliere uno dei due rapporti con decorrenza dal 1° gennaio successivo indipendentemente dalle scelte organizzative dell'azienda sanitaria.

Qualora il medico scelga la libera professione extra-moenia perderà l'indennità di esclusività non trattandosi più di indennità di "irreversibilità", mentre coloro che sceglieranno il rapporto di lavoro esclusivo con possibilità della libera professione inframuraria percepiranno la specifica indennità di esclusività stabilita contrattualmente. È stato, quindi, modificato l'art.15 bis, come introdotto dal d.lgs 229/99, in forza del quale il rapporto dei dirigenti medici era "esclusivo", per cui tutti i nuovi assunti medici dopo il 31 dicembre 1998 a seguito di concorso e coloro già dipendenti che avevano optato entro il 14 marzo 2000 per la libera professione intra-moenia erano assoggettati al regime di esclusività come scelta individuale e irrevocabile, mentre i

rapporti di lavoro a tempo definito ancora vigenti erano soggetti a scadenza, anche se il termine è sempre stato prorogato.

Con la citata legge 138 viene modificata anche la norma che costituiva un incentivo notevole alla scelta del rapporto di esclusività per cui la scelta del rapporto di esclusività era condizione essenziale per accedere alla direzione di struttura semplice o complessa. Difatti, ora la scelta per la non esclusività del rapporto di lavoro non preclude la direzione di strutture semplici e di quelle complesse.

Pertanto l'unico reale incentivo per i medici per optare per il rapporto di esclusività, oltre all'indennità di esclusività, rimane la possibilità di usufruire dell'organizzazione e degli spazi logistici da parte delle strutture aziendali per lo svolgimento dell'attività libera professionale intra-moenia, con evidenti problemi per quest'ultima di programmazione annuale delle risorse necessarie per lo svolgimento di tale attività.

Si ricorda a tale proposito che il termine per l'utilizzo degli studi professionali privati per lo svolgimento dell'attività professionale intra-moenia è prorogato al 31 luglio 2005, come stabilito dall'art.1 D.L.23 aprile 2003, n.89.

Infine è opportuno ricordare che la perdita o l'acquisizione dell'indennità di esclusività ha rilevanza ai fini del trattamento previdenziale.

Difatti, se per coloro che sono stati assunti do-

po il 1996 non si pone il problema perché assoggettati ai fini previdenziali al sistema contributivo che prevede la contribuzione su tutto ciò che viene percepito annualmente come retribuzione, il problema si pone, invece, per coloro che sono stati assunti precedentemente al 1996. Per questi ultimi è previsto il mantenimento per intero del sistema retributivo se al 31.12.1995 avevano almeno 18 anni di contribuzione, oppure “misto” se avevano meno di 18 anni, e ove

una quota, la c.d. la quota “a”, viene calcolata sull'ultimo stipendio per cui è importante che nell'ultimo anno di servizio il medico percepisca l'indennità di esclusività se non vuole avere un notevole danno sul piano pensionistico. A tale proposito si richiama la circolare 50 del 28 novembre 2000 dell'INPDAP, che computa l'indennità di esclusività per il calcolo del trattamento pensionistico in quanto indennità fissa e corrisposta per 13 mensilità.

La responsabilità civile del ginecologo e della struttura ospedaliera

Enrico Quadri - Professore ordinario di Istituzioni di diritto privato, Università di Napoli "Federico II"

Premessa

La responsabilità nei confronti del paziente è stata coinvolta, in prima linea, in quel processo che ha caratterizzato l'intera materia della responsabilità civile, come conseguenza della centralità assunta dalla persona e dai suoi valori nelle valutazioni dell'ordinamento. Processo che, con formule divenute proverbiali, è stato definito di sostituzione dell'"idea di riparazione all'idea di responsabilità" e di "spostamento dell'attenzione dall'autore del danno alla vittima".

Quasi inevitabilmente, il campo della responsabilità medica, diffusamente visto quale "sottosistema" della responsabilità civile, ha assunto i connotati di una sorta di frontiera avanzata di quest'ultima, banco di prova, cioè, per nuove soluzioni, la cui emersione risulta qui favorita dal carattere peculiare e primario del valore la cui tutela è in discussione: la salute.

Tra quelli che sono stati definiti, a loro volta, "microsistemi" della responsabilità medica, un'attenzione del tutta particolare merita il settore della responsabilità in ginecologia ed ostetricia.

Depone in tal senso, innanzitutto, il peso, dal punto di vista quantitativo, del contenzioso che investe la pratica medica in questo settore. Nel

contesto del noto fenomeno della crescita esplosiva del contenzioso in tema di responsabilità medica, infatti, è stato rilevato come oltre un terzo di quello di legittimità - e presumibilmente, quindi, in misura maggiore quello di merito - abbia riguardato, negli anni più vicini, casi di responsabilità legati all'attività in ginecologia ed ostetricia.

Attenzione particolare, poi, è da ritenersi meritare il settore in esame della responsabilità medica in considerazione del suo peculiare oggetto. Investendo l'attività medica qui il processo procreativo, dalle condizioni per il concepimento al parto, con le relative conseguenze, essa si presenta quale attività, come è stato detto, "a doppio rischio", per la duplicità dei centri di interesse coinvolti: la donna, cioè, ed il nascituro.

Al rischio di danneggiare la salute della donna e del nascituro, si aggiunge, per l'operatore, inoltre, quello, di rilevanza crescente, connesso ad una c.d. "nascita indesiderata", nella diversità di situazioni cui, con una simile espressione, ci si intende riferire. Fattispecie di responsabilità, queste ultime, legate, da una parte, ai progressi scientifici nel campo della genetica e degli accertamenti (e possibili interventi) prenatali, dall'altra, all'evolversi della coscienza sociale ed alla conseguente evoluzione degli ordinamenti

giuridici nel senso della libertà dell'uso della propria capacità generativa.

Né si può mancare di sottolineare come l'incidere l'attività medica sulla vita già nelle sue fasi iniziali determini una tipologia di danni, il cui risarcimento, anche sotto il profilo dell'entità del relativo ammontare, è destinato a risentire in misura sicuramente maggiore che negli altri settori della tendenza ad assicurare un sempre più pieno ristoro del danno alla persona (e si allude, in particolare, agli sviluppi recenti in ordine alla risarcibilità del danno biologico, del danno non patrimoniale per lesione di "valori della persona costituzionalmente protetti", del danno morale c.d. riflesso).

Non a caso, gli attuali meccanismi risarcitori, in presenza dei peculiari fattori di rischio accennati, sono sospettati di dare luogo - soprattutto proprio in campo ginecologico ed ostetrico - ad un risultato di *overdeterrence*, con i relativi riflessi sul piano della promozione di una medicina "difensiva" e, addirittura, su quello della praticabilità stessa dell'attività professionale. Risultato, questo, del resto, da tempo oggetto di approfondita riflessione e di proposte d'intervento negli ambienti in cui il fenomeno ha avuto modo di farsi avvertire prima che da noi.

Unitarietà del rapporto di cura e delle conseguenti responsabilità

Il filo conduttore dell'evoluzione giurisprudenziale in materia è rinvenibile nello sforzo tendente a ricostruire il rapporto sanitario e le responsabilità che ne derivano in termini sostanzialmente unitari, quale che sia, cioè, il soggetto di volta in volta coinvolto, come controparte

del paziente, nel soddisfacimento delle sue esigenze di cura (si tratti, insomma, di medico libero professionista, ovvero di struttura pubblica o privata). E questo, evidentemente, in considerazione del carattere unitario dell'interesse del paziente, con le sue aspettative di un'efficiente tutela della salute, fondata su consapevole autodeterminazione.

Ormai unitaria risulta, così, la ricostruzione in chiave contrattuale del rapporto di cura, con i relativi riflessi sul piano delle responsabilità in materia. Dal rapporto tra paziente e medico libero professionista, una simile prospettiva contrattuale si è estesa pure al rapporto del paziente con strutture sia pubbliche che private. E, di recente, si è consolidata la soluzione nel senso di ritenere comunque concorrente, con quella della struttura, una responsabilità, sempre, appunto, di tipo contrattuale, del medico che sia entrato in "contatto" col paziente (Cass. 22 gennaio 1999 n.589).

Il processo normativo di integrazione e di adeguamento ad identici parametri della sanità pubblica e privata, ha indotto, poi, a far concludere, con riferimento alle case di cura private ed alla necessaria sopportazione del rischio imprenditoriale, che "nel caso di danni causati dall'insuccesso di un intervento, la casa di cura nella quale l'intervento è stato praticato risponde del danno causato dal chirurgo, anche nei casi in cui quest'ultimo non faccia parte dell'organizzazione aziendale della casa di cura" (Cass. 8 gennaio 1999 n.103, la cui impostazione è richiamata, di recente, da Cass., sez. unite, 1° luglio 2002, n.9556).

Piuttosto, è da rimarcare come la responsabilità della struttura, sia essa pubblica o privata, tenda ad assumere tratti peculiari, in relazione al

profilo organizzativo dell'attività sanitaria, fino a far ritenere gravante su di essa un vero e proprio dovere di buona organizzazione.

È da evidenziare, peraltro, come la rilevanza accordata al profilo organizzativo, ai fini del giudizio di responsabilità, abbia finito col configurare conseguenti non lievi oneri a carico degli operatori, soprattutto quando essi si collochino a livelli di vertice di una struttura.

Da una parte, così, si ritiene che ad essi compete di approfondire uno sforzo adeguato per ovviare alle eventuali carenze organizzative della struttura, come, ad esempio, si è verificato con riguardo alla mancanza di strumenti necessari quali il cardiocografo (Cass. 16 maggio 2000 n.6318). Dall'altra, al medico si è fatto carico del delicato compito di apprezzare, appunto anche sotto il profilo delle dotazioni, l'idoneità dell'organizzazione in cui si trova ad operare, in relazione al tipo di intervento da effettuare, con la conseguente eventuale scelta del trasferimento del paziente in altra sede, "ove ciò sia tecnicamente possibile e non esponga il paziente stesso a più gravi inconvenienti" (da ultimo, Cass. 16 febbraio 2001 n.2335).

Criteria di valutazione della responsabilità e dovere di informazione

Circa la conformazione della sua responsabilità, è da tenere presente come il modello di professionista delineato dalla giurisprudenza tenda a collocarsi ad un livello sempre più elevato, in funzione dei progressi della scienza, così da ritenersi che il suo "bagaglio tecnico deve necessariamente comprendere la conoscenza di tutti i rimedi che non siano ignoti alla scienza ed alla

pratica medica" (Cass. 8 marzo 1979 n.1441).

Il peculiare regime previsto per i "problemi tecnici di speciale difficoltà" dall'art.2236 cod. civ., con la relativa limitazione di responsabilità del professionista al "caso di dolo o di colpa grave", è risultato, quindi, sostanzialmente emarginato, proprio in dipendenza dell'addotto "progresso della scienza e della tecnica" (Cass. 3 marzo 1995 n.2466). E gli stessi vantaggi derivanti al professionista dall'inquadramento - pur persistentemente riaffermato - della sua prestazione tra quelle oggetto di una obbligazione di mezzi sono venuti via via sfumando, anche in dipendenza del carattere sempre più discusso (pure nella stessa giurisprudenza: Cass. 8 agosto 1985 n.4394 e Cass. 6 febbraio 1998 n.1286) della dicotomia "obbligazioni di mezzi" e "di risultato". La "crisi" definitiva della dicotomia in questione in campo medico pare da ricollegare alla valorizzazione del "dovere di informazione". È, infatti, attraverso "l'obbligo del professionista di prospettare realisticamente la possibilità dell'ottenimento del risultato perseguito" che la qualificazione dell'obbligazione professionale in termini "di mezzi" non sembra più atta a dissimulare il fatto che la realizzazione del "risultato" sperato entri a far parte della prestazione promessa (Cass. 8 agosto 1985 n.4394). E tale iter logico è risultato chiarissimo, ad esempio, ai fini dell'affermazione della responsabilità in un'ipotesi di incollaggio delle tube, per "provocare la definitiva infertilità" della paziente (Cass. 10 settembre 1999 n.9617).

Proprio in relazione al "dovere di informazione", è appena il caso di ricordare come, nel campo della responsabilità medica, l'elemento di più marcata novità nell'esperienza degli ultimi anni sia sicuramente rappresentato, appun-

to, dalla centralità riconosciuta all'informazione, quale condizione di validità del consenso legittimante l'intervento medico.

La necessità del consenso - inutile se non adeguatamente informato - è stata ricondotta all'inviolabilità della libertà personale (di cui all'art.13 Cost.: Cass. 25 novembre 1994 n.10014 e Cass. 15 gennaio 1997 n.364) e l'omissione dell'informazione è considerata, di per se stessa, fonte di responsabilità per i riflessi pregiudizievole dell'intervento eseguito: indipendentemente, cioè, dalla ricorrenza di qualsivoglia colpa di tipo tecnico-professionale addebitabile al medico nella scelta e nell'esecuzione dell'intervento (Cass. 24 settembre 1997 n.9374). Ed è da sottolineare come anche la nostra giurisprudenza sia giunta (non diversamente, in precedenza, da quella francese), di recente, alla conclusione che gravi sul medico l'onere di provare di avere a ciò adempiuto "a prescindere dalla difficoltà dell'attività professionale prestata, essendo incondizionato il dovere medesimo" (Cass. 23 maggio 2001 n.7027).

Risulta evidente, in particolare, come la stessa scelta tra il parto per via vaginale od il parto cesareo rappresenti tipicamente una di quelle alternative, in relazione alle quali riveste un peculiare peso l'obbligo di informare "dei rischi e dei vantaggi specifici ... rispetto a determinate scelte alternative", onde operare "la scelta in relazione all'assunzione che il paziente ne intenda compiere" (Cass. 15 gennaio 1997 n.364).

Nesso di causalità ed oneri probatori

È tradizionale l'affermazione secondo cui sul paziente grava "l'onere di provare la difettosa o

inadeguata prestazione professionale, l'esistenza del danno ed il rapporto di causalità tra la difettosa o inadeguata prestazione professionale e il danno" (Cass. 18 giugno 1975 n.2439). Ma la linea di maggior favore per il paziente ha reso ben diversa, rispetto al passato, la portata, per lui, di una simile direttiva.

Ciò anche per quanto concerne la dimostrazione del nesso di causalità. Non solo, in materia civile, sembra continuare a dominare il criterio "probabilistico", per cui "nel campo biopatologico ... la ricorrenza del nesso causale tra un determinato antecedente e l'evento dannoso ben può essere affermata in base ad un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica, soprattutto quando manchi la prova della preesistenza, della concomitanza o della sopravvenienza di altri fattori determinanti" (Cass. 21 gennaio 2000 n.632). Ma, addirittura, la questione del nesso di causalità ha finito, talvolta, con l'essere attratta dalla operatività di quella presunzione di non diligente adempimento della prestazione medica, la quale, con riferimento agli "interventi di facile esecuzione", rappresenta l'indirizzo giurisprudenziale che più ha sconvolto i tradizionali equilibri in materia di responsabilità medica. Ciò col conseguente addossamento al medico dell'onere di provare "la esistenza e la efficienza eziologica di altri fattori, imprevisi, imprevedibili o comunque non superabili mediante la diligenza richiesta a lui operatore" (Cass. 16 novembre 1988 n.6220). Si allude a quell'indirizzo (inaugurato da Cass. 21 dicembre 1978 n.6141 e successivamente consolidatosi) con cui, appunto con riguardo agli interventi "di facile esecuzione" (che, peraltro, il progresso della scienza medica tende sempre più a configurare come regola), si è in-

teso valorizzare la presunzione di una “inadeguata o non diligente esecuzione”, fondata “sulla regola di comune esperienza ... e sull’aberrante risultato conseguito”, con la conseguenza di una inversione dell’onere della prova, la quale pone “l’incertezza degli esiti probatori in ordine all’esatto adempimento della prestazione professionale ... a carico del prestatore d’opera o della struttura in cui lo stesso è inserito” (Cass. 15 gennaio 1997 n.364) (con i riflessi - particolarmente gravi proprio nel settore qui in discussione - che ne derivano in caso di non identificabilità della causa del mancato esito positivo atteso).

Soluzione, questa, in larga misura corrispondente a quella cui si perviene, nell’esperienza straniera (non a caso espressamente richiamata anche dalla nostra giurisprudenza: Cass. 22 gennaio 1999 n.589), con formule come quelle della *res ipsa loquitur* o della prova *prima facie* e che sembra, invero, applicare correttamente, i principi generali in materia di distribuzione dell’onere probatorio, anche se, indubbiamente, nel senso di un accentuato favore per il paziente.

Prospettive

A porre rimedio al perverso e temuto intreccio tra responsabilità civile e penale, può certo contribuire - a prescindere da ipotetici interventi legislativi in campo penale, di non facile attuabilità per i sospetti atti a suscitare diffusamente - la recente tendenza della giurisprudenza penale a ridimensionare talune indubbe forzature nell’affermazione della responsabilità dell’operatore, come, in particolare, in tema di ricor-

renza del nesso causale (Cass., sez. unite, 10 luglio 2002, Franzese).

Sul piano della responsabilità civile, la ricerca di una via di uscita alle preoccupazioni dei professionisti - anche una volta esorcizzato, almeno entro certi limiti, il fantasma della devastante sanzione penale - non pare possa fondarsi che sulla valorizzazione dello strumento assicurativo, il quale ha consentito di realizzare sempre più avanzati equilibri tra l’esigenza di non lasciare senza riparazione la vittima del danno e quella di non rinunciare allo svolgimento ed al progresso di attività reputate di essenziale utilità per l’intera società.

Gli spesso denunciati difetti e limiti dell’assicurazione volontaria della responsabilità civile nel settore qui in discussione, indirizzano, quasi inevitabilmente, nel senso della possibile introduzione di un regime di obbligatorietà dell’assicurazione, via già percorsa in Francia con la legge n.2002-303 del 4 marzo 2002 (non disgiuntamente, peraltro, dall’introduzione di taluni opportuni meccanismi di solidarietà sociale).

Solo un simile regime (cui si riferiscono, non senza diversità di impostazione, anche talune proposte di intervento legislativo: p.d.l. n.3244, XII legislatura, Scalisi; d.d.l. n.864, XIII legislatura, Tomassini; d.d.l. n.108, XIV, legislatura, Tomassini), infatti, ovviamente in quanto assistito dalla previsione dell’azione diretta del danneggiato nei confronti dell’assicuratore, pare in grado di offrire a tutte le parti coinvolte un accettabilmente compatibile livello di tutela: per i pazienti, una riparazione sicura ed in tempi brevi; per i medici, i vantaggi della “spersonalizzazione” e “sdrammatizzazione” della vicenda risarcitoria; per gli assicuratori, l’allargamento della base di utenza, nonché l’armoniz-

zazione dei contenuti contrattuali e delle procedure risarcitorie.

Per massimizzare simili vantaggi, non potrebbe mancare la contestuale previsione di nuovi strumenti di composizione degli interessi in conflitto, atti, pure nell'interesse generale, a deflazionare il contenzioso. L'insufficienza di un arbitrato facoltativo ed i sospetti di illegittimità costituzionale nei confronti di un arbitrato obbligatorio, orientano, anche in materia, nella direzione di procedure obbligatorie di conciliazione presso appositi organismi (di composizione anche tecnica), con successivo eventuale arbitrato (facoltativo ma) specializzato, sul modello di quanto già previsto dall'art.10 della legge 18 giugno 1998 n.192, in materia di "subfornitura".

Per mettere al riparo da sospetti di illegittimità costituzionale, l'intervento dovrebbe - come, del resto, quello francese accennato - riguardare tutti coloro che esercitano l'attività sanitaria; contemplare misure atte a rimediare all'inadempienza (o all'eventuale incapacienza) degli obblighi assicurativi con l'intervento di fondi di garanzia (secondo il modello delle già esistenti ipotesi di assicurazione obbligatoria); prevedere meccanismi di adeguata responsabilizzazio-

ne di chi esercita l'attività sanitaria (attraverso azioni disciplinari obbligatorie in sede di organismi professionali e nel quadro del rapporto di lavoro, nonché attraverso congrui aumenti dei premi a carico di chi abbia occasionato l'intervento dell'assicurazione, con relativa obbligatoria rivalsa nel caso di strutture).

Sembra, inoltre, imporsi, onde realizzare un'efficace sinergia di strumenti ed evitare accuse di settorialità dell'intervento, la promozione, allo stesso tempo, di auspicati - ed altrove già estesamente attivati - idonei meccanismi di controllo degli errori sanitari e di gestione dei relativi rischi, per perseguire, con la prevenzione, una sempre maggiore sicurezza dei servizi sanitari stessi.

Deve essere, in conclusione, chiaro come gli interventi in materia potranno presentarsi come accettabili e considerarsi realmente decisivi, solo se, nel rispondere alle istanze di chi esercita un'attività socialmente insostituibile, come quella medica, risulteranno comunque tali da conciliare, in un equilibrio il più possibile armonico, l'insieme delle esigenze e degli interessi, particolari e generali, che tendono qui a presentarsi, da sempre, in posizione antagonistica.

Rilevanza o irrilevanza della finalità terapeutica?

Avv. Vania Cirese

Com'è noto il bene giuridico protetto nel delitto di omicidio è la vita umana in quanto patrimonio individuale ed esclusivo, condizione per il godimento di ogni altro bene.

L'interesse pubblico al rispetto della vita, quale elemento essenziale per la stessa esistenza della società, posto da alcuni sullo stesso piano di quello strettamente personale, assume posizione secondaria come riflesso di una tutela che per il nostro ordinamento si incentra principalmente sulla persona.

L'azione del "cagionare la morte", che caratterizza questo tipico reato a forma libera, si differenzia in molteplici fattispecie penali, a seconda della qualifica formale del soggetto passivo e della gravità sostanziale dell'offesa arrecata all'interesse protetto, offesa indirizzata ad "un uomo" nell'omicidio doloso ex art. 575 c.p. e preterintenzionale ex art. 584 c.p. e ad "una persona" nell'omicidio colposo ex art. 589 c.p.

Nelle varie fattispecie di omicidio non si rinviene una descrizione della condotta tipica: le condotte sono "causalmente orientate" perché il legislatore pone l'accento unicamente sul risultato vietato, avendo il comportamento dell'agente rilevanza in funzione della sua efficacia causale rispetto all'evento morte. La difficoltà sta nell'individuare gli atti rilevanti in rapporto all'evento,

tipicamente naturalistico, che consiste nell'eliminazione fisica della vita d'un essere umano.

La responsabilità per fatti omissivi va collegata all'esistenza di un obbligo (giuridico) di attivarsi, derivante da una norma o da un contratto. Tralasciando in questa sede, per ragioni di opportunità, il problema del rapporto di causalità materiale, va invece ricordato che l'elemento soggettivo nell'omicidio può assumere sia la forma del dolo intenzionale o diretto come rappresentazione e volizione dell'evento morte, sia quella del dolo alternativo, come indifferenza circa i due possibili risultati dell'azione, morte o lesioni, sia infine quella del dolo eventuale o indiretto, come **rappresentazione dell'evento più grave ed accettazione del rischio relativo**.

Val la pena evidenziare che la sufficienza del dolo eventuale, affermata dalla giurisprudenza, non trova unanime consenso nella dottrina, ancorata al principio secondo cui l'art. 43 c.p. esige la diretta volizione dell'evento, mentre la previsione è aggravata dalla colpa.

Secondo una puntuale risposta a questo dilemma: risponde a titolo di dolo eventuale l'agente che pur non volendo l'evento, ne accetta il rischio, comportandosi anche a costo di determinarlo, mentre risponde a titolo di colpa aggravata dalla previsione dell'evento, l'agente che

pur rappresentandosi l'evento stesso come possibile risultato della sua condotta, agisce nella ragionevole speranza che esso non si verifichi.

Il travagliato problema del dolo eventuale e i dubbi circa la punibilità per il reato di omicidio o di lesione volontarie ha dato origine nel tempo ad un quadro dapprima univoco, con una singolare concordanza, nell'andamento diatronico della dottrina e della giurisprudenza, entrambe favorevoli alla configurazione di omicidio (o tentativo) quando in concreto si era verificato solo un evento di lesioni ma vi era stata probabilità della morte e consapevolezza della probabilità stessa da parte dell'agente.

Attualmente la compatibilità tra delitto tentato e dolo eventuale trova orientamenti schierati su posizioni diverse, imponendosi all'interprete volta per volta, di ricostruire la direzione teleologica della volontà dell'agente, per accertare quale sia stato il risultato avuto di mira.

La direzione non equivoca degli atti (per il fatto che non vi è stata morte) non pare sufficiente di per sé a circoscrivere la responsabilità dell'agente al reato di lesioni.

L'univocità degli atti fa configurare indubbiamente l'azione come tentativo, ma non necessariamente esclude la responsabilità per il reato più grave voluto sebbene nella forma dell'eventualità accettata, equiparata sul piano del disvalore, al dolo diretto.

La difficoltà di provare il dolo di omicidio, in presenza della fattispecie colposa e preterintenzionale e di quella di lesioni, deriva dalla difficoltà di accertare compiutamente l'intimo processo volitivo, dovendo affidarsi a fatti concludenti di carattere naturalistico, dai quali desumere la direzione della volontà, senza tuttavia basarsi su censurabili presunzioni.

L'aspetto dell'elemento soggettivo, problematico e controverso, in relazione alla duplicità degli eventi (lesione e morte), che pone l'interrogativo circa l'unicità o complessità della sua struttura, ha originato prospettive che variano dalla natura pienamente dolosa (stante l'originaria volontà del reato meno grave), al dolo misto a colpa (scindendo l'atteggiamento psicologico rispetto al duplice evento) alla responsabilità oggettiva (non ritenendo che la morte sia dovuta a imprudenza, negligenza ecc.).

La giurisprudenza è divisa. A volte afferma trattarsi di delitto aggravato dall'evento e quindi di responsabilità oggettiva, prescindendo da ogni indagine circa la volontarietà, la colpa o la prevedibilità dell'evento più grave. Altre pronunce affermano che il dolo in ordine al primo evento si accompagna alla responsabilità oggettiva in ordine al secondo. Si afferma in questi casi che l'evento morte non è assolutamente voluto e l'agire con dolo alternativo o eventuale in relazione a tale evento esclude l'ipotesi preterintenzionale e concreta il reato ex art. 575 c.p..

Altri orientamenti ravvisano il dolo per lesioni misto a colpa per la morte, che si presenta come un fatto prevedibile, progressione del fatto voluto, dovuto a scarsa attenzione nell'esecuzione dello stesso.

Sta di fatto che l'omicidio preterintenzionale è costituito dal fatto di chi, ponendo in essere atti diretti unicamente a provocare lesioni (o percuotere) cagiona la morte, non essendo necessario che la serie causale che ha provocato la morte rappresenti lo sviluppo dello stesso evento di lesioni.

In tema è rimasta famosa per la sua severità la sentenza "Massimo" del '92, che ribadita la rilevanza del consenso quale presupposto di li-

ceità del trattamento medico chirurgico, ha affermato che “il chirurgo che in assenza di necessità ed urgenza terapeutiche, sottopone il paziente ad un intervento operatorio di più grave entità rispetto a quello meno cruento e comunque di più lieve entità del quale lo abbia informato preventivamente e che solo sia stato da quegli consentito, commette il reato di lesioni volontarie, irrilevante essendo sotto il profilo psichico la finalità pur sempre curativa della sua condotta, sicché egli risponde del **reato di omicidio preterintenzionale se da quelle lesioni derivi la morte**”.

Ma nel duemila che cosa è cambiato?

Non v'è dubbio che con applicazioni automatiche si rischi di punire in base al 584 c.p. (omicidio preterintenzionale) anche conseguenze anomale della condotta medica considerandola come “arbitraria” in eccessivi ampliamenti, e ricollegandovi una gravissima responsabilità penale. Certo permangono le divergenze sulla ricostruzione teorica del reato preterintenzionale ed in particolare quelle che riguardano la struttura del reato nell'aspetto soggettivo. Se appare indiscusso che l'evento voluto debba essere addebitato a titolo di dolo, rimane controverso se quello non voluto sia addebitabile a titolo di responsabilità oggettiva sulla base del semplice rapporto di causalità materiale, ovvero sia necessaria la colpa.

Secondo i più recenti orientamenti la connotazione finalistica della condotta ossia la “finalità terapeutica” è irrilevante, non essendo richiesto il **dolo specifico** per i reati di **lesioni volontarie (o percosse)**.

È altrettanto vero che dal tenore dell'art. 584 c.p. “atti diretti”, l'elemento soggettivo richiesto per l'**omicidio preterintenzionale**, relativa-

mente all'evento voluto, è **costituito dal dolo diretto o intenzionale**. In proposito non vale l'obiezione che l'intenzionalità del dolo è elemento estraneo alla descrizione del delitto preterintenzionale data dall'art. 43 c.p., perché la struttura del delitto previsto dall'art. 584 c.p. non coincide con lo schema normativo previsto dall'art. 43 c.p. e ha una sua autonomia.

In ossequio a questa ragionevole interpretazione, tenuto conto che il requisito per l'omicidio preterintenzionale è il dolo diretto o intenzionale, possono essere addebitate le conseguenze non volute solo quando l'agente abbia almeno direttamente voluto l'evento attribuito a titolo di dolo.

Di conseguenza in caso di **dolo indiretto, o eventuale, non potrà ravvisarsi il reato preterintenzionale, pur potendo essere ascritto quello doloso di lesioni**.

Ma il sanitario mosso dal fine terapeutico pone realmente in essere una condotta intenzionalmente diretta a ledere, con coscienza e volontarietà?

Senza confondere il problema della natura del dolo richiesto per la fattispecie criminosa con l'esistenza della scriminante costituita dal consenso del paziente (presupposto di liceità e non arbitrarietà del trattamento), occorre accertare la sussistenza o meno del dolo intenzionale, verificando se l'agente anticipatamente (o nel corso dell'intervento chirurgico) si sia **rappresentato e abbia voluto l'esito della sua condotta o piuttosto non abbia agito anche a costo di provocare quell'evento**.

Per ascrivere la responsabilità di cui trattiamo, è necessario che il sanitario si rappresenti, come conseguenza della sua condotta voluta, la lesione all'integrità fisica del paziente, tra l'altro sus-

sistendo una differenza di non poco conto tra iter decisi in corso d'intervento, per sopraggiunte e imprevedibili o impreviste circostanze e casi con determinate programmazioni sin dall'inizio.

La soluzione non può che provenire dalla giusta, imprescindibile valorizzazione dell'elemento soggettivo richiesto nella forma del dolo intenzionale.

Per fare alcuni esempi, tralasciando i casi a scopi scientifici o puramente estetici, basta citare i casi di interventi demolitivi coscientemente inutili, i casi in cui il sanitario abbia asportato organi là dove la patologia poteva essere curata con diversi mezzi terapeutici, casi in cui il normale rapporto tra costi e benefici, preventivamente conosciuto dal medico, è totalmente squilibrato. Sembra potersi affermare la ricorrenza dell'elemento soggettivo di lesioni volontarie (dolo generico) in quei casi in cui il medico, pur animato da intenzioni terapeutiche, agisca consapevole che il suo intervento produrrà una non necessaria menomazione dell'integrità fisica (o psichica) del paziente.

Ricondotto l'elemento soggettivo del reato nei suoi naturali limiti, ne consegue che il consenso del paziente subisce un giusto ridimensionamento, riconducendosi alla sua efficacia scriminante, che esclude l'antigiuridicità della condotta. Quindi, in presenza di consenso validamente formato ed espresso, è preclusa la possibilità di configurare il delitto di lesioni volontarie, mentre in presenza di ragioni di urgenza terapeutica o ipotesi previste dalla legge il consenso non è necessario.

Il dissenso del paziente, quale volontà esplicitamente contraria all'intervento terapeutico, trova un limite solo nel pericolo grave e attuale per la

vita del paziente o per la sua integrità fisica, mentre al di fuori di queste situazioni ricorrerà un'indebita violazione non solo della libertà di autodeterminazione del paziente, ma anche della sua integrità, con la possibile ascrizione del reato di lesioni dolose in capo al sanitario.

Sicure cause di giustificazione rilevano nelle situazioni di urgenza terapeutica che concretizzano lo stato di necessità o l'adempimento di un dovere.

Per completare il discorso vanno evidenziati altri due "nuovi" aspetti del problema. Pur essendo irrilevante la "finalità terapeutica" non è ovviamente irrilevante se la condotta sia intenzionalmente diretta a tutelare la salute del paziente o a provocare una menomazione dell'integrità. Occorre dunque precisare che appare sostenibile l'esclusione dell'intenzionalità della condotta in quei casi in cui il sanitario, nel corso dell'intervento chirurgico, rilevi la presenza di una situazione che pur non rivestita dei requisiti di urgenza terapeutica, e pur potendo essere affrontata in tempi diversi, venga invece, affrontata immediatamente senza il consenso del paziente: per evitargli un altro (ravvicinato) intervento, altri successivi disagi o per prevenire particolari futuri pericoli (purché si tratti di protocolli accettati dalla comunità scientifica e non certo inusuali, sperimentali o sconosciuti alla letteratura scientifica).

Del pari non può rispondere dolosamente il chirurgo che si sia erroneamente rappresentato una situazione patologica ritenendo che essa richiedesse l'intervento per cui il paziente non aveva prestato consenso, non sussistendo in tale caso l'intenzionalità della condotta, ferma restando la responsabilità per il reato colposo se si ravvisino i presupposti.

Procreazione medicalmente assistita

Dott. Giancarlo Tarquini - Procuratore della Repubblica

1) Da sempre l'uomo ha cercato di squarciare il velo della genesi.

Ma ogni suo sforzo l'ha riportato alla constatazione di ciò che la natura gli ha donato, facendo dell'uomo e della donna gli elementi e gli strumenti insieme insostituibili della procreazione, condizione della continuità e della conservazione della specie.

Non è questa la sede per spingere lo sguardo oltre nel mistero dell'insondabile, perché, comunque questo può essere detto, siamo al confine che divide il visibile dall'invisibile, il noto dall'ignoto, la materia dallo spirito.

Per il cristiano la nascita è l'inizio di un cammino, che parte per non finire più tra le braccia di Dio, per le religioni orientali è l'inizio di una delle molteplici esperienze terrene dello spirito immortale, per il positivista è l'accensione di una scintilla che dall'incontro di gameti maschili e femminili produce il miracolo tutto e soltanto umano della vita.

È dunque il tema in esame il porto di ogni possibile riflessione, di ogni diversa cultura, di ogni diversa esperienza, è il luogo della più ampia meditazione davanti al mistero che schiude alla vita la coscienza di un nuovo soggetto frutto dell'apporto di due esseri che insieme progettano di accettare la responsabilità di farsi portatori quanto meno delle condizioni imprescindibili perché il miracolo si avveri.

2) Dunque, a ben guardare, non un solo soffio di vento avrebbe significato alcuno se il mondo fosse carente di questo palpito generatore.

Ciò per significare come l'atto procreativo e la procreazione in specie sono alla base di ogni cosa. Si comprende quindi la forte attenzione sul fenomeno, dal quale dipende l'equilibrio dinamico e biologico dell'intero pianeta.

3) Ma scendendo a livelli più vicini a noi ed all'uomo quale parte della cellula primaria della società, costituita dalla famiglia, sia quella legale che quella di fatto, unione della coppia di diritto o di fatto, si coglie l'intera problematica di questo convegno.

Ed ecco il tema.

Può accadere che la procreazione si realizzi, pur nel quadro di misteriosa creatività che la caratterizza, spontaneamente per la naturale proprietà dell'unione tra l'ovocita e lo spermatozoo o che invece ciò non basti e si imponga pertanto di aiutare lo scoccare della scintilla della vita. Questo aiuto appartiene al campo della procreazione medicalmente assistita (PMA).

Reggio Emilia vive questa realtà a livelli scientifici davvero elevati nella Divisione (oggi Unità Operativa) di Ostetricia e Ginecologia dell'Arcispedale Santa Maria Nuova.

Ma l'alta professionalità dei medici che operano in questa, come in altre strutture ospedalie-

re di primissimo ordine, abbisogna del supporto normativo necessario a consentire la praticabilità delle tecniche e delle conoscenze scientifiche acquisite in anni di affinamento tecnologico e scientifico.

Questa dimensione giuridica credo possa essere e debba essere materia di approfondita meditazione.

Il discorso deve partire dalla normativa vigente, costituita, come noto, dalla legge 19 febbraio 2004 n. 40.

Tale legge ha certamente il merito di avere introdotto disposizioni che legittimano e sostengono le pratiche di procreazione medicalmente assistita.

A fronte dunque del vuoto normativo preesistente, abbiamo oggi una previsione di legge in cui si inquadra l'attività del medico.

Questa legge fissa essenziali criteri di riferimento che è utile così sintetizzare:

- a) **presuppone** cause di infertilità o ipofertilità da rimuovere;
- b) **intende** favorire la soluzione dei problemi della coppia derivanti dalla sterilità o dalla ipofertilità umana;
- c) **tutela** tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito (così assicurati);
- d) **esige** il consenso dei componenti della coppia;
- e) **vuole** che la coppia (di fatto o di diritto) sia composta da soggetti di sesso diverso, maggiorenni e capaci.

Intanto va detto che si tratta di connotati del tutto condivisibili, anche se forse il concetto di sterilità, probabilmente potrebbe essere sostituito con quello di ipofertilità, così da inquadrare non solo le ipotesi di incapacità assoluta di procreare, ma piuttosto la limitata capacità di procreazione.

Ciò contribuirebbe notevolmente ad accrescere la portata della legge, il che non guasterebbe.

4) Ma sul punto vanno fatte alte considerazioni: a) Intanto questa legge è la prima a riconoscere alla coppia eterosessuale, formata da soggetti conviventi senza vincolo matrimoniale, valore e significato giuridico.

Infatti del trattamento relativo alla PMA possono usufruire non soltanto le coppie legalmente coniugate, ma anche i conviventi eterosessuali, purché, come già detto, maggiorenni e capaci, oltre che in età fertile.

Si tratta di un riconoscimento non certamente privo di importanza.

b) Ma non basta, detta legge contiene richiamo non solo ai diritti dei componenti della coppia, bensì anche **ai diritti del concepito**.

Dunque il concepito viene visto come un soggetto di diritto, in quanto titolare dei diritti richiamati dall'articolo 1 della legge in esame, alla pari degli altri soggetti ivi contemplati.

Ciò ricorda quanto già previsto dal codice civile in materia di successione, laddove si parla della capacità di succedere, per affermare all'articolo 462 che sono capaci di succedere tutti coloro che sono nati o concepiti al tempo della apertura della successione.

Pertanto, quando la normativa in esame parla del concepito, si riferisce ad un soggetto di diritto, i cui diritti debbono essere salvaguardati.

Il primo diritto del concepito è certamente quello di nascere.

5) Allora possiamo individuare i principi cardine sui quali si regge la legge vigente, distinguendo tra principi condivisibili e principi meno condivisibili sui quali dovrà essere rivolta l'attenzione, onde verificare se sono ipotizzabi-

li o auspicabili, ed in quali termini, progetti riformativi.

a) È condivisibile che la legge tenda a garantire che, ove non vi siano altri metodi terapeutici efficaci, si aiuti la coppia a rimuovere le cause della sterilità, della infertilità o forse meglio della ipofertilità;

b) È condivisibile che siano garantiti i diritti di tutti i soggetti (in senso ampio) coinvolti, e quindi non solo della coppia ma anche del concepito (in vitro);

c) È condivisibile ovviamente che l'applicazione delle tecniche di PMA sia subordinata alla prestazione di un valido **consenso scritto**, consenso che deve essere espresso da soggetti maggiorenni e capaci in età fertile, ai quali dovrà essere prospettata anche la possibilità di ricorrere alla adozione e all'affidamento, (anche se, come vedremo, non appare invece condivisibile, e se ne parlerà pertanto tra i punti di criticità della legge, che il consenso dato dalla coppia possa essere revocato soltanto fino al momento della fecondazione in vitro).

Accanto a queste ragioni e a questi argomenti di condivisibilità, ricavabili dal testo della legge, ne emergono altri di alta problematicità e criticità.

È utile, se non necessario, fare precedere l'analisi specifica di tali punti di criticità da una sorta di tavola prospettica degli stessi, per poi, come detto, esaminarli singolarmente.

I. La legge 40/2004 esclude la procreazione medicalmente assistita eterologa, nella quale dunque trovino inserimento e legittimazione gameti estranei alla coppia.

II. La legge 40/2004 esclude la ricerca sugli embrioni in modo totale anche quando tale carenza apre prospettive di gravi complicazioni, co-

me emerge dal combinato disposto degli articoli 6 e 13 della legge, come meglio si vedrà più oltre.

III. La legge esclude la revoca del consenso (articolo 6 comma 3) dopo la fecondazione in vitro dell'ovocita e prima del trasferimento dell'embrione in utero.

IV. La legge non disciplina l'ipotesi di sopravvenute impossibilità di trasferimento in utero dell'embrione ottenuto in vitro, limitandosi a prendere in esame l'impossibilità di carattere temporaneo e non già quella di carattere definitivo.

V. La legge vieta la crioconservazione degli embrioni salvo quanto previsto dall'articolo 14 comma 3, che prevede l'ipotesi che il trasferimento dell'embrione nell'utero non sia possibile per gravi cause di forza maggiore relative allo stato di salute della donna. In questo caso è consentita la crioconservazione degli embrioni fino alla successiva data di trasferimento, da realizzare non appena possibile, ma non prevede il caso che il trasferimento non sia più praticabile.

VI. Le linee guida (D.M. 21 luglio 2004) del Ministro della Salute, invece esplicitano il fatto che, se il trasferimento non risulta attuato per gravi anomalie irreversibili dello sviluppo dell'embrione, la coltura in vitro del medesimo deve essere mantenuta fino al suo estinguersi.

Nessun riferimento è contenuto nella legge all'ootide che, come noto, è l'ovocita già fecondato, nel quale tuttavia i patrimoni genetici dell'ovocita e dello spermatozoo non si sono ancora fusi insieme dando vita all'embrione, mancato riferimento che, come vedremo, non può non significare che dalla legge l'ootide è visto del tutto alla pari con l'embrione di cui costituisce solo un inevitabile precedente logico e cronologico, di uguale natura.

Occorre adesso passare all'esame più analitico dei singoli punti di perplessità o di criticità.

1) PMA eterologa

È l'articolo 4 (comma 3) della legge che vieta il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

Effettivamente il concetto di procreazione eterologa impegna la coscienza dell'uomo e tocca i principi di maggiore sensibilità sui quali si articolano la società e la famiglia.

Qui entrano in gioco le culture ed il credo religioso, realtà che nel nostro Paese sono essenzialmente e profondamente cristiani.

Da una parte dunque la difficoltà a riconoscere che possa esserci una interferenza esterna rispetto alla coppia nella procreazione, data la profonda riservatezza che circonda e tutela questo momento della vita coniugale o comunque della vita di coppia anche nella convivenza di fatto, **dall'altra l'esigenza di assicurare alle coppie sterili o con apprezzabile tasso di ipofertilità la possibilità di soddisfare il naturale bisogno di paternità e di maternità.**

L'opposizione che i contenuti di principio della procreazione eterologa hanno incontrato nel nostro Paese sono in larga misura dovuti ad un modello del concetto di famiglia che trova le sue radici nella visione cristiana e soprattutto cattolica del matrimonio: rispetto a questa visione, la possibilità che il figlio possa non essere stato naturalmente generato da entrambi i componenti della coppia, sia essa di fatto o legale, è sostanzialmente vista come una lesione di un principio fondamentale.

L'obiettivo valutazione della problematica, però, non consente di escludere che in determi-

nate situazioni possa risultare essenziale un aiuto esterno, pur con le dovute garanzie, nell'impossibilità di rimuovere le cause impeditive della procreazione.

Ma questa apertura non è escluso che possa risultare compatibile con i principi religiosi cui fa capo anche la cultura cattolica, quando la scelta venga prevista all'interno di una situazione che necessita di intervento.

Certo non potrà ammettersi né giustificarsi la procreazione eterologa per soddisfare il bisogno di paternità o maternità in capo a soggetti che non sono più in età feconda; questo perché verrebbe sostanzialmente forzato l'ordine naturale delle cose e perché verrebbe realizzata una realtà familiare nella quale il figlio si troverebbe con genitori anziani, non più in grado di offrirgli l'apporto di partecipazione necessario, proprio nell'età più difficile..

Ove si escluda questa situazione il discorso, per quanto difficile, non può essere concepito come impossibile.

Le tecniche di fecondazione assistita dovrebbero comunque essere rivolte a coppie legali o di fatto, eterosessuali, composte da persone maggiorenni, capaci e in età feconda.

Ove si accedesse a tale soluzione dovrebbero ovviamente porsi forti sbarramenti di tutela giuridica e di salvaguardia di riservatezza a garanzia della famiglia e soprattutto del concepito, negando ad esempio la possibilità di qualsiasi azione legale di riconoscimento di paternità o maternità, ed ancor più rendendo inaccessibile il dato conoscitivo.

Come già detto in precedenza è certamente un problema di coscienza, culturale e religioso, ma anche di grande rilevanza sociale, tanto che non potrebbe negarsi aprioristicamente l'utilità del-

l'istituto che sarebbe fonte di equilibrio e di gratificazione per coppie meritevoli.

2) Ricerca sugli embrioni

Come già anticipato la legge 40/2004 esclude la ricerca sugli embrioni in modo totale.

Questo concetto trova la sua sostanziale affermazione nell'art. 13, che ammette indagini sull'embrione soltanto se si perseguano finalità terapeutiche e diagnostiche, volte a tutelare la salute e lo sviluppo dell'embrione stesso.

Non si ammette invece la ricerca quando destinata a verificare se il passaggio successivo alla fecondazione dell'ovocita, e cioè l'introduzione dell'embrione nell'utero, possa determinare problematiche sulla qualità della gestazione che ne seguirà.

In sostanza non è ammessa ricerca per verificare se vi siano rischi di trasmissione di malattie genetiche quali, ad esempio, la talassemia.

Anche le linee guida del Ministro della Salute, dove si tratta l'ipotesi che l'indagine relativa allo stato di salute dell'embrione ottenuto in vitro evidenzi gravi anomalie dello sviluppo, sembra prendere in esame solo le anomalie che incidono sulla sua maturazione piuttosto che il rischio di trasmissione di patologie per il nascituro. Solo in quel caso la coltura in vitro deve essere mantenuta fino al suo estinguersi, ma appare chiaro che non è questa la ricerca sull'embrione di cui vogliamo parlare.

La normativa vigente, dunque, sostanzialmente non prevede la ricerca finalizzata ad accertare che l'embrione non sia portatore di patologie genetiche che graveranno poi sul nascituro.

Anche l'art. 14, comma 2, prevede che non si debba creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e

contemporaneo impianto, e comunque non superiore a tre; l'art. 6 prevede inoltre che il consenso della coppia all'applicazione delle tecniche di PMA, possa essere revocato da ciascun componente della coppia soltanto fino al momento della fecondazione in vitro dell'ovocita.

Il combinato disposto di queste due affermazioni porta alla conseguenza che una volta avvenuta la formazione dell'embrione (nel numero massimo di tre) non è più possibile recedere dal trasferimento di quegli embrioni nell'utero, indipendentemente dalla ricerca se gli stessi siano o meno portatori di gravi patologie.

Questa previsione costituisce una forte limitazione quanto meno sotto due profili.

In primo luogo perché non consente la ricerca utile, se non indispensabile, su patologie gravi e invalidanti, ed in secondo luogo perché, come meglio si dirà più oltre, costringe la donna a ricevere comunque, anche quando non sia più consenziente, nel proprio utero l'embrione ottenuto in vitro.

Se ne deve concludere, che il capitolo "ricerca" resta un capitolo aperto rispetto al quale si impone un approfondimento ed un miglioramento dell'assetto normativo vigente: infatti non può accettarsi, indipendentemente dal credo religioso o dalla cultura socio politica-ambientale, che il diritto alla vita del concepito non sia accompagnato dalla garanzia di un futuro non condizionato in partenza da patologie genetiche di Un diritto a nascere, se non accompagnato da queste garanzie, finisce per essere un salto nel buio. E non può certo essere ammissibile l'obiezione che è sempre possibile il ricorso il ricorso all'aborto secondo quanto contemplato dalla legge 194 del 22 maggio 1978.

La legge sulla PMA deve essere un sistema com-

pleto in sé e non deve esporre la coppia ad inutili sofferenze.

3) Revoca del consenso al trattamento di PMA

La legge (art. 6, comma 3) consente la revoca del consenso da parte dei soggetti costituenti la coppia fino al momento della fecondazione in vitro dell'ovocita.

Come si è osservato, tale disciplina appare limitativa, giacché individua un tempo fondamentale nel processo di applicazione della PMA durante il quale la coppia è privata della possibilità di autodeterminazione.

Ma questo momento si sostanzia di una fase essenziale, costituita dal trasferimento dell'embrione nell'utero.

Cosa accade dunque se la donna (ma anche l'uomo) non è più consenziente per tale manovra? Si desiste o si procede oltre?

La desistenza non è prevista, dunque non resta che la prosecuzione.

Ma proseguire significa violare la volontà della coppia e soprattutto quella della donna.

Si deve pensare allora, che è possibile costringere la donna anche con la forza a sottostare al trasferimento in utero dell'embrione ottenuto in vitro?

Saremmo di fronte ad una violenza privata imposta (mi si passi il bisticcio terminologico) dalla legge.

Si agisce così per assicurare all'embrione la vita, qualunque essa sia, per poi magari costringere la donna a richiedere successivamente di abortire, in un ingiustificato vortice di sofferenza fisica e psicologica?

Ecco dunque un punto che appare costituire un tema sul quale appuntare lo sguardo riformistico.

Si tratta per altro di un tema che ontologicamente si inquadra nel concetto più vasto che costituisce la materia del paragrafo seguente.

4) Sopravvenuta impossibilità di trasferimento in utero dell'embrione dopo la inseminazione in vitro dell'ovocita

Al riguardo, come già anticipato, la legge n. 40/2004 nulla dispone.

Questo appare una grave carenza normativa, in quanto è configurabile che un'ampia gamma di ipotesi restino senza disciplina.

L'unica disciplina esistente è quella, già ricordata, contemplata dal comma 3 dell'art. 6, secondo cui è dato alla coppia di interferire sull'applicazione della PMA solo fino al momento della fecondazione dell'ovocita.

Dopo tale momento il vuoto normativo, non è coperto neppure dalla previsione delle linee guida ministeriali: come ricordato in base ad esse è consentito intervenire, lasciando estinguere l'embrione, solo in presenza di gravi anomalie irreversibili del suo sviluppo, cosa che nulla ha che vedere con le scelte legate alla volontà dei soggetti costituenti la coppia.

Può accadere:

a) che il consenso venga a mancare, anche in capo ad uno solo dei soggetti costituenti la coppia, prima della fecondazione in vitro dell'ovocita;

b) che intervenga la revoca del consenso della donna dopo la fecondazione in vitro dell'ovocita e prima del trasferimento nell'utero dell'embrione ottenuto in vitro;

c) che intervenga la revoca del consenso dell'uomo dopo la fecondazione in vitro dell'ovocita e prima del trasferimento nell'utero dell'embrione ottenuto in vitro.

Si tratta a questo punto di formulare previsioni di riforma nella cui elaborazione soccorrono principi di diritto ma anche concretezza di prospettive.

Va da sé pertanto che:

a) **la revoca del consenso**, anche di uno solo dei componenti la coppia prima della fecondazione, deve necessariamente dare origine alla interruzione della applicazione della PMA per caduta verticale delle condizioni di ammissione a tale procedura;

b) **la revoca del consenso** della donna dopo la fecondazione in vitro dell'ovocita e prima del trasferimento nell'utero dell'embrione ottenuto in vitro, non può non impedire la prosecuzione della applicazione delle tecniche di PMA;

c) **la revoca del consenso** dell'uomo dopo la fecondazione in vitro dell'ovocita pone un serio problema. Infatti in linea del tutto teorica non sembra potersi escludere che la donna possa proseguire nella applicazione delle tecniche della PMA, in quanto c'è un embrione fecondato e c'è una donna in grado di iniziare la gravidanza. Il punto è che questa scelta non può e non può essere una scelta obbligata, anche se per uscirne, il percorso alternativo deve essere adeguatamente presidiato.

Al riguardo esiste la possibilità di ricorrere alla normativa già approvata con la legge 194 del 1978 con i dovuti adattamenti.

Può infatti prendersi in esame di mutare tale normativa, inserendola nella disciplina riguardante la PMA.

Si potrebbe così fare ricorso alla verifica, in parallelo con quanto previsto dalla legge n. 194, delle condizioni che danno luogo alla interruzione dell'applicazione delle tecniche della PMA.

Ciò potrebbe accadere quando il trasferimento dell'embrione ottenuto in vitro nell'utero comporti, a causa della intervenuta revoca del consenso da parte dell'uomo, serio pericolo per la salute fisica o psichica della donna.

Ma in questo caso la donna non dovrebbe poter autonomamente disporre per l'interruzione della applicazione delle tecniche della PMA, bensì chiedere ad un organo terzo di livello medico, come ad esempio il Comitato Bioetico Provinciale del luogo in cui ha sede la struttura sanitaria che ha realizzato gli interventi di PMA, l'autorizzazione ad interrompere l'applicazione delle tecniche di PMA.

5) Morte di entrambi o di uno dei soggetti componenti la coppia

Al riguardo la legge non stabilisce nulla, lasciando un grave vuoto normativo da colmare. Può infatti accadere:

a) che intervenga la morte di entrambi i componenti della coppia dopo la fecondazione in vitro dell'ovocita ma prima del trasferimento dell'embrione ottenuto in vitro nell'utero (va da sé che, se la morte interviene prima, non può certo parlarsi in alcun modo di prosecuzione del trattamento);

b) che intervenga la morte della donna dopo la fecondazione in vitro dell'ovocita ed ovviamente prima del trasferimento dell'embrione ottenuto in vitro nell'utero;

c) che intervenga la morte dell'uomo dopo la fecondazione in vitro dell'ovocita e prima dell'embrione ottenuto in vitro.

Se ciò accadesse in vigenza della attuale legge, le complicazioni sarebbero non poche, cosa che evidenzia la necessità di introdurre nella legge una specifica previsione delle ipotesi sopra de-

scritte con l'indicazione della disciplina da adottarsi.

Una soluzione potrebbe essere così articolata.

a) La morte di entrambi i componenti la coppia, che interviene dopo la fecondazione in vitro dell'ovocita (se interviene prima, come già detto, va da sé che ne discende il blocco in radice del processo applicativo della PMA), ma prima del trasferimento dell'embrione ottenuto in vitro nell'utero, costituisce una causa maggiore di interruzione della PMA. Resterebbe nel caso la problematica inerente al destino da riservarsi all'embrione ottenuto in vitro e non trasferito nell'utero. Tale destino, come si dirà anche più avanti, potrebbe essere quello di lasciare che l'embrione si estingua in conformità alle linee guida del Ministro della Salute.

b) La morte della donna dopo la fecondazione in vitro dell'ovocita e prima del trasferimento dell'embrione ottenuto in vitro nell'utero (alla pari con l'ipotesi di morte prima della fecondazione in vitro dell'ovocita), impedisce la prosecuzione della applicazione delle tecniche di PMA. Non è pensabile che quell'embrione possa essere conservato per una destinazione diversa. Dovrebbe dunque ripetersi quanto abbiamo già esaminato in rapporto al caso di cui alla lettera a), con la conseguenza che l'embrione dovrà essere abbandonato alla inevitabile sorte dell'estinzione.

c) La morte dell'uomo dopo la fecondazione in vitro dell'ovocita, e prima del suo trasferimento dell'embrione ottenuto in vitro nell'utero, dovrebbe potere legittimare la donna a richiedere l'autorizzazione ad interrompere l'applicazione della PMA come nel caso già visto in precedenza di revoca del consenso dell'uomo dopo la fecondazione in vitro dell'ovocita e prima del tra-

sferimento dell'embrione ottenuto in vitro nell'utero, ove si ipotizzi che tale situazione determini per la donna un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica.

L'autorizzazione potrebbe competere anche in questo caso al Comitato Bioetico Provinciale del luogo in cui ha sede la struttura sanitaria che ha realizzato l'intervento di applicazione delle tecniche di PMA.

6) Crioconservazione dell'embrione

La legge vigente (40/2004) esclude (articolo 14, comma 1) e vieta la crioconservazione e la soppressione degli embrioni.

Tale principio potrebbe apparire lodevolmente ispirato a sacrosanti criteri di solida e corretta impostazione sistematica.

A ben guardare però tale enunciazione contrasta con la pratica (casistica) quotidiana cui il medico deve fare fronte.

I limiti della previsione emergono dalle seguenti riflessioni.

Il principio sopra indicato incontra una sola deroga, prevista dal comma 3 dello stesso articolo 14, laddove è detto che è consentita la crioconservazione degli embrioni qualora il trasferimento in utero non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione.

Ma siffatta ipotesi di crioconservazione è prevista in via temporanea cioè fino al recupero da parte della donna delle condizioni di buona salute che consentano il trasferimento dell'embrione in utero.

Nulla si dice invece circa cosa accadrebbe se l'impedimento al trasferimento dell'embrione in utero assumesse per varie cause (ad esempio

quelle già precedentemente esaminate) caratterizzare permanente.

Si impone allora anche su questo punto l'elaborazione di una previsione più ampia, con una norma di chiusura, la quale renda il sistema normativo completo.

Lo spunto viene dalle già richiamate linee guida del Ministro della Salute, laddove è previsto che l'embrione non può in condizioni (definitivamente) di potere essere validamente trasferito in utero, sia mantenuto scongelato fino al suo estinguersi.

La scelta non deve scandalizzare, giacché ciò sostanzialmente avviene, in base alla legge 22 maggio 1978 n. 194, anche nell'ipotesi di aborto terapeutico o praticato per scelta entro i primi tre mesi di gravidanza in presenza di un serio rischio per la salute fisica o psichica della donna. Anzi in quest'ultima ipotesi viene interrotto un processo gestionale già avviato nell'utero materno a fronte, nel caso di specie, di un embrione, certamente già vitale e inquadrabile nella figura del concepito, ma ancora da trasferire in utero. Dunque, quando si verificano le condizioni che impediscono in modo definitivo il trasferimento dell'embrione nell'utero materno, potrebbe normativamente prevedersi il divieto di crioconservazione o di prosecuzione della crioconservazione, se già in atto, dell'embrione mantenendosi la coltura in vitro del medesimo fino al suo estinguersi in conformità alle già richiamate linee guida del D.M. 21 luglio 2004 del Ministro della Salute.

7) Aggiungo qualche considerazione finale in ordine alla anticipata problematica dell'ootide, che, come noto, è l'ovocita fecondato prima che i patrimoni genetici del gamete femminile

e del gamete maschile si siano fusi, condizione che rimane tale fino a circa 15-18 ore dalla inseminazione in vitro degli ovociti.

Tutte le problematiche sopra svolte in rapporto all'embrione, non possono essere superate, riservando all'ootide il trattamento che si ritiene non possa essere esteso all'embrione, giacché esso chiaramente appare del tutto parificabile all'embrione, di cui costituisce non soltanto un precedente cronologico, ma soprattutto logico, imprescindibile, al punto di doverlo necessariamente accomunare ad esso sotto il profilo ontologico.

Se dunque non è consentita la crioconservazione dell'embrione, così non deve essere consentita la crioconservazione degli ootidi.

Una diversa determinazione potrebbe apparire strumentale e scopertamente diretta ad eludere l'osservanza di principi presidiati anche e soprattutto dai credi religiosi.

Se dunque è vietata la costituzione di una Banca (Archivio) degli embrioni (si prescinde in questo momento dalla valutazione del tema concernente gli embrioni creati prima della entrata in vigore della vigente legge e crioconservati, per i quali dovrà pervenirsi ad una scelta normativa difficile circa il loro mantenimento o l'estinzione della loro conservazione), deve essere ontologicamente vietata anche la costituzione di una Banca o Archivio degli ootidi.

Credo, ma questa è materia riservata agli esperti di genetica, che tale premessa trovi consacrazione nella previsione normativa (art. 14, comma 2), secondo cui, ai fini del trasferimento in utero, deve essere creato un numero di embrioni strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto.

Non deve esserci in sostanza un numero resi-

duale di embrioni da crioconservare e questo divieto non può essere eluso dicendo che si conservano non gli embrioni ma gli ootidi.

Rimetto agli esperti, valutare se in siffatta previsione normativa, in sede di riforma della legge, debba essere indicato un numero massimo di embrioni da creare o se invece la determinazione del numero degli embrioni (sempre con il vincolo di non ammettere un residuo di embrioni da conservare) debba essere lasciata all'operatore scientifico, che terrà conto di volta in volta di fattori vari, quali l'età della donna (se la donna è giovane basterà un numero minore di embrioni), non riassumibili nella necessariamente generica ed astratta previsione di legge.

8) Non c'è bisogno che si ricordino i rigorosi divieti della legge da condividersi totalmente.

Mi riferisco al divieto di clonazione (mediante trasferimento di nucleo o altra tecnica genetica), così come mi riferisco al divieto di fecondazione di un gamete umano con un gamete di specie diversa.

La legge non vuole, e qualsiasi legge di riforma certamente mai vorrà, la creazione di mostri o di realtà contro natura.

La legge deve volere la vita.

E non c'è vera vita se non c'è rispetto delle regole della natura, che non abbiamo creato noi, ma che abbiamo ricevuto e nel cui abbraccio soltanto ha senso la vita dell'uomo.

La tutela della privacy nella fecondazione assistita

Avv. Milena Mosci

La legislazione sulla tutela dei dati personali si pone come obiettivo principale il controllo da parte del cittadino, dell'uso e della diffusione dei propri dati personali (cioè del complesso di informazioni che lo riguardano) fornendo protezione dagli usi indebiti e dagli abusi posti in essere da terzi.

Il conferimento, l'utilizzo e la diffusione dei dati personali, necessitano di particolare rigore nell'ambito sanitario, per la particolare delicatezza delle informazioni trattate, tanto che i dati atti a rilevare lo stato di salute, rientrano nella categoria dei dati sensibili. L'attività sanitaria prestata nella procreazione medicalmente assistita, non fa, ovviamente, eccezione alla regola, pur nella peculiarità delle norme cui è sottoposta.

La legge 40 del 1994 sulla procreazione medicalmente assistita integrata dal D.M. del 21/7/2004 con cui sono state stabilite le linee guida, individua, infatti, una serie di soggetti che con finalità e funzioni differenti devono procedere al trattamento dei dati sensibili quindi dei dati suscettibili di rivelare lo stato di salute degli individui: i procedimenti oggetto della normativa coinvolgono medici di medicina generale, specialisti, i centri pubblici e privati autorizzati dalle Regioni ed iscritti in apposito registro, l'Istituto Superiore di Sanità a cui è de-

voluto il compito di predisporre le informazioni necessarie al Ministero della Salute per la presentazione della relazione annuale al Parlamento e la Biobanca Nazionale istituita con decreto ministeriale del 4 agosto 2004.

Le finalità sono differenti e vanno dalla necessità di verificare la sussistenza delle condizioni previste dalla legge per l'accesso alle tecniche di procreazione, all'avvio del trattamento sanitario, alle statistiche sull'applicazione e gli esiti delle tecniche consentite.

Per comprendere quali siano le modalità richieste dalla legge per il trattamento dei dati personali e sensibili relativamente all'argomento che ci interessa, occorre fare riferimento agli articoli 37 e 76 del codice sulla protezione dei dati personali entrato in vigore il 1° gennaio 2004. L'articolo 37, infatti, nel prescrivere l'obbligo di notifica del trattamento dei dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale da parte di tutti i titolari - laddove per titolari debbono intendersi coloro (persone fisiche o giuridiche, enti pubblici o privati) che determinano le finalità e gli usi dei dati - menziona esplicitamente la procreazione assistita. Ciò comporta l'obbligo di informare il Garante prima dell'inizio di qualsiasi trattamento di dati al fine di averne la relativa autorizzazione. Con il prov-

vedimento n. 1 del 2004, il Garante ha tuttavia rilasciato un'autorizzazione generale al trattamento dei dati suindicati in favore degli esercenti le professioni sanitarie così da esonerarli dall'obbligo di notificazione seppure a precise condizioni: l'esonero è rilasciato anche a chi esercita la professione in forma associata, ma non alle strutture sanitarie; purchè i dati non siano raccolti in una banca dati accessibile a terzi per via telematica; limitatamente ai dati e alle operazioni indispensabili per la tutela della salute o dell'incolumità fisica dell'interessato (ovvero di colui al quale i dati si riferiscono) o di un terzo e a condizione che i trattamenti non siano effettuati sistematicamente. Nel parere rilasciato il 26 aprile 2004 il Garante ha chiarito che nell'esonero rientrano anche i medici specialisti e che la non sistematicità del trattamento fa riferimento all'occasionalità dell'attività svolta a fini di procreazione assistita, che non assuma perciò carattere di costanza e prevalenza rispetto alla molteplicità di trattamenti connessi all'attività professionale. Fuori da questi casi la notifica del trattamento deve essere sempre effettuata. I provvedimenti suindicati ben si attagliano alla figura del medico, sia esso specialista o no, che ai sensi dell'art. 4 della legge 40/2004 come integrata dalle linee guida, può rilasciare il certificato di sterilità o infertilità.

Quanto ai centri pubblici o privati ai cui specialisti è demandato il rilascio della certificazione di infertilità che consente l'accesso alle tecniche di riproduzione assistita, occorre far riferimento a quanto previsto dagli artt. 76 e 77 del codice. L'articolo 76 del codice stabilisce che gli organismi sanitari pubblici possono trattare i dati personali idonei a rilevare lo stato di salute anche senza l'autorizzazione del Garante ma

comunque con il consenso dell'interessato se il trattamento riguarda dati e operazioni indispensabili per perseguire una finalità di tutela della salute o dell'incolumità fisica dell'interessato: ritenendo che la procreazione medicalmente assistita persegue una finalità di tutela della salute dell'interessato, i centri pubblici non avranno bisogno di richiedere ulteriori autorizzazioni anche alla luce di quella generale rilasciata dal Garante il 30 giugno 2004, in cui, ai sensi dell'art. 76, si fa riferimento alle sole finalità di tutela della salute di un terzo o della collettività dando, quindi, per acclarato che la finalità di tutela della salute dell'interessato non necessita di ulteriore autorizzazione del Garante. Per gli organismi e le case di cura privati la medesima autorizzazione generale consente il trattamento dei dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale senza alcuna limitazione in relazione ai trattamenti sanitari prestati ulteriore elemento che rafforza la tesi dei trattamenti di procreazione assistita come idonei a preservare la salute e l'incolumità fisica dell'interessato.

Anche per i trattamenti esonerati dall'obbligo di notifica e autorizzazione gli articoli 76 e 77 prevedono il consenso degli interessati ed il rilascio dell'informativa previsti in via generale dal codice per la tutela dei dati personali, seppure con modalità semplificate applicabili dagli organismi sanitari pubblici e privati e dagli esercenti le professioni sanitarie. L'informativa può essere fornita per il complessivo trattamento dei dati personali necessari per l'attività medica e, per quanto attiene gli organismi sanitari, anche con riferimento a una pluralità di prestazioni erogate da distinti reparti o unità della struttura sanitaria e deve contenere in forma chiara e

comprensibile tutti gli elementi previsti dal codice ovvero le generalità del titolare del trattamento, le sue finalità e modalità, la natura dei dati e il luogo in cui sono custoditi, le misure prese per la sicurezza dei dati, le generalità del responsabile del trattamento laddove non coincida con il titolare, l'indicazione dei diritti dell'interessato in ordine al trattamento dei propri dati. L'informativa in questo caso riguarda anche il trattamento dei dati effettuato da un professionista che fornisca una prestazione specialistica su richiesta del medico, sia associato ad esso, fornisca i farmaci prescritti. Anche la prestazione del consenso può essere resa in forma semplificata ai sensi dell'art. 81 del codice, quindi con un'unica dichiarazione e persino oralmente. In questo caso esso dovrà essere registrato dall'esercente la professione sanitaria o dall'organismo sanitario. I centri autorizzati a praticare trattamenti per la procreazione medicalmente assistita, sono comunque tenuti ad osservare le misure indicate nell'art. 83 del codice che tendono a tutelare la necessaria riservatezza e la dignità degli interessati.

Le linee guida del Ministero della Salute hanno predisposto un prototipo di scheda clinica per la registrazione ed il mantenimento dei dati delle coppie che accedono alle tecniche di procreazione assistita che deve essere conservata a cura del centro. Come tutti i dati, la conservazione della cartella cartacea e della sua eventuale trasposizione in forma elettronica deve rispondere a criteri di sicurezza che ne impediscano la distruzione accidentale, l'accessibilità a terzi non autorizzati, la diffusione e la modificazione. Il personale che può avere accesso alla documentazione deve essere rigorosamente individuato e comunque tenuto all'obbligo di

riservatezza. Le strutture autorizzate sono obbligate a fornire agli osservatori epidemiologici regionali i dati riguardanti gli embrioni formati e i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di fecondazione affinché l'Istituto Superiore di Sanità possa predisporre la relazione annuale al Ministro della Salute per la presentazione della relazione annuale al Parlamento. Il conferimento di questi dati ha quindi carattere essenzialmente statistico e valutativo sul funzionamento delle tecniche effettuate. Considerate le finalità previste dagli artt. 11 e 15 della legge 40/2004 non si ravvede la necessità di fornire dati identificativi né degli embrioni formati né tantomeno dei nati a seguito dell'applicazione delle tecniche consentite.

La legge 40/2004 prevede che qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non sia possibile per cause di forza maggiore legate allo stato di salute della donna, gli embrioni debbano essere crioconservati sino al momento dell'impianto, nelle strutture che le linee guida prevedono debbano essere attrezzate presso ogni centro autorizzato. Poiché i tempi di impianto non sono prevedibili queste strutture debbono quindi continuare a mantenere il contatto con i soggetti cui appartengono gameti ed embrioni. Nel caso in cui sia impossibile rintracciare o ricontattare la coppia che ha disposto la crioconservazione degli embrioni o, quando vi sia rinuncia scritta al futuro impianto, l'embrione potrà essere definito "abbandonato" e quindi trasferito presso la Biobanca Nazionale ove sarà conservato. Alla Biobanca dovrebbero essere trasferiti i soli dati clinici riferiti all'embrione, ma considerando che nelle linee guida si prevede che la donna abbia sempre il diritto di ottenere il trasferimento degli embrioni crioconservati, pres-

so la struttura dovranno comunque essere trasferiti e conservati i dati relativi ai soggetti ai quali sono riconducibili.

Allo stato attuale della produzione legislativa, con la sola eccezione dell'art. 37 del codice della privacy, non sembra che le tecniche di procreazione assistita debbano essere sottoposte ad un regime differente rispetto agli altri trattamenti sanitari: problemi diversi si sarebbero po-

sti in caso di liceità della fecondazione eterologa e della possibilità per i portatori di malattie genetiche di accedere alle tecniche di procreazione assistita, nel primo caso in considerazione del diritto del donatore ad essere anonimo e della necessità di mantenere quelle informazioni mediche utili al nato da fecondazione assistita eterologa, nel secondo per la ancor più stringente tutela che la legge accorda ai dati genetici.

Razionale per la produzione di Linee Guida per la stesura di una consulenza medico-legale

Aniello Di Meglio

La necessità di produrre delle linee guida per la stesura di una consulenza medico-legale, nasce dall'esigenza di elaborare delle perizie che non derivino dall'esperienza e dal credo di un consulente ma da quanto suggerito dalla letteratura di quel particolare momento. La medicina non è una scienza esatta e l'operatore non è altro che un essere umano fallibile; questo purtroppo non esclude che durante la sua attività il medico possa essere impossibilitato a non commettere quello che comunemente è definito errore. In realtà piuttosto che di errore si deve parlare di complicazione legata a quell'atto medico o chirurgico, diagnostico o terapeutico che il medico quotidianamente deve svolgere; ed inoltre, è fondamentale che quanto stato effettuato risponda a dei criteri accettati in quel momento dalla letteratura. Nessun medico ha volontà e piacere nel commettere un errore o nel generare una complicanza ma oramai sembra che sia l'unico essere umano che sbaglia e l'eco che ne deriva è sempre eclatante.

L'esigenza di creare queste linee guida non ha lo scopo di difendere il medico ma di essere garantista, come lo è il nostro paese, nei confronti del cittadino ed anche del cittadino-medico. Allora seguire dei criteri codificati potrebbe essere di aiuto per i consulenti delle parti, per i

magistrati, per le assicurazioni ed ancora, ma non ultimo, per il paziente e per il medico.

Motivo

Perché mancano!

Perché nelle aule di tribunale si assiste spesso ad episodi sconcertanti nei quali i due consulenti esprimono giudizi completamente opposti. Questo non significa che uno ha torto e l'altro ragione in quanto è insita nella medicina la possibilità di avere giudizi differenti ma non è comprensibile come, pur avendo entrambi ragione, il consulente di ufficio possa esprimere un suo personalissimo giudizio solo occasionalmente avvalorato dalla letteratura mentre il consulente di parte deve esprimere un giudizio ampio, dettagliato e riccamente valicato dalla letteratura per sperare di convincere sulla bontà di quell'atto medico.

Perché la cosa che più comunemente accade è quella di associare un errore medico ad una complicanza.

Bisogna identificare l'errore medico, evento talvolta deplorabile, ma bisogna anche affermare con certezza e senza alcun dubbio il nesso di causalità tra l'atto eseguito e l'evento derivato. Discorso diverso riguarda la complicanza e

quanto ne deriva non deve essere inquadrato come errore ma come evento imprevedibile, indagnosticabile da trattare rapidamente per evitare conseguenze pericolose.

Es.: Possiamo considerare un errore chiudere una breccia isterotomica, praticata durante un taglio cesareo, con colla di fibrina e di conseguenza l'isterectomia derivante dalla probabile emorragia uterina sarà il danno causato da quell'errore. Non possiamo considerare invece un errore un'atonía uterina; essa è una complicazione del post parto sia di un parto per le vie naturali che con un taglio cesareo descritta in tutti i libri. In questo caso l'isterectomia è necessaria, come del resto lo era anche nell'esempio precedente, ma in questo caso il medico non potrà e non dovrà essere accusato di errore.

Altro esempio che si pone tra queste due situazioni: Non è prevista, al momento, nel nostro paese, una politica seria per lo screening per trombofilia. In tal caso come comportarsi quando bisogna prescrivere un estroprogestinico a scopo contraccettivo. Bisogna far eseguire quei test per lo screening trombofilico a tutte le donne interessate? Ma nel nostro paese l'esame è indicato solo se trattasi di paziente a rischio!!! Allora bisogna prescrivere il contraccettivo senza far praticare questi esami? E se poi sviluppa un evento trombotico questo sarà considerato un errore medico o una complicità della terapia? La risposta verosimile è che alcuni errori non sono conseguenza di un atto svolto da un medico ma di una politica sanitaria che va ben oltre la conoscenza, la prudenza e la perizia di quel sanitario.

Estensori

Sarebbe auspicabile che tale produzione derivi da un collegio di tutte le parti interessate e

quindi il ginecologo, il medico-legale, il perinatologo, il magistrato ed un rappresentante del tribunale del malato. Si può ipotizzare che nelle fasi iniziali il lavoro possa essere eseguito in gran parte dal ginecologo e dal medico legale.

Potenziali utilizzatori

Consulenti tecnici di ufficio. Consulenti tecnici di parte. Magistrati.

Sarebbe auspicabile che specie i CTU interpellati abbiano una conoscenza specifica del caso descritto in quel contenzioso.

Banca dati

I dati da utilizzare nella produzione di queste linee guida saranno ricavati dalla letteratura scientifica mondiale ed in particolare la Cochrane Library, la Medline e tutte le pubblicazioni attinenti edite in campo nazionale ed internazionale.

Scopo

Consegnare ad i potenziali utilizzatori delle raccomandazioni di comportamento allo scopo di rispondere in maniera chiara, semplice ed uniforme ai quesiti posti dal magistrato durante un contenzioso medico-legale.

Tutti i fruitori dovranno sempre indicare la fonte bibliografica dalla quale viene estrapolata quella notizia in maniera da rendere valida, affidabile quell'affermazione utilizzando preferenzialmente come librerie la Cochrane e la Medline. Inoltre la letteratura dovrà essere aggiornata al periodo in questione e non essere ne obsoleta ne tantomeno posteriore all'evento analizzato.

Tutti i fruitori dovranno indicare chiaramente e senza alcun dubbio che l'atto medico effettuato sia la causa di quell'evento.

Le Sentenze

Diritto di non nascere

Corte di Cassazione

Nel nostro ordinamento esiste il diritto di non nascere se con la nascita si ha poi una wrongful life o vita ingiusta?

§ - Partendo dalla considerazione preliminare che il nostro ordinamento prevede l'aborto eugenetico, a cui sarebbero tenuti i genitori (quanto meno la gestante), ove correttamente informati delle malformazioni o delle malattie del feto da parte del sanitario, si giunge alla conseguenza che la mancata informazione da parte del sanitario della malattia della piccola nascita, impedendo alla madre di poter esercitare la facoltà di aborto, avrebbe reso il medico stesso unico responsabile della vita non sana o "ingiusta" della minore, che invece aveva come alternativa quella di non nascere.

La suprema Corte respinge la tesi, sotto il profilo dell'aborto eugenetico, sostenendo che se è vero che il nostro ordinamento tutela l'embrione fin dal concepimento e che può parlarsi di un "diritto a nascere sani", detta locuzione va intesa nella sua portata positiva e non negativa. Il "diritto a nascere sani" significa solo che, sotto il profilo privatistico della responsabilità contrattuale, extracontrattuale, e da "contatto sociale", nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivo colposo o doloso), e, sotto il profilo - in senso lato - pubbli-

cistico, che siano predisposti quegli istituti normativi o quelle strutture di tutela, di cura ed assistenza della maternità, idonei a garantire, nell'ambito delle umane possibilità, la nascita sana.

Non significa invece, che il feto, che presenti gravi anomalie genetiche, non deve "essere lasciato nascere", non esistendo, nel nostro ordinamento l'aborto eugenetico. Esso inoltre non esiste nè come diritto della gestante nè come un diritto del nascituro, per quanto da far valere successivamente alla nascita, sotto il profilo risarcitorio per il mancato esercizio. Viene esclusa quindi la responsabilità del sanitario per non avere informato della pregressa malattia i genitori, non peggiorando tale omissione le condizioni del concepito, non curabili, secondo la scienza medica, durante la gestazione (a cura del Centro Studi di Diritto Sanitario / Dirittosanitario.Net)

SENTENZA 14488/04

Depositato in Cancelleria il 29 luglio 2004

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE TERZA CIVILE Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati: Dott. VITTORIA Paolo - Presidente Dott. TRIFONE Francesco - Consigliere Dott. DURANTE Bruno - Consigliere Dott. SEGRETO Antonio - rel. Consigliere Dott.

MANZO Gianfranco - Consigliere ha pronunciato la seguente:

sentenza

omissis

Svolgimento del processo

Con citazione dell'8.5.1993 (omissis) ed (omissis) in proprio e quali legali rappresentanti della figlia minore (omissis) assumevano che il 19.2.1991 la (omissis) in stato di gravidanza ed affetta da beta talassemia eterozigote, si era sottoposta a visita specialistica del Dr. (omissis) che conosceva quella patologia, esibendo anche accertamenti clinici del (omissis) che evidenziavano per lo stesso la medesima tara talassemica. Lamentavano che il predetto medico, pur prescrivendo per la (omissis) accertamenti di rito per la gravidanza, sul presupposto errato della non talassemia del coniuge, non aveva dato alcun avvertimento circa i rischi della nascita, che, dopo il parto, risultò affetta da talassemia maior, con tutte le conseguenze negative di tale malattia. Sul presupposto della responsabilità professionale del (omissis) gli attori lo convenivano davanti al tribunale di Brindisi per ottenere la somma di L. 2.500.000.000, a titolo del risarcimento del danno. Si costituiva il (omissis) che resisteva alla domanda e chiedeva, in ogni caso, di essere manlevato dalla RAS s.p.a., sua assicuratrice della r.c. per l'attività professionale. Si costituiva la RAS e chiedeva il rigetto della domanda. Il Tribunale, con sentenza del 19.2.1997, condannava il convenuto al pagamento nei confronti dei due coniugi attori, in proprio, della somma di L. 350 milioni e la Ras a rivalere il (omissis) di quanto doveva corrispondere agli attori. Avverso questa sentenza proponevano appello gli attori, in proprio e nella qualità. Proponevano appello incidenta-

le la RAS ed il (omissis) La corte di appello di Lecce, con sentenza depositata l'11.3.2000, rigettava tutti gli appelli.

Riteneva la corte di merito di condividere l'assunto del tribunale, per cui la responsabilità del medico doveva essere valutata a norma dell'art. 117 6, e 2, c.c., e non a norma dell'art. 2236 c.c., non implicando la prestazione richiesta la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, essendo il (omissis) un medico specializzato in ostetricia e ginecologia. Riteneva, pertanto, il giudice di appello, in conformità alla sentenza di primo grado, che fu certamente colposo il comportamento del medico che, in presenza della patologia talassemica della (omissis) non richiese accertamenti specifici sul (omissis) anche dando per non dimostrato che tali accertamenti fossero stati esibiti al sanitario, non potendo, in ogni caso il (omissis) acquietarsi alla sola dichiarazione del paziente, senza richiedere almeno l'esibizione di un referto di analisi. Secondo la corte di appello era compito del medico disporre tutti gli accertamenti del caso in modo da poter fornire alla coppia una completa informazione per le future decisioni, ivi compresa quella di un'interruzione di gravidanza, tenuto conto, che questa era appena iniziata; che, anche a voler escludere il rimedio dell'aborto, i genitori avevano il diritto ad essere informati della futura condizione del nascituro e prepararsi adeguatamente alla drammatica situazione, con un supporto psicologico e materiale più adeguato; che l'inosservanza del dovere di informazione costituiva inadempimento contrattuale e nel contempo fonte di responsabilità extracontrattuale.

Riteneva, invece, la corte che nessun risarcimento era dovuto alla piccola (omissis) in

quanto la scienza medica non offriva un rimedio per eliminare nel nascituro la talassemia, ovvero attenuarla, durante la gestazione, per cui lo stato di invalidità non poteva essere imputato al professionista, che il suo comportamento aveva privato i genitori della facoltà di scelta tra continuare la gravidanza o procedere all'aborto, da cui poteva conseguire solo l'inesistenza di quel soggetto. Quanto ai danni subiti dai genitori, riteneva la corte di merito che, per effetto della nascita della bambina gravemente ammalata, essi erano caduti in uno stato di stress ed affaticamento e che, con giudizio ex ante, tale stato patologico della madre era pronosticabile; che il padre certamente non aveva il diritto di interrompere la gravidanza, competendo tale facoltà solo alla madre, ma che il danno alla salute della moglie si era riflesso sulla sua salute; che fattispecie il danno era sia biologico che patrimoniale; che detta liquidazione non poteva che essere equitativa; che congrua era la somma liquidata in L. 350 milioni; che detta somma non poteva ritenersi irrisoria, come assunto dagli appellanti principali. Avverso questa sentenza hanno proposto ricorso per Cassazione gli attori in proprio e quali esercenti la patria potestà sulla figlia minore Daniela.

Resistono con controricorsi la Ras ed (omissis) che hanno proposto anche ricorsi incidentali. Tutte le parti hanno presentato memorie.

Motivi della decisione

1. Preliminarmente vanno riuniti i ricorsi, a norma dell'art. 335 c.p.c.. Con il primo motivo di ricorso i ricorrenti principali, nella qualità di esercenti la patria potestà sulla figlia minore (omissis) lamentano la violazione e falsa applicazione delle norme di diritto che disciplinano la responsabilità contrattuale, quella extracon-

trattuale, il principio del *neminem laedere* ed il diritto alla salute: artt. 1176 c.c., 2043, 2059 c.c., 32 e 2 Cost.. I ricorrenti si dolgono per il rigetto della domanda di risarcimento dei danni dalla minore subiti per la vita "ingiusta", che le era toccata a seguito della mancata interruzione della gravidanza. Sostengono i ricorrenti che la responsabilità del medico va laminata non solo dal punto di vista extracontrattuale, ma anche contrattuale e sotto questo profilo il neonato ha subito un danno per la lesione della sua salute fisica o psichica, conseguente alla mancata informazione ai genitori la malformazione fetale, in quanto la gestante avrebbe potuto scegliere tra il continuare la gravidanza o provvedere all'aborto eugenetico. Ritengono i ricorrenti che nel nostro ordinamento è garantita la salute come fondamentale diritto (art. 32 Cost.) nonché sono garantiti i diritti inviolabili della persona (art. 2 Cost.), per cui esiste il diritto per il nascituro di nascere sano o non nascere affatto (tanto si ricaverebbe anche da norme che tutelano la maternità e quindi la salute stessa del nascituro: l. n. 1204/1971; l. n. 1206/1976; l. n. 903/1977).

2.1 Ritene questa Corte che il motivo sia infondato e che lo stesso vada rigettato.

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

il sanitario, si atteggia come “contratto con effetti protettivi a favore di terzo” (figura individuata dalla dottrina tedesca, *Vertrage mit Schutzwirkung für Dritte*) nei confronti del neonato, alla cui tutela tende quell’obbligazione accessoria, ancorchè le prestazioni debbano essere assolte in tutto o in parte, anteriormente alla nascita. Pertanto in presenza di lesioni gravi del nascituro, posta l’esistenza nel nostro ordinamento di norme dalle quali si evince l’intenzione del legislatore di tutelare l’individuo sin dal suo concepimento (l. n. 1204/1971; l. n. 1206/1976; l. 903/1977, ecc.), una volta accertata l’esistenza di un rapporto di causalità tra un comportamento colposo anteriore a nascita ed il danno ad un soggetto che, con la nascita, abbia acquisito la personalità giuridica, deve essere riconosciuto in capo a quest’ultimo il diritto al risarcimento del danno. Ne consegue che il soggetto, che con la nascita acquista la capacità giuridica, può agire per far valere la responsabilità contrattuale per l’inadempimento delle obbligazioni accessorie, cui il contraente sia tenuto in forza del contratto stipulato col genitore o con terzi, a garanzia di un specifico interesse (cfr. Cass. 22 novembre 1993, n. 11503). Questa figura contrattuale è stata successivamente utilizzata, in relazione al contratto intervenuto tra il medico e la gestante, anche da Cass. 10.5.2002, n. 6735, che ha ritenuto tra i soggetti “protetti” dal contratto vi rientrasse anche il marito della gestante (come più diffusamente si vedrà in seguito).

2.2. Sennonchè la sentenza impugnata non ha mancato di esaminare la questione proposita sotto il profilo della responsabilità contrattuale e quindi di un eventuale inadempimento del convenuto medico nei confronti della nascitu-

ra (omissis) al fine di accertare se le affezioni di cui era portatrice la minore (omissis) trovasse causa in un comportamento professionalmente non esatto del medico (o se in ogni caso con una corretta terapia prenatale potessero essere eliminate o attenuate) ed ha ritenuto che, stante l’attuale scienza medica, nessun addebito sotto questo profilo poteva muoversi al sanitario. Ne consegue che la sentenza impugnata, sotto il predetto profilo, ha escluso un inadempimento del medico: e ciò correttamente in quanto ha ritenuto in fatto (ed il punto non è contestato) che la malattia della minore (omissis) non è addebitabile (in tutto o in parte) ad un comportamento commissivo o omissivo del sanitario.

2.3. Lo stesso motivo di ricorso, infatti, non è prospettato sotto questo profilo, ma sotto il diverso profilo che nel nostro ordinamento esisterebbe un diritto del nascituro a nascere sano o non nascere affatto. I ricorrenti danno per pacifico che il nostro ordinamento, a tal fine, preveda l’aborto eugenetico, a cui sarebbero tenuti i genitori (quanto meno la gestante), ove correttamente informati delle malformazioni o delle malattie del feto da parte del sanitario, con la conseguenza, nella fattispecie che la mancata informazione da parte del sanitario della malattia della piccola (omissis) impedendo alla madre di poter esercitare la facoltà di aborto, avrebbe reso il medico stesso unico responsabile della vita non sana o “ingiusta” della minore, che invece aveva come alternativa quella di non nascere.

3.1. La tesi, sotto il profilo dell’aborto eugenetico, non può essere condivisa. Anzitutto è vero che il nostro ordinamento tutela l’embrione fin dal concepimento e che può parlarsi di un “diritto a nascere sani”, ma detta locuzione va in-

tesa nella sua portata positiva e non negativa. Il “diritto a nascere sani” significa solo che, sotto il profilo privatistico della responsabilità contrattuale, extracontrattuale, e da “contatto sociale” (cfr. Cass. N. 589/1999), nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivo colposo o doloso), e, sotto il profilo - in senso lato - pubblicistico, che siano predisposti quegli istituti normativi o quelle strutture di tutela, di cura ed assistenza della maternità, idonei a garantire, nell’ambito delle umane possibilità, la nascita sana.

Non significa invece, come ritengono i ricorrenti, che il feto, che presenti gravi anomalie genetiche, non deve “essere lasciato nascere”.

3.2. Infatti non esiste nel nostro ordinamento l’aborto eugenetico, contrariamente a quanto sostengono i ricorrenti. Esso inoltre non esiste nè come diritto della gestante nè come un diritto del nascituro, per quanto da far valere successivamente alla nascita, sotto il profilo risarcitorio per il mancato esercizio. Infatti l’art. 4 della legge 22.5.978, n. 194 sull’interruzione volontaria della gravidanza statuisce che: “Per l’interruzione della gravidanza entro i primi novanta giorni, la donna che accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsione di anomalie o malformazioni del concepito, si rivolge ad un consultorio pubblico... o ad una struttura pubblica...”. Espletato il procedimento di cui all’art. 5 l. n. 194/1978, la tante può ottenere l’interruzione della gravi-

danza presso una delle sedi autorizzate. L’art. 6 della legge 22.5.1978 n. 194 statuisce che: “L’interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata: a) quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna; b) quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna”. Lo scopo delle norme appare evidente. Viene consentito il sacrificio del concepito la cui tutela la stessa legge proclama nel primo comma dell’art. 1, considerando preminente la tutela della salute fisica o psichica della madre (Cass. 8.7.1994, n. 6464; Cass. 1.12.1998, n. 12195).

3.3. Proprio perchè detto pericolo va valutato anche con riferimento alla salute psichica della donna e può essere determinato anche dalle rilevanti anomalie o malformazioni del feto, il che significa, ai fini della salute psichica, dalla conoscenza di queste affezioni del feto da parte della donna, assume particolare importanza che il medico, richiesto dalla gestante di essere informata delle risultanze di un’ecografia rivelatrice di gravi malformazioni del feto, adempia esattamente a detto suo obbligo di informazione (Cass. 10.5.2002, n. 6735; Cass. 1.12.1998, n. 12195; Cass. Pen. sez. 6^a, 18.4.1997, n. 3599).

3.4. Da quanto sopra detto consegue che i principi che emergono dalla legge 22.5.1978 n. 194 sono i seguenti: a) L’interruzione volontaria della gravidanza è finalizzata solo ad evitare un pericolo per la salute della gestante, serio (entro i primi 90 giorni di gravidanza) o grave (successivamente); b) trattasi di un diritto il cui esercizio compete esclusivamente alla stessa; c) le eventuali malformazioni o anomalie del feto, ri-

levano solo nei termini in cui possano cagionare il danno alla salute della gestante e non in sè considerate, con riferimento al nascituro.

3.5. L'art. 1 della predetta legge, pur riconoscendo il diritto alla procreazione cosciente e responsabile, e quindi all'autodeterminazione, una volta intervenuto il concepimento, ricollega l'interruzione della gravidanza esclusivamente alle ipotesi normativamente previste in cui sussista un pericolo per la salute o per la vita della gestante. Nel bilanciamento, quindi, tra il valore e la tutela della salute della donna e la tutela del concepito, la legge permette alla madre di autodeterminarsi, in presenza delle condizioni richieste e del pericolo per la sua salute, a richiedere l'interruzione della gravidanza. Da ciò consegue che la sola esistenza di malformazioni del feto, che non incidano sulla salute o sulla vita della donna, non permettono alla gestante di praticare l'aborto.

4.1. Esclusa l'esistenza dell'aborto eugenetico, il problema che si pone, adombrato nel primo motivo di ricorso e più ampiamente esposto nella memoria, è se in ogni caso, allorchè la madre, pur in presenza di un pericolo per la sua salute derivante dalla gestazione o dalla maternità e conseguente alle malformazioni fetali, non sia stata posta in grado di autodeterminarsi per l'aborto, possa il concepito malformato, una volta nato, richiedere il risarcimento del danno per la "vita ingiusta" che egli ha avuto in conseguenza del comportamento omissivo o errato del medico nei confronti della propria genitrice, per mancata o errata informazione. Ritengono i ricorrenti, nella qualità, che in questo caso spetta al nato malformato il diritto al risarcimento del danno, avendo lo stesso il diritto di non nascere, piuttosto che nascere con

quelle malformazioni, per cui censurano l'impugnata sentenza che non ha riconosciuto il suddetto diritto e conseguentemente il relativo risarcimento del danno.

4.2. Ritiene questa corte che, anche sotto questo profilo, il motivo non possa essere accolto. Va anzitutto ribadito che quanto appresso si dirà, riguarda esclusivamente l'ipotesi, quale è quella in esame, in cui la formazione del nascituro non sia addebitabile al medico, sotto il profilo omissivo che commissivo, per le terapie adottate, essendogli solo addebitato che l'errata o omessa informazione verso la gestante delle malformazioni o patologie fetali non ha permesso l'autodeterminazione della stessa all'interruzione della gravidanza, pur in presenza di tutte le condizioni di legge. Il problema che si pone è stato oggetto di dibattito dottrinale anche negli ordinamenti stranieri (segnatamente quello francese ed in parte quello tedesco e nordamericano, c.d. "wrongful life" o "vita ingiusta"). La tendenza prevalente è stata quella di rigettare la domanda proposta in proprio dal nato malformato, e di accogliere quella dei genitori relativamente ai danni patrimoniali, variamente intesi, ed a quelli non patrimoniali (nell'ordinamento americano la fattispecie è trattata nell'ambito dei torts). La Corte di Cassazione francese (assemblea plenaria), nel celebre arret Perruche del 28.11.2001, con un revirement rispetto alla precedente giurisprudenza, dichiarò invece che "quando gli errori commessi da un medico e dal laboratorio in esecuzione del contratto concluso con una donna incinta impedirono a quest'ultima di esercitare la propria scelta di interruzione della gravidanza, al fine di evitare la nascita di un bambino handicappato, que-

sti può domandare il risarcimento del danno consistente nel proprio handicap, causato dai predetti errori". Successivamente in Francia è intervenuto il legislatore con la legge n. 303/2002, che ha statuito che nulla può essere richiesto dall'handicappato per il solo fatto della nascita, quando l'handicap non è stato provocato, aggravato o evitato da errore medico. Questa sentenza della corte francese ha riaperto il dibattito sul diritto dell'handicappato di "non nascere se non sano".

4.3. Segnatamente in Italia, il dibattito dottrinale è stato alimentato non solo dalla suddetta sentenza francese, ma anche come ritenuto possibile sviluppo di elementi tratti dalla sentenza di questa Corte 10.5.2002, n. 6735. Quest'ultima sentenza, qualificato il contratto tra la gestante ed il ginecologo come contratto con effetti protettivi in favore di temi, aveva ritenuto che l'inadempimento del medico rileva direttamente non solo nei confronti della gestante, ma anche nei confronti del padre del nato handicappato e che la possibilità per la madre di esercitare il diritto ad una procreazione cosciente e responsabile, interrompendo la gravidanza, assume rilievo nella sede del giudizio sul nesso causale, ma non come criterio di selezione dei danni risarcibile. Da ciò parte della dottrina ha ritenuto che l'ulteriore passo è quello di riconoscere anche al concepito, egualmente soggetto protetto dal contratto, il risarcimento del danno per la vita "ingiusta" quale handicappato, in luogo del non nascere".

4.4. Ritiene questa Corte di non poter condividere le censure se dai ricorrenti al rigetto della domanda per gli assunti danni del nato malformato, per lesione del diritto del "non nascere", anche sotto questo profilo.

I passaggi da esaminare sono i seguenti: se esista nel nostro ordinamento positivo un diritto di "non nascere se non sano"; in caso positivo, chi sia legittimato ad esercitarlo; se esista un danno risarcibile. Va anzitutto, sgombrato il campo da un'affermazione effettuata da quella parte (minoritaria) della dottrina francese, favorevole alla sentenza dell'Assemblea Plenaria di quella corte, secondo cui non era possibile concepire il risarcimento del danno in favore dei genitori per danni conseguenti alla nascita del figlio malformato e non riconoscerlo, anzitutto, allo stesso soggetto che le malformazioni aveva. Il punto ha un notevole impatto emotivo, ma scarsa consistenza giuridica, poichè - stante la normativa esistente -, mentre per i genitori l'inadempimento del medico ha dato origine alla sequenza causale, passata attraverso la non possibilità di autodeterminazione della donna all'aborto nelle condizioni previste dalla legge, che si conclude con l'averne un figlio malformato (e quindi l'evento finale è la "genitorialità" non voluta), per il concepito malformato l'evento finale della sequenza causale si pone in maniera differente rispetto ai genitori e consiste nella sua vita non voluta (sia pure perchè sana), per cui occorre esaminare se una tale facoltà gli è riconosciuta dall'ordinamento. Il discorso, quindi, ritorna al punto di partenza: e cioè esaminare se nel nostro ordinamento esista il diritto di non nascere se con la nascita si ha poi una wrongful life.

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

715 c.c.) subordinati all'evento della nascita, ma appunto tenti dopo la nascita. a fattispecie, invece, il diritto di non nascere, fino alle nascita non avrebbe un soggetto titolare dello stesso e con la nascita detto "diritto di non nascere" sarebbe definitivamente scomparso. Sotto altro profilo, ma nella stessa ottica, ipotizzare il diritto del concepito malformato di non nascere significa concepire un diritto che, solo se viene violato, ha, per quanto in via postuma, un titolare, ma se tale violazione non vi è (e quindi non si fa nascere il malformato per rispettare il suo diritto di non nascere), non vi è mai un titolare. Il titolare di questo presunto diritto non avrà mai quindi la possibilità di esercitarlo.

4.6. A parte queste incongruenze, va osservato che il nostro ordinamento positivo tutela il concepito e quindi l'evoluzione della gravidanza esclusivamente verso la nascita e non verso la non nascita, per cui se di diritto vuoi parlarsi, deve parlarsi di diritto a nascere. Lo conferma tutta una serie di norme. Già la Corte Cost.le, con la sent. 18.2.1975, n. 27, dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 546 c.p. nella parte in cui non prevedeva che la gravidanza potesse essere interrotta quando la sua prosecuzione implicasse danno o pericolo grave, medicalmente accertato e non altrimenti evitabile, per la salute della madre, ha precisato che anche la tutela del concepito ha "fondamento costituzionale" nell'art. 31 c. 2 della Costituzione, che "impone espressamente la protezione della maternità" e, più in generale, nell'art. 2, che "riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito".

La successiva l. 22.5.1978, n. 194, significativa-

mente intitolata "norme per la tutela sociale della maternità", oltre che "sull'interruzione volontaria della gravidanza", proclama, all'art. 1, che "lo Stato...riconosce il valore ideale della maternità e tutela la vita umana dal suo inizio", che, come si evince dal combinato disposto con gli articoli successivi, va riferito al momento del concepimento non tanto, o non solo allo scadere del novantesimo giorno concepimento, cui fa riferimento il successivo art. 4). L'interruzione della gravidanza è quindi ammessa solo entro i limiti già indicati, di cui agli artt. 4 e 6 cit. legge, per evitare un pericolo serio o grave alla salute o alla vita la gestante, attraverso quel bilanciamento degli interessi individuati dalla Corte Cost.le con la citata sent. 18.2.1975, n. 27. È sanzionata penalmente, inoltre, anche l'interruzione della gravidanza per colpa o la determinazione colpa di un parto prematuro (art. 17), senza il consenso la donna (art. 18), o al di fuori dei casi e delle modalità consentiti (art. 19). Lo stesso diritto alla salute, che trova fondamento nell'art. della Cost. - per il quale la tutela della salute è garantita "come fondamentale diritto dell'individuo" (oltre che "interesse della collettività") -, non è limitato alle attività che si esplicano dopo la nascita od a questa condizionato, ma deve ritenersi esteso anche al dovere di assicurare le condizioni favorevoli nel periodo che la precedono, volte a garantire l'integrità del nascituro. Numerose norme prevedono, del resto, forme di assistenza sanitaria alle gestanti ed assicurano ad esse i necessari congedi dal lavoro - l. 30.12.1971, n. 1204, d.p.r. 25.11.1976, n. 1026, l. 9.12.1977, n. 903, etc. -, non al solo fini di garantire la salute della donna, ma altresì al fine di assicurare il migliore sviluppo e la salute stessa del nascituro. Attraver-

so tali norme non viene ovviamente attribuita al concepito la personalità giuridica, ma dalle stesse si evince chiaramente che il legislatore ha inteso tutelare l'individuo sin dal suo concepimento, garantendo se non un vero e proprio diritto alla nascita, che sia fatto il possibile per favorire la nascita e la salute.

4.7. Sostenere che il concepito abbia un diritto a non nascere, sia pure in determinate situazioni di malformazione, significa affermare l'esistenza di un principio di eugenesi o di eutanasia prenatale, che è in contrasto con i principi di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., nonché con i principi di indisponibilità del proprio corpo di cui all'art. 5 c.c.. Va poi osservato che se esistesse detto diritto a non nascere, se non sano, se ne dovrebbe ritenere l'esistenza, indipendentemente dal pericolo per la salute della madre, derivante dalle malformazioni fetali, e si porrebbe l'ulteriore problema, in assenza di normativa in tal senso, di quale sarebbe il livello di handicap per legittimare l'esercizio di quel diritto, e, poi, di chi dovrebbe ritenere che detto livello è legittimante della non nascita.

4.8. Infatti, anche se non vi fosse detto pericolo per la salute della gestante, ogni qual volta vi fosse la previsione di malformazioni o anomalie del feto, la gestante, per non ledere questo presunto diritto di "non nascere se non sani" avrebbe l'obbligo di richiedere l'aborto, altrimenti si esporrebbe ad una responsabilità (almeno patrimoniale) nei confronti del nascituro, una volta nato. Quella che è una legge per la tutela sociale della maternità e che attribuisce alla gestante un diritto personalissimo, in presenza di determinate circostanze, finirebbe per imporre alla stessa l'obbligo dell'aborto (salvo l'alternativa di esporsi ad un'azione per respon-

sabilità da parte del nascituro). Diversamente si verifica nell'ordinamento francese, in cui la legge 162-12, code santé public, prevede "la possibilità di interrompere la gravidanza fino alla nascita, quando esiste una forte probabilità che il nascituro sia portatore di un'affezione di una particolare gravità riconosciuta come incurabile al momento della diagnosi". In quell'ordinamento sembra che sia la stessa legge a riconoscere che la nascita di un handicappato sia un danno.

5.1. Escluso, quindi, che esista un diritto del concepito, per quanto handicappato a non nascere, in ogni caso per questo ipotetico diritto non esisterebbe un soggetto legittimato a farlo valere. Non può farlo valere, ovviamente il concepito, ancora non nato. Non potrebbe far valere detto preteso diritto del concepito di nascere neppure il medico; ed egli si troverebbe nell'incongruente situazione di dover rispondere di danni, che se volesse evitare direttamente, non potrebbe farlo. Questo preteso diritto di non nascere da parte del concepito mal formato non potrebbe essere esercitato, come tale, neppure dalla gestante. Infatti per come è strutturata la legge n. 194/1978, il c.d. diritto all'aborto da parte della gestante non ha una propria autonomia, per quanto relazionata all'esistenza o meno delle malformazioni fetali, come invece nella legislazione francese, ma si pone in una fattispecie di tutela del diritto alla salute della gestante. In altri termini il diritto che ha la donna è solo quello di ereditare un danno (serio o grave, a seconda delle ipotesi temporali) alla sua salute o alla sua vita. Per esercitare detto diritto, nel bilanciamento degli interessi, l'ordinamento riconosce la possibilità alla donna di interrompere la gravidanza. È la necessità della

tutela della salute della madre che facilita la stessa alla (richiesta di) soppressione del feto, scriminandola da responsabilità. Anche a seguito della l. n. 178/1994 l'interruzione della gravidanza, al di fuori delle ipotesi di cui agli artt. 4 e 6 l. n. 194/1978, accertate nei termini di cui agli artt. 5 ed 8, costituisce reato e ciò anche per la stessa gestante (art. 19 l. n. 194/1978). Le malformazioni fetali rilevano in questa fattispecie non per far sorgere un diritto all'aborto ma solo per concretizzare il pericolo alla salute o alla vita della gestante e permettere alla stessa di avvalersi dell'esimente costituita dalla necessità di interruzione della gravidanza. Tanto è vero che l'art. 7, ult. c. statuisce, che quando vi è la possibilità di vita autonoma del feto, l'aborto può essere praticato solo nell'ipotesi di cui all'art. 6, lett. a) (pericolo per la vita della donna, non essendo più sufficiente il pericolo per quanto grave alla salute) ed il medico "deve adottare ogni misura per salvaguardare la vita del feto", indipendentemente da punto se esso sia malformato o abbia gravi patologie.

5.2. Quindi il legislatore tutela, addirittura con sanzione penale, il diritto a nascere del concepito, a prescindere dalle malformazioni o patologie (diversamente dalla legislazione francese in ipotesi di gravi malformazioni fetali). Questo è il bene giuridico protetto dalle norme che sanzionano l'aborto anche nei confronti della donna consenziente, sempre che si versi fuori dalle ipotesi di cui all'art. 4 e 6 cit., per cui la facoltà della donna di esercitare l'interruzione della gravidanza integra non un diritto autonomamente individuato, ma il diritto di avvalersi di una peculiare e tipizzata forma dell'esimente dello stato di necessità (assimilabile, quanto a natura, a quella di cui all'art. 54 c.p., per quan-

to molto più attenuata, segnatamente nella fattispecie di cui all'art. 4 l. n. 194/1978). La dottrina penale prevalente ritiene che il fondamento dello stato di necessità risiede nel criterio oggettivo del bilanciamento degli interessi: posto cioè che nella situazione data un bene è comunque destinato a soccombere, l'ordinamento giuridico non ha interesse a far prevalere l'uno o l'altro dei beni in conflitto se si tratta di beni equivalenti, mentre privilegia quello maggiore se si tratta di diverso valore. Ne consegue che l'aborto non è l'esercizio di un diritto della gestante, ma un mezzo concesso a lei (e solo a lei) per tutelare la sua salute o la sua vita, sopprimendo un altro bene giuridico protetto (il diritto a nascere del concepito). Se esistesse, nel nostro ordinamento positivo, un diritto del concepito malformato a non nascere, se non sano, non si proporrebbe più un problema di bilanciamento di interessi contrapposti, ma in ipotesi di gravi patologie o malformazioni fetali (irrimediabili) e contemporaneamente di pericolo almeno serio alla salute della donna, vi sarebbe una convergenza di diritti da proteggere.

5.3. La non esistenza nel nostro ordinamento di un diritto a non nascere, se malformati, comporta che, se per omessa o inesatta informazione da parte del medico sulle malformazioni fetali (delle quali egli non è colpevole), il concepito formato nasce, egli non può lamentarsi che non sia stata interrotta la gravidanza con riferimento alla sua personale condizione, poichè, come detto, l'ordinamento attuale non vede tale posizione giuridica come meritevole di tutela, anzi prevede il contrario. Conseguentemente anche considerando giustamente il contratto la gestante ed il medico come contratto ad effetti protettivi nei confronti dei terzi e quindi

pur inserendo il concepito nella *Schutzbereich* del contratto, posto che le conseguenze della prestazione medica, pur dovendo essere eseguita sulla donna, finiscono inevitabilmente per riflettersi sul concepito, il dovere di protezione (*Schutzpflicht*) nei confronti del nascituro attiene alla nascita dello stesso e non alla non nascita, se malformato, (oltre ovviamente all'eliminazione delle patologie o malformazioni che la scienza medica permetta di curare).

Ciò comporta che il concepito malformato, una volta nato, non far valere, come danno proprio da inadempimento contrattuale, (come invece può fare il coniuge, soggetto egualmente protetto dal contratto originario) il fatto che, non essendo stata posta la madre nella condizione di tutelare il suo diritto alla salute, attraverso l'aborto, egli sia nato con malformazioni congenite e con conseguenze dannose alla persona ed eventualmente al patrimonio. Il dovere di protezione nei suoi confronti, imposto dalla normativa attuale e quindi prevalente su eventuali diverse clausole contrattuali (art. 1419, c. 2 c.c.), è stato infatti esattamente adempiuto. Nè sotto altro profilo, il concepito, ormai nato, può lamentare un proprio danno perchè la madre non sia stata posta nella condizione di avvalersi, nel bilanciamento degli interessi, di sopprimere il bene giuridico tutelato del concepito per non far soccombere il proprio bene giuridico della salute o della vita. In altri termini, e ritornando allo schema secondo cui l'aborto è consentito nell'ambito di uno stato di necessità (sia pure attenuato e sui generis) per la salute o la vita della donna, il soggetto titolare del diritto, che deve soccombere, non può invocare tutela risarcitoria nei confronti di alcuno, perchè l'altro soggetto, che poteva avvalersi della scrimi-

nante, non si sia avvalso della stessa, per quanto per difetto di dovuta informazione.

5.4. Se esistesse il diritto a non nascere, se non sano, tale diritto sarebbe poi opponibile a tutti: al personale medico, e paramedico e, soprattutto alla madre, con la conseguente contraddizione che il minore potrebbe usare della sua qualità di soggetto di diritto per invocare l'ingiustizia del mancato ricorso all'aborto, che gli avrebbe impedito di diventare soggetto di diritto.

6.1. In ogni caso nella specie, ove anche fosse concepibile detto ipotetico diritto a non nascere, se non sano, mancherebbe un danno risarcibile per il nato deforme o con gravi patologie. Non è l'inadempimento del medico in sè che viene risarcito, e costituito nella fattispecie nella mancata informazione alla madre delle malformazioni fetali, ma il danno che è conseguenza immediata e diretta di tale inadempimento, secondo i principi di cui all'art. 1223 c.c. Senonchè il danno è sempre una perdita ovvero una diminuzione rispetto ad uno stato anteriore, che il risarcimento deve in qualche modo reintegrare. L'omessa o errata informazione non ha apportato per il concepito una posizione peggiore rispetto a quella che precedeva l'inadempimento informativo da parte del medico nei confronti della gestante (diversamente dalla legislazione francese suddetta, che considera già come un pregiudizio l'handicap del feto).

6.2. Nè questo danno può essere ritenuto ponendo a comparazione la vita malata con quella sana, proprio perchè quest'ultima non ci sarebbe stata, e neppure la vita, per quanto malata, con la non nascita (o morte del concepito), che costituisce perdita assoluta. Infatti, indipendentemente da considerazioni etiche (pur comuni alla maggior parte della cultura occi-

dentale secondo cui il bene della vita è il massimo dei valori e non esiste una perdita maggiore della morte), va osservato che tale principio è trasfuso anche nel nostro ordinamento che sanziona in modo più severo l'aggressione alla vita (art. 575 c.p.) rispetto all'aggressione all'integrità fisica, per quanto gravissima c.p.) (artt. 582/583).

6.3. Per sfuggire all'incongruenza di dover comparare una vita, per quanto con handicap, con una non vita o alla difficoltà etica per cui solo decidendo di interrompere la gravidanza si sarebbe potuto evitare il danno da malformazione congenita, si è proposto di abbandonare la prospettiva della responsabilità, come lesione di una situazione giuridica soggettiva, data la difficoltà di individuare l'interesse protetto ed il danno conseguente, è si è affermato, invece che il vivere una vita malformata è di per sé una situazione esistenziale negativa, indipendentemente dalle alternative a disposizione. Ciò che si concepisce come danno è l'obiettività del vivere male, se è comunque conseguenza di un'azione colpevole altrui. Si è inquadrato il danno del nato malformato tra le lesioni della personalità, per un'esistenza difficile da vivere in ragione delle gravi limitazioni fisiche, e quindi come danno esistenziale, più che tra quelle alla persona umana.

6.4. La tesi non sfugge alle difficoltà già evidenziate. A parte il rilievo che non è esiste la categoria del c.d. danno esistenziale, essendo, invece risarcibili le lesioni di specifici valori costituzionalmente protetti (Cass. n. 8827/2003; Cass. n. 8827/2003), va anzitutto rilevato che anche in questo caso, si pone, il problema dell'alternativa all'evento dannoso, come comportamento dovuto nei confronti del danneggiato,

e cioè quello di non farlo nascere perché malformato, sulla cui inconsistenza già si è detto sopra. La tesi esposta, accennata nella memoria dei ricorrenti, infatti "baipassa" inspiegabilmente quello che è l'inizio della c.d. vita senza dignità del malformato e cioè la nascita dello stesso in luogo della non nascita, cui poi eziologicamente va collegata la successiva c.d. Wrongful life.

6.5. Quindi il discorso ritorna sul punto se esiste un diritto non nascere se da detta nascita deriva poi una vita "ingiusta", già accertabile allo stato fetale. Inoltre anche nella lesione dei diritti della personalità, non può sostenersi che il danno è in re ipsa, ma occorre la prova di un danno che presenti i requisiti di cui all'art. 1223 c.c., costituito dalla privazione o diminuzione di un valore personale per effetto della condotta dell'agente, cui commisurare il risarcimento. Inoltre, poichè non si può invocare dall'ordinamento tutela per il non acquisto della condizione umana e contro il fatto che rende il nato soggetto all'ordinamento, ciò vale anche per i diritti della personalità, la cui violazione può avvenire anche prima dell'acquisto della capacità giuridica, purchè però poi segua la nascita, ma che non riguardano nè un diritto nè una semplice aspettativa a nascere sano, dal momento che l'alternativa sarebbe quella di non nascere affatto e non quella diversa tra nascere sano o nascere malato per colpe altrui.

7.1. Con il secondo motivo di ricorso i ricorrenti lamentano la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1223, 1226, 205 5 c.c., nonché l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione in punto alla liquidazione dei danni patiti da essi coniugi. Assumono i ricorrenti l'ineadeguatezza del quantum liquidato, tenuto con-

to dei gravi danni sia patrimoniali che biologici patiti, nonostante essi siano stati riconosciuti dal c.t.u. e documentalmente provati; lamentano, poi, che la sentenza impugnata ha omesso ogni motivazione sul punto, limitandosi a dire che era congrua la somma di L. 350 milioni, liquidata dal tribunale; lamentano, altresì, la contraddittorietà della motivazione.

7.2. Ritiene questa Corte che il motivo è fondato e va accolto. Infatti la sentenza impugnata si è limitata ad aderire alla liquidazione del danno effettuata dal giudice di primo grado. Osserva questa Corte che la motivazione “per relationem” della sentenza pronunciata in sede di gravame è legittima purchè il giudice di appello, facendo proprie le argomentazioni del primo giudice, esprima, sia pur sinteticamente, le ragioni della conferma della pronuncia in relazione ai motivi di impugnazione proposti, in modo che il percorso argomentativo desumibile attraverso la parte motiva delle due sentenze risulti appagante e corretto. Deve viceversa essere cassata la sentenza d'appello quando la laconicità della motivazione adottata, formulata in termini di mera adesione, non consenta in alcun modo di ritenere che all'affermazione di condivisione del giudizio di primo grado il giudice di appello sia pervenuto attraverso l'esame e la valutazione di infondatezza dei motivi di impugnazione (Cass. 14/02/2003, n. 2196; Cass. 23/12/2002, n. 18296).

7.3. Va poi osservato che la liquidazione del danno, operata dalla sentenza, è anche intimamente contraddittoria. Infatti la sentenza impugnata ritiene a pag. 10 e segg., come pregiudizi conseguenti all'inadempimento della mancata informazione da parte del (omissis) sia nel caso in cui la (omissis) avesse voluto interrom-

pere la gravidanza (non potendo ciò fare esclusivamente per l'inadempimento del (omissis)), sia che non l'avesse volontariamente interrotta (ancorchè tempestivamente ed esattamente informata), lo stravolgimento della vita dei coniugi attori, l'impossibilità per gli stessi di condurre una vita normale, lo stato di stress e di affaticamento, nonchè il danno materiale costituito dalle spese ed i disagi solo in parte coperti dall'assistenza pubblica. Sennonchè la stessa somma (L. 350 milioni) non può ritenersi congrua, sia che la gestante avesse voluto interrompere la gravidanza sia che non l'avesse voluto, in quanto è di intuitiva evidenza che lo stravolgimento della vita dei genitori, lo stress e l'affaticamento, nonchè le spese ed i disagi derivanti dalla patologia della minore, nell'ipotesi in cui la gestante, ancorchè tempestivamente avvertita, non avesse voluto interrompere la gestazione del feto malformato o anomalo, si sarebbero comunque determinati, ma non per condotta addebitabile al medico ma per scelta della gestante di non interrompere la gravidanza, anche se in misura in parte attenuata in relazione ad alcune voci per la preventiva preparazione psicologica.

8. È opportuno, a questo punto, esaminare il secondo motivo del ricorso incidentale della Ras, con cui la stessa lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 1223, 1226, 2043, 2697 c.c. art. 185 c.p. e l. n. 194/1978, in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c. nonchè il difetto di motivazione su un punto decisivo della controversia, motivo è sostanzialmente analogo alla seconda parte del secondo motivo del ricorso incidentale del (omissis) (pag. 34-40). Con essi sostanzialmente si censura l'impugnata sentenza per aver ritenuto la legittimazione attiva del

De Domizio Mauro a richiedere il risarcimento del danno per mancata informazione dei rischi di malattia della nascita, con conseguente mancato esercizio del diritto di interruzione della gravidanza da parte della gestante. Entrambi i ricorrenti incidentali sostengono che nella specie il (omissis) non era legittimato a chiedere detto risarcimento del danno e che in ogni caso il (omissis) ha sempre lamentato un pregiudizio direttamente rinveniente a suo carico e non come danno riflesso da quello subito dal coniuge.

9.1. Ritiene questa Corte che le suddette censure sono infondate e vanno rigettate. Come questa Corte ha già osservato (Cass. 10.5.2002, n. 6735) la responsabilità del ginecologo deriva dall'inadempimento ad una obbligazione di natura contrattuale: rilevare le condizioni del feto e formulare la corrispondente diagnosi, impiegando in ciò la diligenza e perizia richieste. L'inadempimento espone il medico a responsabilità per i danni che ne derivano (art. 1218 cod. civ.). Non sono danni che derivano dall'inadempimento del medico quelli che il suo adempimento non avrebbe evitato, e cioè: una nascita che la madre non avrebbe potuto scegliere di rifiutare una nascita che non avrebbe in concreto rifiutato; la presenza nel figlio di menomazioni o malformazioni al cui consolidarsi non avrebbe potuto porsi riparo durante la gravidanza in modo che il figlio nascesse sano. La possibilità, per la madre, di esercitare il suo diritto ad una procreazione cosciente e responsabile interrompendo la gravidanza, assume dunque rilievo nella sede del giudizio sul nesso causale. Non l'assume come criterio di selezione dei danni risarcibili, non almeno come criterio di selezione tra tipi di danno. Perchè, trat-

tandosi di responsabilità contrattuale, ad essere risarcibili sono i danni che costituiscono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento (art. 1223 cod. civ.). Il tessuto dei diritti e dei doveri che secondo l'ordinamento si sia incentrato sul fatto della procreazione - quali si desumono dalla legge 194 del 1978, sia dalla Costituzione e dal codice civile, quanto ai rapporti tra coniugi ed agli obblighi dei genitori verso i figli (artt. 29 e 30 Cost.; artt. 143 e 147, 261 e 279 cod. civ.) - vale poi a spiegare perchè anche il padre rientri tra i soggetti protetti dal contratto ed in confronto del quale la prestazione del medico è dovuta. Ne deriva che l'inadempimento si presenta tale anche verso il padre ed espone il medico al risarcimento dei danni, immediati e diretti, che pure al padre possono derivare dal suo comportamento. Nè rileva che l'uomo possa essere coinvolto dalla donna nella decisione circa l'interruzione della gravidanza, ma non chiederla.

9.2. Ciò attiene al nesso causale. La madre, pur informata, può scegliere di non interrompere la gravidanza: l'ordinamento non consente al padre di respingere da sè tale eventualità e nulla potrebbe imputarsi al medico. Ma, sottratta alla donna la possibilità di scegliere, al che è ordinata l'esatta prestazione del medico, gli effetti negativi di questo comportamento si inseriscono in una relazione col medico cui non è estraneo il padre, rispetto alla quale la prestazione inesatta o mancata si qualifica come inadempimento e giustifica il diritto al risarcimento dei danni che ne sono derivati. Certamente la decisione di interrompere la gravidanza, dalla l. n. 194/1978, può essere presa solo dalla donna, previo esame e riconoscimento delle sue condizioni di salute (come sopra si è detto).

Da ciò discende che il padre non ha titolo per intervenire in siffatta decisione e la Corte Costituzionale ha riaffermato la legittimità costituzionale di tale scelta legislativa (ord. 31.3.1988, n. 389, ed in parte C.Cost. 5.5.1994, n. 171).

9.3. Sennonchè diversa questione è quella relativa al danno che padre del nascituro potrebbe subire, perchè altri hanno impedito alla stessa di esercitare il diritto di interruzione della gravidanza, che essa (e solo essa) legittimamente poteva esercitare. Qui non si fa questione di un diritto del padre del nascituro ad interrompere la gravidanza della gestante, che certamente non esiste, ma solo se la mancata interruzione della gravidanza, determinata dall'inadempimento colpevole del sanitario, possa essere a sua volta causa di danno per il padre del nascituro. La risposta al quesito è, come si è detto positiva, e, poichè si tratta di contratto di prestazione di opera professionale con effetti protettivi anche nei confronti del padre del concepito, che, per effetto dell'attività professionale dell'ostetrico-ginecologo diventa o non diventa padre (o diventa padre di un bambino anormale) il danno provocato da inadempimento del sanitario, costituisce una conseguenza immediata e diretta anche nei suoi confronti e, come tale è risarcibile a norma dell'art. 1223 c.c..

10. Con il primo motivo del ricorso incidentale il (omissis) lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 1176, c. 2, 2236 e 2697 c.c., violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c., nonchè l'insufficienza e contraddittoria motivazione, in relazione all'art. 360 n. 3 e 5 c.p.c.. Lamenta il ricorrente che la sentenza impugnata abbia ritenuto la sua responsabilità per colpa ai sensi dell'art. 1176 c.c.,

mentre è consuetudine che il medico accetti, senza ulteriori controlli quanto dichiarato dalla coppia, astenendosi dal prescrivere ulteriori indagini e che nella fattispecie il (omissis) aveva dichiarato di non essere affetto da talassemia. Secondo il ricorrente incidentale egli avrebbe operato, quindi, con la media diligenza.

11.1. Ritiene questa Corte che il motivo sia infondato e che lo stesso vada rigettato. È stato sottolineato che sotto il profilo sistematico le norme sulla diligenza (art. 1176, c. 2, c.c.) sono previste per tutti i tipi di obbligazioni e non autorizzano ad individuare materie distinte, per cui il concetto di colpa è unitario. Dottrina e giurisprudenza tendono, quindi, a ritenere che detto concetto sia quello previsto dall'art. 1176 c.c., che impone di valutare la colpa con riguardo alla natura dell'attività esercitata. Pertanto la responsabilità del medico per i danni causati al paziente postula la violazione dei doveri inerenti al suo svolgimento, tra i quali quello della diligenza, che va a sua volta valutato con riguardo alla natura dell'attività e che in rapporto alla professione di medico chirurgo implica scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione professionale (Cass. 12.8.1995, n. 8845).

Infatti il medico-chirurgo nell'adempimento delle obbligazioni inerenti alla propria attività professionale è tenuto ad una diligenza che non è solo quella del buon padre di famiglia, come richiesto dall'art. 1176, c. 1, ma è quella specifica del debitore qualificato, come indicato dall'art. 1176, c. 2, la quale comporta il rispetto di tutte le regole e degli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione medica. Il richiamo alla diligenza ha, in questi casi, la funzione di condurre la responsabilità alla violazione di obblighi specifici

derivanti da regole disciplinari precise, in altri termini sta a significare applicazione di regole tecniche all'esecuzione dell'obbligo, e quindi diventa un criterio oggettivo e generale e non soggettivo. Ciò comporta, come è stato rilevato dalla dottrina, che la diligenza assume nella fattispecie un duplice significato: parametro di imputazione del mancato adempimento e criterio di determinazione del contenuto dell'obbligazione.

11.2. Nella diligenza è quindi compresa anche la perizia da intendersi come conoscenza ed attuazione delle regole tecniche proprie di una determinata arte o professione. Comunemente si dice che trattasi di una *diligentia in abstracto*, ma ciò solo per escludere che trattasi di *diligentia quam in suis*, e cioè la diligenza che normalmente adotta quel determinato debitore. Per il resto il grado di diligenza, per quanto in termini astratti ed oggettivi, deve essere apprezzato in relazione alle circostanze concrete.

11.3. A norma dell'art. 2236 c.c., applicabile anche ai medici, qualora la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera risponde i danni solo in caso di dolo o colpa grave. Va altresì rilevato che la limitazione di responsabilità professionale del medico chirurgo ai soli casi di dolo o colpa grave, ai sensi dell'art. 2236 c.c., attiene esclusivamente alla perizia, per la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, con esclusione dell'imprudenza e della negligenza. Infatti, anche nei casi di speciale difficoltà, tale limitazione non sussiste con riferimento ai danni causati per negligenza o imprudenza, dei quali il medico risponde in ogni caso (Cass. 18.11.1997, n. 11440; Corte Cost. 22.11.1973, n. 166). Pertanto il professionista risponde an-

che per colpa lieve quando per omissione di diligenza ed inadeguata preparazione provochi un danno nell'esecuzione di un intervento operatorio o di una terapia medica. In altri termini la limitazione della responsabilità del medico alle sole ipotesi di dolo o colpa grave si applica unicamente ai casi che trascendono la preparazione media (Cass. 11.4.1995, n. 4152), ovvero perchè la particolare complessità discende dal fatto che il caso non è stato ancora studiato a sufficienza, o non è stato ancora dibattuto con riferimento ai metodi da adottare (Cass. 12.8.1995, n. 8845).

11.4. La corte di merito, con esatta applicazione dei suddetti principi e con motivazione immune da censure in questa sede di legittimità, ha ritenuto che di fronte ad una situazione di grave rischio costituita dalla tara talassemica della gestante (*omissis*) il (*omissis*) non doveva acquietarsi alla sola dichiarazione del (*omissis*) di assenza di talassemia, senza richiedere almeno l'esibizione di un referto di analisi, atteso che la patologia del (*omissis*) era del tutto asintomatica (e ciò tanto più perchè il (*omissis*) era uno specialista ginecologo), perchè la coppia si era a lui rivolta per un parere ed egli operava in un territorio in cui la situazione epidemiologica deponeva per un'alta incidenza delle coppie a rischio. In buona sostanza risulta escluso che si versasse in ipotesi clinica che trascendesse la preparazione medica di quel debitore qualificato (ginecologo).

12.1. Con il secondo motivo di ricorso il ricorrente incidentale (*omissis*) lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 4 e 6 lett. b) l. n. 194/1978, violazione e falsa applicazione degli artt. 1223, 1225, 1226, 2056 e 2697 c.c., la violazione e falsa applicazione degli artt. 112,

115 e 116 c.p.c. e l'omessa, insufficiente motivazione, ex art. 360 n. 3 e 5 c.p.c.. Assume il ricorrente che la sentenza impugnata erratamente applicando le suddette norme della l. n. 194/1978 non ha accertato l'esistenza delle condizioni stabilite dalla stessa per l'interruzione volontaria della gravidanza; che le condizioni sono diverse a seconda che si versi nell'ipotesi di cui all'art. 4 o in quella di cui all'art. 6 della l. n. 194/1978; che occorre accertare se l'informazione circa le malformazioni del feto avrebbe determinato l'insorgenza di una vera e propria patologia per la donna, destinata ad evolvere verso una situazione di gravità; che detti accertamenti non erano stati effettuati; che non era stato accertato se la (omissis) una volta informata, avrebbe richiesto l'interruzione della gravidanza. Lamenta poi il ricorrente che la corte di merito ha confermato la liquidazione equitativa del danno, ovviando alle lacune probatorie degli attori, che, invece, avrebbero dovuto provare il danno sia patrimoniale che biologico. Infine, sempre con il secondo motivo il ricorrente lamenta che sia stato riconosciuto il risarcimento del danno anche al coniuge della gestante, pur non avendo alcun diritto di interrompere la gravidanza della moglie: su quest'ultima censura si è già detto sopra (punto 6), ritenendola infondata.

12.2. Con il primo motivo del ricorso incidentale la Ras lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 2043 e 1223 c.c. e della legge n. 194/1978, in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c., nonchè il vizio motivazionale su un punto vivo della controversia, ai sensi dell'art. 360 n. 5 c.p.c.. Assume la ricorrente che i (omissis) non solo non hanno privato, ma nemmeno hanno mai assunto che la (omissis), se a conoscenza

dei rischi del nascituro, avrebbe sicuramente interrotto la gravidanza e che su tale specifica censura la corte di merito non si era pronunciata; che il danno da stress e affaticamento non poteva, invece, trovare causa nel solo inadempimento tempestivo dell'informazione da parte del medico, con conseguente preparazione psicologica, in quanto la sola informazione tempestiva e la preparazione psicologica dei genitori non avrebbe eliminato detti assunti pregiudizi.

13.1. Ritiene questa corte che i due motivi di ricorso, essendo strettamente connessi vadano esaminati congiuntamente. Essi sono infondati e vanno rigettati. Va anzitutto, osservato che, sebbene la sentenza in questione non prenda una precisa posizione se nella fattispecie, ai fini della possibile interruzione della gravidanza si versi nell'ipotesi di cui all'art. 4 o dell'art. 6 l. n. 194 del 1978, riferendosi ad entrambe le norme, tuttavia sulla base dei dati storici riferiti dalla stessa sentenza (visita ginecologica effettuata il 19.2.1991 e nascita della minore (omissis) il (omissis)), deve ritenersi che l'ipotesi della possibile interruzione di gravidanza rientri nella fattispecie cui all'art. 4 l. n. 194/1978, e cioè quella relativa ad una gravidanza che non abbia superato i primi 90 giorni. Ciò comporta, anzitutto, che non è necessario che già nella gravidanza o nel parto la malformazione o anomalia del feto dia luogo ad un serio (e non necessariamente grave, come nell'ipotesi di cui all'art. 6) pericolo per la salute, potendo lo stesso essere anche successivo alla nascita e dipendente quindi esclusivamente dalla maternità.

13.2. Inoltre, trattandosi di valutazione prognostica da effettuare, nell'ipotesi di cui all'art. 4 l. n. 194/1978, peraltro sulla base delle sole circostanze "accusate" dalla gestante, essa va ef-

fettuata in termini di probabilità, secondo le nozioni della scienza medica, ma non di certezza (che non può che riferirsi ad un fatto attuale o già verificatosi), con giudizio da effettuarsi ex ante. Nella fattispecie la sentenza impugnata ha ritenuto che sussistessero alla data della visita (19.2.1991) tutte le circostanze previste dalla legge per l'interruzione della gravidanza. In particolare ha ritenuto che sussistesse (pag. 12) un danno alla salute per la gestante connesso alla maternità di una figlia con la grave patologia talassemica.

13.3. È vero che la lesione del diritto ad interrompere la gravidanza per effetto dell'inadempimento del sanitario sussiste, come è ovvio, non solo perchè è perfezionata la fattispecie del diritto nei termini detti, ma anche perchè si è in presenza di volontà della gestante di esercitare tale diritto. Quindi il risarcimento del danno per il mancato esercizio di detto diritto può essere riconosciuto alla donna non per il solo fatto dell'inadempimento dell'obbligo di esatta informazione che il sanitario era tenuto ad adempiere, ma se siano provate la sussistenza dei presupposti della fattispecie legale per l'esercizio del diritto e la volontà di esercitarlo da parte della gestante, se fosse stata informata correttamente della diagnosi. Il solo inadempimento del dovere di esatta informazione da parte del sanitario potrà dar luogo al diritto al risarcimento del danno eventuale conseguente a detta causale, ma non al risarcimento del danno conseguente alla lesione del diritto all'interruzione della gravidanza. Ciò per l'ovvia considerazione che in caso di mancanza dei predetti elementi integrativi della fattispecie legale, la mancata interruzione della gravidanza è da ascrivere eziologicamente alla non integrazione della fattispecie

legale ovvero alla mancanza di una volontà in tal senso della gestante e non all'omessa o errata informazione da parte del medico.

13.4. Tuttavia, come ha già rilevato questa Corte (Cass. n. 6735/2002) in termini condivisibili ed applicabili alla fattispecie in esame, la circostanza che, nel ricorso di dati presupposti, tra i quali sono le anomalie e malformazioni del nascituro, la legge consenta alla donna di evitarle il pregiudizio che da quella condizione del figlio le deriverebbe al suo stato di salute, rende legittimo per il giudice assumere come normale e corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto e perciò rende legittimo anche il ricondurre al difetto di informazione, copie alla sua causa, il mancato esercizio di quella facoltà; che elementi indicativi della volontà della donna di esercitare il diritto all'interruzione della gravidanza possono trarsi da fattori ambientali, culturali, di storia personale e dallo stesso fatto che la gestante si sia rivolta al professionista appunto per esami volti a conoscere se il feto presentasse o no malformazioni o anomalie, segno questo di un comportamento orientato piuttosto nel senso di rifiutare che di accettare di portare a termine la gravidanza, se il feto avesse presentato gravi malformazioni.

14.1. Con il terzo motivo di ricorso il ricorrente (omissis) lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c. dell'art. 209 c.p.c., nonché l'omessa, insufficiente e contraria motivazione (in relazione all'art. 360 n. 3 e 5 c.p.c.). Lamenta il ricorrente che la sentenza impugnata ha ritenuto di confermare la statuizione di condanna, senza acquisire le prove addotte da lui.

14.2. Ritiene questa corte che il motivo sia inammissibile, per difetto di specificità, sotto il profilo dell'autosufficienza del ricorso. Infatti, qualora, con il ricorso per Cassazione, venga lamentata la mancata ammissione o valutazione di mezzi istruttori (un documento, deposizioni testimoniali, dichiarazioni di parti, ecc.), è necessario, al fine di consentire al giudice di legittimità il controllo della decisività della prova non ammessa o non valutata (o insufficientemente valutata), che il ricorrente precisi - ove occorra, mediante integrale trascrizione della medesima nel ricorso - il contenuto della prova che egli asserisce decisiva e non ammessa o non valutata, dato che, per il principio di autosufficienza del ricorso per Cassazione, il controllo deve essere consentito alla Corte di Cassazione sulla base delle deduzioni contenute nell'atto, alle cui lacune non è possibile sopperire con indagini integrative. Nella fattispecie non risultano indicati nel ricorso il contenuto delle prove richieste dal ricorrente e non ammesse dal giudice di merito.

15.1. Con il terzo motivo del ricorso incidentale, la RAS lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 1223 e 1226 c.c. e della l. 22.5.1978 n. 194, in relazione all'art. 360 n. 3 e 5 c.p.c., nonché l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia, in relazione all'art. 360 n. 3 e 5 c.p.c.. Lamenta la ricorrente che la corte di appello abbia liquidato anche il danno economico connesso alle spese ed ai disagi derivanti dalla patologia della minore, nella parte in cui non erano coperte dalle prestazioni della sanità pubblica, mentre avrebbe dovuto essere liquidato solo il danno alla salute della donna a norma della legge n. 194/1978, secondo quanto af-

fermato da Cass. n. 6464/1994.

15.2. Ritiene questa Corte che il motivo sia infondato e che lo stesso vada rigettato. Infatti, il danno risarcibile non può essere limitato solo al danno alla salute in senso stretto della gestante (in questo senso, invece, Cass. 8.7.1994, n. 6464). Lo stato patologico ed il pericolo grave per la salute rilevano, infatti, solo ai fini del perfezionamento della fattispecie per l'esercizio del diritto di interruzione della gravidanza, ma una volta che esso si è perfezionato, non operano come limitazione della responsabilità del sanitario adempiente. In altri termini detto pericolo di danno grave alla salute, che si inserisce su un processo patologico, delimita il diritto di aborto, non la responsabilità contrattuale del sanitario. Come sopra si è detto la possibilità per la madre di esercitare il suo diritto di aborto rileva in sede di giudizio di nesso causale, ma non come criterio di selezione tra tipi di danno. Infatti, poichè si versa in tema di inadempimento contrattuale, il danno, al cui inadempimento il debitore inadempiente è tenuto ex art. 1218 c.c., deve essere valutato secondo i criteri di cui agli artt. 1223, 1225, 1227 c.c.. Se danno è il pregiudizio subito dal creditore, allora è questo pregiudizio che occorre risarcire, secondo i principi della regolarità causale (art. 1223 c.c.). In questo danno rientra non solo il danno alla salute in senso stretto ma anche il danno biologico in tutte le sue forme ed il danno economico, che sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del sanitario, in termini di causalità adeguata (Cass. n. 12195/1998).

16. Pertanto va accolto il secondo motivo del ricorso principale e vanno rigettati il primo motivo nonché i ricorsi incidentali. Esistono giusti motivi per compensare le spese del giudizio di Cassazione tra i ricorrenti, nella qualità di esercenti la potestà sulla figlia minore, ed i ricorrenti incidentali. Va cassata l'impugnata sentenza, in relazione al motivo accolto, con rin-

vio, anche per le spese del giudizio di Cassazione tra le altre parti, ad altra sezione della Corte di appello di Lecce.

P.Q.M.

Riunisce i ricorsi. Accoglie il secondo motivo del ricorso principale. Rigetta il primo motivo nonchè i ricorsi incidentali.

Compensa le spese del giudizio di Cassazione tra i ricorrenti principali, nella qualità, ed i ricorrenti incidentali. Cassa, in relazione, l'impugnata sentenza e rinvia ad altra sezione della Corte di appello di Lecce, anche per le spese del giudizio di Cassazione tra le altre parti.

Così deciso in Roma, il 6 maggio 2004.

Ancora sulla sussistenza, o meno, della colpa grave dei medici ostetrici per i casi assistenza difettosa al parto

Commento di Massimo Perin - Consigliere della Corte dei Conti

ANCORA SULLA SUSSISTENZA, O MENO, DELLA COLPA GRAVE DEI MEDICI OSTETRICI PER I CASI ASSISTENZA DIFETTOSA AL PARTO

(commento a CORTE DEI CONTI, SEZ. III GIUR. CENTRALE D'APPELLO - sentenza 10 novembre 2004 n. 601 - Pres. S. Aulisi - Rel. A. Rozera - A. V. (Avv. G. Fanzini) c. Procura Generale (P.M. P. Di Domenico).

Giudizio di responsabilità amministrativa - Danno indiretto - Responsabilità per danno conseguente all'erogazione da parte della Regione del risarcimento a favore di terzi disposta a seguito di sentenza del giudice civile - Responsabilità amministrativa del medico ostetrico per difettosa assistenza al parto - Colpa grave - Diversa valutazione rispetto al giudizio civile di risarcimento - Colpa grave del medico - Non sussiste in assenza di elementi certi da far supporre uno stato di pericolo (crisi fetale in atto del nascituro).

Per la configurazione dell'ipotesi di responsabilità amministrativa dei medici, non basta che il comportamento sia stato riprovevole, in quanto non rispondente perfettamente alle regole della scienza e dell'esperienza, ma

è necessario che il sanitario, usando la dovuta diligenza, abbia potuto prevedere e prevenire l'evento verificatosi; perché, quindi, possa parlarsi di responsabilità per colpa grave si deve accertare che si siano verificati errori non scusabili per la loro grossolanità o l'assenza delle cognizioni fondamentali attinenti alla professione ovvero il difetto di quel minimo di perizia tecnica che non deve non mai mancare in chi esercita la professione sanitaria e, comunque, ogni altra imprudenza che dimostri superficialità e disinteresse per i beni primari affidati alle cure di prestatori d'opera.

Nel processo civile la colpa dei medici viene richiesta in grado elevato solo quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà (art. 2236 c.c.), e, quindi, per l'imperizia e non anche per la valutazione della prudenza e della diligenza per le quali è sufficiente la colpa lieve (art. 1176 c.c.); invece, nel giudizio di responsabilità amministrativa, è sempre richiesta la colpa grave non solo per l'imperizia, ma anche per l'imprudenza e per la negligenza.

Non sussiste la colpa grave del medico ostetrico in assenza di elementi certi da far sup-

porre uno stato di pericolo, quale una crisi fetale in atto del nascituro.

La vicenda esaminata dalla III Sezione centrale d'appello con la sentenza che segue riguarda ancora un caso di responsabilità amministrativa addebitabile a un medico ginecologo in servizio presso un ospedale pubblico. Il sanitario incolpato era stato chiamato a rispondere del pregiudizio finanziario cagionato alla Regione in conseguenza del risarcimento versato ai genitori di un bambino per i danni biologici da questi subiti all'atto della nascita, durante il quale si era verificato un caso di cattiva o insufficiente assistenza al parto.

Com'è noto l'avvenuto risarcimento al terzo impone alla Procura della Corte dei conti la valutazione degli elementi necessari per l'esercizio dell'azione di rivalsa prevista, per i pubblici dipendenti, dall'art. 22, ult. comma, d.P.R. 10.1.1957, n. 3 (F. Garri, I giudizi innanzi alla Corte dei Conti, pag. 152, Milano 1997), con particolare riferimento dell'elemento psicologico della colpa grave.

Le Sezioni unite della Cassazione hanno affermato, con giurisprudenza consolidata (cfr. sentenza n. 15288 del 4 dicembre 2001 e sentenza n. 4634 del 15 luglio 1988), che quando una struttura ospedaliera pubblica (a seguito dell'attuazione della legge 23 dicembre 1978 n. 833, istitutiva del servizio sanitario nazionale) venga condannata al risarcimento del danno subito da un assistito per fatto colposo del proprio dipendente (con particolare riferimento per la giurisprudenza accennata alle lesioni personali provocate da un medico nell'esecuzione di un intervento), e poi agisca in rivalsa nei confronti del dipendente medesimo, la relativa contro-

versia spetta alla cognizione della Corte dei conti, dal momento che la giurisdizione contabile, secondo la previsione dell'art. 52 del R.D. 12 luglio 1934 n.1214 e dell'art.103 della Costituzione, «non si riferisce ai soli fatti inerenti al maneggio di denaro, ma si estende ad ogni ipotesi di responsabilità per pregiudizi economici arrecati allo Stato o ad enti pubblici da persone legate da vincoli di impiego o di servizio ed in conseguenza di violazione degli obblighi inerenti a detti rapporti».

In questa sede il medico risponde dei danni causati, con colpa grave, alla propria amministrazione; essa consiste in una condotta caratterizzata da particolare negligenza, imprudenza o imperizia e che sia posta in essere senza l'osservanza, nel caso concreto, di un livello minimo di diligenza, prudenza o perizia in relazione al tipo di attività concretamente richiesto all'agente e alla sua particolare preparazione professionale, in quel settore della p.a. al quale è preposto (cfr. *ex multis* Corte dei conti Sez. giur. Sicilia, 2 marzo 1998, n. 68).

Ciò premesso, la sentenza in commento ha ribaltato le conclusioni cui era pervenuto il giudice di primo grado, il quale aveva affermato, invece, nella vicenda in parola, la piena responsabilità del medico ostetrico, il quale non aveva tempestivamente interpretato il tracciato cardiocografico per una verifica della crisi fetale in atto.

Nella sostanza il giudice d'appello ha ritenuto che l'intempestiva interpretazione del tracciato, da parte del sanitario, non può acquistare il valore di prova delle presunte omissioni e, di conseguenza, ha ritenuto di assolvere l'appellante dagli addebiti di responsabilità amministrativa. Ebbene, questo orientamento favorevole della

III Sezione di appello alla “*non responsabilità amministrativa*” dei sanitari non è una novità, dal momento che segue una direzione diversa da quella che hanno seguito i giudici di *prime cure*, i quali, in vicende di questo tipo, si sono richiamati all’orientamento espresso dalla Cassazione in materia di responsabilità dei sanitari. Nella sentenza in commento, emerge chiaramente il richiamo alla diversità esistente tra il processo civile, dove la colpa dei medici viene richiesta in grado elevato solo quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà (art. 2236 c.c.), e, quindi, per l’imperizia e non anche per la valutazione della prudenza e della diligenza per le quali è sufficiente la colpa lieve (art. 1176 c.c.), mentre, nel giudizio di responsabilità amministrativa è sempre richiesta la colpa grave non solo per l’imperizia, ma anche per l’imprudenza e per la negligenza.

Infatti, la Cassazione (cfr. sentenza n. 10297 del 28 maggio 2004, della III Sezione) afferma con giurisprudenza consolidata che la limitazione di responsabilità professionale del medico - chirurgo ai soli casi di dolo o colpa grave, ai sensi dell’art. 2236 c.c., attiene esclusivamente alla perizia, per la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà, con esclusione, di conseguenza, dell’imprudenza e della negligenza.

Questa impostazione del giudice della legittimità è coerente con la natura del contratto di ricovero ospedaliero della gestante, atteso che l’ente ospedaliero «*si obbliga non soltanto a prestare alla stessa le cure e le attività necessarie al fine di consentirle il parto, ma, altresì, ad effettuare, con la dovuta diligenza, tutte quelle altre prestazioni necessarie al feto ed al neonato, sì da garantirne la nascita, evitandogli nei limiti consentiti dalla*

scienza qualsiasi possibile danno» (cfr. sentenza n. 11001 del 14 luglio 2003 della III Sezione).

Sempre il giudice della legittimità, con altra pronuncia (sentenza n. 12198 del 2 ottobre 2001 della III Sezione), ha affermato che «*la prestazione intellettuale, oggetto del contratto disciplinato dall’art. 2230 c.c., trova contenuto con riferimento alle diverse attività professionali. Il professionista è tenuto alla disciplina specifica del debitore qualificato (art. 1176, secondo comma c.c.), che comporta il rispetto di tutte le regole che nel loro insieme costituiscono la professione alla quale appartiene*», di conseguenza il contratto tra medico e paziente ha ad oggetto una prestazione professionale che impone al sanitario dipendente della struttura ospedaliera «*gli obblighi di diagnosi, cura e assistenza e gli altri obblighi di protezione propri della professione...*».

Posizione quest’ultima che si richiama alla categoria dei doveri e obblighi di protezione, i quali intervengono non per integrare la regola contrattuale, ma solo per darle attuazione e, come affermato in dottrina, al fine di preservare la sfera giuridica dei contraenti da fatti lesivi (F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, ed. E.S.I., 2000, pag. 777).

Obblighi di protezione che, secondo la dottrina (C.M. Bianca, *Il Contratto*, Milano 2000, pag. 506), non possono essere a fondamento del criterio della buona fede nello svolgimento della prestazione contrattuale, riguardando questa la regola di condotta alla quale si devono attenere le parti nello svolgimento del contratto; di conseguenza nell’adempimento dell’obbligazione il debitore deve osservare una condotta che non leda i beni personali e patrimoniali del creditore, con la conseguenza che la responsabilità deve essere esaminata secondo il criterio delle di-

ligenza, la quale consiste nell'impiego adeguato delle energie e dei mezzi necessari per la realizzazione di un determinato risultato.

Sulla base di questi profili argomentativi la giurisprudenza civile (molto più attenta, rispetto al passato, alla posizione del soggetto danneggiato) ha inquadrato le vicende di sinistro sanitario nella violazione di obblighi dell'ente ospedaliero, strutturalmente autonomi dalla prestazione medica, nella figura, analizzata dalla dottrina, del contratto con obblighi di protezione nei confronti del terzo (Cassazione 12198, cit.), dovendo garantire la struttura ospedaliera, nei limiti consentiti dalla scienza medica, un risultato soddisfacente e utile per il paziente ricoverato.

In conseguenza di ciò, la giurisprudenza (Cassazione n. 19133 del 23 settembre 2004 della III Sezione) ha inquadrato la responsabilità medica all'interno del principio secondo il quale l'ente ospedaliero, gestore di un servizio pubblico sanitario, risponde «a titolo contrattuale per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica da parte dei propri dipendenti».

Conseguentemente, l'inadempimento del professionista sanitario in relazione alla propria obbligazione e la conseguente responsabilità dell'ente presso il quale egli presta la propria opera deve essere «valutato alla stregua del dovere di diligenza particolarmente qualificato inerente lo svolgimento della sua attività professionale; sicché è configurabile un nesso causale tra il suo comportamento, anche omissivo, ed il pregiudizio subito da un paziente qualora, attraverso un criterio necessariamente probabilistico, si ritenga che l'opera del professionista, se correttamente e prontamente svolta, avrebbe avuto serie ed apprezza-

bili possibilità di evitare il danno verificatosi».

In ordine alla prova della responsabilità si deve aggiungere che, oltre all'errore o all'omissione di diagnosi, i quali integrano già un inadempimento del medico, quando si è in presenza di un quadro clinico complesso per la gravità della patologia e le precarie condizioni di salute del paziente, «la prova della mancanza di colpa per gli esiti dannosi derivati a carico del paziente deve essere fornita dal debitore della prestazione e dell'eventuale situazione di incertezza sulla stessa si deve giovare il creditore e non il debitore», in quanto rimane fermo il canone generale secondo cui compete al medico, tutte le volte che il caso affidatogli non sia di particolare complessità, provare che l'insuccesso del suo intervento è stato incolpevole e non al paziente dimostrarne la colpa (Cassazione n. 19133 cit.).

Non molto dissimile è anche la giurisprudenza penale della Cassazione (Sezione IV penale, sentenza n. 1586 del 25 settembre 2001), la quale, ai fini dell'individuazione della responsabilità penale del medico, richiede di verificare se questi, negli interventi eseguiti, abbia fatto ciò che doveva, per salvare la vita del paziente o almeno per aumentare significativamente le probabilità di sopravvivenza dello stesso, mettendo così in evidenza la circostanza che l'indagine sia proiettata sulla diligenza tenuta nell'esecuzione della prestazione professionale.

Ebbene, da questo *excursus* sulla recente giurisprudenza della Cassazione, per la verità anche (e giustamente) rigorosa nei confronti dei sanitari, emerge un orientamento consolidato per l'affermazione del “diritto del concepito ad essere tutelato nella propria aspettativa a nascere sano”, orientamento che fonda tale diritto sull'art. 32 della Costituzione, il quale riferen-

dosi più generalmente alla tutela della salute dell'individuo, si presenta su un piano soggettivo sufficientemente ampio per abbracciare il concepito quale individuo che sta per diventare persona (cfr. G. Cassano, *Persona e diritto civile*, Napoli, 2000, ed. Simone, pag. 389 e 390; Cassano e Del Vecchio, *Diritto a nascere sani e responsabilità civile: un inventario di questioni ed un risarcimento miliardario*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1999, pag. 633).

Sulla scorta di questo orientamento della dottrina e della giurisprudenza di legittimità la giurisprudenza contabile di primo grado (cfr. **Corte dei conti sez. giurisdizionale Piemonte, sentenza del 10 giugno 1999 n. 1058**, web http://www.lexitalia.it/corte/ccontipiem_1999-1058.htm) ha avuto modo di affermare che, benché esuli dal compito primario del procedimento di responsabilità amministrativa, va comunque ricordato che non vi è dubbio che «*il nascituro, già dal momento del concepimento, vada qualificato come autonomo centro d'interessi, sulla scorta del parallelismo tra biologia e diritto proposto da autorevole dottrina, secondo la quale "il concepito, che per le scienze biologiche è un individuo che si va sviluppando come uomo, può configurarsi, anche per il diritto, come un'entità autonoma che si va formando come persona", e quindi come un vero e proprio soggetto in fieri*».

Dopo questa premessa la sentenza della Sezione Piemonte ha affermato che rientra nel patrimonio conoscitivo di ogni sanitario ed a maggior ragione in chi che opera presso centri specialistici ostetrico - ginecologici, la circostanza che ogni travaglio di parto può trasformarsi, in qualsiasi momento e per le più svariate ragioni, da evento naturale e spontaneo in un fatto patologico che richiede tempestive ed ap-

proprie decisioni terapeutiche.

Nondimeno, era stata ravvisata la colpa grave per un medico ostetrico nell'aver omesso l'esecuzione di un monitoraggio cardiocografico in presenza di chiari sintomi di sofferenza fetale, in quanto l'uso di tale strumento consentiva ai sanitari di scegliere la tecnica d'intervento più appropriata (taglio cesareo e non espulsione naturale).

Alla stessa stregua con altra e coeva sentenza la sezione Piemonte (sentenza del 10 novembre 1999 n. 1757, in questa *Rivista*, pag. http://www.lexitalia.it/corte/ccontipiem_1999-1757.htm) aveva affermato di ravvisare la colpa grave, sotto il profilo della colpa professionale specifica, nel comportamento dei medici ospedalieri che, avendo seguito una gravidanza prima del ricovero, eseguendo anche i rituali controlli periodici, abbiano omesso di adottare gli accorgimenti necessari per evitare i possibili pericoli resi manifesti da una situazione di accertata patologia della paziente (nella fattispecie omesso monitoraggio cardiocografico in presenza di un'accertata placenta previa centrale con conseguente encefalopatia da esiti di asfissia neonatale del bambino).

Analogamente si è mossa la Sezione Toscana (sentenza 27 settembre 2002 n. 676, in questa *Rivista*, pag. http://www.lexitalia.it/private/corte/ccontitoscana_2002-09-27.htm), la quale ha affermato che, ai fini dell'accertamento della responsabilità amministrativa per danno indiretto da addebitare al personale medico appartenente a una divisione di ostetricia e ginecologia, causato a seguito dell'attività di assistenza a una partoriente, occorre verificare se i predetti sanitari abbiano operato con il dovuto impegno e la perizia professionale propria della funzione me-

dica svolta, necessarie al fine di impedire ragionevolmente ogni conseguenza lesiva al nascituro e alla partorientente.

Dopo questa premessa i giudici toscani hanno rilevato la responsabilità amministrativa dei medici ginecologi che, in presenza di dati clinici ed anamnestici a disposizione, i quali consigliavano di ricorrere al taglio cesareo, hanno proceduto, con la paziente assistita, al parto per via vaginale, a seguito del quale si sono verificati importanti lesioni traumatiche a carico del neonato comportanti rilevanti postumi permanenti invalidanti della futura capacità lavorativa.

In quest'ultima pronuncia la Sezione Toscana ha, inoltre, aggiunto che nell'attività di assistenza al parto, oltre la responsabilità dei medici ginecologi, sussiste anche quella dell'ostetrica che, pur non potendo effettuare scelte di stretta competenza medica (quale quella di eseguire o meno l'intervento cesareo), si ingerisce nella effettuazione di una prestazione sanitaria che non solo è vietata dalle norme regolanti l'attività professionale di tale categoria, ma per la quale è espressamente previsto l'obbligo di richiedere l'intervento del medico.

Ciò premesso, in ordine all'orientamento espresso dalle Sezioni regionali, la III Sezione centrale (sentenza n. 124 del 30 marzo 2000, che ha annullato la sentenza della sezione Piemonte n. 1058 del 10 giugno 1999, sopra richiamata) ha, invece, avuto modo di affermare, in materia di responsabilità dei medici ostetrici che non si poteva rilevare rapporto di causalità tra la grave cerebropatia che ha colpito il nascituro e la condotta dei medici quando, nel corso dell'assistenza operata nella fase conclusiva del parto, gli stessi non siano ricorsi al monitoraggio elettronico del battito cardiaco con la meto-

dica del tracciato cardiocografico, pur in presenza di una sofferenza fetale del bambino che doveva, piuttosto, essere rilevata a monte dell'ultimo intervento assistenziale.

Nell'occasione, la decisione ha affermato ancora che non poteva essere ravvisata la colpa grave per la non riconoscibilità di un comportamento connotato da imprudenza, imperizia e negligenza ai sanitari che hanno assistito alla fase finale di un parto, anche in presenza di un rischio di sofferenza fetale e di una macrosomia fetale che doveva essere rilevata fin dal momento del ricovero nella struttura ospedaliera, rimettendo così un'eventuale (ma anche improbabile) ricerca delle responsabilità nei confronti di coloro che avevano disposto l'accettazione della paziente.

Sempre la III Sezione, con altra pronuncia (sentenza 6 novembre 2000 n. 306, che ha annullato la sentenza n. 1757 del 10 novembre 1999, sopra indicata, in questa *Rivista*, pag. http://www.lexitalia.it/corte/ccontiapp_2000-306.htm), ha affermato che il mancato rinvenimento del tracciato cardiocografico, che doveva essere allegato alla cartella clinica, non può essere considerata una prova negativa, perché si presume che, nonostante la mancanza di documentazione, il monitoraggio cardiocografico sia stato, comunque, effettuato dal personale medico di reparto, tenuto altresì conto che risultano in cartella clinica le annotazioni con l'orologio, oltre al fatto che il battito cardiaco auscultato, di un bambino nato con "diagnosi di encefalopatia da esiti di asfissia neonatale", era risultato regolare.

Anche in questo caso l'assenza di una documentazione sanitaria importante per l'accertamento delle responsabilità era stato minimizza-

to al punto di dare per eseguito un accertamento di cui non vi era alcuna prova.

Diversamente, la III Sezione centrale si era espressa in un'altra vicenda di responsabilità amministrativa dei sanitari (sentenza n. 174 del 2 luglio 2001, in Riv. Corte dei conti, n. 4/2001, pag. 114), dove il medico rispondeva per il danno indiretto causato agli eredi di un ricoverato deceduto in un pronto soccorso a causa dell'assenza dello stesso medico di guardia che si era indebitamente allontanato dall'unità di pronto soccorso dell'ospedale.

Alla luce di quanto sopra esaminato emerge un quadro della giurisprudenza contabile, in materia di responsabilità amministrativa dei sanitari e, in particolare, dei medici ostetrici, non sufficiente chiaro, con la conseguenza che appare difficoltoso poter dare un'impostazione adeguata sui limiti di responsabilità da riconoscere ai medesimi medici, una volta che i giudizi risarcitori innanzi al giudice civile si siano conclusi con la condanna dell'ente pubblico.

Ebbene, in un momento come quello attuale, dove sussiste l'esigenza di contenere la spesa pubblica, non solo per evitare sprechi e disfunzioni, ma anche per non aggravare l'imposizione fiscale, deve essere aumentata la responsabilizzazione nell'uso delle pubbliche risorse da parte dei dipendenti e/o agenti pubblici, e tutto ciò non può avvenire eliminando o, contenendo in limiti irrisori, le responsabilità patrimoniali di coloro che con i loro comportamenti intaccano le finanze pubbliche.

Nel caso specifico delle professioni sanitarie, la cui utilità pubblica nessuno potrà mai mettere in discussione, è certamente importante prevedere un sistema sanzionatorio finalizzato a dissuadere, per il futuro, condotte riprensibili, di

scarsa diligenza professionale e di grave imperizia e negligenza, e questo anche nell'ottica di garantire ai cittadini un servizio sanitario adeguato, dove gli incidenti e gli errori possano essere ragionevolmente contenuti a quanto per legge statistica può accadere.

Orbene, un sicuro punto di partenza è dato dall'impostazione della ricerca della responsabilità amministrativa, a titolo di colpa grave, con riguardo al caso concreto di danno, e sul punto la giurisprudenza della Corte dei conti è univoca (cfr. *ex multis* Sezione Calabria, n. 792 dell'1 ottobre 2003, in Riv. Corte dei conti, n. 5/2003, pag. 119), tanto è vero che nell'illecito amministrativo con rilevanza patrimoniale i criteri di individuazione della colpa grave rifuggono, così come avviene nell'illecito civile, da ogni tipizzazione, e, conseguentemente, la definizione della colpa di rilevante gravità rinvia a un giudizio di valore che deve essere compiuto con il confronto tra la condotta esigibile e quella osservata in concreto dall'agente pubblico.

In quest'ottica è auspicabile che la verifica delle responsabilità si indirizzi per un esame della diligenza tenuta nell'occasione, diligenza che deve essere, in ogni caso, riferita a un uso adeguato dell'impiego delle proprie energie e dei mezzi a disposizione per la realizzazione del fine pubblico cui il dipendente è assegnato (nel caso specifico una corretta e adeguata professionalità medica negli interventi espletati).

Il sanitario pubblico deve adoperarsi con lo sforzo appropriato secondo i criteri di normalità, osservando norme tecniche e giuridiche adeguando al caso le adeguate cautele (per lo sforzo di diligenza nello svolgimento dell'obbligazione cfr. C. M. Bianca, cit. pag. 506).

Sul punto non si può non convenire con quella

dottrina civilistica (C.M. Bianca, *La responsabilità*, Milano, 1994, pag. 28) che ritiene che l'impegno richiesto al professionista sia superiore a quello del comune debitore, dove il professionista medesimo deve impiegare la perizia e i mezzi tecnici adeguati allo *standard* professionale della sua categoria.

Tutt'al più, dovendo inquadrare il giudice della responsabilità amministrativa la condotta del sanitario nell'ambito di una complessa struttura organizzativa potrà, nell'ambito delle proprie attribuzioni, stabilire quale quota di danno potrà essere posta in relazione alla colpa grave tenuta nel caso concreto, con riferimento alla verifica delle condizioni per poter poi esercitare il potere riduttivo dell'addebito.

Per questi motivi non convince la motivazione della sentenza in commento sull'assenza di colpa grave del sanitario convenuto, dal momento che lo stesso non aveva tempestivamente interpretato il tracciato cardiocografico, tracciato che, invece, era stato successivamente e correttamente interpretato da altro medico, il quale evidenziava chiari segni di grave sofferenza fetale che, qualora tenuti presenti, avrebbero potuto consentire una diversa scelta assistenziale nei confronti della gestante.

Ebbene, anche se, come richiamato in sentenza, appariva oggettivamente difficoltosa, anche all'epoca dei fatti, l'interpretazione del tracciato, non è stata da parte dei giudici di appello completamente verificata la diligenza professionale tenuta nell'occasione dal medico ostetrico, e se questi disponeva delle necessarie e sufficienti cognizioni, disponibili per intervenire utilmente al fine di evitare i danni al nascituro. In questo caso, tenuto conto che gli oneri finanziari del sinistro sanitario vanno a gravare

sulla collettività, occorre una valutazione sicuramente più appropriata sulla diligenza professionale tenuta nell'occasione, anche alla luce delle affermazioni sulla colpa grave nell'attività medica di altra giurisprudenza.

Infatti, appare corretta l'impostazione tenuta dalla Sezione Veneto (sentenza n. 544 del 12 luglio 2002, in *Riv. Corte dei conti*, n. 4/2002, pag. 217) che, in ragione della particolarità dell'attività svolta, per integrare il requisito della colpa grave nell'esercizio dell'arte medica non è necessaria una macroscopica svista (ad es. l'indebita assenza del medico di guardia dall'unità di pronto soccorso), ma è sufficiente la carenza di un adeguato livello di diligenza professionale.

A tal punto, appare sicuramente condivisibile l'orientamento della Sezione giurisdizionale d'appello della Regione Sicilia (sentenza n. 259 del 15 dicembre 2003, in *Riv. Corte dei conti* n. 6/2003, pag. 93), dove individua la colpa grave in campo sanitario, negli errori inescusabili per la loro grossolanità, per l'assenza delle cognizioni fondamentali attinenti alla professione, nonché per il difetto di un minimo di perizia tecnica, esperienza e capacità professionale, con la conseguenza che il metro esatto per valutare il comportamento del medico deve incentrarsi sul "livello di diligenza" da lui impiegato nell'usare il metodo operativo più adatto al caso concreto ed alla circostanze contingenti.

Infine, con altra condivisibile decisione, la Sezione Sicilia (sentenza n. 1576 del 3 settembre 2002, in *Riv. Corte dei conti* n. 5/2002, pag. 146) ha affermato che la colpa grave del medico si evidenzia nell'inosservanza delle metodiche diagnostiche e terapeutiche dettate dalla scienza medica, secondo il livello raggiunto dalla ricerca e impiegato normalmente nella pratica sani-

taria, verificando che il comportamento del sanitario sia conforme alle regole della deontologia professionale che postula un impegno scrupoloso, una diligenza superiore alla media, l'uso di tutte le tecniche dettate dalla scienza clinica e di ogni altro suggerimento suggerito dalla comune esperienza.

Sull'argomento della responsabilità del personale sanitario vedi Vittorio Raeli, *La responsabilità sanitaria*, in www.lexitalia.it, n. 12/2004, pag. http://www.lexitalia.it/articoli/raeli_responsabilitaria.htm

Vedi anche la seguente giurisprudenza:

Corte di Cassazione, sez. IV penale - sentenza 18 gennaio 2000 n. 556 http://www.lexitalia.it/private/ago/casspen4_2000-0556.htm, la quale ha affermato che nel caso in cui l'assistente o l'aiuto non condividano le scelte terapeutiche del primario che non eserciti il suo potere di avocazione e ritengano che il trattamento terapeutico disposto dal superiore comporti un rischio per il paziente, gli stessi sono tenuti a segnalare quanto rientra nelle loro conoscenze, esprimendo il proprio dissenso con le scelte dei medici in posizione superiore; diversamente essi potranno essere ritenuti responsabili dell'esito negativo del trattamento terapeutico, non avendo compiuto quanto in loro potere per impedire l'evento (art. 40 comma 2° cod. pen.;

Corte dei Conti, sezione giurisdizionale centrale d'appello - sentenza 6 novembre 2000 n. 306 http://www.lexitalia.it/corte/ccontiapp_2000-306.htm

Corte dei Conti sez. giurisdizionale per il Piemonte - sentenza 10 giugno 1999 n. 1058/99 http://www.lexitalia.it/corte/ccontipiem_1999-1058.htm

Corte dei Conti sez. giur. Piemonte - sentenza 10 novembre 1999 n. 1757/EL/99 http://www.lexitalia.it/corte/ccontipiem_1999-1757.htm

Corte dei Conti - sez. giur. regione Toscana - sentenza 27 settembre 2002 n. 676 http://www.lexitalia.it/private/corte/ccontitoscana_2002-09-27.htm

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al n. 19813 del registro di segreteria proposto da V. A. avverso la sentenza n. 2500 del 15 dicembre 2003 pronunciata dalla Sezione giurisdizionale per la regione Emilia - Romagna;

Visto l'atto d'appello;

Esaminati tutti gli altri documenti di causa;

Uditi, alla pubblica udienza del giorno 3 novembre 2004, con l'assistenza del Segretario dott.ssa Anna Maria Guidi, il relatore Consigliere dott. Amedeo Rozera, l'Avv. Giancarlo Fanzini per l'appellante ed il P.M. in persona del Vice Procuratore Generale dott. Pasquale Di Domenico.

Ritenuto in

FATTO

Con l'impugnata sentenza la Sezione giurisdizionale per l'Emilia - Romagna ha condannato il dott. A. V. al pagamento della somma di €. 826.44,00 per avere lo stesso, quale medico ostetrico presso l'Arcispedale S. Maria Nuova di Reggio Emilia, causato danno indiretto subito dalla Regione per il risarcimento che la medesima ha dovuto liquidare, in esito a contenzioso civile instaurato dai sigg.ri D. R. e F., in relazione ai danni biologici subiti dal proprio figlio F. all'atto della nascita avvenuta presso il predetto Ospedale il 15 aprile 1982, ed in ordine al quale

mentre il Tribunale di Reggio Emilia aveva respinto, previa acquisizione di una consulenza d'ufficio redatta dai professori Camurri e Ronco, la domanda risarcitoria, la Corte d'Appello di Bologna, dopo aver disposto altra perizia a cura del Prof. Grella, la accoglieva (con sentenza poi confermata in Cassazione), condannando in solido la Usl ed il V. a risarcire F. F.

La sentenza qui impugnata ha riconosciuto la responsabilità del V. "per non aver tempestivamente interpretato il tracciato, sin dalle ore 7,10 e fino alle ore 7,40, momento in cui lo stesso tracciato è stato interpretato dal prof. Zinelli come evidenziante chiari segni di grave sofferenza fetale, e considerando che per la lettura del tracciato stesso, seppure oggettivamente difficoltosa anche all'epoca dei fatti, il dott. V., medico ostetrico, doveva secondo la normale diligenza professionale disporre di necessarie e sufficienti cognizioni, disponibili all'epoca dei fatti in documenti ufficiali".

Avverso la sentenza ha proposto appello, con il patrocinio dell'Avv. Giancarlo Fanzini, il V. articolandolo, sostanzialmente, sui seguenti punti: a) lettura parziaria e frammentaria delle due perizie assai più omogenee fra di loro di quanto appaia, con particolare riferimento al fatto che l'unica concreta divergenza fra di esse si riduce ad una manciata di minuti ricostruiti a partire dai due orari certi e condivisi, che le stesse concordano sulla incertezza diagnostica all'epoca dei fatti del tracciato ecotografico, che la mancanza nel reparto di un cronografo non consentiva un'esatta ricostruzione delle scansioni orarie e che, comunque, entrambe le perizie erano state redatte su quesiti orientati dall'ottica aquiliana del giudizio civile e quindi scarsamente interessati ad una individuazione

di colpe gravi; b) incertezze e parzialità utilizzate nella sentenza impugnata che ha dato particolare rilievo alla perizia Grella, successiva di molti anni a quella Camurri che, essendo più vicina ai fatti, poteva apparire più affidabile: in particolare, viene contestata la ritenuta maggior precisione della perizia Grella sulle scansioni orarie; c) mancata considerazione delle circostanze oggettive che escludono la colpa grave; l'appello, conclude, quindi, per la riforma della sentenza impugnata, previa eventuale altra perizia d'ufficio, con proscioglimento del V. o, in estremo subordine, per una diversa ripartizione del danno.

Il Procuratore Generale ha depositato le proprie conclusioni in data 7 giugno 2004 con le quali: a) eccepisce l'irrelevanza della doglianza riguardante l'ampio scarto temporale fra i fatti di causa e le due relazioni tecniche d'ufficio; b) ribadisce la maggiore validità della perizia Grella effettuata nel rispetto della più rigorosa obiettività scientifica e supportata da rilevanti riferimenti dottrinari; c) rileva come l'accuratezza del riscontro cardiocografico e l'accurato rigore dei rilievi diagnostici registrati in occasione delle visite mediche escludono la possibilità di una mancata considerazione di eventuali interruzioni del tracciato dovute all'effettuazione delle predette visite; d) respinge le eccezioni relative all'aspetto organizzativo del reparto, rilevando che comunque non emerge agli atti alcuna iniziativa da parte del medico di guardia volta a fronteggiare la gravità della situazione; pertanto, il Procuratore Generale conclude chiedendo il rigetto dell'appello con spese a carico dell'appellante.

Il V. ha depositato in data 13 ottobre 2004 note d'udienza con le quali replica alle conclusioni

del Procuratore generale e ribadisce il contenuto e le richieste dell'atto d'appello.

All'odierna pubblica udienza l'Avv. Fanzini per l'appellante ha concluso richiamando e confermando, con ulteriori ed argomentate considerazioni, il contenuto degli atti scritti; il P.M., dopo aver sottolineato le carenze strutturali ed organizzative dell'Ospedale di Reggio Emilia, ha concluso ribadendo e confermando il contenuto del proprio atto scritto.

Considerato in

DIRITTO

Una valutazione globale della vicenda portata alla cognizione di questo giudice induce il Collegio a ritenere meritevole di accoglimento l'appello proposto dal V. con conseguente assoluzione di quest'ultimo dalla domanda attrice.

E ciò alla luce degli elementi di fatto emergenti dagli atti di causa e, in particolare, dalla stessa sentenza impugnata: questa, invero, si fonda, come si vedrà, su un insieme di passaggi caratterizzati da incertezze e perplessità insufficienti a radicare in capo al V. profili comportamentali idonei al superamento di quella soglia di rilevanza che il nuovo ordinamento della responsabilità amministrativa ha elevato ai fini dell'individuazione del livello di gravità (dolo o colpa grave) richiesto perché gli operatori pubblici possano essere chiamati a rispondere di danno erariale.

In proposito è opportuno ricordare sul piano generale, in un contesto giurisprudenziale ormai consolidato, che l'attuale regime delle responsabilità amministrativa, quale delineato nella novella legislativa del 1994-1996, risponde all'esigenza di conciliare la tutela del soggetto danneggiato con un non eccessivo appesan-

timento delle condizioni del responsabile dell'evento dannoso: ciò nel senso che la rilevanza e la centralità della colpa in termini di responsabilità per risarcimento del danno non costituisce più l'unico criterio di interpretazione della responsabilità stessa, affiancandovisi quello del rischio che, almeno in parte, viene fatto ricadere sull'Amministrazione danneggiata.

In tale contesto, allora, ai fini dell'individuazione della colpa grave, il giudice contabile non può e non deve valutare il rapporto in contestazione alla stregua di immutabili norme prefissate, non rinvenibili, peraltro, in alcuna norma di legge (Sez. III, 21 dicembre 1999 n. 315): egli deve, invece, prefigurare nel concreto l'insieme dei doveri connessi all'esercizio delle funzioni cui l'agente è preposto, attraverso un'indagine che deve tener conto dell'organizzazione amministrativa nel suo complesso e delle finalità da perseguire, alla luce di parametri di riferimento da porsi come limite negativo di tollerabilità, dovendosi ritenere realizzata un'ipotesi di colpa grave ove la condotta posta in essere se ne discosti notevolmente (Sez. III^a, 19 maggio 1997 n. 154).

In definitiva, e con particolare riferimento alle attività materiali, quale, appunto, quella tipicamente sanitaria, la condotta può essere valutata come gravemente colposa allorché il comportamento sia stato del tutto anomalo ed inadeguato, tale, cioè, da costituire una devianza macroscopica dai canoni di diligenza e perizia tecnica e da collocarsi in posizione di sostanziale estraneità rispetto al più elementare modello di attività volta alla realizzazione degli interessi cui gli operatori pubblici sono preposti. Insomma, per configurare ipotesi di responsabilità a carico del medico, non basta che il comportamento sia

stato riprovevole, in quanto non rispondente perfettamente alle regole della scienza e dell'esperienza, ma è necessario che il medico, usando la dovuta diligenza, abbia potuto prevedere e prevenire l'evento verificatosi; perché, quindi, possa parlarsi di responsabilità per colpa grave si deve accertare che si siano verificati errori non scusabili per la loro grossolanità o l'assenza delle cognizioni fondamentali attinenti alla professione ovvero il difetto di quel minimo di perizia tecnica che non deve non mai mancare in chi esercita la professione sanitaria e, comunque, ogni altra imprudenza che dimostri superficialità e disinteresse per i beni primari affidati alle cure di prestatori d'opera.

La rigorosità degli esposti criteri, connessa al particolare "sforzo di diligenza" (SS.RR. n. 66 del 23 settembre 1997) richiesto al pubblico dipendente anche per le disfunzioni dell'apparato pubblico per cui gli possono essere addebitate solo le mancanze più gravi, applicata alla presente fattispecie, comporta, a giudizio del Collegio, l'esclusione di qualsiasi profilo di colpa grave nella condotta del V., tenuto conto delle circostanze che hanno caratterizzato la vicenda e che emergono, come già ricordato, dalla sentenza stessa e dalla perizia che il primo giudice ha individuato come parametro di riferimento per le proprie valutazioni.

E qui una considerazione di fondo, determinante ai fini della pronuncia che questo giudice è chiamato ad emettere, si impone.

La "scelta" della perizia Grella da parte del giudicante in primo grado si presenta più come una sorta di apodittica adesione ad essa che come frutto di una ponderata valutazione fondata su dati certi ed oggettivi: non possono, infatti, essere considerati tali né il mero richiamo a pro-

filii di carattere temporale né la ritenuta maggior valenza, rispetto all'altra perizia, del metodo di lettura della cardiocografia né, infine, la circostanza di aver costituito la ricordata perizia il fondamento della sentenza civile d'appello.

Su quest'ultimo punto, il Collegio non può non ricordare che il giudizio civile di risarcimento e quello di responsabilità amministrativa per danni conseguiti all'attività sanitaria, si muovono su piani distinti, sia perché finalizzati a regolare rapporti giuridici soggettivamente ed oggettivamente diversi sia perché diversi sono i parametri normativi di riferimento (Sez. III^a, 30 marzo 2000 n. 124). In particolare, e con riferimento alla specie, i fatti sui quali si è pronunciato il giudice civile si inseriscono nel rapporto tra l'Ente ospedaliero ed i genitori del F., per cui il relativo giudizio è stato finalizzato all'accertamento della colpa dell'ente stesso nella sua struttura unitaria, mentre i fatti oggetto del giudizio di responsabilità amministrativa attengono al diverso rapporto di servizio che lega il V. all'ente sanitario: in estrema sintesi, mentre nel processo civile la colpa dei medici viene richiesta in grado elevato solo quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà (art. 2236 c.c.), e, quindi, per l'imperizia e non anche per la valutazione della prudenza e della diligenza per le quali è sufficiente la colpa lieve (art. 1176 c.c.), nel giudizio di responsabilità amministrativa è sempre richiesta la colpa grave non solo per l'imperizia, ma anche per l'imprudenza e per la negligenza. Ed è alla luce di tali principi, che il ricordato recepimento da parte del giudice civile della perizia Grella non può costituire preclusione per il giudice contabile ai fini di una diversa valutazione dei fatti nell'ottica della pronuncia che il

medesimo è chiamato a rendere: il che, del resto, si inserisce nel più vasto contesto dei rapporti tra giudizio civile e giudizio amministrativo che esclude qualsiasi effetto vincolante dell'uno rispetto all'altro.

In ordine al profilo riguardante i rapporti temporali tra le due perizie, il Collegio non può che aderire a quanto sostenuto dall'appellante in ordine all'assoluta irrilevanza del fatto che la perizia scelta fosse stata redatta in epoca più recente e, quindi, a maggior distanza dai fatti, laddove sarebbe stato logico ritenere più attendibile quella resa in tempi più ravvicinati ad essi e, di conseguenza, più attenta al contesto tecnico ed organizzativo nel cui ambito i fatti stessi si verificarono.

Ma il problema - e qui si passa all'esame dell'altro motivo che ha indotto il primo giudice a seguire la perizia Grella - non è tanto di carattere formale o temporale, bensì sostanziale, in quanto sarebbe stato necessario, ai fini di un'esatta valutazione delle circostanze che hanno determinato l'evento, tener conto del reale contenuto della perizia: orbene, sul punto l'appellante ha fornito ampia dimostrazione delle incertezze che emergono da essa e che, recepite dal primo giudice, hanno costituito il fondamento della pronuncia resa. In particolare, a fronte di quanto ritenuto dal primo giudice sulla base di mere presunzioni in ordine ad un presunta crisi fetale alle ore 7,40, un dato emerge in termini indiscutibili proprio dalla perizia (pagg. 12 e 14): e cioè che a quell'ora, momento in cui la paziente è stata visitata dal Primario, non vi era nulla che potesse far supporre uno stato di pericolo (crisi fetale in atto), tanto che il Primario stesso ha eseguito operazioni finalizzate ad un parto normale e non necessarie per un parto ce-

sareo. D'altra parte, il richiamo fatto dal primo giudice all'intempestiva interpretazione del tracciato, non può acquistare il valore di prova delle presunte omissioni del V.: infatti, il giudice stesso dimostrando piena consapevolezza della generale situazione d'incertezza che ha caratterizzato la vicenda, da un lato, sostiene che "appare inverosimile che il monitoraggio fosse proseguito fino al momento dell'intervento", dall'altro considera la lettura del tracciato "oggettivamente difficoltosa anche all'epoca dei fatti"; del resto, la stessa perizia Grella conclude esplicitamente nel senso che i criteri per stabilire la sofferenza fetale variano da ospedale ad ospedale ed in parte dipendono dai criteri soggettivi di interpretazione della cardiocografia. Ma v'è di più: all'epoca non esisteva presso il reparto un cronografo, che avrebbe evidenziato le interruzioni conseguenti alle visite cui la paziente era stata sottoposta, per cui entrambi i periti hanno dovuto ricostruire "a posteriori" il calcolo dei tempi attraverso un procedimento esattamente definito dall'appellante "virtuale", in quanto basato sulla velocità di scorrimento della carta che non poteva tener conto di dette interruzioni. D'altra parte, come emerge ancora dalla lettura della sentenza (pag.14), le ricordate operazioni effettuate dal Primario alle ore 7,40 hanno richiesto il necessario distacco dei sensori, il che consente anche sotto questo profilo di accedere alle prospettazioni dell'appellante il quale da tale circostanza fa derivare l'ovvia conclusione che, fino a quel momento, il monitoraggio era ancora in corso: di qui, l'ulteriore rafforzamento della tesi del V. in ordine alla coincidenza del "termine orario figurativo della registrazione grafica lineare (7,25)" con "l'orario reale delle h. 7,40", rimanendo quindi

la formale discrepanza di quindici minuti legata alle interruzioni per visite che, per quanto detto, non potevano essere evidenziate, laddove la stessa perizia, non riuscendo a fornire una spiegazione certa ed indiscutibile del ritardo, lo attribuisce “verosimilmente” all’attesa da parte del medico di guardia della decisione del Primario di eseguire il taglio cesareo.

Dall’esame degli atti di causa e, in particolare, proprio dalla perizia che ha supportato la pronuncia di primo grado, emerge, in definitiva, la mancanza di dati incontestabili cui ancorare la condanna del V., a fronte di un complesso di congetture, perplessità, dubbi e contraddizioni assolutamente insufficienti a giustificare l’impianto accusatorio costruito nei suoi confronti. Del resto, lo stesso Procuratore Generale, nelle proprie conclusioni scritte, non è andato oltre una sostanzialmente generica conferma delle argomentazioni svolte dal primo giudice, evidenziando, anzi, una sia pur parziale incidenza nelle vicende di causa dei profili organizzativi della struttura ospedaliera, con particolare riferimento agli ingiustificati ritardi funzionali nell’allestimento di un intervento chirurgico che appariva di somma urgenza: carenze, queste ultime, ulteriormente e più esplicitamente richiamate in sede di conclusioni orali e la cui rilevanza, ai fini dell’esclusione di qualsiasi responsabilità da parte del V., il Collegio non può che sottolineare, in quanto ritardanti, comunque, il tempestivo svolgimento dell’intervento che avrebbe dovuto essere attuato onde ovviare alla situazione di emergenza verificatasi; e ciò, unitamente all’altra considerazione svolta dall’appellante relativa all’impossibilità per l’assistente di intervenire autonomamente senza l’avallo del Primario, proprio in ragione della par-

ticolare organizzazione gerarchica all’epoca vigente presso la struttura.

Orbene, ritenere, in tale contesto (incertezze in ordine alla causa generatrice del ritardo nell’effettuazione dell’intervento, mancanza di criteri certi e concordanti di valutazione dei tracciati, ricorso a locuzioni e termini che esprimono meri giudizi di probabilità) il comportamento del V. caratterizzato da marchiana superficialità, imperizia e noncuranza per marcata trasgressione degli obblighi di servizio o di condotta appare assolutamente eccessivo e certamente non conforme a quei canoni interpretativi, già richiamati, che la giurisprudenza ha elaborato per individuare il livello di gravità della colpa idoneo a far sorgere la responsabilità degli operatori pubblici cui venga attribuita una condotta anti-giuridica.

Alle considerazioni che precedono segue l’accoglimento dell’appello.

La pronuncia resa assorbe ogni altro profilo di gravame.

Dato l’esito del giudizio, sussistono giuste ragioni per compensare le relative spese.

P.Q.M.

La Corte dei conti - Sezione Terza Centrale d’Appello, definitivamente pronunciando, accoglie l’appello proposto da V. A. avverso la sentenza in epigrafe e, per l’effetto, lo assolve dalla domanda attrice.

Spese compensate.

Omissis

L’articolo, è disponibile sul sito www.lexitalia.it, rivista Internet di diritto pubblico, anno VI- 1/2005, Direttore Prof. Avv. G. Virga

Bruciori?
Prurito?
Piccole perdite?
Fastidi intimi?



Euclorina®



NOVITÀ

La tua difesa delicata contro le infezioni.

Euclorina Soluzione disinfettante,

la soluzione che cercavi per combattere le infezioni delle parti intime appena si manifestano con prurito, secrezioni e bruciore. La nuova formulazione liquida è più pratica e semplice da dosare, per avere sempre disponibile una difesa delicata, ma efficace contro batteri, virus, funghi e germi. Particolarmente indicata per la disinfezione dei genitali esterni, Euclorina Soluzione dona un immediato sollievo dai sintomi fastidiosi e il lento rilascio di Cloramina T protegge con effetto prolungato.

È un medicinale a base di cloramina. L'uso prolungato può indurre sensibilizzazione. Leggere attentamente il foglio illustrativo. Depositato presso il Ministero della Salute il 5 luglio 2004.