



CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

Nona Commissione - Tirocinio e Formazione Professionale

Incontro di studio sul tema

La responsabilità del sanitario e da somministrazione di farmaci

Tavola rotonda

La responsabilità del sanitario tra prospettiva comparatistica, danno risarcibile della persona e salvaguardia della professione medica. Quale bilanciamento?

Temi per il dibattito

Responsabilità civile e penale: perché non parificarle?

È preferibile esperire l'azione civile per il più favorevole nesso causale (51%) ai fini della affermazione di responsabilità, rispetto al processo penale (quasi 100%)

La responsabilità civile è più ampia della responsabilità penale.

Sotto il profilo civilistico, con riguardo alla sussistenza del nesso di causalità fra lesione personale e condotta del medico, ove il ricorso alle nozioni di patologia medica e medicina legale non possa fornire un grado di certezza assoluta, la responsabilità va affermata anche in presenza di margini di relatività, a fronte di un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica, specie qualora manchi la prova della preesistenza, concomitanza o sopravvenienza di altri fattori determinanti¹.

Ai fini dell'accertamento della causalità, occorre in primo luogo verificare se esista una legge scientifica in base alla quale un dato evento è conseguenza di un determinato antecedente; la percentuale probabilistica di tale evenienza è irrilevante, in quanto, una volta accertato che si tratta

¹ Cass., 11 novembre 2005, n. 22894.

di un rischio frequente, il medico deve comunque porre in essere tutti gli accorgimenti diagnostici necessari per prevenirlo, fondando la relativa omissione l'addebito di colpa nei suoi confronti².

Una volta superato il muro della certezza in sede civile si ragiona in termini di mera probabilità, con riferimento a due elementi:

- regolarità statistica;
- probabilità dell'evento (prova prevalente 51%, cioè più probabile che non);
- verosimiglianza (cioè elevato grado di credibilità razionale; alcuni ordinamenti precisano il grado di probabilità, es: ordinamento scandinavo il 70%).

Nel settore penale, in ordine al nesso causale occorre la percentuale massima (100%) o, comunque, una percentuale di poco inferiore accompagnata dalla certezza morale che sia stata proprio la condotta colposa del sanitario a provocare l'evento.

Trattasi, quindi, di probabilità scientifica che deve essere "qualificata" da ulteriori elementi idonei a tradurre in certezze giuridiche le conclusioni astratte svolte in termini probabilistici³.

A volte la scelta tra azione civile e penale non può essere effettuata in quanto, in relazione a taluni fatti, l'azione penale può essere esperita d'ufficio in presenza della *notizia criminis*.

Inoltre è preferibile esperire l'azione penale nel caso in cui vi siano esigenze di acquisizione di documenti che potrebbero essere contraffatti o alterati (es: cartella clinica), oppure nel caso in cui sia necessario accertare le condizioni di apparecchiature o strutture che hanno avuto efficienza causale nel prodursi dell'evento dannoso.

Ai fini penalistici si imputa al reo il fatto-reato (condotta-nesso causale-evento), mentre ai fini civilistici si imputa il danno, sia come evento lesivo (cd. causalità materiale), sia come conseguenze risarcibili o evento dannoso (cd. causalità giuridica).

Si sottopone alla valutazione dei colleghi la possibilità di individuare, innovando l'attuale consolidato orientamento, un criterio unico di determinazione della responsabilità civile e penale con una percentuale comune relativa al nesso causale (75%)

Sempre sotto il criterio civilistico vengono ascritti al danneggiante anche i danni indiretti e mediati se effetto normale, in forza del principio di cui all'art. 2055 c.c. che statuisce, in tema di responsabilità contrattuale la risarcibilità dei soli danni prevedibili.

Se manca il danno non vi è obbligazione risarcitoria e, in forza dei principi di cui alle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008, n. 26972, il danno alla salute non è *in re ipsa*, ma trattandosi di danno

² Cass pen., 2 aprile 2008, n. 23507 (dep.11 giugno 2008); nella specie, si era accertato che "*la distocia di spalla si accompagna frequentemente alla microsomia*".

³ Cass. Civ., 11 novembre 2005, n. 22894; nella specie la sentenza di merito, confermata dalla Suprema Corte, aveva respinto la domanda risarcitoria nei confronti dell'ente ospedaliero in relazione al danno asseritamente subito da un neonato per il ritardo del trasferimento nel reparto di pediatria, sul rilievo che il collegio peritale si era espresso in termini di mera possibilità.

conseguenza, deve essere allegato prima e provato dopo, sia pure utilizzando anche le presunzioni che operano, tuttavia, solamente sulle allegazioni, ove non contestate dal danneggiante.

Pertanto il fatto illecito non è sufficiente a fondare la responsabilità civile, occorrendo anche l'evento dannoso.

Nel giudizio civile, se nessuno dei medici convenuti in giudizio, rimasti soccombenti ha articolato domanda di regresso con la richiesta di determinazione della diversa misura di responsabilità tra concorrenti, al Tribunale non è consentito di specificare la ripartizione interna tra condebitori, ai fini del regresso o della rivalsa, anche nel caso in cui appaia evidente la minore gravità del contributo causale di uno dei sanitari nella condotta medica colpevole⁴.

Come incide il principio della vicinanza della prova sul relativo onere? Si applica anche in caso di responsabilità extracontrattuale?

Il criterio di imputazione della responsabilità medica si avvicina a quello delle figure (tipiche) di responsabilità presunta, pur distinguendosi da questo per la possibilità offerta al sanitario di fornire la relativa prova liberatoria, trovandosi nella situazione più adeguata per evitare il rischio.

Spetta al medico provare l'incolpevolezza del suo comportamento in quanto l'esecuzione della prestazione implica l'applicazione di regole tecniche sconosciute al paziente-creditore, in quanto estranee al suo bagaglio di conoscenza⁵.

Il paziente che allega di aver patito un danno alla salute in conseguenza dell'attività professionale del medico, ovvero di non avere conseguito alcun miglioramento delle proprie condizioni di salute nonostante l'intervento del medico, deve provare unicamente l'esistenza del rapporto col sanitario e l'insuccesso dell'intervento, e ciò anche quando l'intervento sia stato di speciale difficoltà, in quanto l'esonero di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c. non incide sui criteri di riparto dell'onere della prova⁶.

Costituisce, invece, onere del medico, per evitare la condanna in sede risarcitoria, provare che l'insuccesso dell'intervento è dipeso da fattori indipendenti dalla propria volontà e tale prova va fornita dimostrando di aver osservato nell'esecuzione della prestazione sanitaria la diligenza normalmente esigibile da un medico in possesso del medesimo grado di specializzazione.

Danno parentale iure proprio: natura extracontrattuale o contrattuale dell'azione di responsabilità medica?

Il parente che chiede *iure proprio* il risarcimento del danno subito in conseguenza della morte di un congiunto a seguito di malpratica medica lamenta la lesione di un interesse giuridico diverso sia dal bene salute (del quale è titolare e la cui tutela *ex art. 32 Cost.*, ove risulti intaccata l'integrità biopsichica, si esprime mediante il risarcimento del danno biologico), sia dall'interesse all'integrità

⁴ Cass., n. 5421/2000.

⁵ Cass. Civ., 30 ottobre 2001, n. 13533.

⁶ Cass. Pen., 8 ottobre 2008, n. 24791.

morale, la cui tutela, agevolmente ricollegabile all'art. 2 Cost., ove sia determinata un'ingiusta sofferenza contingente, si esprime mediante il risarcimento del danno morale soggettivo.

Se la vittima aveva iniziato l'azione contrattuale, l'eventuale intervento in giudizio degli eredi "iure proprio" muta la natura dell'azione da contrattuale a extracontrattuale, con conseguente inversione dell'onere della prova relativamente alla responsabilità del sanitario, che viene posta a carico degli eredi?

È possibile, comunque, applicare alla responsabilità contrattuale il principio della vicinanza alla prova? oppure estendere agli eredi gli effetti protettivi del contratto stipulato con il paziente?

Quali sono i soggetti legittimati a chiedere il risarcimento del danno parentale?

Non risultano prefissati limiti di parentela alla risarcibilità del danno parentale, essendo "principio informatore di rango costituzionale (anche europeo, cfr: art.II-62 e 63 Cost. ratificata dall'Italia con legge 7 aprile 2005, n. 57) quello del diritto delle vittime al risarcimento totale dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, conseguenti alla lesione di diritti umani fondamentali (cfr Corte Cost. 6 maggio 1985 n. 132 e Corte Cost, 14 luglio 1986, n. 184)"⁷.

La mancanza di vincolo familiare tra la vittima primaria e secondaria, anche alla luce delle sentenze delle Sezioni Unite del novembre 2008, non può costituire, di per sé, un impedimento al riconoscimento della lesione di un diritto inviolabile, ove connotato dalla gravità della lesione ed alla conseguente tutela risarcitoria.

La mancanza di un rapporto parentale dovrebbe incidere solamente nell'ambito probatorio non operando al riguardo alcuna presunzione, fatto notorio o massima di comune esperienza, come nel caso di stretti rapporti parentali, con conseguente necessità di fornire la prova rigorosa della perdita di utilità reddituali incidenti sulla personalità della vittima di rimbalzo, legata comunque, da stretti vincoli affettivi con il soggetto direttamente leso.

Motivi di politica economica che inducano ad una sostanziale limitazione dei risarcimenti ai soli parenti stretti non dovrebbero avere rilevanza, ove si tratti di danno alla persona, stante la integrale risarcibilità di tale danno che, per affermazione anche delle citate Sezioni Unite, non può soffrire limitazioni risarcitorie.

Dovrebbe, quindi, riconoscersi il danno da morte anche alle vittime di rimbalzo, non legate da legami parentali con la vittima primaria, ma da intensi legami affettivi con quest'ultima, tali da costituire una lesione della personalità simile, per intensità, a quella tra parenti stretti.

Va, invece, esclusa la tutela risarcitoria nel caso in cui non vi fossero pregressi rapporti personali tra il superstite e la vittima come nel caso di rapporti, di natura unilaterale, fondati sulla notorietà della vittima primaria (cantante, calciatore, persona dello spettacolo, politici) in quanto la mancanza di un legame interpersonale funge da limite anche alla tutela risarcitoria.

⁷ Cass. 12 luglio 2006, n. 15760.

Risolvendosi nella perdita totale del familiare o della persona amata e cara, il danno da morte, ha rilievo anche nel rapporto di convivenza *more uxorio* o nel semplice rapporto di convivenza “amichevole”, purché caratterizzato da intensità del vincolo, e trova tutela, prima ancora che sotto il profilo giuridico, nella coscienza sociale che ha ratificato tale forma di rapporto basato sulla convivenza stabile, sempre più diffuso nella nostra società e funge da filtro al fine di individuare i soggetti aventi diritto al ristoro del danno da morte della persona cara.

Sotto il profilo della parità di trattamento, ai fini del risarcimento del danno parentale *iure proprio*, la convivenza non può riferirsi solamente a quella *more uxorio*, ma deve riguardare in termini generali non solo tutti coloro che vivono stabilmente sotto lo stesso tetto, ma anche il partner che, comunque, sia legato alla vittima da intensi vincoli affettivi.

In capo ai nipoti va riconosciuto il danno per la perdita della vita del nonno, stante l'importanza assunta dall'avo nella realtà socio-giuridica che corrisponde ad una figura quasi genitoriale di sostegno per i nipoti che subiscono non solo il danno morale per le sofferenze subite a causa della perdita del nonno ma anche l'ulteriore pregiudizio del diritto alla intangibilità alla sfera degli affetti e alla reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia⁸.

È, invece, incompatibile con qualunque danno *iure hereditatis* (e non *iure proprio*), la tutela risarcitoria di soggetti non legati da vincolo di parentela in senso giuridico, potendosi trasferire per tale via diritti agli eredi legittimi, ma non certo a conviventi e amici stretti della vittima che non godono di alcun diritto successorio.

Anche il coniuge traditore e l'amante della vittima hanno diritto al risarcimento del danno parentale?

In termini generali anche il coniuge traditore o l'amante della vittima, ove si dia la dimostrazione del legame affettivo profondo con la vittima primaria, non possono essere esclusi dalla tutela risarcitoria, invocando una situazione *contra ius* in violazione, per il coniuge traditore, degli obblighi nascenti dal matrimonio, sanciti dall'art. 143 c.c., e, per l'amante, da una generica situazione *contra ius* relativa al rapporto con un una persona sposata.

In forza del principio della autodeterminazione, l'infedeltà coniugale non costituisce di per sé illecito civile.

Operano su piani diversi e autonomi gli artt. 143 e 2043 c.c. per cui il giudizio circa il comportamento infedele di un coniuge può avere riflessi sulla addebitabilità della crisi coniugale e anche in caso di violazione dell'art. 143 c.c., il coniuge traditore può essere titolare del diritto alla reintegrazione non patrimoniale per l'eventuale danno subito a seguito della morte dell'amante e viceversa, rilevando, a fini risarcitori, la perdita di utilità collegate alla persona di rilievo costituzionale.

⁸ Cass. 15 luglio 2005, n. 15019; Trib. Messina, 29 aprile 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 2256; Trib. Napoli, 19 dicembre 2001, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 2002, 108; Trib. Agrigento, 4 giugno 2001, in *Danno resp.*, 202, 58; Trib. Mantova, 30 agosto 2004, www.personaedanno.it.

Peraltro la perdita del coniuge, in un rapporto di coppia sfaldato ed anaffettivo, può anche non avere riflessi pregiudizievole sotto il profilo non patrimoniale, mentre, a volte, si instaura con l'amante un rapporto più intenso sotto il profilo affettivo, rispetto al coniuge, anche se costituisce una remora alla richiesta risarcitoria ed alla instaurazione del relativo giudizio rendere pubblico un legame "irregolare".

Rispetto delle linee guida e responsabilità il medico

Le "linee guida", non costituiscono unica regola di condotta del medico sufficiente ad escludere qualsiasi ipotesi di colpa professionale. Le regole o protocolli valgono come indicazioni generali riferibili ad un caso astratto, ma permane comunque per il medico la necessità di valutare specificamente il caso affidato al suo giudizio, di rilevarne ogni particolarità, di adottare le decisioni più opportune, anche discostandosi da quelle regole. La piena autonomia del sanitario nella scelta dei più opportuni presidi diagnostici e terapeutici è, peraltro, prevista nello stesso codice deontologico.

Nel praticare la professione medica, dunque, il medico deve, con scienza e coscienza, perseguire un unico fine: la cura del malato utilizzando i presidi diagnostici e terapeutici di cui al tempo dispone la scienza medica, senza farsi condizionare da esigenze di diversa natura, da disposizioni, considerazioni, valutazioni, direttive che non siano pertinenti rispetto ai compiti affidatigli dalla legge ed alle conseguenti relative responsabilità⁹.

Il rispetto delle "linee guida", quindi, assunto quale parametro di riferimento della legittimità della condotta del medico, non elide il diritto del malato di ottenere le prestazioni mediche più appropriate né incide sull'autonomia del medico nella cura del paziente.

Occorre anche considerare le fonti da cui promanano le "linee guida", il loro livello di scientificità e le finalità che con esse si intende perseguire, al fine di verificare se rappresentino un'ulteriore garanzia per il paziente ovvero, come pure è possibile, siano uno strumento per garantire l'economicità della gestione della struttura ospedaliera.

Non può essere anteposta la logica economica a quella della tutela della salute, al fine di diramare direttive che, nel rispetto della prima, pongano in secondo piano le esigenze dell'ammalato.

Se le "linee guida" dovessero rispondere solo a logiche mercantili, il rispetto delle stesse a scapito dell'ammalato non potrebbe costituire per il medico una sorta di salvacondotto, capace di metterlo

⁹ Cass. Pen., 2 marzo 2011 n. 8254, è stata affermata la responsabilità penale del medico che, avendo dimesso dall'ospedale il paziente, con esiti di recente infarto esteso del miocardio, a nove giorni di distanza dall'intervento di angioplastica all'arteria interventricolare anteriore, ne aveva causato la morte a seguito di attacco cardiaco intervenuto a poche ore dalla dimissione; nella specie è stata ritenuta sconsigliata la rigida applicazione delle linee guida, rappresentate: a) dall'anamnesi del paziente, indicato come soggetto a rischio coronarico perchè fumatore, obeso, iperteso da tre anni con rifiuto di terapia, affetto da ipercolesterolemia grave, da ipertrigliceridemia; b) dalla severità dell'infarto che lo aveva colpito, esordito con gravissima sintomatologia respiratoria, tanto da rendere necessaria la ventilazione meccanica, e che aveva lasciato esiti rilevanti ed una funzione meccanica del cuore notevolmente compromessa (29% frazione di eiezione); e) dall'elevata mortalità post-infartuale di pazienti con esteso infarto al miocardio (circa 5,10% nel primo anno).

al riparo da qualsiasi responsabilità, penale e civile, o anche solo morale, poiché sul rispetto di quelle logiche non può non innestarsi un comportamento virtuoso del medico che, secondo scienza e coscienza, assuma le decisioni più opportune a tutela della salute del paziente.

Il medico, che risponde anche ad un preciso codice deontologico, ha il dovere di anteporre la salute del malato a qualsiasi altra diversa esigenza e si pone in una posizione di garanzia e non è, quindi, tenuto al rispetto di quelle direttive, laddove esse siano in contrasto con le esigenze di cura del paziente, e non può andare esente da colpa ove se ne lasci condizionare, rinunciando al proprio compito e degradando la propria professionalità e la propria missione a livello ragionieristico, dovendo sempre verificare se tali “linee”, che legittimamente potrebbero essere ispirate anche a logiche di economicità di gestione, non siano in contrasto con le conclamate esigenze di cura del paziente.

Quindi il rispetto delle linee guida non esime il medico da responsabilità ove si accerti che egli abbia agito con negligenza, imperizia ed imprudenza; qualora il paziente sia ritenuto ancora in situazione critica o, comunque, bisognoso di cure, il medico può e deve trascurare prassi, linee guida e statistiche ed a mantenere la degenza ospedaliera, che garantisce tempestivi interventi.

La valutazione di dimissibilità deve essere di ordine medico, non statistico, e deve essere rapportata alle condizioni psicofisiche del malato, alla prognosi circa il decorso successivo ed alla possibilità di proseguire le cure a domicilio.

Medicinali *off label*

La prescrizione di farmaci *off label* si verifica nel caso di somministrazione di medicinali per finalità terapeutiche diverse da quelle riconosciute ai farmaci stessi¹⁰.

Trattasi, diversamente da quanto possa ritenersi, di una pratica abbastanza comune, particolarmente diffusa in pediatria e oncologia, ma anche in altre branche mediche quali cardiologia, psichiatria, neurologia e reumatologia.

La sua funzione non immediata è di consentire il progresso e l'evoluzione scientifica, pur potendo avere per prescrizioni “*anomale*” effetti nocivi.

Il medico è libero nella scelta della terapia, ove ne esistano più di una, alle seguenti condizioni:

- sia convalidata da principi scientifici, accolti e validati in ambito sanitario, con esclusione, quindi, dei trattamenti velleitari, sperimentali, empirici e purchè sia conforme a lavori su pubblicazioni scientifiche accreditate in campo internazionale;

¹⁰ Sulla possibilità e limiti di ammissibilità della prescrizione *off label*, PIRAS, *La responsabilità del medico per le prescrizioni off label*, in Cass. pen., 2009, 1953; MASSIMINO, *La prescrizione dei farmaci off label: adempimenti, obblighi e responsabilità del medico*, in *Dir. giust.*, 2003, 32. Sulla sperimentazione e le concezioni “utilitaristica” e “personalistica” dell'essere umano, MAGNINI, *I requisiti e i limiti di liceità della sperimentazione umana. Profili penalistici*, in *Indice pen.*, 2006, 945; Sulle medicine non convenzionali e il concetto di sperimentazione, CHIAIA, *La responsabilità dello sperimentatore nella sperimentazione di farmaci sull'uomo*, Roma, 2005, 318. Esamina la responsabilità del medico che pratica terapie alternative e il problema dell'applicabilità dell'art. 2236 c.c., SPOSATO, *Medicina alternativa fra arte e scienza*, in *Danno resp.*, 2008, 1265.

- non possono essere sostituite con medicinali *off label* terapie di sicura efficacia, in forza anche di quanto previsto dal codice deontologico medico;
- consenso informato del paziente sui profili di maggior rischio¹¹.

Ove non vengano rispettate tali condizioni vi è responsabilità del medico, in caso di mancata guarigione, se vengono somministrati medicinali *off label*, ove, tuttavia, in forza del principio contro fattuale possa ritenersi che una cura tradizionale avrebbe provocato la guarigione o, comunque, risultati migliori rispetto alla terapia *off label*.

Infatti, anche la possibilità di un miglioramento con la medicina “tradizionale”, va considerata se i medicinali *off label* non abbiano provocato neanche un analogo miglioramento.

Ove venga invocato, quale titolo di responsabilità, l’inadempimento contrattuale, anche il mancato miglioramento è imputabile al sanitario, diversamente rispetto alla responsabilità extracontrattuale ove è richiesto, ai fini della responsabilità aquiliana, il danno.

Il medico è, quindi, responsabile se il beneficio era possibile con le terapie tradizionali, utilizzando la cd. prova contro fattuale, nel difficile contemperamento tra rischio consentito e non consentito, in mancanza di regole certe per l’affermazione di responsabilità¹².

Il medico che prescriva i medicinali *off label* e che non agisca in via del tutto sperimentale, risponde a titolo di colpa, e non di dolo delle lesioni riportate dal paziente a causa della loro somministrazione, qualora non abbia compiuto un’attenta valutazione comparativa tra i benefici perseguiti ed i rischi connessi alla particolare utilizzazione del farmaco che era possibile prevedere sulla base della situazione clinica del paziente medesimo¹³.

Si ritiene, in via generale, che il medicinale prescritto debba essere autorizzato al commercio, perché è necessario che trattasi di medicinale comunque, autorizzato, sia pure per cure diverse, mentre, ove si tratti di medicinale non autorizzato o non ancora in commercio, l’esenzione di responsabilità del medico potrà verificarsi solamente in caso di guarigione del paziente in forza del principio del cd. danno conseguenza, in base al quale nessun pregiudizio può essere ascritto al responsabile, in caso di mancanza di danno risarcibile, anche in presenza dell’illecito.

L’obbligo di monitoraggio, sussistente a carico del medico, assume delle connotazioni ancora più pregnanti qualora si tratti di farmaci prescritti per un’indicazione terapeutica diversa da quella contenuta nell’autorizzazione ministeriale d’immissione in commercio, in quanto la scelta terapeutica *off label* adottata dal medico, non può prescindere dal perseguire il beneficio del

¹¹ In tal senso, GUIDI - NOCCO - DI PAOLO, *La prescrizione off label: dentro o fuori la norma?*, in *Resp. civ. prev.* 2010, 2165

¹² GUIDI - NOCCO - DI PAOLO, *La prescrizione off label: dentro o fuori la norma?*, cit. 2173.

¹³ Cass. Pen., 24 giugno 2008, n. 37077 (dep. 30 settembre 2008), trattasi di fattispecie relativa alla prescrizione di un medicinale antiepilettico nell’ambito di un terapia relativa alla cura dell’obesità, in cui il medico, nell’aumentare il dosaggio del farmaco, aveva omesso di procedere ad adeguata attività di monitoraggio del paziente e di valutare le ragioni della mancanza di una reazione positiva ai dosaggi inferiori. Gli aspetti problematici del consenso del paziente, della causalità omissiva e della nozione di malati nella prescrizione dei farmaci *off label* sono esaminati da IADECOLA, *Prescrizione di farmaci off label e responsabilità penale del medico* (nota a Cass. Pen. 20/01/2006, n. 440), ROMA, 2006, 398. Esamina i profili del dolo e della colpa nella somministrazione di farmaci *off label*, ROIATI, *La somministrazione di farmaci in via sperimentale tra consenso informato ed imputazione colposa dell’evento*, in *Cass. Pen.* 2009, 6, 2382.

paziente, anche attraverso l'osservanza del rapporto rischio - beneficio, che passa ineludibilmente attraverso un'attenta valutazione dei dati clinici¹⁴.

Malformazione del feto e prova della effettiva volontà della donna di interrompere la gravidanza

Non si riteneva necessario, fino alle sentenze delle Sezioni Unite del 11 novembre 2008, indagare sulla effettiva volontà della donna di interrompere la gravidanza, in quanto il danno ingiusto consiste nella violazione del dovere di informazione e non aver posto la donna di avvalersi in astratto di tale diritto¹⁵.

Tale orientamento va sottoposto a revisione critica a seguito dell'affermarsi della concezione del cd "danno conseguenza", in base alla quale non è sufficiente la lesione di un diritto (sia pure costituzionalmente garantito), per ottenere il risarcimento del danno, occorrendo, invece, che il danneggiato fornisca sempre la prova del danno, dimostrando, anzitutto, la volontà di interruzione della gravidanza, ove fosse stata fornita una informazione tempestiva, fornendo la prova di un evento che, qualora conosciuto, avrebbe determinato nella madre un grave stato di malattia psicofisica.

Il sanitario è tenuto ad informare perfettamente la gestante dei risultati ecografici e a richiedere se del caso ulteriori indagini diagnostiche, proprio perché il processo patologico in atto può essere determinato anche dalla conoscenza di anomalie del feto; qualora il medico non adempia esattamente a detto suo dovere di informazione, per stabilire se esisteva il processo patologico della salute (psichica) della gestante, che la legittimava (in presenza anche di una prognosi di evoluzione verso il grave pericolo) a richiedere l'interruzione della gravidanza, occorrerà accertare se l'informazione delle gravi malformazioni del feto (dovuta dal sanitario, ma non data) avrebbe determinato durante la gravidanza detto processo patologico nella gestante¹⁶.

Nell'interpretazione della norma il processo patologico cui si fa riferimento, trattandosi anche di danno alla salute psichica della gestante, è quello che consegue alla conoscenza delle anomalie del nascituro e che è in atto al momento in cui si intende procedere all'interruzione della gravidanza.

¹⁴ Cass. Pen., 2. marzo 2007, PG Cagliari in proc. Duce ed altri. Sulla natura della responsabilità del medico sperimentatore quale esercizio di attività pericolose ex art. 2050 c.c., MUSCETRA, *Note in tema di responsabilità del medico sperimentatore*, Roma, 2008, 154.

¹⁵ Cass. Civ., 6735/2002.

¹⁶ Proprio perché detto processo patologico in atto, al momento in cui la gestante si determina all'esercizio del diritto all'interruzione della gravidanza, va valutato anche con riferimento alla salute psichica della donna (per quanto intesa in senso stretto) 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. Pen., sez. VI, 18 aprile 1997, n. 3599, che ha ritenuto sussistere il reato di rifiuto di atti di ufficio a carico di un primario ospedaliero, che effettuata detta ecografia, aveva dichiarato alla gestante che era tutto regolare, non informandola delle gravi malformazioni fetali), Cass. Civ., 1 dicembre 1998, n. 12195.

Viene, tuttavia, a mancare l'attualità del processo patologico della gestante se quest'ultima solo al momento della nascita ha avuto conoscenza delle reali condizioni di salute della figlia.

L'accertamento, all'epoca dell'assunto diritto di interruzione della gravidanza, del pericolo di salute fisica o psichica della donna può essere compiuto solo con un giudizio *ex ante*, con la conseguenza che ciò che si è verificato dopo non ha un valore determinante ma solo valore indiziario o corroborativo.

Trattandosi di valutazione prognostica, essa va effettuata in termini di alta probabilità, secondo le nozioni della scienza medica, ma non di certezza, che non può che riferirsi ad un fatto attuale o già verificatosi.

Con riferimento all'onere della prova la Suprema Corte ha affermato che *“nella causa tra la donna che chiede il risarcimento dei danni derivatile dal non aver potuto esercitare il suo diritto ed il medico che sostiene non essere stato il danno effetto del suo inadempimento perché la donna non avrebbe comunque potuto interrompere la gravidanza, alla donna spetta provare i fatti costitutivi del diritto, al medico i fatti idonei ad escluderlo”*¹⁷.

Spetta, quindi, alla gestante l'onere di dimostrare i presupposti di cui all'art. 6, lett. *b*), della L. n. 194/78, mentre grava sul medico provare che, al momento dell'errore diagnostico o dell'omessa informazione, il feto era già capace di vita autonoma.

Occorre accertare se, rispetto agli standard definiti dalle Linee Guida della S.I.E.O.G. (Società Italiana di Ecografia Ostetrica e Ginecologia) del 1996, tuttora vigenti in riferimento allo screening diagnostico, il comportamento del sanitario è stato conforme ai dettami dell'arte medica, evitando di ascrivere al medico, ove non lo ritenga necessario e se non previsto dalle predette linee guida, ulteriori controlli ecografici o altri esami, anche al fine di evitare una medicina “difensiva”, sia pure “positiva”, ma sostanzialmente inutile oltre che dispendiosa per il servizio sanitario nazionale.

Alla stregua del criterio probabilistico, affermato dalle stesse sentenze di San Martino, è sufficiente fornire la prova che il corretto adempimento dei sanitari avrebbe consentito loro di ottenere, verosimilmente, informazioni precise circa le malformazioni del feto, informazioni che, pur non essendo in grado di rivelare con certezza la sindrome da cui il minore sarebbe risultato poi affetto, almeno avrebbero consentito di mettere a conoscenza la gestante di un quadro patologico malformativo del feto serio e preoccupante e di porla nella condizione di scegliere l'aborto terapeutico o di prepararsi psicologicamente alla nascita di un figlio purtroppo affetto da malattia congenita¹⁸.

La Suprema Corte ha precisato come *“si tratta di stabilire non se la donna possa esercitare il suo diritto di interrompere la gravidanza, ma se avrebbe potuto farlo ove fosse stata convenientemente informata sulle condizioni del nascituro; non si deve già accertare se in lei si sia instaurato un processo patologico capace di evolvere in grave pericolo per la sua salute psichica, ma se la*

¹⁷ Cass., 10 maggio 2002, n. 6735.

¹⁸ Trib. Lecco, 9 dicembre 2009.

dovuta informazione sulle condizioni del feto avrebbe potuto determinare durante la gravidanza l'insorgere di un tale processo patologico”¹⁹.

L'omessa rilevazione, da parte del medico specialista, della presenza di gravi malformazioni nel feto, e la correlativa mancata comunicazione di tale dato alla gestante, deve ritenersi circostanza idonea a porsi in rapporto di causalità con il mancato esercizio, da parte della donna, della facoltà di interrompere la gravidanza, in quanto deve ritenersi rispondente ad un criterio di regolarità causale che la donna, ove adeguatamente e tempestivamente informata della presenza di una malformazione atta ad incidere sulla estrinsecazione della personalità del nascituro, preferisca non portare a termine la gravidanza²⁰.

La gestante adempie all'onere probatorio che le compete adducendo che avrebbe vissuto con particolare dolore, o comunque con intimo disagio, la nascita di un figlio gravemente malato e che, verosimilmente, avrebbe esercitato la scelta dell'aborto terapeutico²¹.

Occorre, invece, fornire la prova, in via di eccezione, da parte del medico o della struttura che, ove la gestante fosse stata resa edotta delle malformazioni, la paziente avrebbe accettato di condurre a termine la gravidanza, anche fornendo la dimostrazione di opzioni culturali, convinzioni religiose, fattori ambientali che lascino ritenere la gestante contraria all'aborto, quale scelta dolorosa, ma necessaria per la sua salute psichica.

Elementi indicativi della volontà della donna di esercitare il diritto all'interruzione della gravidanza possono, quindi, 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, peraltro, orientato piuttosto nel senso di rifiutare che di accettare di portare a termine la gravidanza, se il feto avesse presentato gravi malformazioni²².

Rango privilegiato va accordato alla allegazione della donna, purché logica e coerente, ai fini dell'accertamento del nesso di causalità tra l'omessa rilevazione e comunicazione della malformazione del feto e il mancato esercizio, da parte della madre, della facoltà di ricorrere all'interruzione volontaria della gravidanza.

È, infatti, sufficiente che la donna alleghi che si sarebbe avvalsa di quella facoltà se fosse stata informata della grave malformazione del feto, essendo in ciò implicita la ricorrenza delle condizioni di legge per farvi ricorso, tra le quali (dopo il novantesimo giorno di gestazione) v'è il pericolo per la salute fisica o psichica derivante dal trauma connesso all'acquisizione della notizia, a norma dell'art. 6, lett. b), della L. n. 194/1978.

¹⁹ Cass., 10 maggio 2002, n. 6735.

²⁰ Cass., 4 gennaio 2010, n. 13.

²¹ È stato ritenuto “*legittimo per il giudice assumere come normale e corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto e perciò rende legittimo anche il ricondurre al difetto di informazione, come alla sua causa, il mancato esercizio di quella facoltà*”, Cass., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14448.

²² Cass., 29 luglio 2004, n. 14448.

Il giudizio prognostico *ex ante* deve essere fondato su di un criterio probabilistico di ragionevolezza e sugli accertamenti compiuti in sede di consulenza psichiatrica che devono indurre a ritenere che, se la gestante fosse stata informata dai medici delle malformazioni, come era dovere di questi fare con accuratezza e tempestività, ella avrebbe potuto soffrire di una seria patologia psichica, quale, ad esempio, il disturbo *post* traumatico da stress cronico, aderente ai criteri diagnostici previsti dal DSM IV TR, che avrebbe esposto la sua salute ad un pericolo serio.

L'esigenza di prova, in base alla Suprema Corte, sorge solo quando il fatto sia contestato dalla controparte, nel qual caso si deve stabilire - in base al criterio (integrabile da dati di comune esperienza evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali) del "*più probabile che non*" e con valutazione correlata all'epoca della gravidanza - se, a seguito dell'informazione che il medico omise di dare per fatto ad esso imputabile, sarebbe insorto uno stato depressivo suscettibile di essere qualificato come grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna²³.

Danni risarcibili in caso di malformazione del feto

Per stabilire se i danni richiesti sono conseguenza dell'inadempimento all'obbligo della suddetta completa informazione da parte del medico è necessario che il giudice di merito accerti, *ex ante*, se la conoscibilità delle rilevanti anomalie e malformazioni del feto - secondo la diagnostica a disposizione all'epoca in relazione alla possibilità di riscontrarle - avrebbe determinato (con un giudizio di prognosi postuma) un grave pericolo della lesione del diritto alla salute della madre, avuto riguardo alle condizioni concrete fisiopsichiche patologiche della stessa e secondo la scienza medica di allora in base alla regola causale del "*più probabile che non*"²⁴.

Soltanto nella concomitanza di tali condizioni possono esser risarciti i danni ingiusti che sono derivati, in termini di causalità adeguata (art. 1223 c.c.), dalla lesione degli interessi tutelati dalla legge sull'interruzione volontaria della gravidanza²⁵.

Lo stato patologico ed il pericolo grave per la salute della donna rilevano, come si è già detto, 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 adempiente²⁶.

Non sono risarcibili i danni che, pur derivando dall'inadempimento del medico, non sarebbero stati evitati, cioè, ad esempio, una nascita che la madre non avrebbe potuto scegliere di rifiutare, oppure

²³ Cass., 10 novembre 2010, n. 22837.

²⁴ Cass., 2 febbraio 2010, n. 2354; Cass., 10741/2009.

²⁵ Analizza i criteri risarcitori del danno da "*wrongful birth*" e la risarcibilità del danno da procreazione in favore del padre del soggetto malformato. DE FEO, *Responsabilità contrattuale per omessa diagnosi di malformazioni nel concepito*, in *Contr.*, 2010, 662.

²⁶ Sugli aspetti giuridici del danno da *wrongful birth*, AMOROSO, *Sulle conseguenze risarcitorie della colposa mancata diagnosi prenatale della malformazione del nascituro*, in *Giust. civ.* 2008, 10, 2278.

una nascita che non avrebbe in concreto rifiutato (ma occorre fornire una prova rigorosa al riguardo)²⁷.

In applicazione di tale principio è stato negato il diritto al risarcimento dei danni ad una madre che, sebbene non informata durante la gestazione dai sanitari della sindrome di Down da cui sarebbe poi risultato affetto il figlio, rilevando che la madre “*avrebbe dovuto dedurre e provare che, quantomeno in termini di probabilità scientifica, la patologia richiesta dall'art. 6 della legge necessaria per ricorrere all'interruzione della gravidanza si sarebbe manifestata in conseguenza della conoscenza (cioè dell'informazione da parte dei sanitari) dell'essere il nascituro affetto dalla sindrome di Down*”²⁸.

Ove sia accertata la violazione del cd. diritto all'interruzione della gravidanza in caso di cd. aborto terapeutico, ricorrendone i presupposti di cui all'art. 6, lett. b), e all'art. 7, co. 3, della L. n. 194/78, alla gestante, soggetto tutelato dalla prestazione medica, spetterà l'integrale risarcimento di tutti i danni, patrimoniali e non, in un'ottica costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., subiti per effetto dell'inadempimento della prestazione sanitaria, sia nei confronti del medico stesso che, in virtù del rapporto contrattuale, anche nei confronti dell'ente ospedaliero.

Il disturbo *post* traumatico da stress in forma cronica incide sull'integrità psichica della donna; generalmente anche la capacità lavorativa specifica può risultare significativamente compromessa in quel periodo, occorrendo, tuttavia, fornire la prova della eventuale riduzione di guadagno.

Anche se non è possibile affermare la sussistenza, in astratto, di un'ipotesi di reato ascrivibile ai sanitari - ove le malformazioni del feto non sono dipese da loro condotta negligente, ma da una patologia malformativa congenita, seppur negligenzemente non diagnosticata, e poiché, come si è già visto, non esiste nel nostro ordinamento un diritto del nascituro a “nascere se non sano”, né una conseguente responsabilità, civile e penale, dei sanitari per la mancata diagnosi di malformazioni che avrebbero condotto alla nascita di una vita “infelice” - va, comunque, riconosciuto il danno non patrimoniale, conseguente all'ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona costituzionalmente garantito, in forza dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., propugnata nelle cd. Sentenze di San Martino²⁹.

I più comuni danni non patrimoniali, in tali evenienze, sono rappresentati dal danno biologico, seguente al disturbo depressivo subito dalla madre, dal danno morale, quale transeunte turbamento d'animo, conseguente alla negligenza e all'imperizia del personale sanitario, e quale sofferenza morale patita per la malattia - sofferenza che deve essere ritenuta presente anche se l'attrice fosse stata preventivamente avvisata, ma che avrebbe potuto, più che essere attenuata, quanto meno essere vissuta e tollerata se fosse stata psicologicamente sostenuta - ; occorre, inoltre, considerare anche il profondo dramma, ove allegato e provato, personale e familiare, vissuto in conseguenza della nascita indesiderata.

²⁷ GUALNIERA, *Il danno da wrongful-birth nell'attuale orientamento della giurisprudenza*, in *Riv. it. Med. Leg.* 2009, 03, 629.

²⁸ Cass., sez. III, 24 marzo 1999, n. 2793.

²⁹ Trib. Lecco, 9 dicembre 2009.

Ove si faccia riferimento alle Tabelle del Tribunale di Milano la determinazione della ITT e della ITP va effettuata sulla base del parametro da € 9100 ad un massimo di € 136,00 per ogni giorno di inabilità totale.

Va risarcito anche il pregiudizio esistenziale, inteso quale pregiudizio alle attività realizzatrici della propria persona, da danni tutti che, in forza del principio del cd. "danno conseguenza", devono essere allegati e provati dal danneggiato, pur potendo farsi riferimento, una volta allegati i pregiudizi, in mancanza di specifica contestazione al riguardo, alle presunzioni che assumono valore probatorio ove siano univoche, precise e concordanti.

Non sono dovuti, invece, gli interessi compensativi in aggiunta alla rivalutazione, in mancanza di prova che quest'ultima non copra sufficientemente il danno da ritardata corresponsione della somma risarcitoria, in quanto *“nei debiti di valore gli interessi compensativi costituiscono una mera modalità liquidatoria dell'eventuale, solo possibile - e non già certamente sussistente - danno da ritardo nella corresponsione dell'equivalente monetario attuale della somma dovuta all'epoca della produzione del danno”*³⁰.

Danni risarcibili in caso di nascita indesiderata

*Ante Sezioni Unite di San Martino, si dava preferenza da parte della Suprema Corte al cd. “danno evento”, affermandosi che “l'omessa rilevazione, da parte del medico specialista, della presenza di gravi malformazioni nel feto, e la correlativa mancata comunicazione di tale dato alla gestante, deve ritenersi circostanza idonea a porsi in rapporto di causalità con il mancato esercizio, da parte della donna, della facoltà di interrompere la gravidanza, in quanto deve ritenersi rispondente ad un criterio di regolarità causale che la donna, ove adeguatamente e tempestivamente informata della presenza di una malformazione atta ad incidere sulla estrinsecazione della personalità del nascituro, preferisca non portare a termine la gravidanza”*³¹.

In caso di nascita indesiderata va escluso il danno biologico ove il parto sia avvenuto senza complicanze, atteso che la gestazione non è considerabile uno stato di malattia.

Occorre stabilire se la nascita della figlia, pur incidendo sui tempi ed i ritmi della vita familiare, ha soprattutto arricchito innegabilmente la famiglia di relazioni umane non meno dignitose e significative di quelle apportate dalla nascita di un figlio sano.

Eventuali ricoveri successivi di pochi giorni rientrano nei disagi tollerabili e non risarcibili.

Non può neanche ravvisarsi alcun pregiudizio di natura morale, atteso che l'intervento in sé (il parto) non può cagionare lesioni, sicché nell'operato del medico non sono ravvisabili gli estremi del reato (art. 185 c.p.), né può individuarsi un fatto illecito nel far partorire una donna.

Il danno patrimoniale risarcibile è costituito, in forza di un originale orientamento della giurisprudenza di merito, non già dagli oneri del mantenimento del figlio sino al raggiungimento

³⁰ Cass., sez. I, 24 ottobre 2007, n. 22347.

³¹ Cass., 21 giugno 2004, n. 11488.

dell'autosufficienza da parte di questi (gravando tale obbligo ai sensi dell'art. 147 c.c. esclusivamente sui genitori), bensì dall'apporto economico necessario per rimuovere le difficoltà economiche e quindi eliminare la causa del pregiudizio per la salute fisio-psichica della donna; quindi, un danno patrimoniale, in forza di un orientamento della giurisprudenza di merito, può dedursi ed ottenersi nel caso di nascita indesiderata solo allorquando sia provata l'insorgenza di stati depressivi od altre forme di alterazione della condizione mentale o fisica, integranti vera e propria malattia, che non possono presumersi quale conseguenza certa ed automatica della nascita indesiderata³².

Peraltro, in forza dell'art. 1227 c.c., la donna avrebbe potuto, comunque, interrompere la gravidanza, evitando di avere figli indesiderati, limitando eventuali danni all'intervento e alle eventuali conseguenze sulla psiche della vittima, evitando le conseguenze di natura patrimoniale e non patrimoniale relative alla nascita del bambino indesiderato.

Il contatto sociale è infatti la fonte di un rapporto che non ha ad oggetto la protezione del paziente, bensì una prestazione che si modella su quella propria del contratto d'opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all'esercizio della propria attività nell'ambito dell'ente con il quale il paziente ha stipulato il contratto, ad essa ricollegando obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi emersi o esposti a pericolo in occasione del detto contatto e in ragione della prestazione medica da eseguirsi.

In sostanza, in assenza di vincolo, il paziente non può pretendere la prestazione sanitaria dal medico, ma se il medico in ogni caso interviene, perché tenuto nei confronti dell'ente ospedaliero, l'esercizio della sua attività sanitaria non può essere differente nel contenuto da quello che ha come fonte un contratto fra paziente e medico.

Il contatto sociale è fonte quindi di responsabilità contrattuale per non avere il soggetto fatto ciò cui era tenuto³³.

L'orientamento della Suprema Corte ritiene che il danno patrimoniale deve tener conto, non solo del "differenziale" tra la spesa necessaria per il mantenimento di un figlio "sano" e la spesa per il mantenimento di un figlio affetto da un eventuale deficit (questo nel caso di figlio malformato), sottolineando che una volta stabilito che la donna avrebbe optato per la interruzione volontaria di gravidanza, *"l'inadempimento posto in essere dalla A.S.L. ha fatto sì che la coppia debba sopportare per intero un costo economico che altrimenti non avrebbe avuto"*³⁴.

Si verifica, in tal caso, la lesione di un diritto della persona, di rilievo costituzionale, che indipendentemente da un danno morale o biologico, peraltro sempre possibile, impone comunque al danneggiato di condurre giorno per giorno, nelle occasioni più minute come in quelle più

³² Trib. Bari, 13 ottobre 2009, n. 3032.

³³ Cfr., Trib. Bari, 13 ottobre 2009, n. 3032.

³⁴ Cass., 4 gennaio 2010, n. 13 .

importanti, una vita diversa e peggiore (soggettivamente), di quella che avrebbe altrimenti condotto³⁵.

È, invece, sicuramente risarcibile, quale danno areddituale, il danno psichico della madre, fornendo la prova che la gravidanza indesiderata abbia compromesso, permanentemente ovvero per apprezzabile lasso temporale, la salute psichica della donna.

A conforto dell'allegazione non possono invero invocarsi prove presuntive o dati notori, atteso che anche la nascita indesiderata può essere percepita *ex post* dalla madre come evento felice e se la donna è anche già madre tale esperienza, in via presuntiva, esclude la traumaticità della nuova maternità³⁶.

Il danno al cui risarcimento il debitore è tenuto, trattandosi di inadempimento, non è solo quello alla salute, ma anche il danno economico che sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento in termini di causalità adeguata, quale il danno consistito nelle ulteriori spese di mantenimento della persona nata con malformazioni, pari al differenziale tra la spesa necessaria per il mantenimento di un figlio sano e la spesa per il mantenimento di un figlio affetto da gravi patologie³⁷.

È evidente tuttavia che se per la sottoposizione ad intervento interruttivo è sufficiente la valutazione prognostica *ex ante* di tale pregiudizio, l'accoglimento della domanda risarcitoria presuppone al contrario l'accertamento in concreto del citato pregiudizio.

La nascita di un figlio, anche nel caso che non sia il primo, può anche essere fonte di affanni e di preoccupazioni, ove le condizioni economiche del nucleo familiare non siano floride.

Si è rilevato, al riguardo, che l'impegno e le preoccupazioni dell'evento rientrano tuttavia nel novero delle varie difficoltà che ogni essere umano è chiamato ad affrontare e perciò tollerare nella propria esistenza e non giustificano il risarcimento del danno, salvo che non sia provata l'insorgenza di stati depressivi od altre forme di alterazione della condizione mentale o fisica, integranti vera e propria malattia, che non possono presumersi quale conseguenza certa ed automatica della nascita indesiderata³⁸.

Anche in relazione al periodo di ricovero occorre fornire la prova di aver interrotto l'attività lavorativa con pregiudizi economici, o di aver sostenuto altri oneri economici durante i giorni di degenza.

Termine iniziale di prescrizione nel settore della responsabilità medica

³⁵ Cass. SS.UU. 11 gennaio 2008, n. 26972, che espressamente riconosce la lesione del diritto inviolabile della gestante che non sia stata posta in condizione, per errore diagnostico, di decidere se interrompere la gravidanza, con conseguente diritto al risarcimento di tutti i danni.

³⁶ Trib. Bari, 13 ottobre 2009, n. 3032.

³⁷ Cass., 4 gennaio 2010, n. 13.

³⁸ Trib. Bari, 13 ottobre 2009, n. 3032.

In tema di prescrizione vi è l'esigenza della certezza dei rapporti giuridici, con decorrenza dalla data, certa, in cui il fatto dannoso si è verificato e non dal diverso ed incerto momento in cui il danneggiato possa aver avuto conoscenza del danno e del suo diritto di farlo valere.

In base al combinato disposto degli articoli 2935 e 2946 c.c., poiché la responsabilità professionale del medico si inquadra nell'ambito contrattuale, la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere e si compie nel termine di dieci anni da esso, e non, invece, quello desumibile dal combinato disposto degli articoli 2935 e 2947 c.c.³⁹

Non è, quindi, possibile procrastinare il *dies a quo* di decorrenza della prescrizione decennale, rispetto al momento in cui il diritto può essere fatto valere, se non nell'ipotesi d'impedimento legale al detto esercizio e non anche (salve le eccezioni espressamente stabilite dalla legge e regolate con gli istituti della sospensione e dell'interruzione) nell'ipotesi d'impedimento di fatto al qual genere va ricondotta l'ignoranza del titolare, colpevole o meno che essa sia salvo derivi da un comportamento doloso della controparte come desumibile dalla *ratio* dell'articolo 2941 n. 8 c.c.⁴⁰.

Va, infatti, ribadito che nel caso di responsabilità contrattuale possono costituire ostacolo alla prescrizione dei diritti soltanto gli impedimenti legali e non anche gli ostacoli di mero fatto quale l'ignoranza del diritto.

L'art. 2947, co. 1, c.c. prevede che «il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato», e non sembra consentito all'interprete di sostituire a proprio arbitrio l'inequivoca volontà come manifestata dal legislatore con altra e pretendere d'introdurre, in materia, ulteriori distinguo⁴¹.

Anche in caso di danno rimasto occulto, il termine di prescrizione inizia a decorrere solo dal momento dell'esteriorizzazione di esso, in quanto, *ex art.* 2935 c.c., la prescrizione inizia a decorrere dal giorno in cui il diritto può esser fatto valere, pur dovendosi considerare che tale decorrenza non può essere ostacolata da un mero impedimento di fatto, quali sono l'ignoranza del titolare circa l'esistenza del diritto o l'incuria dello stesso nell'accertarsene.

Occorre anche avere riguardo alle conoscenze specifiche della persona offesa in quanto, quella medesima mancanza di diligenza e di prudenza (che per sola ipotesi, atteso quanto sopra rilevato sarebbe stata scusabile nell'uomo comune), diviene inescusabile per il soggetto munito di specifiche competenze in materia, in quanto la capacità di valutare le situazioni deve essere accertata non in senso assoluto ma avendo riguardo al soggetto interessato, per il che l'appartenenza dello stesso ad una determinata categoria sociale e, soprattutto, professionale caratterizzate da cultura generale e

³⁹ Cass., 28 gennaio 2004, n. 1547. Nella specie era stata avanzata una richiesta di risarcimento del danno da parte di un paziente il quale aveva subito una lesione in seguito ad un intervento chirurgico che gli aveva causato l'*impotentia generandi*.

⁴⁰ Cass. Civ., 28 gennaio 2004, n. 1547; cfr. anche per l'impedimento di fatto, Cass. Civ., 2913/2002; Cass. Civ., 9618/2001; Cass. Civ., 3796/2001; Cass. Civ., 12825/1999; Cass. Civ., 4939/1997.

⁴¹ Cass. Civ., 28 gennaio 2004, n. 1547.

cognizioni tecnico-scientifiche particolari, non può non rendere maggiore il livello di coscienza dell'onere di normale diligenza e prudenza richiestogli⁴².

L'ignoranza del diritto costituisce un ostacolo di fatto inidoneo ad impedire il decorso della prescrizione.

Generalmente, in tema di responsabilità sanitaria e, in particolare, per le malattie lungolatenti, la manifestazione esterna del danno è cronologicamente sfalsata rispetto alla condotta antiggiuridica e quindi la malattia si manifesta in tutta la sua gravità solo a distanza di tempo, spesso molto tempo, dopo il verificarsi del contagio.

Ad esempio in relazione all'AIDS, la situazione di chi ha contratto il virus, denominata sieropositività, può essere addirittura asintomatica, e protrarsi anche per anni, prima che la malattia dispieghi tutte le sue potenzialità offensive, trasformandosi in AIDS conclamato.

La durata della prescrizione del diritto al risarcimento dei danni derivante da fatto illecito (ravvisabile, ad esempio, nei confronti del Ministero per la Salute) è fissata in cinque anni; termine prolungabile qualora il fatto sia considerato dalla legge come reato e per questo si applichi una prescrizione più lunga (art. 2947 co. 1 e 3 c.c.), mentre il termine di prescrizione, ove si faccia valere la responsabilità del medico o della struttura, è quella ordinaria decennale.

Atti interruttivi della prescrizione civile nella responsabilità sanitaria

Ai sensi dell'art. 2943 c.c., co. 1, non ogni domanda ha effetto interruttivo della prescrizione, ma soltanto quella con cui l'attore chieda il riconoscimento e la tutela del diritto di cui si eccepisce la prescrizione⁴³.

La proposizione della domanda amministrativa volta ad ottenere, nei confronti dello stesso Ministero, l'indennizzo *ex lege* n. 210 del 1992 non ha effetto interruttivo della prescrizione della domanda di risarcimento danni, attesa l'ontologica diversità tra l'indennizzo e il danno⁴⁴.

Occorre accertare il nesso causale tra l'operato del singolo medico che ha eseguito un'operazione nel corso della quale si è resa necessaria la trasfusione dalla quale dovrebbe essere derivato il contagio, della struttura ospedaliera, pubblica o privata all'interno della quale il medico ha operato e, quindi, tra la condotta omissiva del Ministero della salute e la contrazione del contagio, sia esso da HIV, HCV o HBV da parte di uno o più pazienti politrasfusi.

Trattasi di nozione sostanzialmente unica di nesso causale in ambito civilistico, coincidente o comunque, con molti punti di contatto, con la relativa nozione nel settore del diritto penale, pur dovendo fare le opportune distinzioni a seconda che si tratti di responsabilità contrattuale o extracontrattuale, di illecito commissivo o omissivo.

⁴² Cass. Civ., 28 gennaio 2004, n. 1547.

⁴³ Cass., 16 gennaio 2006, n. 726; Cass., 8 febbraio 2006, n. 2811.

⁴⁴ Cass. Civ., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 581.

Ne consegue che «già a partire dalla data di conoscenza dell'epatite B - la cui individuazione, costituendo un accertamento di fatto, rientra nell'esclusiva competenza del giudice di merito -, sussiste la responsabilità del Ministero, sia pure col limite dei danni prevedibili, anche per il contagio degli altri due virus, che non costituiscono eventi autonomi e diversi, ma solo forme di manifestazioni patogene dello stesso evento lesivo [...]»⁴⁵.

Responsabilità della struttura per difetto di organizzazione

Va operata un'unica valutazione, con criterio economico aziendale, per il settore privato e pubblico, non essendo possibile differenziare, in base al rilievo costituzionale del diritto alla salute, standard in relazione alla remuneratività del servizio.

Deve essere scissa la diligenza dell'operatore e della struttura, gravata oltre che di responsabilità vicaria per il fatto del primo (art. 2049 c.c.) anche per la carente organizzazione e il difettoso funzionamento di attrezzature.

I criteri di buona organizzazione sono i seguenti:

- disponibilità di sufficiente personale qualificato e nei momenti necessari (comprese emergenze);
- sorveglianza e coordinamento dei servizi;
- locali salubri ed idonei (es: area condizionata nei reparti);
- disponibilità di attrezzature adeguate e tecnologicamente aggiornate;
- utilizzo di prodotti sicuri.

Sulla individuazione di standard predeterminati due sono i criteri di riferimento:

- sistema normativo o regole guida da parte delle associazioni mediche-scientifiche (l'accertamento della disfunzione organizzativa è rimessa al giudicante e, in ultima analisi, al CTU);
- standard adottati in strutture analoghe, tenuto conto del luogo, tempo e circostanze quale parametro di riferimento.

Responsabilità per i danni anonimi

Merita di essere seguito oppure va sottoposto a revisione critica l'orientamento che ritiene che la responsabilità si estende al risarcimento dei danni per il solo fatto che si sono verificati all'interno della propria struttura, con una valutazione comparativa, ai fini della valutazione della colpa, tra standards normativi o organizzativi e situazione concreta?

È possibile, in tale evenienza, ricondurre sulla struttura il rischio dei cd. "danni anonimi"?

⁴⁵ Cass. Pen., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 576, in *Cass. Pen.*, 2009, 69. Sul nesso causale tra l'inadempimento all'obbligo d'informazione e i danni derivanti dall'esito negativo dell'intervento, AIELLO, *Responsabilità del medico e della struttura sanitaria: danno da emotrasfusioni e violazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica*, in *Resp. civ. prev.* 2010, 9, 1757.

In tal caso sbiadisce il rilievo della personalità della prestazione professionale mentre emerge il ruolo prevalente svolto dalla corretta proceduralizzazione di un'attività collettiva⁴⁶.

Consenso informato

Il contenuto dell'informazione riguarda anche la struttura ospedaliera?

Il consenso "informato", personale del paziente o di un proprio familiare, in vista di un intervento chirurgico o di altra terapia specialistica o accertamento diagnostico invasivi, non concerne soltanto i rischi oggettivi e tecnici in relazione alla situazione soggettiva e allo stato dell'arte della disciplina, ma riguarda anche la concreta, magari momentaneamente carente situazione ospedaliera, in rapporto alle dotazioni e alle attrezzature, e al loro regolare funzionamento, in modo che il paziente possa non soltanto decidere se sottoporsi o meno all'intervento, ma anche se farlo in quella struttura ovvero chiedere di trasferirsi in un'altra.

Pertanto, se è vero che la richiesta di uno specifico intervento chirurgico, avanzata dal paziente, può farne presumere il consenso a tutte le operazioni preparatorie e successive che vi sono connesse, e in particolare al trattamento anestesilogico, allorché più siano le tecniche di esecuzione di quest'ultimo, e le stesse comportino rischi diversi, è dovere del sanitario, cui pur spettano le scelte operative, informarlo dei rischi e dei vantaggi specifici e operare la scelta in relazione all'assunzione che il paziente ne intenda compiere⁴⁷.

Errore. Il segnalibro non è definito.

Soggetti legittimati a prestare il consenso

Il consenso va prestato personalmente dal paziente; se, invece, trattasi di incapace o minore il consenso va prestato dal legale rappresentante in nome e per conto dell'interessato (art. 37 cod. deont. med.).

Occorre l'autorizzazione del giudice (art. 333 c.p.c.) quando il diniego del consenso da parte del genitore o tutore è fonte di pregiudizio per il paziente.

Vi è la tendenza a rendere gli incapaci legali partecipi del processo conoscitivo e decisionale, informandoli sulle conseguenze dell'intervento, così come sempre più frequenti sono le iniziative rivolte ad assicurare il consenso del malato di mente (L. 23 dicembre 1978, n. 833 istitutiva del S.S.N.).

Se l'intervento medico è necessario ed urgente e il paziente è in stato di incoscienza si fa riferimento o al consenso presunto o allo stato di necessità.

⁴⁶ Sull'origine e significato dell'obbligazione senza prestazione e sulla clausola generale di responsabilità e *l'actio de dolo* come forme alternative all'obbligazione senza prestazione, CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 679.

⁴⁷ Cass. Civ., 30 luglio 2004, n. 14638.

Con riferimento ai minorenni, l'art. 6 della Convenzione di Oviedo si astiene dal fissare una soglia generale oltre la quale la capacità sia presunta, o viceversa al di sotto della quale sia presunta l'assenza di capacità, limitandosi piuttosto a rinviare alla discrezionalità di ciascuno Stato contraente che dovrà disciplinare la materia.

Il consenso prestato dal legale rappresentante deve rispecchiare la volontà presunta del minore che deve essere informato ed ha la possibilità di rifiutare l'intervento o ritirare il consenso (art. 4 Dir. 20/2001/CEE).

L'opinione del minorenne dovrà, comunque, essere presa in considerazione come un fattore sempre più importante della decisione in relazione al crescere dell'età e della maturità del minorenne stesso (art. 6, co. 3).

A volte, invece, è sufficiente il solo consenso del minore (legge sui consultori familiari o sulle tossicodipendenze).

La violazione dell'obbligo di informazione costituisce sempre illecito civile?

I medesimi principi in tema di violazione del consenso "informato" potrebbero valere sia per il settore civile che penale, in quanto la scriminante costituzionale del diritto alla salute opera in entrambi i settori con valenza analoga⁴⁸.

Si pone, peraltro, il quesito se possa configurarsi una responsabilità del medico anche nel caso in cui non vi sia stato alcun pregiudizio per la salute del paziente (nella ipotesi di mancata informazione e prestazione di consenso "informato").

Va affermata, anche sotto il profilo civilistico, l'autolegittimazione della attività medica, la quale rinverrebbe il proprio fondamento, non tanto nella scriminante tipizzata nel diritto penale del consenso dell'avente diritto, come definita dall'art. 50 c.p., quanto nella stessa finalità, che le è propria, di tutela della salute, come bene costituzionalmente garantito⁴⁹.

Una condotta "istituzionalmente" rivolta a curare e, dunque, a rimuovere un male non può essere messa, anche sul piano civilistico, sullo stesso piano di una condotta destinata a cagionare quel "male"⁵⁰.

⁴⁸ Sulla giurisprudenza antecedente sia le Sezioni unite penali del gennaio 2009, e sulle cd. Sentenze di San Martino del novembre 2008 delle Sezioni Unite civili, TURILLAZZI, *Consenso informato: l'obbligo risarcitorio* (nota a Cass., 14 marzo 2006, n. 5444), in *Corr. mer.*, 2007, 1014. Sull'obbligo di informare il paziente e i fermenti che coinvolgono la responsabilità in ambito sanitario, GORGONI, *Il medico non ha il diritto, ma solo la potestà di curare* (nota a Cass. Pen., sez. IV, 14 marzo 2008, n. 11335), in *Danno resp.*, 2008, 871.

⁴⁹ Cass. Pen., 18 dicembre 2008 (dep. 21 gennaio 2009), n. 2437.

⁵⁰ Sui riflessi in ambito civilistico, della mancata informazione, CACACE, *Il consenso informato del paziente al trattamento sanitario*, in *Danno resp.*, 2007, 283; FRANZONI, *La responsabilità del medico fra diagnosi, terapia e dovere di informazione*, in *Resp. civ.*, 2005, 584; D'AURIA, *Consenso informato: contenuto e nesso di causalità*, in *Giur. it.* 2005, 1396; CASSANO, *Obbligo di informazione, relazione medico-paziente, difficoltà della prestazione e concorso di responsabilità*, in *Danno resp.*, 2001, 154.

Pertanto, ove l'intervento chirurgico sia stato eseguito *lege artis* e cioè come indicato in sede scientifica per contrastare una patologia ed abbia raggiunto positivamente tale effetto, dall'atto così eseguito non potrà dirsi derivata una malattia, giacché l'atto, pur se "anatomicamente" lesivo, non soltanto non ha provocato - nel quadro generale della "salute" del paziente - una diminuzione funzionale, ma è valso a risolvere la patologia da cui lo stesso era affetto.

Anche sotto il profilo civilistico è possibile ipotizzare la "scriminante costituzionale" della tutela del diritto alla salute e i medesimi principi in tema di violazione del consenso "informato" potrebbero valere sia per il settore civile che penale, in quanto la scriminante costituzionale del diritto alla salute opera in entrambi i settori con valenza analoga⁵¹.

L'attività medica espletata senza consenso richiede, ai fini della valutazione della sua illiceità, con conseguente affermazione di responsabilità civile del medico per le conseguenze negative subite dal paziente, che il consenso "informato" non abbia prestato, l'effettiva violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente, essendo al medico anzitutto imputabile di non averlo adeguatamente informato per acquisirne il preventivo consenso.

Occorre, tuttavia, fornire la prova, da parte del medico, che, se fosse stato informato, il paziente avrebbe, comunque, acconsentito all'esecuzione dell'intervento, con conseguente esclusione del nesso di causalità materiale tra il comportamento omissivo del medico e la lesione della salute del paziente, perchè quella lesione egli avrebbe in ogni caso subito⁵².

Per addossare al medico le conseguenze negative dell'intervento, necessario e correttamente eseguito, occorre ritenere che il paziente non vi si sarebbe sottoposto se fosse stato adeguatamente informato, non potendosi altrimenti affermare la sussistenza di nesso di causalità tra la violazione (omessa informazione) e il bene giuridico che si assume leso (la salute).

Ove, quindi, l'intervento medico non sia stato preceduto da un'adeguata informazione del paziente circa i possibili effetti pregiudizievoli non imprevedibili, il medico può essere chiamato a risarcire il danno alla salute solo se il paziente dimostri, anche tramite presunzioni che, ove compiutamente informato, egli avrebbe verosimilmente rifiutato l'intervento, non potendo altrimenti ricondursi all'inadempimento dell'obbligo di informazione alcuna rilevanza causale sul danno alla salute⁵³.

Quindi delle conseguenze pregiudizievoli per la salute di un intervento chirurgico necessario e correttamente eseguito il medico non deve rispondere per il solo fatto di non aver informato il paziente della possibilità che quelle conseguenze si verificassero, occorrendo la prova che il paziente non si sarebbe sottoposto all'intervento se fosse stato informato⁵⁴.

Altro orientamento ritiene che il consenso espresso da parte del paziente a seguito di una informazione completa sugli effetti e le possibili controindicazioni di un intervento chirurgico, è

⁵¹ In senso contrario, PETRI, *La corretta prestazione medica in assenza di informazione non esonera da responsabilità* (nota a Cass. Civ., sez. III, 14 marzo 2006, n. 5444), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 593.

⁵² Cass., 13 luglio 2010, n. 16394.

⁵³ Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847.

⁵⁴ Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847.

vero e proprio presupposto di liceità dell'attività del medico che somministra il trattamento, al quale non è attribuibile un generale diritto di curare a prescindere dalla volontà dell'ammalato.

Tuttavia, sotto il profilo pratico, se l'intervento si è concluso con la guarigione del paziente, la questione, rilevante sotto il profilo teorico, si svuota di contenuto sotto il profilo pratico risarcitorio in quanto, anche a volere ritenere la sussistenza dell'illecito civile, la mancanza di un pregiudizio indennizzabile svuota di importanza la questione, non essendo risarcibile un illecito non produttivo di danni.

Una volta esclusa la configurabilità di un danno evento (secondo le decisioni delle Sezioni Unite nn. 26972 e 26974 del 2008) deve ribadirsi che tutte le volte in cui la parte non abbia provato né allegato la esistenza di un diritto alla autodeterminazione, dalla cui violazione sia derivato - indipendentemente da un danno alla salute - un pregiudizio (derivante dalla condotta omissiva del sanitario) tale da superare i limiti della tollerabilità, deve escludersi la esistenza stessa del danno⁵⁵.

L'inadempimento dell'obbligo di informazione sussistente nei confronti del paziente può assumere rilievo a fini risarcitori - anche in assenza di un danno alla salute o in presenza di un danno alla salute non ricollegabile alla lesione del diritto all'informazione - tutte le volte in cui siano configurabili, a carico del paziente, conseguenze pregiudizievoli di carattere non patrimoniale di apprezzabile gravità derivanti dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in se stesso considerato, sempre che tale danno superi la soglia minima di tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale e che non sia futile, ossia consistente in meri disagi o fastidi⁵⁶.

Non può, ad esempio, negarsi tutela risarcitoria:

- nel caso in cui la scelta del medico di privilegiare la tutela dell'integrità fisica del paziente o della sua stessa vita, ma a prezzo di sofferenze fisiche che il paziente avrebbe potuto scegliere di non sopportare, sia stata effettuata senza il suo consenso, da acquisire in esito alla rappresentazione più puntuale possibile del dolore prevedibile, col bilanciamento reso necessario dall'esigenza che esso sia prospettato con modalità idonee a non ingenerare un aprioristico rifiuto dell'atto terapeutico, chirurgico o farmacologico⁵⁷; in tal caso il danno non patrimoniale risarcibile è costituito dalle sofferenze fisiche patite;
- a chi abbia consapevolmente rifiutato una trasfusione di sangue perché in contrasto con la propria fede religiosa, quand'anche gli si sia salvata la vita praticandogliela, giacché egli potrebbe aver preferito non vivere, piuttosto che vivere nello stato determinatosi⁵⁸;
- per la lesione derivata da un atto terapeutico che abbia salvaguardato la salute in un campo a discapito di un secondario pregiudizio, che non sia stato tuttavia adeguatamente prospettato in funzione di una scelta consapevole del paziente, che la avrebbe in ipotesi compiuta in senso difforme da quello privilegiato dal medico;
- al turbamento e alla sofferenza che deriva al paziente sottoposto ad atto terapeutico dal verificarsi di conseguenze del tutto inaspettate perché non prospettate e, anche per questo, più difficilmente accettate⁵⁹.

⁵⁵ Cass., 12 marzo 2010, n. 6045.

⁵⁶ Cass. 9 febbraio 2010, n. 2847.

⁵⁷ Cass., n. 23846/2008.

⁵⁸ Anche se nel caso dei Testimoni di Geova si sono riferite, con soluzioni sostanzialmente opposte, Cass., n. 23676/2008 e n. 4211/2007.

Se, invece, l'esito dell'intervento eseguito in mancanza di consenso è infausto, sussiste la sicura illiceità sia civile che penale del comportamento e il conseguente diritto al risarcimento dei danni, previa allegazione e prova dei medesimi⁶⁰.

Altro orientamento ritiene che la valutazione di illiceità della condotta del medico che abbia operato *in corpore vili* "contro" la volontà del paziente, direttamente o indirettamente manifestata, e ciò a prescindere dall'esito, fausto o infausto, del trattamento sanitario praticato, trattandosi di condotta che quanto meno realizza una illegittima coazione dell'altrui volere, configuri illecito civile.

Per esito fausto dovrà intendersi soltanto quel giudizio positivo sul miglioramento apprezzabile delle condizioni di salute del paziente, ragguagliato non soltanto alle regole proprie della scienza medica, ma anche alle alternative possibili, nelle quali devono necessariamente confluire le manifestazioni di volontà positivamente o indirettamente espresse dal paziente: ad evitare - quindi - che possa essere soltanto la "monologante" scelta del medico ad orientare e tracciare gli obiettivi terapeutici da perseguire, neglignendo ciò che il paziente abbia potuto indicare al riguardo⁶¹.

Sotto il profilo penale, ove l'esito dell'intervento non sia stato fausto, la condotta del sanitario, avendo cagionato una "malattia", realizzerà un fatto conforme al tipo e rispetto ad essa potrà dunque operarsi lo scrutinio penale, nella ipotesi in cui, difettando il consenso "informato", l'atto medico sia fuoriuscito dalla innanzi evidenziata "copertura costituzionale".

La semplice alterazione anatomica non rappresenta, in sé, un presupposto indefettibile della malattia, giacché ben possono ammettersi processi patologici che non si accompagnino o derivino da una modificazione di tipo anatomico, così come, all'inverso, una modificazione di quest'ultimo tipo che non determini alcuna incidenza sulla normale funzionalità dell'organo - smo si presenta, secondo tale condivisibile impostazione, insuscettibile di integrare la nozione di "malattia", quale evento naturalistico del reato di cui all'art. 582 c.p.

Se l'intervento medico-chirurgico è realizzato per fini terapeutici, la condotta del medico è non soltanto teleologicamente orientata al raggiungimento di uno specifico obiettivo "prossimo", quale può essere, in ipotesi, la riuscita, sul piano tecnico-scientifico, dell'atto operatorio in sé e per sé considerato, quanto - e soprattutto - per realizzare un beneficio per la salute del paziente.

Le "conseguenze" dell'intervento chirurgico ed i correlativi profili di responsabilità, nei vari settori dell'ordinamento, non potranno coincidere con l'atto operatorio in sé e con le "lesioni" che esso "naturalisticamente" comporta, ma con gli esiti che quell'intervento ha determinato sul piano della valutazione complessiva della salute⁶².

⁵⁹ Fattispecie individuate da Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847.

⁶⁰ Esamina il discrimine tra esito fausto ed infausto dell'atto medico, IADECOLA, *Violazione consapevole della regola del consenso del paziente e responsabilità penale*, in *Dir. pen.*, 2010, 1321.

⁶¹ Cass. Pen., 18 dicembre 2008 (dep. 21 gennaio 2009), n. 2437. Esclude conseguenze penali della violazione del dovere di informare il paziente e di ottenerne il consenso in caso di esito fausto dell'intervento sotto il profilo della violenza privata, delle lesioni volontarie, PICCIALLI, *Il "consenso informato" e la responsabilità del medico*, in *Corr. Mer.*, 2009, 303.

⁶² Cass. Pen., 18 dicembre 2008 (dep. 21 gennaio 2009), n. 2437.

Tuttavia il concetto stesso di “salute” e di esito più o meno fausto del trattamento chirurgico dovrebbe necessariamente postulare anche l’apprezzamento e la scelta consapevole dello stesso paziente: il quale ben può avere, della propria salute, una opinione affatto diversa da quella del medico e che, come tale, deve essere - trattandosi di diritto inviolabile della persona - adeguatamente cautelata e rispettata.

Quali informazioni devono essere fornite?

È dubbio se debbano essere fornite tutte le informazioni o solo quelle relative ad esempio alle complicanze che possono, secondo un giudizio di normalità, verificarsi, con esclusione di quelle eccezionali.

Si propende per tale ultima soluzione a meno che le particolari condizioni del paziente non facciano ritenere, in base alla particolarità della situazione, che anche le informazioni sui rischi marginali debba essere fornita nella situazione particolare.

Le complicanze rare vanno distinte da quelle eccezionali e si ritiene che debbano essere fornite soprattutto se le condizioni del paziente possono indurre a ritenere una non insignificante possibilità del loro verificarsi.

Vanno, invece, sempre date le informazioni sui rischi prevedibili in funzione dell’importanza dell’intervento: tanto più gravi sono i rischi tanto più ampia deve essere l’informazione.

Va, tuttavia, temperato l’obbligo di informazione con quello di evitare di terrorizzare il paziente.

Devono essere fornite informazioni complete sui rischi che incidono sulle condizioni fisiche del paziente o sul pericolo di vita, nonché i rischi specifici rispetto a scelte alternative, consentendo al paziente di potere effettuare un bilanciamento rischi-benefici e decidere conseguentemente.

Anche gli effetti collaterali devono essere comunicati al paziente che deve essere in grado di valutare i rischi e decidere di conseguenza (es.: intervento che pur essendo utile, rallentando il decorso della malattia, tuttavia pregiudichi la qualità della vita del paziente).

Il risarcimento del danno per la violazione dell’obbligo del consenso “informato” è automatico o occorre fornire la relativa prova?

Si è verificata, nella giurisprudenza di legittimità, una inversione di tendenza sulla natura del danno conseguente alla violazione di diritti costituzionalmente garantiti, optando per la natura di danno conseguenza.

Deve ritenersi superato l’orientamento restrittivo della Cassazione che riteneva che la correttezza o meno del trattamento non assumeva alcun rilievo ai fini della sussistenza dell’illecito per violazione del consenso “informato”, in quanto era del tutto indifferente ai fini della configurazione della condotta omissiva dannosa e dell’ingiustizia del fatto, la quale sussiste per la semplice ragione che il

paziente, a causa del deficit di informazione non era stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni⁶³.

In un caso di mancata informazione sui rischi derivanti da un intervento di sostituzione valvolare aortica e ischemia-embolia della paziente, anche se l'intervento era necessario ed è riuscito, è stato riconosciuto il risarcimento dei danni alla paziente (€ 100.000,00) per “*espropriazione dell'attrice a scegliere in ordine alla propria esistenza*”⁶⁴.

Le sentenze di San Martino (Cass., SS.UU. 26972 - 75/08) qualificano il danno non patrimoniale quale “conseguenza” e non quale evento; quindi, non è sufficiente, a fini risarcitori, la mera violazione del consenso, ma occorre anche la prova del danno subito dal paziente che non può più essere individuato *in re ipsa* nella mera violazione dell'interesse lesivo, in quanto il danno, quale componente dell'illecito, è una conseguenza meramente eventuale dell'evento lesivo, potendo anche configurarsi illeciti non produttivi di danni⁶⁵.

In caso di mancata informazione in astratto sussiste sempre l'illecito, in base al diritto a scegliere in ordine alla propria esistenza, ma se manca il pregiudizio in concreto non sussistono i presupposti per il risarcimento del danno se il pregiudizio è inesistente perché l'intervento è riuscito e la salute del paziente è migliorata.

Il precedente orientamento riteneva che la correttezza o meno del trattamento non assumesse alcun rilievo ai fini della sussistenza dell'illecito per violazione del consenso “informato”, in quanto ai fini della configurazione della condotta omissiva dannosa e dall'ingiustizia del fatto, era sufficiente che il paziente, a causa del deficit di informazione, non fosse stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni. Quindi, tale trattamento non poteva dirsi avvenuto previa prestazione di un valido consenso in violazione tanto dell'art. 32, co. 2, Cost. (a norma del quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge), quanto dell'art. 13 Cost. (che garantisce l'inviolabilità della libertà personale con riferimento anche alla libertà di salvaguardia della propria salute e della propria integrità fisica), e dall'art. 33 della L. n. 833/78 (che esclude la possibilità d'accertamenti e di trattamenti sanitari contro la volontà del paziente, se questo è in grado di prestarlo e non ricorrono i presupposti dello stato di necessità *ex art. 54 c.p.*), dando la lesione della situazione giuridica del paziente inerente alla salute ed all'integrità fisica per il caso che esso, a causa dell'esecuzione del trattamento, si presenti peggiorato. Per converso, sul piano del danno conseguenza, venendo in considerazione il mero peggioramento della salute e dell'integrità fisica del paziente, rimane del tutto indifferente che la sua verifica sia dovuta ad un'esecuzione del trattamento corretta o scorretta⁶⁶.

La correttezza tecnica dell'intervento non assume quindi alcun rilievo ai fini della sussistenza dell'illecito per violazione del consenso “informato”, ma semmai ha riflessi a fini risarcitori, e non

⁶³ Cass. Civ., 14 marzo 2006, n. 5444.

⁶⁴ Trib. Venezia, 4 ottobre 2004.

⁶⁵ Quale danno-conseguenza il danno non patrimoniale, quindi, deve essere allegato e provato, Cass. n. 8827 e n. 8828/2003; n. 16004/2003.

⁶⁶ Cass. Civ., 14 marzo 2006, n. 5444.

rileva sulla configurabilità della condotta omissiva dannosa e dell'ingiustizia del fatto: le quali sussistono *ex se* per la sola ed assorbente ragione che il *deficit* di informazione non ha posto il paziente in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue possibili implicazioni.

Sul piano del danno-conseguenza, viene allora in considerazione il mero peggioramento della salute e dell'integrità fisica del paziente conseguito all'intervento non assentito, rimanendo del tutto indifferente che la sua verifica sia dovuta ad un'esecuzione del trattamento corretta o scorretta.

Sotto tale ulteriore profilo, poiché comunque ad esser oggetto di risarcimento non è di per sé l'inadempimento da mancato consenso "informato" ma appunto *ex art.* 1223 c.c. il danno consequenziale, una volta che sia accertata la violazione del dovere di raccogliere il consenso "informato" del paziente il giudizio si sposta sulla sussistenza di un rapporto causale immediato e diretto - sia pur valutato alla stregua di leggi necessariamente probabilistiche ed alle possibili ed alternative serie causali - tra l'aggravamento delle condizioni del paziente o l'insorgenza di nuove patologie e l'intervento sanitario: senza il quale non può darsi luogo ad alcun risarcimento del danno⁶⁷.

Se il risarcimento per violazione del consenso "informato" ha funzione e natura riparatoria, va commisurato alle conseguenze negative che ha comportato la violazione del diritto alla autodeterminazione, con riferimento al peggioramento delle condizioni di salute del paziente, in base al principio di proporzionalità tra inadempimento al consenso e relative conseguenze⁶⁸.

La violazione dell'obbligo di informazione ed acquisizione del consenso ha ad oggetto le principali caratteristiche e la natura del trattamento chirurgico o terapeutico da eseguire, la specifica indicazione clinica in relazione a determinate patologie, l'estensione possibile o prevedibile dei risultati e i rischi annessi e si configura non soltanto quando il sanitario ometta totalmente di riferire al paziente della natura della cura, dei relativi rischi e delle possibilità di successo, ma anche quando ritenga di sottoporre per approvazione al paziente, come verificatosi nella specie, un modulo del tutto generico ed incompleto, dal quale non sia possibile desumere con certezza che il paziente abbia ottenuto in modo esaustivo le informazioni necessarie relative al trattamento da effettuarsi⁶⁹.

In caso di eventuale "promemoria" allegato al consenso "informato", contenente le fondamentali e dettagliate informazioni in ordine all'indicazione terapeutica, alla metodica dell'intervento, ed al decorso *post* operatorio è necessario che tale modulo sia anche sottoscritto per approvazione dal paziente, quale elemento idoneo a fornire almeno un principio di prova in ordine all'avvenuta prestazione delle informazioni indispensabili, prodromiche all'esecuzione dell'intervento.

In concreto, anche ai fini della sussistenza dell'illecito occorre verificare le effettive possibilità che il paziente aveva di rapportarsi di fronte all'atto medico, se vi erano alternative diagnostiche o terapeutiche e va accertata la presunzione di consenso ove il paziente fosse stato, invece, informato

⁶⁷ Cass., 14 marzo 2006, n. 5444; Cass., 30 luglio 2004, n. 14638. Per la giurisprudenza di merito cfr. Trib. Novara, 5 giugno 2007, n. 409; Trib. Paola, 15 maggio 2007, n. 462.

⁶⁸ Sulla (ri)distribuzione dell'onere della prova in caso di lesione della salute, SIMONE, *Consenso informato e onere della prova*, in *Danno resp.*, 2010, 685.

⁶⁹ Cass., 8 ottobre 2008, n. 24791.

(cd. prognosi postuma), considerando che se l'intervento è riuscito non vi è neanche responsabilità civile.

Solo se vi erano concrete alternative all'intervento vi è responsabilità del sanitario e diritto al risarcimento del paziente se prova che avrebbe optato per una diversa scelta.

Questioni in tema di emotrasfusioni

Trattasi di una pratica terapeutica non esente da rischi e in relazione alla quale occorre il consenso "informato"; non rientra tra i trattamenti sanitari obbligatori⁷⁰.

Relativamente al contagio da emotrasfusione eseguita all'interno della struttura sanitaria, gli obblighi a carico della stessa ai fini della declaratoria della sua responsabilità, vanno posti in relazione sia agli obblighi normativi esistenti al tempo dell'intervento e relativi alle trasfusioni di sangue (quali quelli relativi alla identificabilità del donatore e del centro trasfusionale di provenienza - cd. tracciabilità del sangue -) che agli obblighi più generali di cui all'art. 1176 c.c. nell'esecuzione delle prestazioni che il medico o la struttura possono aver violato nella singola fattispecie⁷¹.

Per i soggetti in stato di incoscienza e in pericolo di vita, ove il medico provveda alla trasfusione, sussiste la scriminante dello stato di necessità o la scriminante putativa dell'adempimento di un dovere (art. 59 c.p.) in relazione ad un consenso presunto anche in forza dell'art. 4 D.M. 1 settembre 1995, n. 4 che prevede che se il paziente è in pericolo imminente di vita è possibile effettuare trasfusioni anche senza il suo consenso.

Naturalmente analitiche informazioni al riguardo dovranno essere indicate nella cartella clinica.

La emotrasfusione non è prevista tra i trattamenti sanitari obbligatori *ex art. 32 co. 2, Cost. e L. 13 maggio 1978 n. 180*, dovendosi escludere una situazione di incapacità o malattia mentale del paziente⁷².

Il medico presiede alla fase iniziale della trasfusione, verifica che il decorso sia normale dopo di che, affidandosi alla vigilanza del personale infermieristico, rimane pronto ad intervenire in caso di emergenza.

L'obbligo di assistenza e vigilanza del sanitario durante una trasfusione non implica la presenza costante del medico al fianco del paziente durante l'intero arco temporale della trasfusione, quanto piuttosto la verifica da parte del sanitario che la trasfusione proceda regolarmente senza manifestare gli effetti collaterali tipici che ne impongono la immediata interruzione⁷³.

⁷⁰ VALORE, Profili della responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria per trasfusione infette, in Giust. Civ., 2010, 1610.

⁷¹ Cass., 20 aprile 2010, n. 9315; Cass. Civ. SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 577.

⁷² Cass., 16 dicembre 2008, n. 14883.

⁷³ Cass. Pen., 14 gennaio 2010, n. 11232.

Costituisce obbligo del medico, secondo le *leges artis*, essendo indubbio il connotato di pericolosità insito nella trasfusione del sangue, assumere la relativa decisione con attenzione e prudenza, scegliendo tra il fare ed il non fare in base all'esistenza o meno della necessità per le condizioni della paziente e non della mera opportunità discrezionale.

Va preliminarmente esaminato il quadro normativo in materia:

- il Ministero della Salute ha obblighi di farmacovigilanza in materia di produzione, commercializzazione e consumo di sangue umano e dei suoi derivati, sull'intero territorio nazionale;
- la L. n. 519 del 1973, attribuisce all'Istituto superiore di sanità compiti attivi a tutela della salute pubblica;
- la L. n. 592/1967, (art. 1) attribuisce al Ministero le direttive tecniche per l'organizzazione, il funzionamento ed il coordinamento dei servizi inerenti alla raccolta, preparazione, conservazione, e distribuzione del sangue umano per uso trasfusionale, alla preparazione dei suoi derivati e ne esercita la vigilanza, nonché (art. 21) il compito di autorizzare l'importazione e l'esportazione di sangue umano e dei suoi derivati per uso terapeutico. Il D.P.R. n. 1256/1971, contiene norme di dettaglio che confermano nel Ministero la funzione di controllo e vigilanza in materia (artt. 2, 3, 103, 112);
- la L. 23 dicembre 1978, n. 833, che ha istituito il Servizio Sanitario Nazionale conserva al Ministero della Sanità, oltre al ruolo primario nella programmazione del piano sanitario nazionale ed a compiti di indirizzo e coordinamento delle attività amministrative regionali delegate in materia sanitaria, importanti funzioni in materia di produzione, sperimentazione e commercio dei prodotti farmaceutici e degli emoderivati (art. 6 lett. *b, c*), mentre l'art. 4, n. 6, conferma che la raccolta, il frazionamento e la distribuzione del sangue umano costituiscono materia di interesse nazionale;
- il D.L. n. 443/1987, stabilisce la sottoposizione dei medicinali alla cd. "farmacovigilanza" da parte del Ministero della Sanità, che può stabilire le modalità di esecuzione del monitoraggio sui farmaci a rischio ed emettere provvedimenti cautelari sui prodotti in commercio.

Ne consegue che, anche prima dell'entrata in vigore della L. 4 maggio 1990, n. 107, contenente la disciplina per le attività trasfusionali e la produzione di emoderivati, deve ritenersi che sussistesse in materia, sulla base della legislazione vigente, un obbligo di controllo, ~~direttive~~ e vigilanza in materia di sangue umano da parte del Ministero della sanità, anche strumentale alla funzione di programmazione e coordinamento in materia sanitaria. L'omissione da parte del Ministero di attività funzionali alla realizzazione dello scopo per il quale l'ordinamento attribuisce il potere (qui concernente la tutela della salute pubblica) lo espone a responsabilità extracontrattuale, quando, come nella fattispecie, dalla violazione del vincolo interno costituito dal dovere di vigilanza nell'interesse pubblico, il quale è strumentale ed accessorio a quel potere, siano derivate violazioni dei diritti soggettivi dei terzi⁷⁴.

L'attività di trasfusione è connotata da obiettiva pericolosità; ne consegue che incorre in responsabilità contrattuale, imputabile anche alla struttura sanitaria, il medico che - in mancanza di una situazione di reale emergenza e senza informare adeguatamente il paziente del rischio obiettivo

⁷⁴ Cass. Pen., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 576.

che tale pratica terapeutica presentava - abbia eseguito una trasfusione di sangue, non testato a causa della quale il paziente abbia contratto una malattia⁷⁵.

In tal caso si è sostenuto che andava, comunque, affermata la responsabilità dell'ospedale, in concorso con quella del medico, se questi, in violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente, non lo avesse "informato" che correva un grave pericolo di salute, sulla necessità delle trasfusioni, sui risultati conseguibili, sulle scelte alternative, e sui conseguenti rischi prevedibili, anche in relazione alle dotazioni e attrezzature della struttura ove avveniva la trasfusione, in tal modo violando un obbligo contrattuale di informazione e con negligenza grave, dell'obbligo della buona fede nell'esecuzione della prestazione.

Con riferimento ai doveri che incombono sul medico e il diritto di autodeterminazione del paziente, e dunque, sui limiti etici e giuridici dell'intervento medico, bisogna tener conto dell'assenza di fonti normative specifiche e della presenza invece di implicazioni scientifiche, etiche, politiche, così che gli interventi giudiziari che si sono succeduti negli ultimi anni hanno rappresentato risposte contingenti del processo di armonizzazione, nell'ottica dei principi costituzionali (artt. 2 e 32 Cost.).

Configura illecito civilmente rilevante ed obbliga al ristoro del danno derivante l'attività del medico che esegue una trasfusione di sangue forzatamente in favore di soggetto Testimone di Geova che coscientemente nega di volervi essere sottoposto, quando tale emotrasfusione oltrepassi l'esercizio della funzione di garanzia posta in capo ai medici. Ciò avviene allorché sia eseguita una contenzione violenta e non autorizzata del paziente al fine di consentire l'esecuzione della terapia salvavita non desiderata del paziente.

Se all'epoca della trasfusione non era esistente un test per accertare se il sangue fosse infetto per HIV, la scelta di praticare la trasfusione era discrezionalmente, ma motivatamente e razionalmente, affidata al medico alla luce del quadro clinico del paziente, ma sussiste l'obbligo del medico di informare il paziente sul rischio di un grave pericolo di salute, sulla necessità delle trasfusioni, sui risultati conseguibili, sulle scelte alternative, e sui conseguenti rischi prevedibili, anche in relazione alle dotazioni e attrezzature della struttura ove avveniva la trasfusione⁷⁶.

Infatti in materia di colpa professionale e di nesso di causalità per il contagio derivato dalla trasfusione di sangue infetto, già a decorrere dagli anni Sessanta/Settanta sussistevano obblighi normativi (L. n. 592/1967; D.P.R. n. 1256/1971, che all'art. 44, prescriveva di controllare se il donatore di sangue era stato affetto da epatite virale vietandone in tal caso la trasfusione ad altri; L. n. 519/1973; L. n. 833/1973) e controlli volti ad impedire la trasmissione di malattie mediante il sangue infetto.

Peraltro, già a decorrere dalla metà degli anni Sessanta erano esclusi dalla possibilità di donare il sangue coloro i cui valori delle transaminasi e delle GPT - indicatori della funzionalità epatica - erano alterati rispetto ai *ranges* prescritti, così come già a partire dalla data di rilevazione

⁷⁵ Cass., 20 aprile 2010, n. 9315, principio affermato in relazione ad una trasfusione eseguita nel 1984, che il giudice di merito aveva accertato non essere necessaria, rispetto alla quale il paziente non avrebbe prestato il proprio consenso ove correttamente informato.

⁷⁶ Cass., 20 aprile 2010, n. 9315.

diagnostica dell'epatite B (1973), era obbligatoria la ricerca della presenza dell'antigene 3 in ogni singolo campione di sangue o plasma⁷⁷.

La trasfusione è una terapia notoriamente a rischio e la scelta se ricorrervi o meno non è rimessa solo alla discrezionalità del medico, dovendosi tener conto che, per la diligenza qualificata dallo stesso esigibile, fin dagli anni Sessanta, era notorio il rischio di contrarre malattie infettive mediante trasfusioni di sangue, a tale terapia doveva ricorrersi soltanto se i danni potenziali, anche diversi dal contagio per HIV, che pur si era manifestato nel 1982 anche in Italia (con circolare del 1983 n. 64 il predetto Ministero invitò le U.S.L. ad individuare centri per effettuare i test di attività del sistema linfocitario), fossero inferiori ai benefici conseguibili⁷⁸.

L'esecuzione della trasfusione senza neppure testare il test per accertare la presenza di infezioni del sangue è gravemente colpevole ed in violazione del D.M. 18 giugno 1971, artt. 65 e ss. e D.P.R. n. 1256 /1971, art. 44, se all'epoca della trasfusione, era conosciuta la malattia trasmissibile attraverso la trasfusione (es: con riferimento all'epatite B, il relativo test era disponibile dal 1975, ed erano conosciuti fin dal 1981 test surrogati per accertare la presenza di valori ematochimici sospetti nel sangue dei donatori con deplezione linfocitaria e che perciò dovevano essere esclusi dal circuito e tale accertamento avrebbe impedito anche il contagio di altri virus ancora non sufficientemente conosciuti)⁷⁹.

Se dalla cartella clinica non emerge che la trasfusione è urgente, e dalle analisi del paziente non risulta che è necessaria, non vi è nessuna scelta discrezionale del sanitario, la cui condotta deve essere considerata colpevole, non potendosi effettuare trasfusioni ritenute opportune, se non sono necessarie, se non previa adeguata informazione del paziente.

Pertanto, l'inosservanza della normativa innanzi richiamata, del protocollo e delle linee guida delle *leges artis*, disposta proprio allo scopo di evitare i rischi specifici, configura grave inadempimento contrattuale del medico per condotta commissiva ed omissiva, imputabile anche alla struttura sanitaria ai sensi dell'art. 1228 c.c. se si riesca a dimostrare che se non fosse stata praticata la trasfusione o comunque se fosse stato testato il sangue del donatore, la morte della stessa non si sarebbe verificata⁸⁰.

È compito del medico informare adeguatamente il paziente se i rischi connessi alla trasfusione siano inferiori ai benefici conseguibili e dimostrare, anche in base al principio della vicinanza della prova, che le trasfusioni sono necessarie, con conseguente obbligo di riportare il tutto nella cartella clinica e di conservare la documentazione medica sulle condizioni della paziente.

Il medico, quindi, non può effettuare trasfusioni ritenute opportune, se non sono necessarie, con conseguente responsabilità, estesa anche alla struttura sanitaria, in caso di comportamento contrario.

La ritenuta pericolosità della pratica terapeutica della trasfusione del sangue e dell'uso degli emoderivati, riconosciuta nel D.M. sanità 15 gennaio 1991, art. 19, come non esente da rischi,

⁷⁷ Cass., 20 aprile 2010, n. 9315; Cass. SS.UU. nn. 576, 581, 582 e n. 584/2008.

⁷⁸ Cass., 20 aprile 2010, n. 9315, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1751.

⁷⁹ Cass., 20 aprile 2010, n. 9315.

⁸⁰ Cass., 20 aprile 2010, n. 9315; Cass. SS.UU., n. 576 e 582/2008.

essendo il sangue possibile veicolo di infezioni, non rende, tuttavia pericolosa l'attività ministeriale, la cui funzione apicale, è solo quella di controllare e vigilare a tutela della salute pubblica, in quanto il Ministero ha compiti non direttamente gestionali, ma piuttosto di supervisione e controllo.

Anche gli interventi per la distribuzione e ripartizione del plasma tra le strutture sanitarie o le autorizzazioni per l'importazione del plasma non possono considerarsi elementi di conferma di un'attività in senso lato imprenditoriale, elemento necessario per la responsabilità *ex art. 2050 c.c.*, in quanto si tratta di incombenze meramente complementari e funzionali all'organizzazione generale di un settore vitale per la collettività⁸¹.

È stata individuata anche una delimitazione temporale della responsabilità del Ministero; infatti, finché non erano conosciuti dalla scienza medica mondiale, i virus della HIV, HBC ed HCV, proprio perché l'evento infettivo da detti virus era già astrattamente inverosimile, in quanto addirittura anche astrattamente sconosciuto, mancava il nesso causale tra la condotta omissiva del Ministero e l'evento lesivo, in quanto all'interno delle serie causali non poteva darsi rilievo che a quelle soltanto che, nel momento in cui si produsse l'omissione causante e non successivamente, non apparivano del tutto inverosimili, tenuto conto della norma comportamentale o giuridica, che imponeva l'attività omessa. La Corte di legittimità, quindi, giudicava esente da vizi logici la sentenza della Corte di appello, che aveva ritenuto di delimitare la responsabilità del Ministero a decorrere dal 1978 per l'HBC (epatite B), dal 1985 per l'HIV e dal 1988 per l'HCV (epatite C), poiché solo in tali rispettive date erano stati conosciuti dalla scienza mondiale rispettivamente i virus ed i test di identificazione⁸².

L'eventuale concorso di responsabilità in capo ad altri soggetti, oltre al Ministero della Salute, non esclude la possibilità per i danneggiati di esercitare l'azione risarcitoria anche nei confronti di altri responsabili solidali.

Grava, quindi, sul Ministero della Salute una responsabilità extracontrattuale per i danni causati dalla violazione dei doveri di sorveglianza e di controllo che fanno capo su di esso in quanto primo responsabile della raccolta e distribuzione del sangue, considerando anche che la "materia prima" viene reperita in larga parte da donatori pagati, provenienti dall'America o dall'Africa.

La responsabilità aquiliana si affianca a quella contrattuale del medico e/o dell'ospedale.

Va anche esclusa la responsabilità del Ministero *ex art. 2049 c.c.* (cd. responsabilità datoriale), non sussistendo alcun rapporto di dipendenza tra le A.S.L. e il Ministero non potendo quest'ultimo rispondere degli eventuali fatti dannosi delle strutture sanitarie, in quanto manca un rapporto di preposizione tra il Ministero e le persone giuridiche pubbliche (A.S.L., Aziende ospedaliere), tutte dotate di piena autonomia, capacità e responsabilità.

Va, anche, esclusa una responsabilità contrattuale del Ministero per la piena autonomia giuridica, rispetto allo Stato, dell'Ente erogatore dei servizi sanitari; tale rapporto contrattuale si instaura solo

⁸¹ Cass. Pen., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 576.

⁸² Cass. Pen., 31 maggio 2005, n. 11609.

tra il paziente e la struttura sanitaria e a tale contratto è completamente estraneo il Ministero della Salute⁸³.

Va segnalato il ritardo nell'intervento a livello normativo del legislatore che emanato solo nel 1990, con la legge n. 107 il cd. Piano sangue; tale ritardo, unito alla scarsa attenzione ai richiami a livello comunitario, si estende dal piano della normazione primaria alla normazione secondaria, con scarso coordinamento a livello amministrativo, da cui probabilmente è derivata l'inadeguatezza del controllo.

Le Sezioni Unite ritengono che non sussistono tre eventi lesivi - trasfusione con sangue infetto, contagio infettivo, lesione dell'integrità -, come se si trattasse di tre serie causali autonome ed indipendenti, ma di un unico evento lesivo, cioè la lesione dell'integrità fisica (essenzialmente del fegato), per cui unico è il nesso causale; già a partire, ad esempio, dalla data di conoscenza dell'epatite B sussiste la responsabilità del Ministero anche per il contagio degli altri due virus, che non costituiscono eventi autonomi e diversi, ma solo forme di manifestazioni patologiche dello stesso evento lesivo dell'integrità fisica da virus veicolati dal sangue infetto, che il Ministero non aveva controllato, come pure era obbligato per legge⁸⁴.

La responsabilità del Ministero della Salute sussiste per le infezioni sorte successivamente al momento in cui la scienza medica ha raggiunto le necessarie conoscenze sulle predette infezioni, secondo la teoria del nesso di causalità⁸⁵.

Trattasi, pur sempre, di regole statistiche e probabilistiche.

Risarcibili sono anche i danni indiretti, in base al principio della regolarità causale mediato con la regolarità statistica, in base ai quali l'evento non deve apparire come conseguenza imprevedibile⁸⁶.

Non può, invece, ritenersi la responsabilità del Ministero a norma dell'art. 1225 c.c., per cui il responsabile risponde anche dei danni imprevedibili: tale norma attiene, secondo la condivisibile dottrina prevalente, non al nesso di causalità materiale, ma a quella giuridica, relativa alla valutazione e determinazione dei danni.

Termine di prescrizione dell'azione risarcitoria per emotrasfusione

Rilevante è accertare il termine di prescrizione dell'azione di natura extracontrattuale nei confronti del Ministero della Salute, fondata sull'art. 2043 c.c.

Le Sezioni Unite della Cassazione hanno precisato che il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno di chi assume di aver contratto per contagio una malattia per fatto doloso o colposo di un terzo decorre, a norma degli artt. 2935 e 2947, n. 1, c.c., non dal giorno in cui il terzo

⁸³ Cass. Pen., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 576.

⁸⁴ Cass. Pen., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 576.

⁸⁵ Cass. Civ., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 581; Cass. Civ., 31 maggio 2005, n. 11609; Cass. Civ., 21 febbraio 2003, n. 2645.

⁸⁶ Cass. Civ., 6071/2004; Cass. Civ., n. 5962/2002.

determina la modificazione che produce il danno altrui o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, ma dal momento in cui viene percepita o può essere percepita quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenuto conto delle conoscenze scientifiche.

Il *dies a quo* va ancorato a due parametri oggettivi:

- l'ordinaria diligenza dell'uomo medio;
- la comune conoscenza scientifica che in merito alla patologia in esame era ragionevole richiedere all'epoca dei fatti ai soggetti cui la persona lesa si è rivolta.

La Suprema Corte ha anche affermato che, qualora il soggetto leso abbia anche presentato domanda per l'indennizzo ex L. n. 210/92, appare ragionevole ritenere che già dal momento della proposizione della domanda amministrativa (e non dalla data del responso sulla predetta domanda emesso dalle Commissioni mediche ospedaliere) la persona lesa abbia avuto una sufficiente percezione sia del tipo di malattia contratta che delle conseguenze dannose⁸⁷.

Dal momento della proposizione della domanda amministrativa la vittima del contagio deve comunque aver avuto una sufficiente percezione sia del tipo di malattia, che delle possibili conseguenze dannose, percezione la cui esattezza viene solo confermata con la certificazione emessa dalle commissioni mediche, con la conseguenza che il *dies a quo* della decorrenza della prescrizione coincide con la data di presentazione della domanda alla commissione medico ospedaliera⁸⁸.

Il termine di prescrizione non può decorrere dal momento del responso delle Commissioni mediche ospedaliere, non apparendo convincente la tesi contraria per diversi ordini di motivi: *“perché offre effettivamente il destro al creditore per dilatare a suo piacere il corso della prescrizione; perché potrebbe portare ad affermare che il dies a quo inizi anche a decorrere a causa già iniziata, negando l'effetto interruttivo connaturato alla proposizione dell'azione; perché rischia di enfatizzare il ruolo della consulenza medico-legale (effettuata peraltro in riferimento al diverso procedimento di liquidazione dell'indennizzo). Inoltre è illogico ritenere che il decorso dei termini di prescrizione possa iniziare dopo che la parte si è comunque attivata per chiedere un indennizzo per lo stesso fatto lesivo, pur nella diversità tra diritto all'indennizzo e diritto al pieno risarcimento di tutte le conseguenze del fatto dannoso”*⁸⁹.

Nella eventuale condotta colposamente omissiva degli organi del Ministero preposti alla farmacosorveglianza, invece, possono configurarsi esclusivamente il reato di lesioni colpose, anche gravissime, ovvero quello di omicidio colposo.

La prescrizione decennale - prevista nel caso di omicidio colposo - potrà operare solo in favore di coloro che (congiunti del danneggiato) abbiano agito in giudizio *iure proprio*, per il risarcimento del danno causato dal decesso del congiunto a seguito di emotrasfusione. In tutti gli altri casi,

⁸⁷ Per tale orientamento, cfr. Trib. Roma, 7 gennaio 2010, n. 81.

⁸⁸ Trib. Roma, 7 gennaio 2010, n. 81.

⁸⁹ Trib. Roma, 7 gennaio 2010, n. 81.

invece, la prescrizione sarà quinquennale, qualora venga richiesto il risarcimento del danno conseguente alle lesioni colpose derivanti da emotrasfusione⁹⁰.

Invece la decadenza è una forma di sottoposizione dell'esercizio di un diritto ad un termine.

La norma di diritto transitorio contenuta nell'art. 3, co. 7, a seguito dell'entrata in vigore della L. n. 238/97, va riferita anche ai termini introdotti da quest'ultima, con la conseguenza che il termine triennale di decadenza per coloro che hanno contratto l'epatite *post* trasfusionale in epoca precedente alla legge 1997 decorre dalla entrata in vigore della stessa. In presenza di una modifica normativa che introduce un termine di decadenza che prima non sussisteva, la nuova disciplina entra in vigore con efficacia generale, quindi anche per chi già si trovava nella situazione richiesta dalla legge per far valere il diritto ora sottoposto a decadenza. Per costoro non si determina una situazione giuridica diversa, se non su di un punto specifico: il termine naturalmente decorre dal momento della entrata in vigore della legge che lo ha introdotto⁹¹.

Se una legge introduce o riduce la durata di un termine per far valere un diritto, la nuova normativa si applica anche a chi era già titolare del diritto, con la sola particolarità che in quel caso la decorrenza opera dal momento della entrata in vigore della modifica legislativa.

Si tratta di un principio generale dell'ordinamento, che trova riscontro nell'art. 252 disp. att. c.c. che sancisce che quando per l'esercizio di un diritto (ovvero per la prescrizione o per l'usucapione) il codice stabilisce un termine più breve di quello stabilito dalle leggi anteriori, il nuovo termine si applica anche all'esercizio dei diritti sorti anteriormente e alle prescrizioni e usucapioni in corso, ma con decorrenza dalla entrata in vigore della nuova disciplina.

Non vi sono ragioni per distinguere il caso in cui la nuova legge riduca il termine per l'esercizio di un diritto, rispetto al caso in cui lo introduca laddove prima non vi era.

Occorre anche stabilire il termine di prescrizione sugli interessi maturati sui ratei arretrati dell'indennizzo riconosciuto dalla L. n. 210/1992, *ex art.* 1 per complicanze irreversibili a causa di emotrasfusione.

L'indennizzo *ex L.* n. 210/1992 non ha natura assistenziale in quanto la sua funzione non è quella di liberare dal bisogno bensì di apprestare una forma di ristoro a favore di soggetti che avessero riportato gravi menomazioni alla propria integrità psico-fisica pur in assenza di colpa del Servizio Sanitario⁹².

Non avendo l'indennizzo natura assistenziale, trova applicazione l'art. 2948, n. 4, c.c., che pone per gli interessi un termine prescrizione di cinque anni con decorrenza dal momento in cui il credito principale è divenuto liquido ed esigibile, ossia da quando era intervenuto il provvedimento di liquidazione.

⁹⁰ Trib. Roma, 15 aprile 2009, n. 8071.

⁹¹ Cass. Civ., sez. lav., 9 dicembre 2009, n. 25746.

⁹² Cass. Civ., sez. lav., 9 dicembre 2009, n. 25746.

Quindi, con riferimento alle somme erogate per le causali predette, sono dovuti, in caso di ritardo nell'erogazione, trattandosi di prestazione assistenziale, gli interessi legali a decorrere dal centoventunesimo giorno dalla domanda amministrativa, non potendo gravare sull'assistito, in applicazione del principio di salva guardia della consistenza economica delle prestazioni assistenziali, la complessità del procedimento amministrativo⁹³.

La prescrizione breve quinquennale di cui all'art. 2948 c.c., n. 4, trova applicazione solo per i ratei già liquidati e non riscossi, in considerazione della liquidità ed esigibilità del credito ed essendo la *ratio* della prescrizione breve quella di liberare il debitore dalle prestazioni scadute e non rimosse tempestivamente dal creditore, mentre è assoggettato alla prescrizione ordinaria decennale il diritto al pagamento dei ratei arretrati, maturati prima della liquidazione, effettuata unitariamente per l'intero periodo, e della relativa somma dovuta a titolo di interessi, in quanto costituente parte integrante del credito base, secondo la disciplina dei crediti di lavoro estesa alla materia previdenziale ed assistenziale per effetto degli interventi operati dalla Corte Costituzionale⁹⁴.

È possibile chiedere i danni da emotrasfusioni, anche se si è ottenuto l'indennizzo dal Ministero della Salute?

Si ritiene che la risposta debba essere affermativa, nei limiti dell'effettivo danno subito, in base al principio generale dell'integrale risarcimento del danno alla persona, affermato anche dalle sentenze cd. di San Martino del 11 novembre 2008 delle Sezioni Unire della Cassazione⁹⁵.

L'indennizzo ha natura assistenziale e non esclude la possibilità di agire giudizialmente per chiedere il pieno risarcimento del danno subito⁹⁶.

In caso di erogazione di pensione a carico INPS o se il danneggiato è coperto da assicurazione privata, in relazione all'indennizzo non è applicabile il principio della *compensatio lucri cum damno*, in quanto, pur essendo identico il fatto dannoso, il titolo giuridico del risarcimento è diverso.

Il principio generale dell'integrale risarcimento del danno subito, va temperato col principio della non debenza dell'eventuale eccedenza rispetto alla totalità del danno, in forza del principio di non arricchimento del danneggiato che non può ottenere, complessivamente, sia pure a vario titolo, una somma maggiore del danno effettivamente subito.

La domanda di indennizzo rientra nella competenza funzionale del giudice del lavoro, quella risarcitoria è di competenza del giudice ordinario non specializzato.

⁹³ Cass., sez. III, 10 novembre 2008, n. 26883; Cass. Civ., sez. lav., 12 novembre 2003, n. 17047; Cass. Civ., sez. lav., 9 maggio 2003, n. 7141; Cass. Civ., sez. lav., 21 ottobre 2000, n. 13923.

⁹⁴ Cass. sez. lav., 9 dicembre 2009, n. 25746; Cass. sez. lav., 2 ottobre 1998, n. 9803.

⁹⁵ Cfr. Cass. SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 581. Affronta la questione del cumulo tra i benefici economici (risarcimento ed indennizzo *ex lege* n. 210/92) MELILLO, *Sangue infetto: la responsabilità dello Stato tra certezze, mezze verità e reticenze nel primo responso della Cassazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, 225.

⁹⁶ Per i profili risarcitori in caso di infezione da HCV per effetto di emotrasfusione Cass. SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 583.

La natura indennitaria della prestazione prescinde dalla colpa ed è liquidata in misura prefissata dalla legge ed è, quindi, possibile che la somma ottenuta non sia soddisfattiva e ristoratrice dell'intero danno subito dalla vittima.

Si può, pertanto, agire giudizialmente per chiedere il pieno risarcimento del danno differenziale, anche se si è già ottenuto l'indennizzo: indennizzo e risarcimento non sono strumenti alternativi e il primo non esclude il diritto ad ottenere l'integrale risarcimento dei danni.

Il danneggiato non potrà, tuttavia, percepire più di quello che gli spetta in relazione al danno subito.

Si pone quindi il problema di ridurre proporzionalmente la misura del risarcimento e di individuare su quale voce del danno risarcibile incidere, decurtando da essa l'importo percepito a titolo di indennizzo, o se far riferimento generico alla *compensatio lucri cum danno*.

La trasfusione e l'impiego di emoderivati costituiscono attività pericolosa?

Sussiste il connotato di pericolosità insito nella trasfusione del sangue, con conseguente possibile affermazione di responsabilità del sanitario responsabile e della struttura *ex art. 2050 c.c.*⁹⁷.

Ove ritenuta sussistente tale ipotesi di responsabilità ne conseguirebbe l'esonero, per il danneggiato, di fornire la prova dell'elemento soggettivo, o quanto meno di ribaltare sul danneggiante l'onere di fornire una difficile prova liberatoria (art. 2050 c.c.).

Non è ritenuta sufficiente la dimostrazione dell'assenza di violazioni alle regole di condotta imposte dalla legge, ma è necessaria anche la dimostrazione in positivo di aver adottato tutte le misure che possono essere suggerite da criteri di diligenza, perizia e soprattutto prudenza.

Le argomentazioni che inducono a ritenere che possa trattarsi di attività pericolosa poggiano sulla considerazione che il rischio da contagio è insito nell'attività trasfusionale: la legge 4 maggio 1990, n. 107 espressamente contempla, tra le molteplici funzioni attribuite ai servizi di immunoematologia e trasfusione, l'attuazione di «*tutte le misure atte a valutare e prevenire la diffusione della malattie post-trasfusionali, principalmente quelle infettive*» (art. 5. co. 2, lett. t); v. anche il D.P.C.M. 1 settembre 2000, secondo il quale «l'implementazione di un sistema di qualità nelle strutture trasfusionali è un presupposto essenziale per minimizzare i rischi della trasfusione», ed il successivo D.M. 25 gennaio 2001, art. 12, così recita: «il ricevente la trasfusione di sangue o di emocomponenti e/o la somministrazione di emoderivati, preventivamente informato che tali procedure possono non essere comunque esenti da rischio, è tenuto ad esprimere per iscritto il proprio consenso o dissenso».

Esistono quindi argomenti di valenza logica e normativa utilizzabili per sostenere che l'attività trasfusionale, anche se esercitata all'interno delle strutture pubbliche, possa rientrare tra le attività pericolose ai sensi dell'art. 2050 c.c., stante il fatto che la trasfusione, rimedio insopprimibile e

⁹⁷ Sulle emotrasfusioni come attività pericolose, AIELLO, Responsabilità del medico e della struttura sanitaria: danno da emotrasfusioni e violazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica, in Resp. civ. prev., 2010, 1751.

salvavita per talune patologie, porta con sé da sempre la probabilità di esposizione a contagio di malattie anche letali⁹⁸.

È “di comune conoscenza che la trasfusione del sangue, rimedio prezioso per casi clinici talvolta disperati, è anche il mezzo diretto e sicuro per comunicare infezioni da soggetto a soggetto”.

Infatti debbono esser ritenute pericolose, oltre alle attività prese in considerazione per la prevenzione di infortuni o la tutela dell'incolumità pubblica, anche tutte quelle altre che, pur non essendo specificate o disciplinate, abbiano tuttavia una pericolosità intrinseca o comunque dipendente dalle modalità di esercizio o dai mezzi di lavoro impiegati.

La responsabilità aggravata si giustifica sia in ragione della natura intrinsecamente pericolosa dell'attività di produzione per il commercio di tali sostanze, sia in ragione della prevedibilità delle possibili gravi conseguenze dell'attività espletata, da cui discende l'obbligo in capo agli stessi di adottare tutte le misure necessarie per evitare il danno.

Tale conclusione supera la tradizionale ritrosia ad applicare la previsione dell'art. 2050 c.c. ad una attività “biologica”, quale è considerata l'attività medico chirurgica in tema di emotrasfusioni.

L'esecuzione degli interventi trasfusionali esula, quindi, dalla prestazione d'opera professionale del sanitario e della struttura.

Appare strano che la responsabilità, in tali evenienze, vada ricondotta al momento della esecuzione della trasfusione, tralasciando tutti i vari momenti propedeutici alla realizzazione della trasfusione, quali la selezione dei donatori, l'operazione di prelievo del sangue, il controllo della qualità virologica, la manutenzione delle apparecchiature, la buona conservazione dei reagenti, la corretta identificazione ed etichettatura delle varie unità di sangue ed infine la corretta assegnazione finale della unità al paziente che ne ha necessità.

Ai fini di una corretta imputazione delle responsabilità dovrebbe accertarsi in quali di questi momenti di colloca la condotta colposa che ha portato alla trasfusione infetta.

I principali riferimenti normativi sono i seguenti:

- art. 1, co. 1, della L. 13 marzo 1958, n. 296, istitutiva del Ministero della Sanità: a detta Amministrazione è demandata fin dal suo nascere una competenza generale al fine di “provvedere alla tutela della salute pubblica”. Su tale competenza si fonda la responsabilità del Ministero, in particolare in ordine all'attività di approvvigionamento, controllo e sorveglianza della produzione, distribuzione e commercializzazione dei medicinali; in base alla normativa comunitaria, anche il sangue può rientrare nella nozione di “medicinale”; infatti, l'art. 1 della Dir. 65/65 CEE del 26 gennaio 1965 prevede che tra questi rientri, tra l'altro «ogni sostanza da somministrare all'uomo [...] allo scopo [...] di ripristinare, correggere o modificare funzioni organiche dell'uomo»; l'art. 1 prosegue poi individuando esplicitamente tra queste sostanze il sangue umano e i suoi derivati;

⁹⁸ Ritengono trattarsi di attività pericolosa, Cass. Civ., n. 1138/1995; Cass. Civ., n. 814/1997; Cass. Civ., n. 8069/1993.

- L. 14 luglio 1967, n. 592 («*Raccolta, conservazione e distribuzione del sangue umano*»), in base alla quale lo Stato agisce quale produttore, per la raccolta del plasma, e/o acquirente, per la materia prima e gli emoderivati importati, nonché distributore per l'uso di essi. L'art. 1, in particolare, attribuisce al Ministero la potestà di emanare le direttive tecniche per l'organizzazione, il funzionamento e il coordinamento dei servizi inerenti alla raccolta, preparazione, conservazione e distribuzione del sangue umano per uso trasfusionale, nonché alla preparazione dei suoi derivati, con il correlativo obbligo di esercitare la necessaria vigilanza;
- l'art. 21 della stessa legge prevede che: «l'importazione e l'esportazione del sangue umano conservato e dei suoi derivati, per uso terapeutico, profilattico e diagnostico sono autorizzate dal Ministero della Sanità secondo le modalità stabilite con apposito decreto»; il decreto contenente il relativo regolamento di esecuzione venne adottato però solo a distanza di quattro anni (D.P.R. 24 agosto 1971, n. 1256, pubblicato il 26 gennaio 1972). Esso prevede controlli efficaci e mirati sul sangue raccolto, presso i Centri trasfusionali e di plasmaferesi, a quell'epoca ancora da istituire;
- decreto del Ministero della Sanità 18 giugno 1971, previsto nella legge n. 592/1967, che impartisce direttive tecniche per la determinazione dei requisiti del sangue umano e dei suoi derivati.

Termine di prescrizione dell'azione civile per i danni da emotrasfusione e, in genere, per i danni lungolatenti e il relativo *dies a quo*

Trattandosi di responsabilità contrattuale, ai danni conseguenti ad emotrasfusioni si applica il termine ordinario decennale di prescrizione.

Occorre, tuttavia, determinare il termine iniziale della prescrizione (*dies a quo*).

Se trattasi di fatti plurimi è più arduo determinare tale termine, in quanto può capitare che, nell'arco della vita, il paziente si sottoponga a emotrasfusioni e all'assunzione di emoderivati, presso diverse strutture pubbliche, mentre il contagio avvenga in conseguenza di un singolo fatto traumatico: in tale evenienza è difficile individuare con precisione quale sia stata la singola trasfusione o la somministrazione di prodotti che abbia causato la contrazione del virus.

Trattasi, comunque, di una questione di fatto che dovrà essere risolta in base ai consueti mezzi di prova, potendosi anche fare ricorso alle presunzioni che operano, tuttavia, previa puntuale allegazione delle circostanze note (es: ricovero e presso condizioni di vita) da cui desumere il fatto ignoto (contagio).

È stato avanzato il dubbio, in relazione all'AIDS, che ha diverse stadiazioni della malattia, se si debba far riferimento ad un unico termine di prescrizione o a più termini per ciascuna fase della patologia.

Si è sostenuto che il *dies a quo* della prescrizione debba essere individuato autonomamente per l'HIV da una parte e per l'AIDS conclamato dall'altra, in quanto, anche se il suo manifestarsi costituisce una ulteriore conseguenza dannosa della sieropositività, tale gravità e rilevanza non può

considerarsi un semplice sviluppo o aggravamento del danno già insorto, operando due autonomi termini prescrizionali.

In base a tale orientamento l'AIDS conclamato rappresenterebbe una nuova ed autonoma lesione che giustifica la proponibilità di un'autonoma azione risarcitoria, con propria autonomia prescrizionale.

La giurisprudenza della Cassazione è di opinione contraria, ritenendo che unico sia il termine iniziale di prescrizione, avendo affermato che non sussistono tre eventi lesivi per AIDS, HBV e HCV come se si trattasse di tre serie causali autonome ed indipendenti, ma di un unico evento lesivo (cioè la lesione dell'integrità fisica, essenzialmente del fegato), per cui unico è il nesso causale: trasfusione con sangue infetto - contagio infettivo - lesione dell'integrità⁹⁹.

Termine di prescrizione per i danni da emotrasfusione nei confronti del Ministero per la Salute

Il termine di prescrizione per l'azione proposta nei confronti del Ministero della salute che risponde in via extracontrattuale *ex art. 2049 o 2043 c.c.* è di cinque anni, salvo l'applicazione del più lungo termine prescrizionale in caso di reato.

Va, tuttavia, esclusa la configurabilità del reato di lesioni colpose plurime, stante l'impossibilità di individuare in capo al Ministero una condotta omissiva unica dalla quale far scaturire le lesioni sofferte dai vari danneggiati, tanto più se si tiene conto che le singole attività di omissioni di controllo e vigilanza fanno capo a diversi soggetti (persone fisiche) succedutesi nel tempo con diversi e successivi atti di autorizzazione alla commercializzazione ed al consumo di partite di sangue.

È da escludere il reato di epidemia colposa (artt. 438 e 452 c.p.), in quanto quest'ultima fattispecie, presuppone la volontaria diffusione di germi patogeni, sia pure per negligenza, imprudenza o imperizia, con conseguente incontrollabilità dell'eventuale patologia in un dato territorio e su un numero indeterminabile di soggetti e non si concilia con l'addebito di responsabilità a carico del Ministero, in termini di omessa sorveglianza sulla distribuzione del sangue e dei suoi derivati.

È, invece, configurabile il reato di lesioni colpose, anche gravissime, o del reato di omicidio colposo non potendosi negare che il comportamento colposamente omissivo da parte degli organi del Ministero preposti alla farmacosorveglianza sia stata una causa, quanto meno concorrente, nella produzione dell'evento dannoso¹⁰⁰.

Si può riportare la decorrenza della prescrizione negli illeciti lungolatenti alla figura della fattispecie a formazione progressiva in cui sussista una *condicio iuris* di efficacia, legata al manifestarsi della malattia.

⁹⁹ Cass. Civ., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 581.

¹⁰⁰ Cass. Civ., SS.UU. 11 gennaio 2008, n. 581.

La giurisprudenza ha innalzato diversi paletti alla soggettività della valutazione dello stesso danneggiato con il riferimento alla ordinaria diligenza e alla diffusione delle conoscenze scientifiche, pur non avendo la Suprema Corte riempito tali due principi di contenuto, lasciando tale valutazione all'interprete.

Per poter usufruire di un termine più lungo di prescrizione rispetto a quello quinquennale di cui all'art. 2947, c. 1, c.c., sarebbe necessario ritenere ipotizzabili i reati di lesioni colpose plurime o di epidemia colposa, o omicidio colposo, per i quali i termini prescrizionali sono maggiori in base alla legge cd. Cirielli.

Sebbene il regime della prescrizione penale sia cambiato (L. 5 dicembre 2005, n. 251), va, tuttavia, osservato che la prescrizione da considerare (ai fini civilistici di cui all'art. 2947, c. 3) è quella prevista alla data del fatto, mentre i principi di cui all'art. 2 c.p. attengono solo agli aspetti penali, per effetto di successioni di leggi penali nel tempo¹⁰¹.

Per l'individuazione del *dies a quo* occorre una rigorosa analisi delle informazioni, cui la vittima ha avuto accesso o per la cui acquisizione si sarebbe dovuta diligentemente attivare, della loro idoneità a consentire al danneggiato una conoscenza, ragionevolmente completa, circa i dati necessari per l'instaurazione del giudizio (non solo il danno, ma anche il nesso di causa e le azioni/omissioni rilevanti) e della loro disponibilità in capo al convenuto, con conseguenti riflessi sulla condotta tenuta da quest'ultimo eventualmente colpevole di non avere fornito quelle informazioni alla vittima, nei casi in cui era a ciò tenuto (ciò è pacifico negli ordinamenti anglosassoni, in tema di *medical malpractice*)¹⁰².

La maggiore prescrizione penale nell'ipotesi di configurabilità di omicidio colposo opera solo in favore di quegli attori (congiunti del contagiato) che abbiano agito in giudizio (*iure proprio*) per il risarcimento del danno causato dal decesso ascrivibile all'emotrasfusione (o all'assunzione di emoderivati) con sangue infetto e non per tutti gli altri attori che abbiano agito nello stesso giudizio solo per richiedere il risarcimento del danno conseguente a lesioni colpose.

Quando, invece, ricorra solo quest'ultima ipotesi (lesioni colpose) la prescrizione di tale reato matura in sei anni¹⁰³.

La previsione dell'art. 2947, c. 3, c.c. si riferisce, senza alcuna discriminazione, a tutti i possibili soggetti passivi della pretesa risarcitoria e si applica, pertanto, non solo all'azione civile esperibile contro la persona penalmente imputabile, ma anche all'azione civile diretta contro coloro che siano tenuti al risarcimento a titolo di responsabilità indiretta¹⁰⁴.

Nel caso in cui l'illecito civile sia considerato dalla legge come reato ma il giudizio penale non sia stato promosso, l'eventuale più lunga prescrizione prevista per il reato si applica anche all'azione di risarcimento dei danni, a condizione che il giudice civile accerti *incidenter tantum* la sussistenza

¹⁰¹ Cass. SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 581.

¹⁰² Cass. SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 581.

¹⁰³ Cass. Civ., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 581.

¹⁰⁴ Cass. Civ., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 581; Cass. Civ., 9 ottobre 2001, n.12357; Cass. Civ., 6 febbraio 1989, n.729.

di una fattispecie che integri gli estremi di un fatto-reato in tutti i suoi elementi costitutivi, soggettivi e oggettivi¹⁰⁵.

Grava sul Ministero convenuto, che eccepisce la prescrizione, l'onere di provare i fatti su cui si fonda la prescrizione stessa e cioè gli elementi idonei a dimostrare che, utilizzando l'ordinaria diligenza e sulla base delle conoscenze scientifiche del tempo il danneggiato ha acquisito, o avrebbe dovuto acquisire conoscenza del danno e del suo autore oltre cinque anni prima della proposizione dell'azione¹⁰⁶.

Vanno anche valutati aspetti soggettivi, quali la condizione cognitiva in cui si trovava l'attore a partire dal momento in cui i dati scientifici gli avrebbero consentito quella conoscenza.

La relativa prova incombe sul Ministero che eccepisce la prescrizione.

La giurisprudenza romana ha superato il problema ritenendo che il danneggiato non abbia contezza del danno fino all'accertamento del nesso causale da parte della Commissione Medica Ospedaliera.

Appare opportuno un contemperamento tra i due principi secondo i quali da un lato l'eccezione di prescrizione costituisce eccezione in senso proprio e dall'altro la prova di un fatto deve essere fornita dalla parte che ha la disponibilità dei relativi elementi di prova.

Termine di prescrizione dell'azione penale per i reati connessi a trasfusioni infette

Sotto il profilo penale il regime della prescrizione è cambiato (L. 5 dicembre 2005, n. 251); la prescrizione da considerare, ai fini civilistici di cui all'art. 2947, co. 3, è quella prevista alla data del fatto, mentre il principio di cui all'art. 2 c.p. (legge più favorevole) attiene solo agli aspetti penali.

Per poter usufruire di un termine più congruo di prescrizione sarebbe necessario ritenere ipotizzabili i reati di lesioni colpose plurime o di epidemia colposa, o omicidio colposo, per i quali i termini prescrizionali erano di dieci anni.

Mentre per il reato di omicidio colposo è necessario che sia avvenuto il decesso del paziente, è da escludere anche il reato di epidemia colposa (artt. 438 e 452 c.p.), in quanto quest'ultima fattispecie, presupponente la volontaria diffusione di germi patogeni, sia pure per negligenza, imprudenza o imperizia, con conseguente incontrollabilità dell'eventuale patologia in un dato territorio e su un numero indeterminabile di soggetti, non appare conciliarsi con l'addebito di responsabilità a carico del Ministero, se prospettato in termini di omessa sorveglianza sulla distribuzione del sangue e dei suoi derivati: in ogni caso, la posizione del Ministero è quella di un soggetto non a diretto contatto con la fonte del rischio.

Elementi connotanti il reato di epidemia sono:

¹⁰⁵ Cass. Civ., SS.UU. 11 gennaio 2008, n. 581; Cass. Civ., 28 luglio 2000, n.9928; Cass. Civ., 10 giugno 1999, n. 5701.

¹⁰⁶ I due parametri sono richiamati da Cass. n. 2645/2003.

- la sua diffusività incontrollabile all'interno di un numero rilevante di soggetti, mentre nel caso dell'HCV e dell'HBV non si è al cospetto di malattie a sviluppo rapido ed autonomo verso un numero indeterminato di soggetti;
- l'assenza di un fattore umano imputabile per il trasferimento da soggetto a soggetto, mentre nella fattispecie è necessaria l'attività di emotrasfusione con sangue infetto;
- il carattere contagioso e diffuso del morbo, la durata cronologicamente limitata del fenomeno (poiché altrimenti si verserebbe in endemia)¹⁰⁷.

Nel caso di emotrasfusioni infette è ravvisabile, nella generalità dei casi, il reato di lesioni, anche gravissime, non potendosi negare, che per le ragioni sopra dette, il comportamento colposamente omissivo da parte degli organi del Ministero preposti alla farmacosorveglianza sia stata una causa, quanto meno concorrente, nella produzione dell'evento dannoso.

La prescrizione del reato di lesioni colpose è pari, in base alla legge cd. Cirielli, a sei anni, rispetto ai cinque di quella extracontrattuale.

Va esclusa anche la configurabilità del reato di lesioni colpose plurime stante l'impossibilità di individuare in capo al Ministero una condotta omissiva unica dalla quale scaturirebbero le lesioni sofferte dai vari danneggiati, tanto più se si tiene conto che le singole attività di omissioni di controllo e vigilanza fanno capo a diversi soggetti (persone fisiche) succedutisi nel tempo con diversi e successivi atti di autorizzazione alla commercializzazione ed al consumo di partite di sangue¹⁰⁸.

***Dies a quo* di prescrizione dell'azione penale per i reati connessi a trasfusioni infette**

Occorre individuare il *dies a quo* per la decorrenza della prescrizione in ipotesi di fatto dannoso lungolatente, quale è quello relativo a malattia da contagio.

Nel campo civilistico ai sensi dell'art. 2935 c.c., la prescrizione della pretesa risarcitoria inizia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere. Ai fini penali si è fatto riferimento all'art. 2947 c.c., che prevede che il diritto al risarcimento del danno da fatto illecito si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il "fatto si è verificato".

L'art. 2947 c.c., pur riferendosi al solo campo della responsabilità aquiliana, ha finito per costituire il terreno elettivo dell'indagine e dell'elaborazione giurisprudenziale sul *dies a quo* in tutte le azioni risarcitorie: a ben vedere, l'individuazione del momento iniziale della prescrizione è infatti sempre stata affrontata partendo dalla specificazione contenuta all'art. 2947 c.c., e dunque con riferimento al fatto originatore del danno, con un ruolo piuttosto defilato da quanto riportato nella prima norma menzionata¹⁰⁹.

Occorre verificare quale sia il significato da attribuirsi all'espressione "verificarsi del fatto".

Il parametro della "conoscibilità del danno" è stato interpretato nel senso che, ai fini del decorso della prescrizione, non è sufficiente la mera consapevolezza della vittima di "stare male", bensì

¹⁰⁷

¹⁰⁸ Cass. Pen., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 576.

¹⁰⁹ Cass. Pen., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 576.

occorre che quest'ultima si trovi nella possibilità di apprezzare la “gravità” delle conseguenze lesive della sua salute anche con riferimento alla loro “rilevanza giuridica” e la giurisprudenza ha interpretato tale locuzione specificando che il danno si manifesta all'esterno quando diviene “oggettivamente percepibile e riconoscibile”¹¹⁰.

Con un successivo orientamento la Corte ha ritenuto che il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno di chi assume di avere contratto per contagio una malattia per fatto doloso o colposo di un terzo inizia a decorrere, a norma dell'art. 2947 c.c., co. 1, non dal momento in cui il terzo determina la modificazione che produce danno all'altrui diritto o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, ma dal momento in cui la malattia viene percepita o può essere percepita quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche¹¹¹

Il solo modello ancorato al parametro della “conoscibilità del danno” può, in taluni casi, rilevarsi del tutto insoddisfacente e fuorviante: infatti, sviluppare una malattia irreversibile (ad esempio, un'epatite cronica) o comunque duratura, oppure trovarsi permanentemente menomati a livello di integrità psicofisica sono tutte situazioni che, se da un lato sostanziano la “conoscibilità del danno”, dall'altro lato non necessariamente danno luogo alla “conoscibilità del fatto giuridicamente rilevante ai fini di un'azione risarcitoria”, ovvero alla “conoscibilità del fatto illecito”; in tutta una serie di casi, infatti, la vittima, senza sua negligenza, si trova ad ignorare la causa del suo stato psicofisico o, al massimo, può sul punto formulare mere ipotesi, prive tuttavia di riscontri sufficientemente oggettivi anche ai fini dell'istruzione di una causa sul piano probatorio e certo tali da escludere che l'inattività della stessa possa esplicare effetti negativi sotto il profilo dell'interruzione della prescrizione¹¹².

Se, invece, non sia conoscibile la causa del contagio, la prescrizione non può iniziare a decorrere, poiché la malattia, sofferta come tragica fatalità non imputabile ad un terzo, non è idonea in sé a concretizzare il “fatto” che l'art. 2947 c.c., co. 1, individua quale esordio della prescrizione¹¹³.

Trovano, quindi, applicazione unitaria il principio della “conoscibilità del danno” e quello della “rapportabilità causale”.

L'individuazione del *dies a quo* ancorata originariamente al parametro dell’“esteriorizzazione del danno” si sposta alla “percepibilità e riconoscibilità del danno”¹¹⁴.

¹¹⁰ Cass., 10 giugno 1999, n. 5701; Cass., n. 12666/2003; Cass., n. 9927/2000. Anche per le malattie professionali e per talune ipotesi di lesioni fisiche cagionate da infortuni sul lavoro la Sezione lavoro della Suprema Corte, riportando l'esigenza di certezza in capo alla vittima, ha formulato una nozione piuttosto precisa di che cosa si debba intendere per “manifestazione del danno” che deve essere comprensiva, anche della conoscenza della causa professionale della lesione, Cass. n. 2002/2005; Cass. n. 19575/ 2004; Cass. n. 23110/2004.

¹¹¹ Cass. Pen., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 576.

¹¹² Cass. Pen., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 576.

¹¹³ Cass., 21 febbraio 2003, n. 2645; Cass. 5 luglio 2004, n. 12287; Cass. 8 maggio 2006, n. 10493.

¹¹⁴ Tale orientamento trova conferma nell'espressa disciplina normativa in tema di prescrizione del diritto al risarcimento dei danni derivanti dall'impiego di energia nucleare e da prodotti difettosi. La L. 31 dicembre 1962, n. 1860, art. 23, comma 1 («impiego pacifico dell'energia nucleare»), nel testo novellato dal D.P.R. 10 maggio 1975, n. 519, dispone che “le azioni per il risarcimento dei danni alle cose e alle persone dipendenti da incidenti nucleari si prescrivono nel termine di tre anni dal giorno in cui il danneggiato abbia avuto conoscenza del danno e dell'identità

Non rileva, tuttavia, la mera conoscibilità soggettiva del danneggiato, occorrendo due parametri obiettivi, l'uno interno e l'altro esterno al soggetto:

- il parametro dell'ordinaria diligenza,
- il livello di conoscenze scientifiche dell'epoca, non con riferimento al soggetto leso, in relazione al quale l'ordinaria diligenza dell'uomo medio si esaurisce con il portarlo presso una struttura sanitaria per gli accertamenti sui fenomeni patologici avvertiti, ma in relazione alla comune conoscenza scientifica che in merito a tale patologia era ragionevole richiedere in una data epoca ai soggetti a cui si è rivolta (o avrebbe dovuto rivolgersi) la persona lesa.

Occorre una rigorosa analisi da parte del Giudice di merito sul contenuto della diligenza esigibile dalla vittima nel caso concreto, ovvero sulle informazioni che erano in suo possesso, o alle quali doveva esser messa in condizioni di accedere, o che doveva attivarsi per procurarsi.

Valore del responso delle Commissioni Mediche Ospedaliere

Le Commissioni Mediche Ospedaliere di cui alla L. n. 210/1992, art. 4, sono istituite presso ospedali militari.

Devono, in termini generali, considerarsi tempestive tutte le azioni promosse prima o nei cinque/dieci anni dalla comunicazione dei risultati dell'analisi della Commissione Medica Ospedaliera che consentono di ritenere la conoscenza della malattia da parte del paziente, essendo illogico ritenere che il decorso del termine di prescrizione possa iniziare dopo che la parte si è comunque attivata per chiedere un indennizzo per lo stesso fatto lesivo.

Deve, quindi, ritenersi, in base ad una valutazione logica che, dal momento della proposizione della domanda amministrativa la vittima del contagio deve comunque aver avuto una sufficiente percezione sia della malattia, sia del tipo di malattia che delle possibili conseguenze dannose, percezione la cui esattezza viene solo confermata con la certificazione emessa dalle commissioni mediche.

Il danno si manifesta all'esterno quando diviene "oggettivamente percepibile e riconoscibile" anche in relazione alla sua rilevanza giuridica.

Qualora invece non sia conoscibile la causa del contagio, la prescrizione non può iniziare a decorrere, poiché la malattia, sofferta come tragica fatalità non imputabile ad un terzo, non è idonea

dell'esercente responsabile oppure avrebbe dovuto ragionevolmente esserne venuto a conoscenza". Inoltre il D.P.R. 24 maggio 1988, n. 224, art. 13, co. 1 e 2, (recante «attuazione della direttiva CEE numero 85/374 relativa al riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, ai sensi della L. 16 aprile 1987, n. 183, art. 15») prescrive che «Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in tre anni dal giorno in cui il danneggiato ha avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza del danno, del difetto e dell'identità del responsabile. Nel caso di aggravamento del danno, la prescrizione non comincia a decorrere prima del giorno in cui il danneggiato ha avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza di un danno di gravità sufficiente a giustificare l'esercizio di un'azione giudiziaria», Cass. Pen., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 576.

in sé a concretizzare il “fatto” che l’art. 2947, co. 1, c.c. individua quale esordio della prescrizione¹¹⁵.

L’individuazione del *dies a quo* ancorata solo ed esclusivamente al parametro dell’“esteriorizzazione del danno” può anche rivelarsi limitante ed impedire una piena comprensione delle ragioni che giustificano l’inattività (incolpevole) della vittima rispetto all’esercizio dei suoi diritti¹¹⁶.

Non deve farsi riferimento ad una mera conoscibilità soggettiva del danneggiato, in quanto il termine iniziale del decorso della prescrizione deve essere saldamente ancorato a due parametri obiettivi, l’uno interno e l’altro esterno al soggetto, e cioè da un lato al parametro dell’ordinaria diligenza, dall’altro al livello di conoscenze scientifiche dell’epoca, comunque entrambi verificabili dal giudice senza scivolare verso un’indagine di tipo psicologico.

In particolare, per quanto riguarda l’elemento esterno delle comuni conoscenze scientifiche esso non andrà apprezzato in relazione al soggetto leso, in relazione al quale l’ordinaria diligenza dell’uomo medio si esaurisce con il portarlo presso una struttura sanitaria per gli accertamenti sui fenomeni patologici avvertiti, ma in relazione alla comune conoscenza scientifica che in merito a tale patologia era ragionevole richiedere in una data epoca ai soggetti a cui si è rivolta (o avrebbe dovuto rivolgersi) la persona lesa.

Tuttavia non può ritenersi che solo con la comunicazione di tale responso inizi a decorrere la prescrizione, consentendo al creditore di dilatare a suo piacere il corso della prescrizione.

Si potrebbe affermare che il *dies a quo* inizi anche a decorrere a causa già iniziata, negando l’effetto interruttivo connaturato alla proposizione dell’azione; si rischia, inoltre, di enfatizzare il ruolo della consulenza medico-legale (effettuata peraltro in riferimento al diverso procedimento di liquidazione dell’indennizzo). Inoltre è illogico ritenere che il decorso del termine di prescrizione possa iniziare dopo che la parte si è comunque attivata per chiedere un indennizzo per lo stesso fatto lesivo, pur nella diversità tra diritto all’indennizzo e diritto al pieno risarcimento di tutte le conseguenze del fatto dannoso¹¹⁷.

Occorre esaminare la diligenza della vittima a fronte della sua sofferenza, e alla diligenza impiegata nell’accedere alle informazioni necessarie per risalire dalla malattia esteriorizzatasi alle sue cause, e, infine, al responsabile del danno.

Tenuto conto che l’indennizzo è dovuto solo in presenza di danni irreversibili da vaccinazioni, emotrasfusioni o somministrazioni di emoderivati, appare ragionevole ipotizzare che dal momento della proposizione della domanda amministrativa la vittima del contagio deve comunque aver avuto una sufficiente percezione sia della malattia, sia del tipo di malattia che delle possibili conseguenze

¹¹⁵ Cass. Civ., SS.UU. 11 gennaio 2008, n. 581; Cass. Civ., 21 febbraio 2003, n. 2645; Cass. Civ., 5 luglio 2004; Cass. Civ., 8 maggio 2006, n.10493.

¹¹⁶ Cass. Civ., SS.UU. 11 gennaio 2008, n. 581.

¹¹⁷ Cass. Pen., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 576.

dannose, percezione la cui esattezza viene solo confermata con la certificazione emessa dalle commissioni mediche¹¹⁸.

La condanna generica al risarcimento dei danni in sede penale, vincola il giudice quanto all'an debeatur

La condanna generica al risarcimento dei danni, quale mera declaratoria *iuris*, non esige alcuna indagine in ordine all'effettiva esistenza, alla specifica fonte o alla reale estensione del danno risarcibile, ma postula soltanto l'accertamento della potenziale capacità lesiva dell'illecito penale, inteso nel suo complesso, e della probabile esistenza di un nesso di causalità tra questo ed il pregiudizio lamentato; resta salva, nel giudizio di liquidazione del *quantum*, la facoltà del giudice civile di individuare, nell'ambito del fatto virtualmente dannoso accertato in sede penale, l'esistenza stessa e la effettiva entità del danno in rapporto eziologico con il fatto illecito¹¹⁹.

Quindi, ai fini della pronuncia di condanna generica al risarcimento dei danni, non è necessario che il danneggiato dia la prova della loro effettiva sussistenza e del nesso di causalità fra questi e l'azione dell'autore dell'illecito, ma è sufficiente l'accertamento di un fatto potenzialmente produttivo di conseguenze dannose. La predetta pronuncia costituisce, infatti, una mera "*declaratoria juris*", da cui esula ogni accertamento relativo sia alla misura sia alla stessa esistenza del danno, il quale è rimesso al giudice della liquidazione¹²⁰.

È consentita al giudice civile l'autonoma valutazione e qualificazione dei fatti storicamente accertati dal giudice penale?

Vi è contrasto nella giurisprudenza di legittimità.

In senso favorevole si è affermato che non tutti i fatti che hanno formato oggetto del giudizio penale, costituendo la fonte o la semplice premessa della pronuncia finale, hanno efficacia vincolante nel giudizio civile; di tale efficacia sono dotati i fatti che, sebbene non siano espressamente enunciati nel capo di imputazione come elementi costitutivi o come circostanze del reato contestato, si pongano come antecedenti logici necessari della decisione e debbano essere obbligatoriamente accertati dal giudice penale in senso positivo o negativo affinché possa essere pronunciata la condanna o l'assoluzione dell'imputato o anche essere affermata una circostanza del reato¹²¹.

A corollario di tale interpretazione si è sostenuto che solo quando l'oggetto dell'accertamento coincida in sede penale e civile, nel giudizio extrapenale è inibito un nuovo accertamento in ordine ai medesimi fatti, mentre in ogni altro caso la sentenza penale vale a fornire semplici elementi di

¹¹⁸ Cass. Pen., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 576.

¹¹⁹ Cass., 5 giugno 2008, n. 36657, dep. 24 settembre 2008; Cass., 11 aprile 1989, n. 11813 (dep. 7 settembre 1989).

¹²⁰ Cass., 28 febbraio 1992, n. 3220 (dep. 18 marzo 1992).

¹²¹ Cass., 19 maggio 2003, n. 7765.; Cass. Civ. 15 febbraio 2001, n. 2200.

giudizio non vincolanti, ferma restando la libertà del giudice civile di formare il proprio convincimento in base alle risultanze del processo in corso¹²².

In senso contrario è stato osservato che in tema di rapporto tra giudizio penale e giudizio civile - come disciplinato dal vigente codice di procedura penale del 1988 (ai sensi degli artt. 652 e 654), a differenza di quello previgente (art. 25) - l'azione civile per danni è preclusa dal giudicato penale che rechi un effettivo e specifico accertamento circa l'insussistenza o del fatto o della partecipazione dell'imputato¹²³.

Si è sostenuto, a supporto di tale orientamento, che l'autorità del giudicato (anche penale) copre sia il dedotto che il deducibile, ovvero non soltanto le questioni di fatto e di diritto investite esplicitamente dalla decisione (cd. giudicato esplicito), ma anche le questioni che - sebbene non investite esplicitamente dalla decisione - costituiscano comunque presupposto logico essenziale ed indefettibile della decisione stessa (c.d. giudicato implicito), restando salva ed impregiudicata soltanto la sopravvenienza di fatti e di situazioni nuove, che si siano verificate dopo la formazione del giudicato o, quantomeno, che non fossero deducibili nel giudizio, in cui il giudicato si è formato¹²⁴.

Pertanto, in base a tale orientamento, il giudicato penale di assoluzione - con la formula "perché il fatto non sussiste" - preclude la proposizione, nel giudizio civile di risarcimento del danno derivante dal medesimo fatto-reato, di una ricostruzione della vicenda che postuli, sotto altra prospettiva, l'esistenza di elementi di fatto, che risultino esclusi - sia pure implicitamente - dal giudicato penale¹²⁵.

Domenico Chindemi

Consigliere della Corte di Cassazione

¹²² Cass., 19 maggio 2003, n. 7765.

¹²³ Cass. Civ., 20 aprile 2006, n. 9235.

¹²⁴ Cass. Civ., 20 aprile 2006, n. 9235.

¹²⁵ Cass. Civ., 20 aprile 2006, n. 9235. Nella specie, la Suprema Corte, con riguardo all'azione di un lavoratore infortunato per il risarcimento del cd. danno differenziale, ha rigettato il motivo di ricorso e confermato sul punto la sentenza impugnata con la quale era stato ritenuto che la predetta azione doveva considerarsi preclusa dal giudicato penale di assoluzione, dal reato di lesioni colpose, del legale rappresentante della società datrice di lavoro, per insussistenza del fatto, in dipendenza della ravvisata carenza del nesso causale tra condotta dell'imputato ed evento pregiudizievole, che copriva, quantomeno implicitamente, anche l'addebito di "omessa adozione delle misure di sicurezza prescritte dalla legge".

Gli spunti per il dibattito sono tratti, col consenso dell'editore, dal mio volume, *La responsabilità del medico e della struttura sanitaria*, Altalex, 2011.