



LA CONDOTTA DEL GINECOLOGO E DELL'OSTETRICO NEL CALEIDOSCOPIO DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA

PASQUALE STANZIONE

SOMMARIO: 1. Responsabilità civile e responsabilità medica tra regola ed eccezione. Il cd. “sottosistema” della responsabilità ginecologica ed ostetrica. – 2. *Wrongful Life* e crisi del sistema: il difficile inquadramento dogmatico del danno da “nascita indesiderata”. – 3. La natura “contrattuale” della responsabilità del medico e dell’ente ospedaliero nell’affiorare di profili di “impalpabilità aquiliana”. – 4. I criteri di valutazione della condotta sanitaria. – 5. Evidenza circostanziale e deduzione di negligenza: il principio *res ipsa loquitur*. – 6. Il multiforme atteggiarsi del dovere di informazione in ambito ginecologico. – 7. Omessa informazione e nesso di causalità: il principio probabilistico. – 8. La natura del danno. Brevi cenni in tema di danno esistenziale. – 9. Considerazioni conclusive.

1. “E’ difficile rimanere imperatore in presenza di un medico; difficile anche conservare la propria essenza umana”.

La complessità della relazione medico/paziente – complessità che l’immagifica Yourcenar, nelle sue *Memorie di Adriano*, riguardava attraverso l’occhio del clinico che vede nel malato null’altro se non un “povero amalgama di linfa e di sangue” – è segnata, sul piano del diritto, da un approccio, della giurisprudenza come della dottrina, non sempre lineare e coerente. E le contraddizioni risultano ancor più evidenti nella definizione della fase patologica del rapporto, lì dove il dibattito sulla responsabilità medica¹ si disvela in tutta la sua varietà e vivacità di contributi e di soluzioni, che, ora specificando la funzione della colpa, ora ragionando in punto di consenso o di nesso di causalità, ora, infine, rivisitando la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, contribuiscono all’affermarsi di nuove regole di maggiore tutela del paziente². Una volta, infatti, abiurato – per così dire – all’atteggiamento di “perdonismo” nei riguardi del clinico ovvero, in un estremo opposto, di “accanimento”³ e di

¹ Sul tema della responsabilità medica, cfr., *ex plurimis*, P. STANZIONE, V. ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1999, *passim* e l’ampia bibliografia *ivi* citata; M. BILANCETTI, *La responsabilità civile e penale del medico*, Padova, 2001; A. FIORI, *Quarant’anni di giurisprudenza della Cassazione nella responsabilità medica*, Milano, 2000. Per i profili di diritto comparato, G. AUTORINO STANZIONE, *Le “responsabilità speciali”*, Napoli, 1994.

² In questi termini P. STANZIONE, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 391 ss.

³ Sul punto, M. GORDONI, *Il consolidamento di una generica esigenza equitativa alla base dell’affermazione della responsabilità sanitaria*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, p. 1174, nonché M. BARNI, G. MONCIOTTI, *La colpa medica nella giurisprudenza di fine secolo*, *ibidem*, 2001, p. 254. Appare, dunque, lontano “lo scenario normativo del codice civile del 1942, in cui il professionista godeva di un’ampia zona di irresponsabilità, giustificata dal profilo creativo del prestatore d’opera intellettuale, lontano dall’esercizio professionale di un’attività economica, organizzata dall’imprenditore commerciale”: V.



conseguente “involuzione difensiva della condotta sanitaria⁴”, si è giunti ad una fase c.d. “dell’attenzione” nella elaborazione giurisprudenziale della colpa e di rivisitazione della posizione del contraente debole (il malato). Difficile non scorgere in un simile evolversi del gioco delle parti la mistica del prepotente insinuarsi in altri settori del diritto di neo istanze di tutela del consumatore. Difficile non cogliere, anche solo a livello semantico, il senso di una “mutazione” che preferisce al lemma tradizionale di “responsabilità del medico”⁵ il più vasto sintagma di “responsabilità medica”⁶. E la diversa opzione lascia intravedere, altresì sul piano letterale, quel fenomeno di “responsabilizzazione globale, rafforzato ed uniforme”⁷ degli operatori sanitari e, al tempo stesso, della struttura ospedaliera che la società propone ed il modello giuridico (progressivamente) recepisce.

De iure condito, un siffatto ampliamento delle responsabilità riflette, *rectius* traduce in atto, la visione personalistica e garantista che trascorre lungo tutto il dettato costituzionale e che si inverte, con maggiore incisività, nel disposto degli artt. 2 e 3 cost. La crescente attenzione verso la definizione di una specifica “autonomia concettuale” del diritto alla salute appare così la manifestazione più evidente del tentativo di valorizzare a livello sistematico un profilo essenziale della persona umana. Le categorie tradizionali risentono del mutamento: la nozione di “colpa” professionale del medico risulta ridisegnata nei contenuti attraverso il progressivo allontanamento dallo schema generale di riferimento offerto dall’art. 2236 c.c. ed il graduale abbandono dell’assioma secondo cui il medico sarebbe tenuto ad una obbligazione di mezzi e non di risultato⁸.

I modelli usuali e le consolidate distinzioni concettuali di fondo (si pensi – ancora – all’antitesi tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale) vacillano al rafforzarsi dell’immagine della responsabilità medica quale vero e proprio “sottosistema”⁹ della

CARBONE, *Sviluppi ed orientamenti della responsabilità professionale medica nei confronti dell’embrione*, in *Danno e resp.*, 2000, p. 1173. Lo sviluppo della società moderna ha, così, determinato “l’insostenibilità di posizioni privilegiate non più tollerabili” e l’emergere di mutate esigenze di tutela del soggetto più debole del rapporto, vale a dire il paziente.

⁴ Lo evidenzia M. BARNI, *La responsabilità medica verso il difficile approdo all’assicurazione obbligatoria*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, p. 830 ss.

⁵ Per descrivere, appunto, la responsabilità civile per i danni cagionati al paziente da un trattamento medico infausto.

⁶ Il rilievo è di S. WINKLER, *Risoluzione extragiudiziale delle controversie mediche*, in *Danno e resp.*, 2003, 11, p. 1041.

⁷ La riflessione è riproposta da M. GORDONI, *L’incidenza delle disfunzioni della struttura ospedaliera sulla responsabilità “sanitaria”*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, p. 953.

⁸ Cfr. P. STANZIONE, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, cit. Sul superamento della distinzione già V. CARBONE, *Obbligazioni di mezzi e di risultato tra progetti e tatuaggi*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 550 ss. Con riguardo alla rilevanza attuale della distinzione nel nostro ordinamento, cfr., altresì, G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996, p. 171 e ss. La partizione connota, peraltro, diverse aree di *civil law*. A titolo esemplificativo può ricordarsi come la differenziazione tra *obligation de moyen* e *obligation de résultat* si sia diffusa in Francia ad opera di DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, vol. V, Paris, 1928, n. 1237.

⁹ È diffusa l’idea “secondo cui quello della responsabilità medica avrebbe finito col costituire un vero e proprio “sottosistema” della responsabilità civile”: E. QUADRI, *Profili della responsabilità medica con particolare riguardo alla ginecologia ed ostetricia: esperienza recenti e prospettive*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, p. 320.



responsabilità civile. La crasi con le categorie generali si amplifica nei singoli settori dell'attività sanitaria, dove principi, criteri, logiche, congetture dogmatiche ulteriori rivendicano una propria identità che rispecchi la particolarità della materia trattata. Di guisa che, allorché l'attenzione del giurista si sofferma sulla considerazione particolare della prestazione ginecologica ciò che colpisce non è tanto l'indubbia crescita quantitativa del contenzioso avente ad oggetto casi di *malpractice*, quanto piuttosto il chiaro profilarsi di scenari per molti versi distinti da quelli tipici della stessa responsabilità medica, ai quali pure aveva, con fatica, dovuto accostarsi. E non a caso, da taluni, si aggettiva come “perdurante”¹⁰ la difficoltà di sussumere sotto i consueti denominatori della colpa e del danno vicende e situazioni assai differenziate tra di loro che tale ambito della medicina propone, trascorrendo da ipotesi di paralisi cerebrale ad altre di ipossia perinatale (solo in parte ascrivibile con certezza a fattori *intra partum*), ad altre, ancora, di danno da “nascita indesiderata” per insuccesso della pratica abortiva o dell'intervento di sterilizzazione o per omessa rilevazione delle malformazioni del feto.

2. Ragioni di semplificazione logica inducono, pertanto, dottrina e giurisprudenza a ricondurre sotto la comune definizione di *Wrongful Life* la variegata gamma di fattispecie, distinte sia sul piano temporale¹¹, sia sul piano teleologico, ma pur sempre riconducibili, almeno nella generalità dei casi, alla natività o alla sua (volontaria) negazione. Il danno da “nascita indesiderata”, in realtà, ha risvolti molteplici, difficilmente sintetizzabili nelle icastiche partizioni della *Wrongful Birth* e della *Wrongful Life* elaborate dalla dottrina anglosassone¹².

Tra i primi in argomento, R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica – Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, *passim*.

¹⁰ Tale la considera M. ROSSETTI, *Errore, complicanza e fatalità: gli incerti confini della responsabilità civile in ostetricia e ginecologia*, in *Danno e resp.*, 2001, p. 13.

¹¹ Prima, cioè, o dopo la nascita del bambino. Cfr. F. B. d'USSEAU, *Insuccesso dell'intervento di interruzione di gravidanza e risarcimento del danno*, in *Famiglia*, 2003, p. 1179 ss.

¹² Al fine, appunto, di distinguere le pretese risarcitorie derivanti dal prodursi stesso della nascita, da quelle conseguenti alla nascita (non desiderata e non correttamente diagnosticata) di bambini malati. L'origine dell'espressione *wrongful life*, in particolare, è da ricondurre al caso *Zepeda v. Zepeda* (*Court of Illinois*, 3 aprile 1963, 190 NE 2 ed. 849), nel quale il figlio aveva intrapreso azione giudiziaria contro il proprio genitore (il padre, nella specie), ritenendolo responsabile della propria condizione di inferiorità, consistente nello *status* di figlio illegittimo. L'evoluzione successiva della giurisprudenza americana è nel senso, tuttavia, di una negazione del *tort of wrongful life* nei casi in cui la pretesa risarcitoria provenga dal soggetto che lamenta di essere nato in condizioni di svantaggio. In Europa la vivacità del dibattito è attestata dai numerosi pronunciati in argomento. In Germania, si segnalano così *BverfG*, 28 maggio 1993, in *JZ*, 1993, p. 16 ss. Più di recente, *BverfG*, 12 novembre 1997, in *Danno e resp.*, 1998, p. 419 ss. Per il punto della situazione in Inghilterra ed in Australia, per tutti, F. D'ANGELO, *Wrongful birth e wrongful life negli ordinamenti inglese e australiano*, in D'ANGELO (a cura di), *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, Milano, 1999, p. 156 ss. Più complessa la vicenda francese con il noto *affaire Perruche* deciso dalla *Cour de Cassation*, 17 novembre 2000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, p. 209 ss., nel senso di accogliere la richiesta di risarcimento del danno nei riguardi del bambino nato con gravi handicap e “costretto” a vivere una vita da disabile a causa della negligenza del medico nell'accertare la malattia (rosolia) da cui era affetta la madre. Il clamore seguito alla decisione ha condotto alla approvazione (non pacifica) della *loi n. 2002- 303* del 4 marzo 2002, meglio nota come *loi*



Esso, poi, nel nostro ordinamento ha origini ben più risalenti nel tempo, se è vero che fa la sua apparizione agli inizi degli anni cinquanta attraverso le conclusioni di un giudicato di merito dai toni forti e dirompenti rispetto alla razionalità di un sistema normativo ancora lontano dalle grandi riforme (famiglia, divorzio, aborto). Di un sistema normativo, cioè, poco propenso a giustificare una decisione di condanna nei riguardi di genitori “colpevoli” di avere “inflitto” alla propria figlia ereditaria le sofferenze e le infelicità di una vita “malata”¹³. Placatosi lo scalpore di una sentenza non più in grado, al giorno d’oggi, di stupire, le attuali posizioni della giurisprudenza appaiono connotate da una più matura considerazione del tema e da una sua analisi maggiormente aderente alla duplicità dei profili coinvolti, quali precisamente la lesione della sfera giuridica della (futura) madre ed il danno, conseguente e potenziale, al nascituro (salvo poi riflettere, lì dove ne ricorrano i presupposti, sulla posizione del padre o di eventuali terzi)¹⁴. La stretta interrelazione tra le due vicende traspare con agevolezza dalle ipotesi non infrequenti di insuccesso dell’intervento abortivo (*ex art. 4 della legge 22 maggio 1978, n. 194*), ovvero di sterilizzazione, praticato, ad esempio, mediante una inidonea interruzione delle tube nella donna o dei dotti deferenti nell’uomo¹⁵, allorché la nascita non è voluta e non di meno avviene.

Se, peraltro, è facile intuire la lesione fisica comunque subita dalla donna ed ammetterne, secondo i principi della responsabilità contrattuale da inadempimento, la risarcibilità, non così semplice è argomentare sul piano dogmatico che un bambino “non voluto”, “non desiderato” possa effettivamente rappresentare un danno. Certo, un figlio *non programmato* “può determinare dei costi, senz’altro economici e talvolta morali” ma che gli stessi effettivamente debbano “gravare sul medico, responsabile del proprio errore, anziché sui genitori del bambino la cui nascita non era pianificata, né desiderata¹⁶” non è conclusione poi così pacifica. La consequenzialità causale tra insuccesso dell’intervento chirurgico richiesto e successiva procreazione, se è di palpabile percezione, non giustifica *ipso facto*

anti-Perruche, il cui art. 1, tra l’altro, afferma che *nul ne peut se prévaloir d’un préjudice du seul fait de sa naissance*, ridimensionando, di conseguenza, l’ammontare del risarcimento dovuto al bambino nato con malformazioni provocate o comunque imputabili ad errori sanitari. Le contraddizioni e le aporie del provvedimento legislativo traspaiono, non di meno, dalle sue prime applicazioni giurisprudenziali. Cfr., ad esempio, *Cour administrative d’appel de Paris*, 13 giugno 2002, in *Dalloz*, 2002, p. 2156.

¹³ Il riferimento è a Trib. Piacenza, 31 luglio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, c. 987. La pronuncia sollevò la protesta pressoché unanime della dottrina volta piuttosto a chiarire come la nascita dovesse, in ogni caso, essere considerata alla stregua di vero e proprio “dono”: sul punto, G. LENER, *Mero delitto civile la paternità?*, in *Foro it.*, 1952, IV, c. 20; G. MIRABELLI, *Su di una presunta responsabilità dei genitori verso i figli ereditari*, in *Dir. eccl.*, 1953, p. 400 ss. Qualche anno più tardi, A. TRABUCCHI, *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 619 ss.

¹⁴ Il pensiero corre ai numerosi pronunciati aventi ad oggetto il fallimento di interventi di vasectomia, come si legge in Cass. civ., Sez. III, 5 giugno 2012, n. 8984; Cass. civ., Sez. III, 2 febbraio 2010, n. 2354; Trib. Milano, 20 ottobre 1997, in *Danno e resp.*, 1999, p. 82 ss.

¹⁵ L’esemplificazione casistica è stilata da V. CARBONE, *Sviluppi ed orientamenti della responsabilità professionale medica*, cit., p. 1180.

¹⁶ Sillogistico e razionale è, così, il ragionamento di Trib. Venezia, 10 settembre 2002, in *Danno e resp.*, 2003, p. 404. Altro precedente, in tal senso, è offerto da Trib. Busto Arsizio, 17 luglio 2001, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, p. 441 ss., con nota di F. BILOTTA, *La nascita non programmata di un figlio e il conseguente danno esistenziale*.



l'assimilazione della nascita "alla perdita subita dal creditore di una prestazione rimasta inadempita (*ex art. 1223 c.c.*)": una simile equiparazione, del resto, oltre a dilatare eccessivamente il concetto di "conseguenza diretta ed immediata" dell'inadempimento comporterebbe una "considerazione della vita umana in termini esclusivamente economici che appare inaccettabile sotto ogni profilo"¹⁷.

In un settore fortemente segnato da impostazioni ideologiche e da variabili "rappresentate dal valore attribuito alla nascita di nuovi esseri umani"¹⁸ e dalla nozione stessa di persona cui si intenda aderire¹⁹, la risoluzione delle singole fattispecie appare piuttosto affidata alla sensibilità del giurista di scindere il momento personale da quello patrimoniale, rifuggendo da ragionamenti sillogistici che riconducano la stessa precisazione del danno alla misura di un "danno emergente" in quanto casualmente connesso "all'inadempimento del ginecologo". Tant'è che ogni assunto che sembri involontariamente tradire l'emergere di una logica meramente economica viene giustificato, *rectius* nobilitato (o forse mascherato), attraverso la precisazione per cui "affermare la risarcibilità dei danni per la nascita di un bambino non significa qualificare negativamente la vita umana". Ciò, tuttavia, a voler tacere di atteggiamenti agnostici²⁰, di oblio dei profili esistenziali connessi alla nascita²¹.

Il problema, semmai, diviene quello di "conciliare" l'inevitabile profilo risarcitorio (e, dunque, patrimoniale), con l'asserita positività dell'evento "nascita", benché "non desiderata"²². E' indubbio come nella richiamata ipotesi di sterilizzazione volontaria non

¹⁷ In questi termini si era espresso qualche anno addietro, in una vicenda analoga, Trib. Milano, 20 ottobre 1997, cit., p. 85.

¹⁸ Così, puntualmente, PADOVANI, *Procreazione (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 970.

¹⁹ Il valore assunto dalla persona umana all'interno dell'ordinamento giuridico è evidenziato da P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, *passim*.

²⁰ La ricostruzione delle diverse posizioni si evince dalla lettura di R. DE MATTEIS, *Nascite indesiderate, interessi protetti, danni risarcibili*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 134 ss.; G. NICOLAIS, M. SILVETTI, *Il risarcimento del danno esistenziale: aspetti civili, penali, medico legali, processuali*, in *Trattato breve dei nuovi danni*, a cura di P. CENDON, Padova, 2001, p. 1075 ss., i quali, appunto, discorrono di danno con riguardo alla nascita di un bambino indesiderato: "il danno dei genitori, sia che il bambino sia sano o meno, è probabilmente un danno patrimoniale, forse un danno morale, ma soprattutto un danno esistenziale. Ovvero: uno sconvolgimento in termini di attività, di responsabilità, di allocazione delle risorse familiari, di organizzazione del tempo e dello spazio, di fatiche, di interferenza in ogni più piccola decisione della vita quotidiana".

²¹ È il caso, ad esempio, di Trib. Cagliari, 23 febbraio 1995, in *Resp. civ. e pren.*, 1995, p. 559 ss., con nota di M. GORGONI, *Sul danno in caso di non riuscito intervento di interruzione della gravidanza: un'anarchica decisione di merito*.

²² La giurisprudenza desume con difficoltà dalle strette maglie della legge n. 194/1978 un "diritto a nascere" e precisamente a "nascere sani", e la conclusione non va oltre il limitato fine di determinare il risarcimento del danno da insuccesso della pratica abortiva, vieppiù poi che, anche a volere ammettere un siffatto diritto, (sebbene nella sua accezione negativa, di diritto di non nascere affatto), si tratterebbe, pur sempre, di un "diritto adespota". Lo si legge in una recentissima Cass. civ., 29 luglio 2004, n. 14488, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 559: "Il diritto a «nascere sani» significa solo che, sotto il profilo privatistico della responsabilità contrattuale, extracontrattuale, e da «contatto sociale», nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivo, colposo o doloso), e, sotto il profilo – in senso lato – pubblicistico, che siano predisposti quegli istituti



correttamente eseguita per errore sanitario, la donna subisca un danno nella sua fisicità. Non men vero come la richiesta al ginecologo di ricorrere a pratiche chirurgiche con finalità anticoncezionale denunci un disagio, altresì, psichico verso la maternità, tale da alimentare, quanto meno, il sospetto di una liceità dell'aborto (ai sensi dell'art. 4 della legge 22 maggio 1978, n. 194)²³.

E tanto, peraltro, già basterebbe per privare della sua assolutezza la libertà di autodeterminazione della donna e per ricondurne i contenuti ai circoscritti confini che ne legittimano la tutela e la (conseguente) risarcibilità, in caso di lesione²⁴. Si comprende, del resto, per tale via, la condanna del medico che non abbia eseguito correttamente l'esame ecografico al fine di poter stabilire "se esisteva il processo patologico della salute (psichica) della gestante, che la legittimava (in presenza anche di una prognosi di evoluzione verso il pericolo) a richiedere l'interruzione della gravidanza²⁵". La violazione dell'obbligo di informazione non assume, pertanto, rilievo autonomo, e da luogo solo "nel concorso di altri elementi, al diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione del diritto all'interruzione della gravidanza", qualora cioè "sia provata la sussistenza degli elementi integrativi della fattispecie per il legittimo esercizio di tale diritto²⁶".

3. Di là dalla comune epifania (la nascita indesiderata, appunto) che connota il panorama delle pronunce riguardanti ginecologo ed ostetrico, non sfugge all'interprete una certa differenza nella valutazione della condotta nell'ambito delle singole fattispecie e nel

normativi o quelle strutture di tutela, di cura e di assistenza della maternità, idonei a garantire, nell'ambito delle umane possibilità, la nascita sana".

²³ Come afferma Trib. Genova, 28 settembre 2002, in *Famiglia*, 2003, p. 1170 ss.

²⁴ Che, in altri termini, non compete alla donna una potestà di scelta *ab-soluta* è affermazione pacifica in dottrina. Al riguardo, in relazione al profilo della responsabilità del ginecologo, Cass. civ., 1 dicembre 1998, n. 12195, in *Danno e resp.*, 1999, p. 522 ss., con nota di E. FILOGRANA, "Se avessi potuto scegliere...": la diagnosi prenatale e il diritto all'autodeterminazione.

²⁵ Cass. civ., 1 dicembre 1998, n. 12195, cit., p. 523. Nello stesso senso, da ultimo, Cass. Civ., 21 giugno 2004, n. 11488; in cui si legge "si tratta di stabilire cosa la gestante avrebbe deciso 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 devolvere in grave pericolo per la sua salute psichica, ma se la dovuta informazione sulle condizioni del feto avrebbero potuto determinare durante la gravidanza l'insorgere di un tale processo patologico". Cass. Civ., 10 maggio 2002, n. 6735; Trib. Roma, 9 marzo 2004, in *Giur. romana*, 2004, p. 152, nella cui motivazione si condanna il medico che abbia omesso di rilevare le gravi malformazioni del feto, impedendo alla donna l'esercizio del diritto all'interruzione della gravidanza. La responsabilità del medico ecografista era già stata ribadita da Trib. Locri, 6 ottobre 2000, in *Giur. it.*, 2001, p. 735 ss.

²⁶ Come precisa Cass. civ., 24 marzo 1999, n. 2793, in *Danno e resp.*, 1999, p. 767. Al medico compete di "certificare l'esistenza di determinati processi patologici, poiché la presenza stessa di questi processi diviene ineluttabile sintomo di grave pericolo (...) la possibilità che si determini un grave pericolo è, quindi, intimamente connessa alla gravità del processo patologico": così L. ROSSI CARLEO, *Art. 6, Commentario alla legge 194/78*, a cura di BIANCA, BUSNELLI, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1979, p. 1595 ss. Sul punto, altresì, App. Cagliari, 12 novembre 1998, in *Danno e resp.*, 1999, p. 1031 ss.; da ultimo, Trib. Trapani, 9 luglio 2003, in *Giur. merito*, 2004, p. 233 ss.



modo di comunicarsi della “colpa” tra i diversi soggetti, di volta in volta, coinvolti²⁷. Egli, osservatore avvezzo al multiforme atteggiarsi della responsabilità medica, ritrova così, in siffatto ambito, i tratti peculiari di quella tendenza verso un progressivo ampliamento dei centri di imputabilità della condotta di cui si discorreva all’inizio.

L’estensione della responsabilità dallo specialista alla struttura ospedaliera presso la quale opera, avviene senza soluzione di continuità alcuna o differenziazione di sorta, a dispetto di un iniziale atteggiamento della giurisprudenza indirizzato piuttosto a scindere i due profili attraverso una divergente definizione del titolo della “colpa” (contrattuale – appunto – nei riguardi del sanitario; extracontrattuale verso l’ente²⁸). Del resto, i pur esperiti tentativi di armonizzazione tra le distinte posizioni si erano rivelati inappaganti, risolvendosi, in definitiva, in una comune sussunzione della responsabilità del medico e della struttura sotto le larghe maglie dell’art. 2043 c.c.: in via extracontrattuale era stato, così, condannato il ginecologo che “avendo sottovalutato il sospetto di gravidanza protratta”, non aveva abbreviato i tempi ricorrendo all’intervento cesareo ovvero che, in presenza di sopravvenute difficoltà all’atto del parto naturale, aveva tardato a richiedere l’intervento di un chirurgo “pur sapendo della mancanza del *vacuum extractor*” presso l’ospedale²⁹. Soluzioni, per così dire, eclettiche avevano poi confuso il momento della qualificazione della responsabilità (contrattuale od extracontrattuale) nella logica della sussistenza di un “rapporto di esecuzione d’opera” presso la casa di cura privata dal quale desumere la titolarità, in capo alla stessa, di un vincolo di dipendenza, sorveglianza e vigilanza³⁰.

Il superamento della dicotomia e la successiva riconduzione della responsabilità *tout court* nell’alveo delle rassicuranti garanzie della contrattualità è conseguenza ovvia, approdo atteso di un progressivo emergere delle ricordate istanze di tutela del soggetto debole. L’utilizzazione del contratto, passando indenne attraverso le critiche di chi scorge in essa una pericolosa contrattualizzazione della salute³¹, si rivela, infatti, al giurista, al pratico del diritto, particolarmente idonea ad assicurare al malato i vantaggi di una maggiore facilità in ordine alla prova del danno, alla prescrizione dell’azione risarcitoria, alla costituzione in mora, alla determinazione del *quantum* dovuto³². La stessa obbligazione medica muta i suoi connotati per

²⁷ Infatti, “se il punto di partenza comune a tutte le vicende esaminate è la nascita non voluta, il punto di arrivo è assai diversificato quanto a fonte della responsabilità – contrattuale, non contrattuale – individuazione dell’interesse leso – salute della donna, autodeterminazione – e titolarità del medesimo – solo la donna, anche il *partner*, finanche il nato”: M. GORGONI, *La nascita va accettata senza “beneficio di inventario”?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, p. 1356.

²⁸ Tra le altre, Trib. Verona, 4 ottobre 1990, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, p. 696 ss.

²⁹ Tale la vicenda presentatasi al vaglio di Trib. Spoleto, 7 giugno 1996, in *Rass. giur. umbra*, 1996, p. 665 ss.

³⁰ I giudici partenopei di Trib. Napoli, 13 febbraio 1997, in *Foro nap.*, 1996, p. 76 ss., giungono così ad affermare che “l’attività che un libero professionista svolge presso una casa di cura privata, quanto meno in virtù di un non occasionale rapporto di esecuzione d’opera comporta un vincolo di dipendenza, sorveglianza e vigilanza tra la casa di cura committente e il preposto. Ne consegue la responsabilità contrattuale (ex art. 1218 c.c. e 1228 c.c.) ed extracontrattuale (ex art. 2049 c.c.) della predetta casa di cura”.

³¹ Il pericolo è denunciato da V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, Napoli, 1993, p. 237 ss.

³² P. STANZIONE, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, cit.



assumere sempre più la veste di “obbligazione senza obblighi primari di prestazione” che sorge per effetto di un “contatto sociale”³³ tra il paziente ed il sanitario e che irradia i suoi “effetti protettivi” altresì nei confronti del terzo, quale, ad esempio, il padre futuro (se è vero che a costui compete azione nei confronti del ginecologo che non abbia fornito informazioni circa le condizioni del feto e prospettato il rischio della nascita di un bambino menomato³⁴).

Orizzonti di “impalpabilità aquiliana”³⁵ si confondono così nello scenario dominato dal contratto, e tuttavia, l’exasperazione della logica negoziale disvela i limiti di un costrutto che nei suoi esiti estremi stride con le stesse regole che dovrebbero improntarne la disciplina: la lettera dell’art. 1372 c.c., ad esempio; il dettato dell’art. 1225 c.c. L’estensione di effetti ancorché “protettivi” nei riguardi di terzi mal si concilia, infatti, con la codicistica efficacia *inter partes* dell’accordo³⁶ ed il richiamo alla regola analogica – alla luce della quale riguardare l’ente come una sorta di “medico collettivo o macroiatra”³⁷ cui applicare la disciplina del contratto d’opera professionale –, se vale a ribadire l’opzione contrattualistica, non ne rafforza le fondamenta giuridiche. Esigenze di tutela del paziente costringono così la

³³ E’ ormai nota la conclusione dei giudici di legittimità secondo quale: “la responsabilità del medico ospedaliero dipendente ha natura contrattuale, sebbene essa non sia fondata propriamente su un contratto intervenuto tra le parti, ma sul c.d. «contatto sociale», caratterizzato dall’affidamento che il malato pone nella professionalità del medico, fonte per quest’ultimo di obblighi di protezione nei confronti del paziente”: Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 652.

³⁴ Cass. civ., Sez. III, 5 giugno 2012, n. 8984, cit., nella cui motivazione si legge “in tema di responsabilità medica per omessa diagnosi di malformazioni al feto e conseguente nascita indesiderata, in considerazione dell’insieme dei doveri che la legge impone in capo al padre nei confronti del figlio, va riconosciuto anche in suo favore – benchè egli assuma, nel contratto tra la donna ed il professionista, la posizione di terzo – il diritto al risarcimento del danno conseguente alla mancata possibilità di esercizio, da parte della donna, della facoltà di interruzione anticipata della gravidanza”; Cass. civ., Sez. III, 2 febbraio 2010, n. 2354, cit.; Cass. civ., Sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488; Cass. civ., 10 maggio 2002, n. 6735, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3115 ss. Che argomenta “il padre deve ritenersi tra i soggetti protetti dal contratto col medico e quindi tra coloro rispetto ai quali la prestazione mancata o inesatta può qualificarsi come inadempimento, con tutte le relative conseguenze sul piano risarcitorio”. Cfr. Cass. civ., Sez. III, 20 ottobre 2005, n. 20320, che introduce la nozione di “danno riflesso” dei prossimi congiunti.

³⁵ Per riprendere la metaforica espressione di P. CENDON, *Esistere o non esistere*, cit., p. 1251 ss. In giurisprudenza, Trib. Spoleto, 18 marzo 1999, in *Danno e resp.*, 1999, p. 1247, qualifica, così, come extracontrattuale la responsabilità del ginecologo che abbia erroneamente eseguito un intervento di isterectomia con conseguente perdita della capacità di generare della paziente. In dottrina, P. STANZIONE, *La responsabilità medica: profili sistematici*, in *Sanità pubblica*, 2000, p. 466, evidenzia la difficoltà a considerare il malato parte di un contratto.

³⁶ Sul quale vedi, ancora, S. CHIESSI, *Diagnosi prenatale e risarcimento del danno a favore del bambino nato handicappato*, in *Famiglia* 2003, 1, p. 170 ss.; sul piano dogmatico, la figura del contratto protettivo nei confronti del terzo viene giustificata attraverso il richiamo agli obblighi di protezione: C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 1 ss. L’autore mette in luce come “l’estensione della tutela contrattuale a soggetti che pure sono terzi rispetto al contratto e non vantano diritti alla prestazione *ex contractu*, debba far capo al principio di solidarietà sancito dall’art. 2 Cost.”.

³⁷ L’espressione è di F. GALGANO, *Contratto e responsabilità civile dell’ospedale*, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1629.



giurisprudenza ad “acrobazie euristiche³⁸” sul filo insidioso dell’ atipicità (cui ricondurre il contratto di spedalità³⁹), salvo poi prendere atto della sostanziale inadeguatezza delle tradizionali regole contrattuali ed extracontrattuali a spiegare altresì (e forse con maggiore evidenza) la responsabilità professionale del ginecologo e della struttura presso la quale opera⁴⁰.

Il profilo della qualificazione sfuma, pertanto, in agnostica distrazione, cui fa da *pendant* un’ amplificazione della valutazione delle singole, specifiche, condotte⁴¹, del medico come della struttura sanitaria, di cui si evidenziano sfumature e differenziazioni in relazione alla particolarità del caso concreto⁴². La responsabilità dell’ente, sia esso pubblico o privato, viene riguardata soprattutto in relazione ai tratti peculiari del profilo organizzativo dell’attività sanitaria⁴³: su di essa finisce, in particolare, per incidere l’assenza di “un reparto autonomamente attrezzato per interventi chirurgici interni⁴⁴” ovvero “l’inefficienza della ventosa (la cui maniglia si distaccò durante l’uso)” e “la mancata idonea assistenza postnatale”, qualora, ad esempio, non possa essere “effettuata l’intubazione, per mancanza di uno dei pezzi di raccordo, né terapie di rianimazione adeguata⁴⁵. Le condanne per mancata sterilizzazione della sala operatoria⁴⁶, omessa adozione di sistemi di sicurezza e vigilanza⁴⁷ confermano, poi, come l’ente non venga considerato solo come debitore di una prestazione terapeutica, quanto soprattutto come obbligato ad un complesso di prestazioni parziali, quali

³⁸ P. STANZIONE, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, cit.

³⁹ Come suggeriscono P. STAZIONE, V. ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, cit., p. 519. In giur., App. Roma, 3 marzo 1998, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, p. 121 ss.

⁴⁰ La tutela insita nella logica contrattuale si arresta, infatti, sulla soglia dei rischi “noti” e quindi prevedibili, conseguenti alla mancata osservazione delle regole tecniche *ex art.* 1225 c.c. e ai suoi “vuoti” finisce per supplire nuovamente la regola aquiliana che, fuoriuscendo dall’angusta sfera delle “ipotesi residuali” in cui manchi una relazione negoziale a causa del mancato consenso del paziente (come accade, ad esempio, nelle situazioni di emergenza). Tanto a giudizio di M. BONA, A. CASTELNUOVO, *La perdita del frutto del concepimento: questioni di responsabilità medica e risarcimento del danno*, in *Giur. it.*, 2003, 1999, p. 737 ss.

⁴¹ Si legge, così, nella massima di Cass. civ., 27 luglio 1998, n. 7336, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 996, che: “sono direttamente responsabili nei confronti del paziente danneggiato l’ente ospedaliero, gestore di servizio sanitario pubblico, ed il sanitario, inserito nella sua struttura organizzativa e funzionale, che ha negligenzemente eseguito la prestazione. La responsabilità di entrambi ha natura contrattuale di tipo professionale, pertanto anche l’ente è sottoposto alle norme in tema di contratto d’opera professionale che nei suoi confronti si applicano analogicamente”. In precedenza, Cass. civ., 5 dicembre 1995, n. 12505, in *Danno e resp.*, 1996, 1, p. 196 ss.

⁴² Ferma restando la diversità della fonte della responsabilità dell’ente in relazione alla sua diversa natura: legale o istituzionale nel caso di ospedale o di struttura convenzionata (Cass. civ., 4 agosto 1987, n. 6706, in *Foro it.*, 1988, I, c. 878) ovvero privata. Cfr. M. GORGONI, *Disfunzioni tecniche e di organizzazione sanitaria e responsabilità professionale medica*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 1013.

⁴³ E. QUADRI, *Profili della responsabilità medica*, cit., p. 324.

⁴⁴ Da ultimo, Cass. civ. sez. un., 1 luglio 2002, n. 9556, in *Giust. civ.*, 2003, p. 2204 ss.

⁴⁵ Così, ancora, Cass. civ., 27 luglio 1998, n. 7336, *cit.*, p. 1000.

⁴⁶ Trib. Casale Monferrato, 6 luglio 1966, in *Resp. civ. e prev.*, 1968, p. 61 ss.; Cass. civ., 6 marzo 1971, n. 606, in Fiori, Bottone, D’Alessandro, *Quarant’anni di giurisprudenza alla Cassazione*, cit., p. 10.

⁴⁷ Cass. civ., 4 agosto 1987, n. 6707, in *Foro it.*, 1988, I, p. 1629 ss.; Trib. Trieste, 30 aprile 1993, in *Resp. civ. e prev.*, 1994, 2, p. 302 ss.



locatore, somministratore di vitto, addetto alla vigilanza, prestazioni che convergono tutte sotto la comune etichetta di “assistenza sanitaria”⁴⁸.

L'inadeguatezza organizzativa si riflette, *ex altera parte*, sulla stessa responsabilità dei singoli operatori e si traduce in un aggravio di diligenza, allorquando, ad esempio, mancando il cardiocografo, “strumento essenziale per il costante controllo dello stato del feto”, la non imputabilità di una simile mancanza al primario non è considerata sufficiente ad esimerlo “dal dovere di adottare (o di disporre e controllare che siano adottati) i possibili accorgimenti sostitutivi”⁴⁹.

La regola ha, peraltro, il suo contrario: la responsabilità dell'ostetrica per avere aggravato la sofferenza fetale, “liquidando” la sintomatologia della partoriente come semplice “mal di schiena” e non provvedendo a chiamare il medico di turno e ad effettuare apposita visita ostetrica, si estende, infatti, alla struttura ospedaliera. Questa, in quanto datrice di lavoro della prima e comunque in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega la P.A. ai suoi dipendenti⁵⁰, è – appunto – responsabile delle “palesi espressioni di quella trascuratezza e di quel difetto di attenzione e sollecitudine che appunto danno la nozione di negligenza” commesse dalla sua dipendente⁵¹. Al medico, dall'altra parte, è fatto carico di valutare l'idoneità della struttura nella quale opera, in relazione al tipo di intervento da praticare e “di effettuare in sede solo gli interventi che possono essere ivi eseguiti, disponendo per il resto il trasferimento del paziente in altra sede, ove ciò sia possibile e non esponga il paziente stesso a più gravi inconvenienti”⁵². Si che deve ritenersi “gravemente colposa, tale da superare quella stessa distinzione fra imperizia e negligenza che viene in rilievo allorquando si

⁴⁸ Cfr. M. GORGONI, *L'incidenza della disfunzione ospedaliera*, cit., p. 954 ss.; Cass. Civ., SS. UU., 11 gennaio 2008, n. 577, in cui si legge “la responsabilità della struttura ospedaliera, fondata sul “contatto sociale”, ha natura contrattuale. Ne consegue che, in virtù del contratto, la struttura deve fornire al paziente una prestazione assai articolata, definita genericamente di “assistenza sanitaria”, che ingloba al suo interno, oltre alla prestazione principale medica, anche una serie di obblighi c.d. di protezione ed accessori. Così ricondotta la responsabilità della struttura ad un autonomo contratto (di ospedalità), la sua responsabilità per inadempimento si muove sulle linee tracciate dall'art. 1218 c.c., e, per quanto concerne le prestazioni mediche che essa svolge per il tramite dei medici propri ausiliari, l'individuazione del fenomeno di responsabilità dell'ente nell'inadempimento di obblighi propri della struttura consente, quindi, di abbandonare il richiamo, alquanto artificioso, alla disciplina del contratto d'opera professionale e di fondare semmai la responsabilità dell'ente per fatto dei dipendenti sulla base dell'art. 1228 c.c.”

⁴⁹ Cass. civ., 16 maggio 2000, n. 6318, *inedita*.

⁵⁰ Cass. civ., 11 marzo 1998, n. 2677, in *Giur. it.*, 1999, 4, p. 730 ss.

⁵¹ Diverso profilo è quello che attiene alla definizione del nesso causale tra la condotta dell'ente ospedaliero e il danno prodottosi a carico di un suo paziente. L'orientamento prevalente è nel senso di adottare un criterio probabilistico, basato su un giudizio ipotetico di valutazione della condotta omessa rispetto all'evento, quando vi sono serie probabilità di successo dell'intervento terapeutico ovvero di contenimento della entità del danno, anche in assenza di una prova certa che l'assunzione del comportamento dovuto o una sua maggiore tempestività avrebbe scongiurato l'evento dannoso. In quest'ottica, nesso causale e negligenza finiscono per coincidere. Sul punto R. DE MATTEIS, *Colpa omissiva, nesso di causalità e perdita di chances*. Nota ad App. Genova, 10 marzo 1997, in *Danno e resp.*, 1997, p. 475 ss.; F. GRONDONA, *Responsabilità del medico, nesso di causalità, risarcibilità del danno morale riflesso*. *La Cassazione fa il punto*. Nota a Cass., 19 maggio 1999, n. 4852, in *Danno e resp.*, 2000, p. 161ss.

⁵² Cass. civ., 16 febbraio 2001, n. 2335.



tratta di delimitare la responsabilità medica” la condotta del sanitario che, consapevole dell'impossibilità di fornire presso la propria struttura ospedaliera adeguata assistenza specialistica alla partoriente ed al nato, non ne abbia disposto l'inoltro presso un centro specializzato⁵³.

E' sintomatico come “l'esigenza di condannare anche l'ospedale” risponda alla finalità di “offrire al danneggiato maggiori garanzie⁵⁴”, di guisa che essa non si riscontra quante volte la responsabilità del medico risulti evidente e non occorra invocare profili di responsabilità solidale⁵⁵.

4. La severità nella valutazione della condotta del professionista traspare con chiarezza dal rigore con il quale la giurisprudenza applica ed interpreta il disposto dell'art. 1176 c.c. e dalla parsimonia con la quale, in vero, ricorre alla scriminante dell'art. 2236 c.c., negata ogniqualvolta la “particolare difficoltà” della prestazione derivi da negligenza del medico. Se è vero, pertanto – a voler riprendere taluni pronunciati – che “la complicità finale, intervenuta allorché il feto era impegnato nel canale del parto, imponeva una scelta tecnica di particolare difficoltà, il rimprovero da muovere alla ginecologa era proprio quello di aver condotto la partoriente a tale complicità finale, a tal punto, cioè da rendere obbligata la scelta dell'applicazione della ventosa, mentre il lungo protrarsi del travaglio, di circa 11 ore, comportava che fosse praticato il parto cesareo, prima che la situazione divenisse irreversibile⁵⁶”.

La funzione tipica dell'art. 2236 c.c., di legittimare cioè un affievolimento del livello di perizia richiesto in ragione della peculiarità del caso concreto, ne esce fortemente ridimensionata e la rivisitazione della nozione è ancor più rimarcata dalla scelta di rimodellarne i contenuti sul dovere di informazione⁵⁷: al variare, cioè, delle informazioni disponibili “corrisponderebbe un progressivo adattamento della condotta (...). Sicché l'elevato grado informativo, da individuare comunque in termini oggettivi, eliminerebbe sul nascere il presupposto applicativo dell'art. 2236 c.c., con la conseguente riespansione applicativa dell'art. 1176 c.c.”⁵⁸.

La definizione della responsabilità resta, dunque, affidata, in via principale, alla regola tradizionale in tema di “diligenza nell'adempimento” che, nel rievocare il modello del *bonus pater familias*, ne specifica i contenuti in relazione alle precise regole che governano la professione, come accade per il ruolo dell'ostetrico compiutamente definito dal D.P.R. 7

⁵³ Trib. Genova, 30 marzo 1998, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 1006 ss.

⁵⁴ La constatazione è di P. STANZIONE, V. ZAMBRANO, *Attività sanitaria*, cit., p. 493.

⁵⁵ Emblematiche in tal senso Cass. civ., 18 maggio 2001, n. 6822, e Cass. civ., 10 maggio 2001, n. 6502, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, p. 1173 ss., in cui la responsabilità del ginecologo è praticamente in *re ipsa*.

⁵⁶ Cass. civ., 19 maggio 1999, n. 4852, in *Danno e resp.*, 1999, p. 1104 ss.

⁵⁷ La dottrina è solita considerare la regola contenuta nell'art. 2236 c.c. come una esemplificazione dell'art. 1176 c.c. Per tutti, V. ZAMBRANO, *Interessi del paziente e responsabilità medica*, cit., p. 202.

⁵⁸ “Ciò può ben affermarsi considerando che anche sul piano finalistico l'art. 2236 c.c. troverebbe un antecedente nell'art. 1176 c.c.”: G. CASSANO, *Danno esistenziale e così sia!*, in *Dir. fam. e pers.*, 2001, p. 1052 ss.



marzo 1975, n. 163 (aggiornamento del Regio decreto 26 maggio 1940, n. 1364, contenente il regolamento dettagliato per l'esercizio professionale delle ostetriche) e dal il D.M. 15 settembre 1975 (Istruzioni per l'esercizio professionale delle ostetriche). Dalla lettura combinata di tali disposizioni si delineano obblighi specifici in capo all'ostetrico: *in primis* quello di assistenza al parto – senza, tuttavia, poter “praticare interventi manuali o strumentali”(salve talune eccezioni)-; ma, altresì, quello di richiedere l'intervento del medico qualora rilevi fattori di rischio per la madre ed il feto, ovvero distonie della contrazione uterina (art. 4, D.P.R. 7 marzo 1975, n. 163).

Il rapporto ginecologo/ostetrico si struttura secondo lo schema del lavoro di *équipe*: al primo compete la vigilanza sull'operato, la prescrizione di ordini e direttive da seguire⁵⁹; al secondo il dovere di uniformarsi alle indicazioni impartite. La responsabilità del ginecologo per le lesioni riportate dal neonato nella fase espulsiva (nel caso di parto stimolato su sua prescrizione, ma svoltosi in sua assenza, in violazione delle norme di comune prudenza⁶⁰), è una soltanto delle possibili esemplificazioni di quel principio di autoresponsabilità della condotta che governa la logica del lavoro di gruppo. Altra ancora può individuarsi nella “scorretta attuazione” delle prescrizioni del chirurgo, in caso di parto cesareo, da parte dell'infermiere e dell'ostetrico⁶¹. Perché, dunque, possa asserirsi la irresponsabilità del medico occorre che egli dimostri l'assenza di prove circa la sua imperizia, anche qualora abbia mancato di accertare “una gravidanza in atto”, sempre che un simile evento non abbia inciso sul prodursi di eventuali malformazioni del feto⁶².

⁵⁹ Esemplificativa, al riguardo, si pone Cass. civ., 13 marzo 1998, n. 2750.

⁶⁰ Nella specie, il ginecologo di fiducia della partoriente aveva prescritto telefonicamente la somministrazione di ossitocina, senza provvedere ad accertarne le condizioni di somministrazione né dopo tale somministrazione né durante il travaglio, essendo egli arrivato dopo l'inizio del periodo espulsivo, allorché si era manifestata l'ipocinesi uterina. Il caso è quello deciso da Cass. civ., 9 maggio 2000, n. 5881, in *Giust. civ. Mass.*, 2000.

⁶¹ *Amplius* A. FIORI, *In tema di cosiddetta “certezza del diritto”: la colpa grave del medico, ovvero in qual modo le buone intenzioni del legislatore sono state vanificate e tramutate in danno*, in *Riv. it. med. leg.*, 2000, p. 1316 ss., il quale evidenzia l'esistenza, altresì, di un terzo principio, vale a dire quello dell'affidamento, per effetto del quale “ciascun componente dell'équipe può e deve confidare nel corretto comportamento degli altri componenti, essendo tale affidamento imposto, altresì, dall'esigenza di consentire a ciascuno di essi il migliore adempimento delle proprie mansioni, libero dalla preoccupazione di controllare l'altrui operato, nell'interesse degli stessi pazienti”.

⁶² Sul punto Trib. Como, 9 giugno 2004, in *Redazione Giuffrè*, 2004, (s.m.). La Corte dei Conti del veneto nella sentenza 17 marzo 1998, n. 236, ha, in argomento, chiarito come “nessuna colpa grave può essere addebitata al professionista medico chirurgo il cui comportamento, ancorché riprovevole in quanto non perfettamente rispondente alle regole della scienza e dell'esperienza, non è improntato a grave imperizia, negligenza o imprudenza e non si è in presenza di trascuratezza o inadeguatezza di condotta professionale essendosi l'evento lesivo verificato per fattori imponderabili connessi al gravoso impegno tecnico dell'intervento operatorio. (...) Non si può fare carico al medico degli inevitabili errori di apprezzamento e di giudizio e delle totali incertezze e perplessità che accompagnano ogni attività umana, da cui non vanno immuni neppure i professionisti più valorosi ed esperti”.



5. Il tradizionale inquadramento della prestazione medica tra le c.d. obbligazioni di “mezzi”, come tali contrapposte – secondo una risalente impostazione di origine francese⁶³ – a quelle c.d. di “risultato”, incide, invece, sempre meno sulla determinazione dei concreti criteri di valutazione della responsabilità in materia⁶⁴. Non mancano pronunciati⁶⁵ nei quali si recupera la distinzione al fine di richiamare alle proprie responsabilità il medico che abbia garantito, senza però riuscirvi, il “risultato” della sterilità⁶⁶. E, tuttavia, nella generalità dei casi la “discussa dicotomia⁶⁷” appare superata o quanto meno attenuata, almeno con riguardo agli interventi di facile esecuzione, lì dove cede il passo al diverso principio del *res ipsa loquitur*, ossia all’ “evidenza circostanziale che crea una deduzione di negligenza⁶⁸”. Non di meno, se è vero che, “l’obbligazione professionale assunta dal sanitario non può essere qualificata di «risultato» per il mero fatto di avere ad oggetto un intervento che (...) non riveste natura terapeutica”, è parimenti vero che proprio quel “c.d. «risultato» che si vorrebbe espungere dal paradigma” delle norme in materia di responsabilità professionale, in realtà, “ne costituisce pur sempre il sostrato imprescindibile, quanto meno nel senso che l’attività da prestarsi con «diligenza» dal professionista deve obiettivamente essere tesa al suo conseguimento, e cioè ad uno specifico risultato utile per il cliente⁶⁹”. Ciò si traduce nell’abbandono di ogni logica classificatoria a vantaggio di un più sintetico criterio di giudizio che si riassume nella

⁶³ Nell’ordinamento francese, il richiamo all’ “obligation de sécurité de resultat” è da intendersi come riconoscimento in capo al medico – prestataire de service – di una obbligazione di risultato la cui funzione è di garantire il risarcimento del danno alla vittima. Di recente, in giurisprudenza, Cass., 1 re civ., 9 nov. 1999, in *Dalloz*, 2000, p. 117; Cass., 1 re civ., 9 juin, 1999, in *JCP*, 1999, II, n. 10138.

⁶⁴ In questi termini E. QUADRI, *Profili della responsabilità medica*, cit., p. 325.

⁶⁵ La giurisprudenza penale riprende, ad esempio, la nozione di obbligazione di mezzi per qualificare quella del medico, sì da condannare l’ostetrico che non abbia impiegato tutti i mezzi disponibili per salvare la vita di un neonato, nato prematuro ed erroneamente ritenuto privo di vita. Sul punto, Cass. pen., 2 marzo 1999, n. 11169, in *Giust. pen.*, 2000, II, p. 623 ss.

⁶⁶ Cass. civ., 10 settembre 1999, n. 9617, in *Dir. fam. e pers.*, 2000, p. 452, con nota di G. CASSANO, *La cicogna beffarda: brevi note in tema di responsabilità del medico per erroneo intervento di sterilizzazione*. In termini negativi verso la soluzione della Cassazione si pronuncia G. CITARELLA, *Intervento medico di sterilizzazione e profili di responsabilità (in margine a Cass. 10 settembre 1999, n. 9617)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, p. 318 ss., a giudizio del quale la scelta di richiamare la nozione di obbligazione di “risultato” prospetta due ordini di problemi: il rafforzamento di una categoria che dal punto di vista dottrinale e giurisprudenziale è fortemente criticata; la rimessione alle corti di merito di un potere di qualificazione della natura delle obbligazioni. In toni critici nei riguardi della dicotomia “obbligazioni di mezzo/obbligazioni di risultato”, altresì, Trib. Roma, 23 dicembre 1996, in *Arch. civ.*, 1997, p. 17 ss.; Trib. Roma, 5 ottobre 1996, *ibidem*, 1997, p. 1122 ss.; Cass. civ., 25 novembre 1994, n. 11014, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2913.

⁶⁷ Come la qualifica Cass. civ., 8 agosto 1985, n. 4394, in *Mass.*, 1985; e più recentemente, Cass. civ., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., che avverte la problematicità della tradizionale dicotomia tra obbligazioni di mezzo ed obbligazioni di risultato posto che da un lato si è venuta ad operare quasi una sorta di metamorfosi dell’obbligazione di mezzi in quella di risultato, attraverso l’individuazione dei doveri di informazione e di avviso, definiti accessori ma integrativi rispetto all’obbligo primario della prestazione e, dall’altro, si è avvertito che in realtà, in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile.

⁶⁸ Efficacemente in questi termini Cass. civ., 19 maggio 1999, n. 4852, cit., p. 1110.

⁶⁹ Cass. civ., 6 febbraio 1998, n. 1286, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1917.



precisazione per cui il medico svolga “una prestazione diligente e tecnicamente corretta”⁷⁰. E tanto si richiede allo stesso ginecologo, di agire cioè “secondo quanto stabilito dagli artt. 1176 e 2236 c.c. relativamente all’esecuzione delle obbligazioni derivanti da rapporti d’opera di tipo professionale medico”⁷¹.

Il richiamo alla distinzione obbligazioni di mezzo/obbligazioni di risultato, lì dove ritorna, si compie su basi diverse rispetto al passato. Il senso del mutamento ci è restituito, anche con riguardo alla medicina ostetrica e ginecologica, dall’obbligo accessorio di informazione che grava sul medico al fine di ottenere il consenso del paziente. In questi casi, il “risultato”, tanto più se garantito, lungi dall’essere un fattore aprioristicamente considerato, si sostanzia in una sorta di assunzione del rischio da parte del medico che a tanto espressamente si obbliga⁷².

La “crisi” definitiva della dicotomia in questione, almeno in campo medico, sembra così doversi ricollegare alla valorizzazione del dovere di informazione, dal momento che è

⁷⁰ Trib. Brescia, 13 maggio 2003, in *Danno e resp.*, 2003, p. 1224. Più recentemente, Cass. civ., sez. III, 13 luglio 2010, n. 16394, che introduce la nozione di obbligazioni c.d. “di comportamento” per le quali l’inadempimento rilevante è solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno, il che comporta, la necessità, da parte dell’istante, di allegare un inadempimento “qualificato”, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno. Specularmente la sussistenza di nesso eziologico va indagata non solo in relazione al rapporto di consequenzialità tra intervento terapeutico e pregiudizio della salute, ma – ove sia allegata la violazione del consenso informato – anche in relazione al rapporto tra attività emissiva del medico per non aver informato il paziente ed esecuzione dell’intervento, tenendo presente che il diritto all’autodeterminazione è diverso dal diritto alla salute. (Conformi, Cass. civ., 10741/09 e Cass. civ., 18513/07).

⁷¹ Così, ancora Trib. Brescia, 13 maggio 2003, cit., p. 1225. Il *trend* generale della giurisprudenza è, così, nel senso di superare la distinzione tra i due tipi di obbligazioni. A titolo esemplificativo può ricordarsi come, con riguardo alla chirurgia estetica, l’abbandono della nozione di obbligazione di “risultato” sia stato giustificato in nome di motivazioni medico-legali: “anche da un intervento chirurgico eseguito a regola d’arte possono ben conseguire risultati estetici insoddisfacenti, sia per fattori specifici del soggetto, fisiologici o patologici, inerenti la persona del paziente e non sempre prevedibili perché non oggettivabili (quali cicatrici cheloidee la cui insorgenza non è sempre in concreto prevedibile), sia perché non sono state osservate talune cautele o non sono stati effettuati tutti gli accorgimenti per il consolidamento del risultato conseguito con l’intervento, sia per altri fattori non sempre ben individuabili, di dubbia eziologia, così come avviene in ogni intervento in qualsiasi settore della medicina, ove non si può mai escludere una componente obiettivamente aleatoria. Infine appare di per sé alquanto opinabile stabilire con precisione se in taluni casi il risultato sia stato conseguito o meno, perché non esistono, talora canoni obiettivi in quanto tale giudizio è condizionato da valutazioni estranee dall’aspetto tecnico chirurgico dell’intervento, quali soprattutto, le ragioni attese del paziente nel suo vissuto oggettivo, non sempre adeguatamente esteriorizzate e recepibili”: così M. BILANCETTI, *La responsabilità del chirurgo estetico*, in *Giur. it.*, 1997, p. 362.

⁷² P. STANZIONE, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, cit. In giurisprudenza viene ulteriormente chiarito come “il contratto con cui un medico si impegna a procedere ad un intervento di incollaggio delle tube, garantendo la sicurezza totale dell’operazione, e non rendendo quindi edotta la paziente circa i possibili margini di insicurezza dell’intervento (ben noti, peraltro, alla letteratura medica), fa sorgere una obbligazione di risultato a carico del professionista; l’inadempimento dell’obbligazione (di risultato) assunta dal medico da luogo a risoluzione del contratto intercorso con il paziente ed alla conseguente restituzione del corrispettivo dovuto”: ancora, in tal senso, Trib. Brescia, 13 maggio 2003, cit., p. 1225.



attraverso “l’obbligo del professionista di prospettare realisticamente la possibilità dell’ottenimento del risultato perseguito⁷³” che “la qualificazione della obbligazione professionale in termini di “mezzi” non sembra più atta a dissimulare il fatto che la realizzazione del «risultato» sperato entri, in realtà, a far parte del contenuto della prestazione promessa⁷⁴”.

6. E’ questione fin troppo nota e dibattuta quella relativa alla imprescindibilità, nel rapporto medico-paziente, del momento informativo⁷⁵. L’obbligo di informazione, anzi, è così condizionante della liceità dell’agire medico che la stessa giurisprudenza penale considera passibile del reato di cui all’art. 328 c.p. il medico che abbia ommesso di “fornire informazioni alla gestante riguardanti lo stato di salute del nascituro, nella specie affetto da gravissime anomalie di origine genetica, ove ciò possa incidere sulla salute psichica della paziente e dello stesso nascituro, senza che assuma rilievo il fatto della impossibilità di procedere alla interruzione volontaria di gravidanza⁷⁶”. Nella poliedricità dei profili attraverso i quali si snoda, l’informazione involge tutti i singoli aspetti del trattamento sanitario e ricade, come dovere, su ognuno dei sanitari che, in ragione della propria autonomia gestionale, intervenga nello svolgimento della cura. Ed infatti “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, allorché più siano le tecniche di esecuzione di quest’ultimo, con conseguenti rischi diversi, è dovere del sanitario, al quale tuttavia spettano le scelte operative, informarlo dei rischi e dei vantaggi specifici ed operare la scelta in relazione ai rischi che il paziente intenda assumere⁷⁷”.

Il rilievo dell’obbligo di informazione è viepiù evidenziato in ambito ginecologico dalla varietà di situazioni che, in concreto, possono porre il paziente nella condizione di dovere assumere una decisione, tra parto naturale e parto cesareo, ad esempio; tra ricorso alla

⁷³ Cass. civ., 3 dicembre 1997, n. 12253, in *Mass.*, 1997.

⁷⁴ In questo termini E. QUADRI, *Profili della responsabilità medica*, cit., p. 326.

⁷⁵ “La vera «partita», messi da parte i profili di qualificazione del consenso (dei quali la nostra giurisprudenza, a differenza di quella tedesca, non si occupa che in maniera del tutto marginale) sembra giocare sul terreno dell’informazione che deve investire sia gli aspetti tecnici che quelli strutturali, onde consentire al paziente di comprendere la portata del rischio medico. Il riferimento qui non è ad una figura astratta di paziente, ma alla capacità di intendere l’informazione che possiede un soggetto calato nel concreto delle circostanze, avuto riguardo al suo specifico bagaglio culturale. Sì che i contenuti dell’obbligo informativo – si è detto – andrebbero misurati alla luce di un criterio soggettivo ponderato, dove il richiamo non è alla «ragionevolezza» dell’informazione, ma ad un paziente ragionevole, escludendosi in tal modo tutte quelle informazioni che riguardano rischi di lontana verificabilità o che potrebbero pregiudicare la tranquillità del paziente”: P. STANZIONE, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, cit. In dottrina, altresì, G. CRISCUOLI, *Ragionevolezza e consenso informato*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 480 ss.

⁷⁶ In tal senso Cass. pen., 21 marzo 1997, in *Foro it.*, 1997, II, c. 771. Come ha rilevato la dottrina (S.M. GUARRIELLO, *Diritto alla procreazione cosciente e dovere di informazione: responsabilità del sanitario*, in *Giur. mer.*, 2000, p. 307 ss.), la violazione del dovere di informazione in ambito penale presenta profili diversi rispetto a quelli che emergono in sede civile. infatti, se comune è la fonte dell’obbligo di informazione, si pone il problema di individuare, fra le condotte già illecite dal punto di vista civile, quelle che in violazione di detto dovere acquistano rilievo sotto il profilo penale.

⁷⁷ Cass., civ., 15 gennaio 1997, n. 365, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 1586 ss.



interruzione della gravidanza e sua prosecuzione⁷⁸; ovvero ancora tra differenti forme di contraccezione. Sotto il primo profilo, la diligenza professionale si traduce, in particolare, nell'obbligo di informare “dei rischi e dei vantaggi specifici” connessi a ciascuna delle metodologie di parto, onde operare una scelta anche in relazione alla valutazione che la gestante intenda compiere⁷⁹. E, tuttavia, l'accusa di uno squilibrio informativo tra medico e paziente ritorna puntuale anche in siffatto settore della medicina, sol che si consideri come una certa propensione ad optare per il parto cesareo potrebbe derivare dal volere il medico evitare una accusa di responsabilità per non avere egli provveduto tempestivamente ad intervenire chirurgicamente⁸⁰ ovvero, addirittura, dall'averne omessa l'esecuzione⁸¹. A ben riguardare, infatti, mai come nella specie, l'opzione per l'una o l'altra delle possibili alternative dipende in via pressoché esclusiva dalla sensibilità del medico, il quale è l'unico, nel momento topico del travaglio, a poter stabilire il tipo di parto da preferire rispetto al caso concreto⁸². Lo si desume *a contrario* dalle stesse pronunce di condanna del ginecologo per avere, con “piena e grave colpevolezza”, adottato per il parto “una metodologia tecnicamente errata, in quanto la situazione al momento del travaglio (le dimensioni del feto che alla nascita pesava kg. 3760, la distocia di spalla, il difetto dimensionale materno, posto che la stessa era alta m.1,42 e l'essere la stessa nullipara) escludeva il ricorso al parto per via vaginale⁸³”.

È, peraltro, questione tutt'oggi controversa quella relativa ai limiti dell'informazione, alla definizione cioè di un confine di là dal quale la comunicazione dettagliata rappresenti essa stessa un “danno”. Si pensi alla vicenda del medico che si limiti a rassicurare la gestante “affetta da chiara sindrome ansioso depressiva, curata con terapia a base di psicofarmaci” circa l'insussistenza di un nesso eziologico tra possibile patologia fetale e uso di ansiolitici, senza null'altro prospettarle in ordine ad ulteriori, non meno probabili, rischi (connessi, ad esempio, con l'età avanzata della signora) od alla opportunità di eseguire più approfondite indagini (quali l'amniocentesi). E' alquanto singolare la posizione della giurisprudenza di ascrivere alla “valenza ansiogena” dell'informazione il valore di scriminante del silenzio, specie là dove quest'ultimo non possa di per sé solo (in assenza cioè degli altri presupposti richiesti dalla legge n. 194/78) concretare uno stato di pericolo fisico o psichico per la

⁷⁸ Come nel caso all'attenzione di Trib. S. Maria Capua V., 8 settembre 1999, in *Giur. mer.*, 2000, p. 237 ss. o di Cass. civ., 10 maggio 2002, n. 6375, *ibidem*, c. 3115 ss.

⁷⁹ Lo evidenzia Cass. civ., 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, II, c. 771. Più recentemente, Cass. civ., 21 giugno 2004, n. 11488, cit.

⁸⁰ Come accade in Cass. civ., 19 maggio 1999, n. 4852, *cit.*, p. 1104 ss.; Cass. civ., 9 maggio 2000, n. 5881, *cit.*; Cass. civ., 16 febbraio 2001, n. 2335, cit.

⁸¹ Nel caso al vaglio di Cass. civ., 5 dicembre 1995, n. 12505, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2494 ss., la quale ha ritenuto adeguatamente motivata la decisione di merito che, partendo dal fatto della mancata compilazione di alcune parti della cartella clinica, ha desunto la colpa del medico.

⁸² Ne consegue, pertanto, che dal punto di vista giuridico la colpa del medico per omessa esecuzione del parto cesareo andrebbe valutata non *ex post*, in base agli elementi disponibili al momento del giudizio, ma *ex ante*, e cioè con prognosi postuma, valutando tutti i dati e le informazioni di cui il medico disponeva al momento della scelta: in questi termini M. ROSSETTI, *Errore, complicanza e fatalità*, cit., p. 18.

⁸³ Corte dei Conti, 15 giugno 2000, n. 777, in *Riv. it. med. leg.*, 2000, p. 1316 ss. Sul punto, altresì, Corte dei Conti, 10 giugno 1999, n. 1058, *ibidem*.



donna⁸⁴. La sensazione che si trae dalla vicenda è quella, soprattutto, di un fallimento del diritto ad una procreazione cosciente e responsabile, in nome di una formalistica applicazione del diritto che si risolve nel rigetto di ogni richiesta risarcitoria nei confronti dei sanitari⁸⁵. Ed il “fallimento” appare maggiore se riguardato alla luce delle molteplici disposizioni che, nel nostro ordinamento, delineano l’esistenza di un preciso dovere di informazione in capo al medico, da esercitare, altresì, nei casi di “prognosi infauste gravi o infauste tali da poter procurare preoccupazioni e sofferenze particolari al paziente” (art. 29 cod. deont. med.). In tali casi, infatti, l’unica accortezza imposta al sanitario è di usare terminologie non traumatizzanti, “senza mai escludere elementi di speranza”. Della legittimità del dovere di informazione, del resto, né dottrina né giurisprudenza dubitano⁸⁶.

7. Più complessa, al contrario, la definizione del nesso causale quale presupposto indefettibile di valutazione della idoneità della condotta a cagionare il danno. E’ affermazione – fin troppo ripetuta – di una sua “evaporazione giurisprudenziale⁸⁷”, frutto probabilmente della lamentata abdicazione, da parte del giudice, a ruolo di *peritus peritorum*⁸⁸. Alle rassicuranti certezze della logica sillogistico-deduttiva, la prassi contrappone così un criterio, in senso lato, “probabilistico”, basato – appunto – sulla maggiore o minore “probabilità” che ad un determinato comportamento (ovvero alla sua omissione) possa conseguire un preciso evento lesivo, secondo una valutazione di carattere statistico. Il principio della *condicio sine qua non*, per effetto del quale la interrelazione tra condotta e danno andava riguardata secondo la logica della causa e dell’effetto, aveva, del resto, evidenziato i suoi limiti non offrendo certezze in ordine alla prova in vicende di non infrequente verifica, quali più che altro da interventi non riusciti di vasectomia o di sterilizzazione cui era seguito il prodursi della gravidanza⁸⁹.

La nuova visuale presenta, al contrario, contorni più sfumati entro i quali ricomprendere una pluralità indistinta di fattispecie in cui la responsabilità è comunque asserita, qualora non possa escludersi l’uguale realizzarsi dell’evento anche in presenza di un diverso atteggiamento del sanitario. La “negligenza”, dunque, “giustifica” la condanna nella misura in cui riduce le possibilità di sopravvivenza, di guarigione, di successo dell’intervento

⁸⁴ La decisione è di Cass. civ., 24 marzo 1999, n. 2793, in *Danno e resp.*, 1999, p. 766 ss.

⁸⁵ E perplessità, in tal senso, esprime M. GORGONI, *Interruzione volontaria della gravidanza tra omessa informazione e pericolo per la salute (psichica) della partoriente*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 768.

⁸⁶ Il riferimento normativo è non solo agli artt. 13 e 32 Cost., ma altresì alle norme 29 e 23 del codice deontologico medico quale approvato nel 1999.

⁸⁷ Secondo la metaforica espressione di M. BARNI, *Dalla valorizzazione scientifica alla vaporizzazione giurisprudenziale del nesso causale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, p. 1021 ss.

⁸⁸ Come denuncia R. FIORI, *Metodologia della consulenza tecnica d’ufficio in tema di responsabilità professionale*, in FINESCHI (a cura di), *La responsabilità medica in ambito civile. attività e prospettive. Atti del convegno di Siena (22-24 settembre 1988)*, Milano, 1989, p. 123.

⁸⁹ Che il nesso di causalità debba essere dimostrato in maniera rigorosa è stato ribadito, da ultimo, da Cass. pen., sez. un., 11 settembre 2002, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 58, con commento di DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*. Più recentemente sono stati elaborati in giurisprudenza le nozioni di c.d. “vicinanza della prova” (Cass. Civ. 21 giugno 2012 n. 10315 e Cass. civ., 27 aprile 2010, n. 10060) nonché la regola della normalità causale, ossia c.d. “più probabile che non” (Cass. civ., 9 giugno 2011, n. 12686; id., 16 ottobre 2007, n. 21619).



sanitario⁹⁰ e la “deviazione da un modello comportamentale che assicuri tendenzialmente il più alto grado di probabilità di esito favorevole torna ad essere il punto di riferimento indispensabile”. Ne consegue che se non è possibile dimostrare con assoluta certezza il nesso eziologico tra l’erronea esecuzione dell’intervento di sterilizzazione e la successiva gravidanza, è non di meno agevole concludere che una chiara prospettazione dei rischi ed il suggerimento di opportuni esami di verifica dell’effettivo prodursi della sterilità da parte del ginecologo avrebbe *probabilmente* evitato o ridotto il “danno”, per effetto di una diversa consapevolezza nella gestante circa le possibili conseguenze delle sue scelte⁹¹.

Emblematica, in tal senso, l’ormai celebre vicenda del caso Jod⁹², lì dove l’obbligo di informazione del sanitario rilevava non già in ordine al ridotto margine di possibilità dell’intervento di interruzione della gravidanza, bensì relativamente al comportamento che la giovane madre avrebbe tenuto se non le fosse stato assicurato il successo dello stesso⁹³. Certo l’interruzione della gravidanza rappresenta pur sempre il solo rimedio per la donna che non voglia condurre a termine la gestazione; mentre, al contrario, i metodi contraccettivi sono diversi e variegati e tra essi la sterilizzazione rappresenta uno soltanto dei possibili strumenti, probabilmente il più sicuro. Non di meno, in entrambe le fattispecie (dell’aborto, appunto, come della sterilizzazione), ciò che emerge è l’importanza del momento informativo da parte del sanitario.

Non si vuole per tale via risolvere il problema del nesso causale traducendolo in quello più ampio e generale del dovere di informazione; tanto più che una simile deduzione risulterebbe smentita al cospetto del verificarsi di rischi eccezionali. E tuttavia non si può disconoscere il rilievo che la conoscenza dettagliata, chiara, semplice, completa (secondo le aggettivazioni da sempre riconnesse all’informazione) assume nel delicato congegno causale.

8. La conformazione del nesso di causalità in fattispecie solitamente individuate come “danno da nascita indesiderata” è stata, peraltro, di recente oggetto di rimediazione sistematica da parte della giurisprudenza, con riferimento alle ipotesi specifiche della nascita di un figlio malato a seguito di errore diagnostico non correttamente rilevato e comunicato alla gestante. Si è così affermato che “la possibilità, per la madre, di esercitare il suo diritto ad una procreazione cosciente e responsabile interrompendo la gravidanza, assume rilievo nella sede del giudizio sul nesso causale”, essendo “normale e corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto”. In quest’ottica, il difetto di informazione viene individuato quale causa del “mancato esercizio di quella facoltà⁹⁴”, con grave limitazione della libertà di scelta dei genitori⁹⁵, della donna in

⁹⁰ Le vivaci espressioni sono tratte da R. DE FAZIO, *Brevi annotazioni in tema di nesso causale*, Nota a App. Torino, 10 febbraio 1997, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, p. 1095.

⁹¹ Cfr. Trib. Venezia, 10 settembre 2002, cit., p. 405 ss. Ma soprattutto Trib. Brescia, 13 maggio 2003, cit., p. 1231.

⁹² Il caso rimbalzò alle cronache dopo la decisione di Trib. Padova, 9 agosto 1985, in *Riv. it. med. leg.*, 1986, p. 861 ss.

⁹³ Nel caso di specie la giovane donna, peraltro minorenni, non veniva informata della necessità di un controllo successivo all’intervento abortivo.

⁹⁴ Cass. civ., 10 maggio 2002, n. 6735, cit. L’impossibilità di avvalersi della (ipotetica) facoltà di far ricorso alla interruzione volontaria di gravidanza, a causa, appunto, della omessa informazione,



particolare, cui in definitiva viene ad essere “imposta” una maternità alla quale la stessa possa non essere razionalmente, emotivamente e psicologicamente preparata⁹⁶.

Di qui la risarcibilità, contrattuale ed extracontrattuale del danno, l'una con riguardo al c.d. danno evento (omessa informazione, lesione del diritto alla procreazione cosciente), l'altra relativa al danno-conseguenza (nascita del figlio menomato, conseguente lesione psico-fisica, lesione alla vita di relazione, e via enumerando). Con formula sintetica ma incisiva, la giurisprudenza come la dottrina riassumono sotto la comune denominazione di “danno esistenziale”⁹⁷ ogni pregiudizio in grado di compromettere la “sfera esistenziale dell'individuo, vista come l'insieme di attività attraverso le quali egli realizza la propria sfera di attività”⁹⁸. Senza peraltro volersi addentrare nell'intricato labirinto delle classificazioni – onde delineare i confini del danno esistenziale rispetto a quelli più battuti e noti del danno biologico⁹⁹ – è affermazione sempre più insistente quella di una riconducibilità del danno da c.d. “nascita indesiderata” alla categoria generale di danno non patrimoniale *ex art. 2059 c.c.* nell'attuale interpretazione costituzionalmente orientata offerta dall'elaborazione giurisprudenziale di legittimità¹⁰⁰. Per certo, di pregiudizio di tipo “esistenziale” la dottrina discorre con riguardo

determina, dunque, un pregiudizio che viene definito come il “danno alla salute che consegue alla violazione di un diritto inviolabile della personalità: di quel diritto di autodeterminazione che, in quanto, espressione del diritto di libertà personale previsto dall'art. 13 della Costituzione, l'ordinamento tutela a salvaguardia della salute fisica e psichica dell'individuo, garantendone l'esercizio ogniquale essa possa essere minacciata dal venire ad esistenza di una vita non desiderata”: cfr. F. DE MATTEIS, *Un nuovo itinerario per il danno Biologico*, in *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, cit., p. 260. In senso contrario, è stato, tuttavia, obiettato come l'interesse protetto dalla legge n. 194/78 sia rappresentato, in realtà, dalla salute della donna. Dunque, nel caso di lesione del diritto all'autodeterminazione, il danno effettivo è rappresentato dalla lesione del benessere psico-fisico e non dalla nascita indesiderata. In tal senso Cass. civ., 8 luglio 1994, n. 6464, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 767 ss. Più di recente, Cass. civ., 13 luglio 2010, n. 16394 e Cass. civ., 9 febbraio 2010, n. 2847, viene introdotta la distinzione tra diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione configurabile in ipotesi di violazione del dovere di informazione da parte del sanitario.

⁹⁵ Così, ad esempio, G. FERRANDO, *Nascita indesiderata, situazioni protette e danno risarcibile*, in *Un bambino voluto è un danno risarcibile?*, cit., p. 209.

⁹⁶ Con dovizia di aggettivazioni considera la condizione della gestante S.M. GUARRIELLO, *Diritto alla procreazione cosciente*, cit., p. 316 ss.

⁹⁷ Tale denominazione è stata proposta in dottrina fin dal 1991, ad opera di P. CENDON, L. GAUDINO, P. ZIVIZ, *Responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 1005 ss.

⁹⁸ In questi termini P. ZIVIZ, *La tutela risarcitoria della persona. Danno morale e danno esistenziale*, Milano, 1999, p. 441 ss.

⁹⁹ Per una differenziazione si rinvia a F. BILOTTA, *Il danno esistenziale: l'isola che non c'era*, in *Danno e resp.*, 2001, 4, p. 398 ss. In dottrina, peraltro, il danno biologico è stato definito come “qualsiasi ingiusta violazione dell'integrità psico-fisica della persona, che ne modifica in senso peggiorativo il modo di essere e che incide negativamente sulla sfera individuale del soggetto nelle sue manifestazioni di vita giuridicamente rilevanti”: F. GIANNINI, *Il risarcimento del danno alla persona*, Milano, 1991, p. 33 ss.

¹⁰⁰ Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, ha consacrato l'abolizione del danno esistenziale come autonoma categoria di danno sussumendo, in una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., tutte le fattispecie configuranti lesione di specifici diritti inviolabili della persona, e cioè in presenza di una ingiustizia costituzionalmente qualificata, nella categoria generale del danno non patrimoniale. L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consente ora



alle fattispecie di danno conseguente alla nascita di un figlio sano non voluto¹⁰¹, in ipotesi di interruzione di gravidanza e di interventi di sterilizzazione o vasectomia non riusciti per responsabilità del sanitario. La delicatezza del profilo apre a non pochi esiti in ordine ai possibili modelli risarcitori, a seconda della visuale dalla quale si riguardi la gestazione e la successiva nascita. Non sono mancate, infatti, ipotesi di lettura della gravidanza come “malattia” e, dunque, come danno alla sola fisicità della madre, cui si contrappone, in un gioco di contrasti, l’immagine della natività “non voluta” quale lesione della sfera psichica della donna, vero e proprio, cioè, *trauma della psiche*¹⁰².

Dal punto di vista extracontrattuale, il prodursi di simile sofferenza legittima la richiesta del risarcimento di tutti i danni conseguenti alla violazione del principio del *neminem laedere* e direttamente collegabili alla condotta del medico. Controversa è, peraltro, la legittimazione all’azione in capo al padre, lì dove il dubbio sorge dalla lettura combinata degli artt. 320, 316 c.c. e 30 cost. Ed infatti, se il genitore è pur sempre titolare di un potere rappresentativo nei riguardi del nato ed, altresì, del nascituro nonché destinatario di un vero e proprio potere-dovere di esercizio dell’ufficio potestativo, non vi sarebbe ragione, conseguenzialmente, per disconoscere una lesione della sua integrità fisiopsichica per effetto della nascita di un bambino non sano o non voluto¹⁰³.

9. Nel caleidoscopio delle vicende attinenti alla nascita, l’attenzione dell’osservatore è – più che altro – rapita dal multiforme atteggiarsi della responsabilità del sanitario: l’erronea esecuzione di un intervento di sterilizzazione; la mancata diagnosi di evidenti patologie fetali; l’insuccesso della pratica abortiva; l’intempestività nella scelta del tipo di parto¹⁰⁴. Di là da espressioni (*Wrongful Birth, Wrongful Life*) che nel loro evocare realtà normative lontane, sottolineano la difficoltà anche solo letterale del giurista ad inquadrare dogmaticamente la “nascita indesiderata”, la delicatezza del profilo è maggiormente rimarcata dalla non agevole riconduzione alle tradizionali categorie del danno. Ed, infatti, alla relazione pressoché lineare medico/paziente, si aggiunge, qui, nel settore precipuo della ginecologia e della ostetricia, una terza sfera di interessi, quella del nato o del nascituro¹⁰⁵, e forse anche una quarta, se

di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali, superando la precedente teoria del cumulo delle azioni.

Significativa anche la pronuncia di Trib. pen. Locri, 6 ottobre 2000, n. 462, in *Danno e resp.*, 2001, p. 393 ss. Nella specie, l’attenzione dei giudici era focalizzata sulle alterazioni psichiche subite da una donna a seguito della nascita di una bambina malformata, lì dove una simile patologia non era stata diagnosticata dal medico ecografista che seguiva la gravidanza, con sua grave negligenza. La mancata diagnosi aveva, così, impedito alla donna, già caratterialmente fragile, di abortire o, comunque, di prepararsi psicologicamente.

¹⁰¹ Per tutti, P. CENDON, *Esistere o non esistere?*, cit., p. 1561 ss.

¹⁰² Si rinvia sul punto a V. CARBONE, *Sviluppi ed orientamenti della responsabilità professionale medica*, cit., p. 1182.

¹⁰³ Ampiamente sul tema della legittimazione all’azione, G. FACCI, *Il danno da vita indesiderata*, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, 3, p. 12 ss. In giurisprudenza, ad es., Cass. civ., 5 giugno 2012, n. 8984, cit.

¹⁰⁴ Costata la varietà delle fattispecie di responsabilità da “nascita indesiderata”, altresì, G. CASSANO, *Danno esistenziale e così sia!*, cit., p. 1052.

¹⁰⁵ A seconda dell’attimo temporale al quale riferire il “danno”, se cioè si abbia riguardo ad una nascita indesiderata o “malata”.



accogliendo i suggerimenti di chi discorre di “contratto ad effetti protettivi”, si voglia avere riguardo alla posizione dell’altro genitore (il padre, appunto). La stessa malattia, nella specie, perde il sembiante truce della patologia per assumere le vesti della naturalità e dello stupore che da sempre descrive la maternità e la nascita.

Non è facile in questo indaco scenario percorrere la rigosità della logica giuridica, del suo sillogistico atteggiarsi, specie ove ci si soffermi a considerare come il legislatore italiano rifugga, per così dire, dal freddo tecnicismo del collega tedesco che sotto l’espressione *Kind als Schaden* riassume con disinvoltura la risarcibilità del danno da “bambino non voluto”. Ma il giurista d’oltralpe – è noto – riprende e ripropone con maggiore facilità la categoria del *geschäftliche Kontakt* (contatto negoziale di fatto), quale fonte di obblighi di comportamento (*Verhaltenspflichten*), laddove tanto non accade nella nostra realtà normativa, nella quale, al contrario, il “contatto sociale” disvela il suo limite proprio nella ricerca affannosa dell’accordo negoziale, anche al cospetto di silenzi che ben difficilmente potrebbe evocarne le forme.

Ma vi è di più. La logica del contratto – a cui pure va il tributo dell’aver disancorato la responsabilità da parametri puramente individualistici – evidenzia in tutto il suo nitore la propria inadeguatezza nel campo della ginecologia e dell’ostetricia, poiché qui ancor più difficile è “costringere” il ruolo dei soggetti coinvolti a quello di parti – appunto – di un contratto. E’ difficile, cioè, immaginare, che dalla donna, la quale abbia infruttuosamente subito un intervento di sterilizzazione, ci si debba attendere un “concorso” nell’evitare il “danno” della nascita del figlio, alla stregua del dettato dell’art. 1227 c.c., là dove, semmai, l’attenzione rimbalza nuovamente sul ruolo del medico, sul suo dovere di correttamente informare la paziente dei rischi di insuccesso e della necessità di un periodo di astensione dai rapporti sessuali. Né la logica dell’art. 1225 c.c. riequilibra un rapporto – quello informativo – che decisamente vede il medico in una posizione di primazia. Ciò a voler tacere delle situazioni in cui è il paziente stesso a “suggerire” anche solo attraverso la labilità della propria condizione psicologica il silenzio, come nel ricordato caso della gestante atterrita dall’idea della nascita di un figlio malato quale conseguenza dell’assunzione di psicofarmaci. Come non ricordare, al riguardo, la nota scena del film di L. Buñuel in cui il malato si rivolge al medico affinché questi gli sveli “tutta la verità e, appena la verità gli viene detta, lo schiaffeggia¹⁰⁶”. In questo contesto, la preghiera dell’uomo al giurista sale con maggiore enfasi e si traduce nella supplica, a tratti spasmodica, di regole che garantiscano la sua libertà, affinché dal caleidoscopio delle responsabilità si rifrangano, ancora, nella congerie dei colori del “danno”, le tinte vivaci di una maternità “consapevole” e “responsabile”.

¹⁰⁶ Come descrive G. MATHIEU, *Quella funzione del malato per aggrapparsi alla vita*, in *Prospettive nel mondo*, 1982, p. 42 ss., nella scena ricordata da P. STANZIONE, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, cit.