

PARERE NON AVENTE VALORE GIURIDICO VINCOLANTE

Tribunale Dei diritti dei disabili – 10° sessione
Siracusa, 22 settembre 2007

4° CASO

PUO' UNA DIAGNOSI CORRETTA E TEMPESTIVA EVITARE LA FIFFUSIONE DELLA MALATTIA , QUINDI, UNA DISABILITA'?

Mario (nome di fantasia) in seguito ad una radiografia al torace in cui si evidenzia una massa nel polmone sinistroidi circa 5 cm di diametro, si ricovera presso l'unità operativa di pneumologia dell'ospedale cittadino per un approfondimento clinico-diagnostico.

Il giorno successivo al ricovero, sottoposto ad una TAC viene confermata la presenza della massa ed inoltre sono evidenziai numerosi linfonodi aumentatati di volume

La diagnosi depone per una neoplasia del polmone. In quest'ottica il paziente viene sottoposto ad una serie di esame con risultato negativo per lesioni secondarie.

Dimesso dall'ospedale cittadino, Mario, ancora sofferente e preoccupato per la propria salte, decide di contattare telefonicamente il dott. Tizio (nome di fantasia), pneumolgo di un'importante ospedale lombardo presso il quale era stato ricoverato precedentemente in due occasione (luglio 2004 ed ottobre 2004) per indagini diagnostiche per sospetta fibrosi polmonare.

In occasione del primo dei due ricoveri nell'ospedale lombardo Mario aveva portato con sé una Tac al torace eseguita presso un Centro Diagnostico della propria città.

Di questa TAC, di cui era stata chiesta la restituzione per affrontare i successivi ricoveri, si era persa traccia in quanto smarrita negli incartamenti ospedalieri. Il dott. Tizio si è impegnato con Mario ad eseguire un'accurata ricerca per il ritrovamento dei documenti.

Nel frattempo Mario scopre che nel secondo ricovero lombardo gli era stata eseguita una TAC in cui già si evidenziava una neoformazione di una massa di cui però non era stato informato.

Sgomento per questa scoperta chiede al dott. Tizio; di risposta nessuna spiegazione plausibile asserendo soltanto che sicuramente era stata inviata al domicilio una relazione clinica.

Mario, nona vendo mai ricevuto nessun documento, decide di recarsi personalmente dal dott. Tizio nell'ospedale lombardo per controllare di persona la documentazione clinica.

All'appuntamento il dott. Tizio riferisce di avere ritrovato in archivio la TAC smarrita eseguita dall'ospedale cittadino, la TAC eseguita nel secondo ricovero lombardo e la relazione clinica dello stesso secondo ricovero in cui veniva evidenziata la presenza di un nodulo **SOSTANZIALMENTE STABILE RISPETTO AL PRECEDENTE!**

Mario chiede come mai, visto che la presenza del nodulo era stata rilevata anche nel primo ricovero, nella relativa relazione non era stata evidenziata permettendo così un tempestivo intervento. Chiede inoltre come mai era stato dimesso, non essendo mai possibile ciò a quelle condizioni fisiche e perché nelle dimissioni si indica una terapia solo per l'esofagite da reflusso.

Il dott. Tizio visibilmente in difficoltà non sa dare alcuna spiegazione, chiama in suo aiuto il direttore sanitario che con atteggiamento spavaldo ed aggressivo tenta di mettere paura al povero Mario e di difendere le sue competenze cliniche minacciando un ricorso in tribunale.

Tornati in Sicilia per Mario un amaro responso: ademocalcinoma non operabile con unica opzione terapeutica il trattamento chemioterapico e radioterapico

Siracusa, 22 settembre 2007
ANFFAS ONLUS NAZIONALE E NAZIONALE MAGISTRATI
TRIBUNALE DEI DIRITTI DEI DISABILI
DECIMA SESSIONE

Composto dai Sigg.ri

Dott. Piero Calabrò.....	Presidente
Dott. Piero Grasso.....	Giudice
Dott. Mario Fraticelli.....	Giudice
Dott. Claudio Castelli.....	Giudice
Dott. Riccardo Atanasio.....	Giudice
Dott. Roberto Spanò.....	Giudice
Dott. Filippo Di Benedetto.....	Giudice Relatore
Dott. Nicola Proto.....	Giudice Relatore
Dott. Francesco Vignoli.....	Giudice Relatore
Dott. Ciro Angelillis.....	Giudice Relatore
Dott.ssa Francesca Saioni.....	Giudice
Dott. Cosmo Crolla.....	Giudice
Dott. Nicola Clivio.....	Giudice
Dott. Luca Villa.....	Giudice

Nella seduta del 22 settembre 2007 ha emesso la seguente

DELIBERA

FATTO

In data 22/04/06 Mario (nome di fantasia) si sottopone ad una radiografia al torace in seguito ad un episodio di emoftoe: l'esame evidenzia una massa nel lobo medio del polmone sinistro di circa 5 cm di diametro e nel referto viene consigliato un approfondimento TC per neoformazione polmonare sinistra.

In data 26/04/06 Mario si ricovera pertanto presso l'unità operativa di pneumologia dell'ospedale cittadino per un approfondimento clinico-diagnostico.

In data 27/04/06, giorno successivo al ricovero, Mario viene sottoposto ad una TAC ad esito della quale viene confermata la presenza di una massa policiclica che si diparte dall'ilo di sinistra che coinvolge parte del lobo medio e parte del lobo superiore di sinistra, vengono inoltre evidenziati numerosi linfonodi di volume il più grande dei quali di diametro superiore i 2,5 cm e colliquato.

La diagnosi, sebbene non di natura istopatologica, ma solo radiografica, depone per una neoplasia del polmone sinistro.

In quest'ottica, sempre presso l'ospedale cittadino, Mario viene sottoposto in data 28/04/06 ad una serie di esami (scintigrafia ossea, Tac encefalo-addome) con risultato negativo per lesioni secondarie.

In data 29/04/06 Mario si reca in un altro ospedale presso l'Unità operativa di chirurgia toracica per l'esecuzione di una broncoscopia con prelievo biotipico della lesione e brushing dell'epitelio bronchiale.

Qui il dottore che lo prende in cura, poiché la diagnosi, sebbene ancora non confermata dal dato istopatologico, era quasi certamente di neoplasia, chiede a Mario di fornirgli gli ultimi esami radiologici a cui lo stesso si era sottoposto, per fare un confronto con gli ultimi esami effettuati, soprattutto per un confronto della situazione linfonodale.

Mario, appena tornato a casa, contattata pertanto telefonicamente il dott. Tizio (nome di fantasia) pneumologo di un importante ospedale del Nord presso il quale era stato ricoverato precedentemente in due occasioni (luglio 2004 e ottobre 2004) per indagini diagnostiche per sospetta fibrosi polmonare.

In occasione del primo dei 2 ricoveri nell'ospedale lombardo Mario aveva portato con sé una TAC ad alta risoluzione del torace eseguita presso un centro diagnostico della propria città pochi giorni prima di tale ricovero, TAC di cui peraltro era già stata chiesta la restituzione senza alcun risultato.

Il dott. Tizio riferisce a Mario che probabilmente della TAC in questione si era persa traccia in quanto smarrita negli incartamenti ospedalieri e si impegna ad eseguire immediatamente un'accurata ricerca per il suo ritrovamento.

Nel frattempo Mario scopre che nel secondo ricovero presso lo stesso Ospedale del Nord gli era stata eseguita una TAC ad altra risoluzione in cui già si evidenziava una neoformazione a margini speculari nel lobo polmonare superiore sinistro con il reperto inoltre di linfonodi ingranditi di volume ma subcentrimetri, di cui però non era stato informato.

Sgomento per questa scoperta Mario chiede al dott. Tizio come mai non era stato informato: il dott. Tizio non sa dare alcuna spiegazione plausibile, asserendo soltanto che sicuramente era stata inviata al domicilio una relazione clinica dettagliata in cui si riportava anche copia del referto della TAC.

Mario, non avendo mai ricevuto nessun documento, decide di recarsi personalmente dal dott. Tizio nell'ospedale lombardo per controllare di persona la documentazione clinica.

In data 04/05/06, all'appuntamento, il dott. Tizio riferisce di aver ritrovato in archivio sia la Tac smarrita eseguita nel giugno 2004 presso l'ospedale cittadino di Mario ed esibita in occasione del primo ricovero, sia la Tac eseguita nel secondo ricovero, sia la relazione clinica dello stesso secondo ricovero in cui veniva evidenziata la presenza di un nodulo sostanzialmente stabile rispetto al precedente! Infatti nonostante il referto della prima TAC non riportava nessuna "lesione sospetta" il dott. Tizio sostiene che la lesione era presente già nella TAC del giugno 2004.

Mario chiede come mai visto che la presenza del nodulo era stata rilevata anche nel primo ricovero, nella relativa relazione non era stata evidenziata permettendo così un tempestivo intervento.

Chiede inoltre come mai era stato dimesso ad ottobre, con una lesione polmonare di sinistra di 1,5 cm. Di diametro senza fare una diagnosi circa la natura di tale lesione, visto che lo stesso era fumatore da 30 anni, affetto da fibrosi polmonare e pertanto soggetto a rischio per l'insorgenza di neoplasia polmonare.

Chiede inoltre perché non sia stata eseguita una TAC con metodo di contrasto o un prelievo biptico della massa o una mediastinoscopia per la valutazione dei linfonodi aumentati di volume.

Chiede perché nelle dimissioni si indica una terapia solo per l'esofagite da reflusso.

<

Il Dott. TIZIO visibilmente in difficoltà non sa dare alcuna spiegazione, chiama in suo aiuto il Direttore Sanitario che con atteggiamento spavaldo e aggressivo tenta di mettere paura al povero Mario e di difendere le sue competenze cliniche minacciando un ricorso in tribunale.

Tornato a casa Mario si reca presso l'Unità Operativa Chirurgica toracica dove aveva eseguito la broncoscopia per ritirare il referto, ottenendo un amaro responso: adenocarcinoma non operabile in prima istanza vista l'estensione della lesione e il

grande numero di linfonodi coinvolti, e con unica opzione terapeutica il trattamento chemioterapico e radioterapico.

In data 19.05.2006 Mario esegue una tomoscintigrafia PET total body che evidenzia non solo la malattia a livello polmonare e linfonodale, ma anche a carico di alcuni segmenti scheletrici ed in particolare a livello dell'emisoma sinistro di L2, dell'acetabolo della branca ischio pubica e della testa femorale di destra.

Da giugno 2006 Mario si sottopone a trattamento chemioterapico e successivamente decede.

DIRITTO

Nel caso di specie si potrebbe profilare una ipotesi del delitto omicidio colposo previsto dall'art. 589 c.p. che consiste nel cagionare il decesso di taluno a seguito di condotta omissiva.

Secondo la Giurisprudenza sussiste l'ipotesi di omicidio colposo anche nelle ipotesi in cui l'evento morte è stato anticipato. Sul punto si veda Sez. 4, Sentenza n.3185 del 17/10/1990 Ud, (dep.22/3/1991) Rv.186727 secondo cui in tema di colpa professionale del medico, per il principio consacrato nell'asrt.41, primo comma cod. pen., accelerare il momento della morte di una persona destinata a soccombere equivale a cagionarla. Nello stesso senso Sez.4, Sentenza n.14435 del 26/09/1990 Ud. (dep. 06/11/1990) Rv.185676 secondo cui in tema di colpa professionale del medico, si risponde di omicidio non soltanto quando si cagiona la morte di un soggetto che avvenga istantaneamente, ma anche quando si determini l'anticipazione dell'evento letale.

Il rimprovero addebitabile ai sanitari intervenuti nel 2004 è duplice sotto il profilo della condotta; in particolare si può ipotizzare da un lato l'omessa effettuazione di ulteriori esami mirati ad accertare con maggiore precisione la patologia da cui era affetto il paziente, e dall'altro l'omessa informazione della diagnosi stessa.

Dalla condotta omissiva sarebbe poi derivato dapprima l'aggravamento della malattia e successivamente il decesso di Mario.

In tema di diritto colposo, realizzato mediante condotta omissiva, occorre affrontare due specifici problemi:

- introduzione dell'obbligo giuridico da parte dei sanitari
- nesso di causa tra condotta omissiva (violazione dell'obbligo di agire) ed evento (aggravamento della patologia).

OBBLIGO GIURIDICO

L'obbligo giuridicamente rilevante va individuato sia nella legge, che regola i compiti del personale sanitario, sia nel contratto atipico c.d. di specialità intercorso tra Mario e i medici intervenuti nel 2004.

Sotto il profilo normativo l'obbligo di cura comprende sia la corretta diagnosi che la cura in senso stretto; con specifico riferimento alla diagnosi l'art. 7 del D.P.R. 27 marzo 1969 n.128 (ordinamento interno dei servizi ospedalieri) prevede che la stessa sia formulata in via definitiva (ovviamente laddove possibile ed all'esito di tutti gli accertamenti effettuabili). Il ricovero di un paziente in una struttura (pubblica o privata) deputata a fornire assistenza sanitaria avviene sulla base di un contratto tra il paziente stesso ed il soggetto gestore della struttura, e l'adempimento di tale

contratto, con riguardo alle prestazioni di natura sanitaria, è regolato dalle norme che disciplinano la corrispondente attività del medico nell'ambito del contratto di prestazione d'opera professionale, con la conseguenza che il detto gestore risponde dei danni derivati al paziente da trattamenti sanitari praticatigli con colpa, alla stregua delle norme di cui agli artt. 1176 e 2236 cod. civ.

L'eventuale inadempimento a tale obbligazione deve essere valutato alla stregua dei doveri inerenti lo svolgimento dell'attività professionale e, in particolare, del dovere di diligenza, per il quale trova applicazione il parametro della diligenza professionale fissato dall'art.1176, secondo comma, cod. civ., da commisurarsi alla natura dell'attività esercitata. La responsabilità del medico per i danni causati al paziente postula la violazione dei doveri inerenti allo svolgimento della professione, tra i quali quello della diligenza (compresa in questa anche la perizia da intendersi come conoscenza ed attuazione delle regole tecniche proprie di una determinata arte o professione), che va a sua volta valutata con riguardo alla natura dell'attività e che, in rapporto alla professione di medico chirurgo, implica scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione professionale.

Si evidenzia, inoltre, che la posizione di garanzia dell'equipe medica nei confronti del paziente comprende tutti gli accertamenti volti a dirimere eventuali dubbi diagnostici mediante l'esperimento di esami più approfonditi, sicchè dalla violazione di tale obbligo, fondato anche sul contratto d'opera professionale, può discendere la responsabilità penale dei medici, qualora l'evento dannoso sia casualmente connesso ad un comportamento omissivo ex art. 40 comma secondo cod. pen.

DOVERE DI INFORMAZIONE

Analoghe considerazioni valgono per la violazione dell'obbligo di informazione che, se dimostrato, costituirebbe grave violazione dell'obbligo contrattuale.

Anche in tal caso grava sul sanitario in forza del contratto di ospitalità, oltre l'obbligo di cura, l'obbligo di comunicare al paziente la diagnosi effettuata. Nell'ambito della prestazione sanitaria, infatti, il dovere di informazione al paziente circa la patologia riscontrata costruisce un aspetto della prestazione principale cui è tenuto il medico, e ciò anche laddove si rendano necessari ulteriori approfondimenti prima di giungere ad una diagnosi definitiva. Il paziente, infatti, è messo in grado di determinarsi anche autonomamente sulla possibilità di indagini e trattamenti alternativi eseguibili anche in altre strutture.

Tale diritto è peraltro espressamente richiamato nella carta dei diritti del malato secondo cui il paziente ha diritto di ottenere dal sanitario che lo cura informazioni complete e comprensibili in merito alla diagnosi della malattia, alla terapia proposta e alla relativa prognosi.

NESSO DI CAUSA

Il secondo aspetto, relativo alla sussistenza del nesso di causa, impone di accertare se una corretta diagnosi e un conseguente trattamento sanitario avrebbe evitato il decesso di Mario ovvero se l'avrebbe significativamente posticipato nel tempo.

In tema di responsabilità professionale del sanitario la Giurisprudenza della Corte di Cassazione ha elaborato i principi cui attenersi per ritenere sussistente il nesso di causa.

In particolare, il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva.

In tale giudizio non si può prescindere dall'individuazione di tutti gli elementi concernenti la "causa" dell'evento (lesione del paziente), giacché solo conoscendo in tutti i suoi aspetti fattuali e scientifici il momento iniziale e la successiva evoluzione della malattia è possibile analizzare la condotta omissiva colposa addebitata al sanitario per effettuare il giudizio controfattuale e verificare che, ponendo in essere la condotta doverosa, l'evento sarebbe stato evitato.

La eventuale condotta omissiva dei sanitari intervenuti e la sussistenza del nesso di causa è di regola accertata mediante consulenza tecnica.

Nel caso di specie il consulente tecnico sarà chiamato : 1) ad accertare la causa del decesso di Mario; 2) a verificare se una diagnosi di neoplasia polmonare avrebbe potuto essere riscontrata già nel mese di ottobre 2004, mediante esami più approfonditi conseguenti alla rilevazione delle formazioni nodulari polmonari; 3) se, a seguito di tale diagnosi, un corretto ed adeguato trattamento terapeutico avrebbe impedito il decesso di Mario ovvero se l'avrebbe significativamente posticipato nel tempo.

ASPETTI CIVILISTICI

1 – I termini della questione

Giova soffermarsi sugli aspetti civilistici della vicenda, tutelabili in un eventuale giudizio penale mediante la costituzione di parte civile, ovvero, ancor prima dell'instaurazione del processo penale, con la proposizione di una azione autonoma dinnanzi a Giudice civile evocando in giudizio il medico e la struttura ospedaliera in cui il predetto veniva ad operare.

Nel caso in esame viene rimproverato al personale ospedaliero:

- a) di aver smarrito la TAC che Mario aveva consegnato dopo averla effettuata in un centro diagnostico della sua città;
- b) di non aver adeguatamente informato il malato visto che la relazione clinica, con i risultati di una seconda TAC eseguita, non gli era stata trasmessa a casa;
- c) di avere dimesso il paziente senza procedere a ulteriori accertamenti sulla natura della malattia.

Occorre chiedersi se il contegno assunto dall'ente ospedaliero assuma rilevanza sotto il profilo civilistico e possa dare origine a una richiesta risarcitoria.

Si dovrà inoltre esaminare se e in quale modo il decesso del paziente possa essere in relazione con il contegno omissivo della struttura ospedaliera e se sussista la possibilità per gli eredi di chiedere una qualche forma di risarcimento del danno.

2 – La natura giuridica della responsabilità

Occorre soffermarsi sul legame che intercorre fra l'ente e il degente. Tra questi ultimi si conclude un contratto d'opera professionale che si perfeziona con l'accettazione del paziente nell'ospedale.

Il rapporto che si instaura è riconducibile ad un contratto atipico c.d. di "spedalità", il cui oggetto consiste in una prestazione di assistenza sanitaria al malato. In base a tale

contratto sorge in capo all'ente ospedaliero l'obbligazione di compiere nei confronti del malato l'attività diagnostica e terapeutica in relazione alla specifica situazione patologica del paziente in cura.

L'ente ospedaliero risponde a titolo contrattuale per i danni subiti dal privato a causa della non adeguata esecuzione della prestazione medica da parte di un proprio dipendente.

Più controverso è il rapporto che si instaura fra il paziente e il medico.

Secondo un orientamento giurisprudenziale il dipendente dell'ospedale che provvede all'attività diagnostica e terapeutica è estraneo al rapporto contrattuale e la sua responsabilità è solo di tipo extracontrattuale. In tal caso, secondo le norme del codice civile, la prescrizione del risarcimento del danno è quinquennale, l'onere di provare l'esistenza del fatto illecito, nelle sue componenti oggettiva e soggettiva (dolo-colpa), è a carico del danneggiato.

Ad avviso di una più accreditata opinione, che questo tribunale ritiene di condividere e fare propria, la responsabilità del medico e quella dell'ente ha natura contrattuale. Va rilevato per completezza espositiva che, secondo un'altra interpretazione, la responsabilità del medico è fondata sul c.d. *contratto sociale* e cioè su un affidamento riposto dal paziente sull'operato del professionista, pur sempre riconducibile alla disciplina contrattuale di cui all'art.1218 c.c.

In tal caso la prescrizione del risarcimento del danno è decennale, mentre la ripartizione dell'onere della prova del danno subito è ripartita come segue.

Qualora venga addotto l'inesatto adempimento della prestazione contrattuale, il paziente o, nella fattispecie, i suoi eredi hanno l'onere di dimostrare il titolo (ossia la relazione con l'ospedale e il medico), l'efficacia causale e cioè in quale misura il contegno tenuto dal personale ospedaliero abbia concorso ad aggravare la malattia e/o determinare il decesso, non però la colpa e, tanto meno, la gravità di essa, dovendo il difetto di colpa o la non qualificabilità della stessa in termini di gravità essere allegate e provate dal medico.

Resta a carico del medico e della struttura ospedaliera l'onere di provare l'esatto adempimento e che gli effetti peggiorativi della salute del paziente sono stati determinati da eventi estranei alla loro attività, imprevisi e imprevedibili.

La riconducibilità della responsabilità del medico all'ambito contrattuale consente di fare diretta applicazione dell'art.2236 c.c. in base al quale, qualora la prestazione implichi la soluzione di problemi di speciale difficoltà, il prestatore d'opera risponde solo in caso di dolo o colpa grave.

Dando luogo la relazione che si instaura tra medico (nonché tra la struttura sanitaria) e paziente a un rapporto contrattuale, in base alla regola di cui all'art. 1218 c.c., spetta al medico (e alla struttura sanitaria) dimostrare la sussistenza di problemi tecnici di particolare difficoltà (Cass. Civ. 20.1.2005, n.20320).

Va soggiunto che, per pacifica interpretazione, la limitazione alla responsabilità di cui all'art.2236 c.c. attiene esclusivamente alla perizia con l'esclusione dell'imprudenza e della negligenza.

3 - Inadempimento dell'obbligazione. Perdita di chance

Nel caso in esame, dalla ricostruzione riportata dal paziente, potrebbero emergere le condizioni perché venga a essere integrata una responsabilità dell'ente ospedaliero.

Lo smarrimento della prima TAC, il mancato inoltro del referto con allegata una seconda Tac, le dimissioni dall'ospedale del degente sembrano venire a integrare un non corretto adempimento della prestazione sanitaria.

Il nesso causale fra il contegno omissivo del medico e il decesso di Mario potrà essere accertato, così come in sede penale, da una adeguata istruttoria, attraverso

l'interrogatorio delle parti convenute, l'escussione dei testi, l'espletamento di una consulenza tecnica disposta dal Giudice.

Dagli elementi in possesso, sembra, in ogni caso, desumersi una possibile responsabilità dell'ente per non aver adeguatamente curato ed informato il paziente delle sue condizioni di salute.

Va evidenziato che il dovere di informazione, che grava sul professionista, è funzionale al consapevole esercizio, da parte del paziente, del diritto che la Costituzione, ex artt. 13 e 32, gli attribuisce di sottoporsi all'intervento terapeutico.

Nella fattispecie, il pregiudizio che potrebbe profilarsi è individuabile nella perdita della possibilità di guarigione.

In casi del genere si parla di perdita di chance.

Si confrontano in giurisprudenza due concezioni del concetto di chance.

L'una, di carattere ontologico, è volta a tutelare la possibilità in sé di giungere al risultato auspicato (nella fattispecie la guarigione); l'altra, caratterizzata da una visione teleologica, è diretta a tutelare la chance soltanto in una prospettiva condizionata: quando, secondo un giudizio di prognosi postuma, la chance persa aveva notevoli possibilità di giungere a buon fine.

Una recente pronuncia del Consiglio di Stato (n.5323/06) distingue tra probabilità di riuscita (chance risarcibile) e mera possibilità di riuscire (chance irrisarcibile).

Occorre esaminare se, ai fini della risoluzione del caso in esame la perdita di chance sia risarcibile. A tale scopo giova far richiamo al criterio, sopra indicato, di ripartizione fra i contendenti dell'onere della prova circa l'esatto ovvero inesatto adempimento della prestazione.

Nella fattispecie non pare invocabile l'art.2236 c.c. che alza la soglia di responsabilità del professionista. I comportamenti omissivi rimproverati non sembrano implicare la soluzione di problemi di particolare difficoltà. Per di più il contegno del sanitario e della struttura ospedaliera sembra più improntato alla negligenza piuttosto che all'imperizia. Ne consegue che in una situazione come quella in esame, in cui sembra emergere che il medico ha dato alla patologia sottopostagli una risposta errata o in ogni caso inadeguata, pare possibile affermare un inadempimento della prestazione.

Dai documenti esaminati, non è possibile sostenere che l'evento morte si sarebbe o meno verificato qualora il medico si fosse comportato adeguatamente, ma si potrebbe affermare che il paziente ha perso, per effetto di detto inadempimento, una chance di tempestiva guarigione o comunque una chance di allungamento della propria vita, giacché un'informazione adeguata e solerte gli avrebbe consentito di intervenire immediatamente sulla malattia.

E' bene precisare che, per consolidato indirizzo giurisprudenziale, in tema di responsabilità medica, costituisce danno risarcibile in favore del paziente (o dei suoi eredi) non solo la perdita di possibilità, in conseguenza dell'omissione colposa da parte del medico, di una guarigione certa, ma anche la perdita di possibilità di una guarigione eventuale.

A tal proposito, la prospettiva civilistica, ai fini di un ristoro del danno, è diversa da quella penalistica, tesa a una funzione punitiva che deve contemperarsi con la finalità rieducativa del reo.

E' indice delle più moderne tendenze evolutive in materia di reato **commissivo** mediante omissione che, nel progetto di riforma del Codice penale elaborato dalla Commissione Grosso, fosse previsto che "non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo se il compimento dell'attività omessa avrebbe impedito con certezza l'evento.

La responsabilità civile presuppone più che una certezza di impedire l'evento una seria e apprezzabile probabilità di successo della condotta medica tesa a evitare l'evento lesivo (a proposito delle differenze fra una prospettiva penalistica e l'opzione civilistica cfr. la recente sentenza della Cassazione civile n.11755 del 2006).

Non occorre dunque una responsabilità "oltre ogni ragionevole dubbio" per condannare il debitore al risarcimento del danno, ma è sufficiente la dimostrazione che il comportamento al quale il . debitore era tenuto ha precluso la possibilità del paziente di ricorrere all'intervento terapeutico per debellare o, quanto meno, contrastare la malattia.

4 Voci di danno risarcibile

Se, dunque, è teoricamente configurabile la possibilità di un risarcimento, conviene soffermarsi sulle voci di danno che potrebbero formare oggetto di richiesta all'Autorità giurisdizionale.

Non è questa la sede per operare quantificazioni, tuttavia è evidente che la determinazione monetaria del pregiudizio varierà a seconda del tipo di responsabilità (per non aver adeguatamente informato il paziente o addirittura per aver concausato il decesso del paziente) a cui verranno eventualmente tenute le parti convenute.

Il decesso di Mario sposta l'attenzione sugli eredi. Si deve distinguere fra il risarcimento del danno *iure proprio*, comprendente cioè le voci di danno richiedibili dagli eredi in nome proprio, e la riparazione *iure ereditario*, ossia relativa ai diritti di credito maturati dal defunto, entranti nella sua titolarità e trasmessi ai successori.

Giova fare richiamo alla tradizionale dicotomia *fra danno patrimoniale* (art.2043 c.c.), riguardante il pregiudizio economico-patrimoniale patito, e *danno non patrimoniale*(art.2059 c.c.). Secondo i più recenti interventi sistematici della giurisprudenza (cfr. Cass., Sez Un., nn.8827 e 8828 del 2003, Corte cost. n.233 del 20039, quest'ultima voce di danno andrebbe intesa in un senso più lato rispetto al passato e cioè comprensiva del *danno* morale, del danno biologico e del danno esistenziale.

Il danno morale consiste in un pregiudizio transeunte di natura esclusivamente psicologica. *Il danno biologico* si sostanzia in un detrimento all'integrità fisica e psichica della persona conseguente ad un accertamento medico. *Il danno esistenziale* riguarda uno sconvolgimento delle abitudini di vita e delle relazioni interpersonali della persona le cui conseguenze non appaiono necessariamente riconducibili ad una menomazione della sfera della salute.

Premesso quanto sopra, è possibile ipotizzare quali voci di danno gli eredi potranno chiedere.

- A) Con riferimento alle richieste *jure proprio*, sotto il profilo del nocumento patrimoniale, gli eredi potranno invocare, a seconda delle ipotesi, la perdita della capacità contributiva della unica fonte di reddito oppure del maggior contribuente per la famiglia o, viceversa, non potranno lagnarsi di alcunché nel caso di figli maggiorenni del tutto autonomi sotto il profilo del sostentamento economico. Ancora, sotto il profilo patrimoniale, gli eredi potranno lamentare le spese sostenute direttamente dal defunto in proprio per le cure tese a combattere la malattia.

Gli eredi *jure proprio* potranno chiedere la riparazione del danno non patrimoniale, per le voci che lo compongono. Il pregiudizio potrà rimanere allo stadio di mero dolore o patema d'animo interiore fino degenerare in una patologia obiettivamente riscontrabile. Sotto il profilo del danno biologico in proprio, la giurisprudenza, nel solco della pronuncia della Corte Cost. n.372 del 1994, ammette il risarcimento del danno alla salute patito dagli stretti congiunti della persona deceduta allorquando le sofferenze patite abbiano determinato una lesione psicofisica degli stessi.

In ogni caso il nocumento che si assume patito dovrà essere dimostrato in giudizio non essendo sufficiente addurre la circostanza della lesione *in re ipsa* per la perdita del proprio caro.

B) Circa le pretese *iure hereditatis*, i successori potranno richiedere il risarcimento del danno patito dal familiare sotto il profilo economico comprensivo delle spese sopportate da paziente, in proprio, per la cura o ancora per il pregiudizio subito all'attività lavorativa dello stesso.

Seppure sia oggetto di accese discussioni fra gli interpreti, gli eredi non potranno invocare un danno *tanatologico* o da morte. Tuttavia, potranno, sempre che venga acclarata la responsabilità delle controparti, chiedere ristoro, a titolo di danno non patrimoniale, per le sofferenze, la patologia e il perturbamento delle condizioni di vita di Mario.

Secondo un consolidato indirizzo della Suprema Corte (cfr. Cass. N.12756/99), il defunto non può trasmettere, per la perdita della propria capacità giuridica con la morte, il diritto di credito consequenziale alla perdita della vita. Siccome il titolare del diritto non esiste più, l'obbligazione risarcitoria non può entrare a far parte del suo patrimonio e, di conseguenza, non è trasmissibile agli eredi.

Affinché possa configurarsi un pregiudizio alla salute, è necessario che la vittima dell'illecito sopravviva per un apprezzabile lasso di tempo, tale da determinare una effettiva ripercussione delle lesioni sulla qualità della vita.

Non solo, dunque, saranno ristorabili le lesioni fisiche patite da Mario in vita, ma dovrà essere ristorato ogni pregiudizio, di carattere reddituale, che abbia alterato le abitudini e gli assetti relazionali propri del *de cuius* inducendolo a scelte di vita diverse quanto all'espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno.

Concludendo, la prova del danno, che incombe sugli eredi che agiscono in giudizio, potrà ancora essere provata per presunzioni e la quantificazione del pregiudizio verrà liquidata equitativamente in considerazione di una serie di fattori quali l'età della vittima e dei singoli superstiti, le abitudini di vita del defunto e ogni altra utile circostanza.