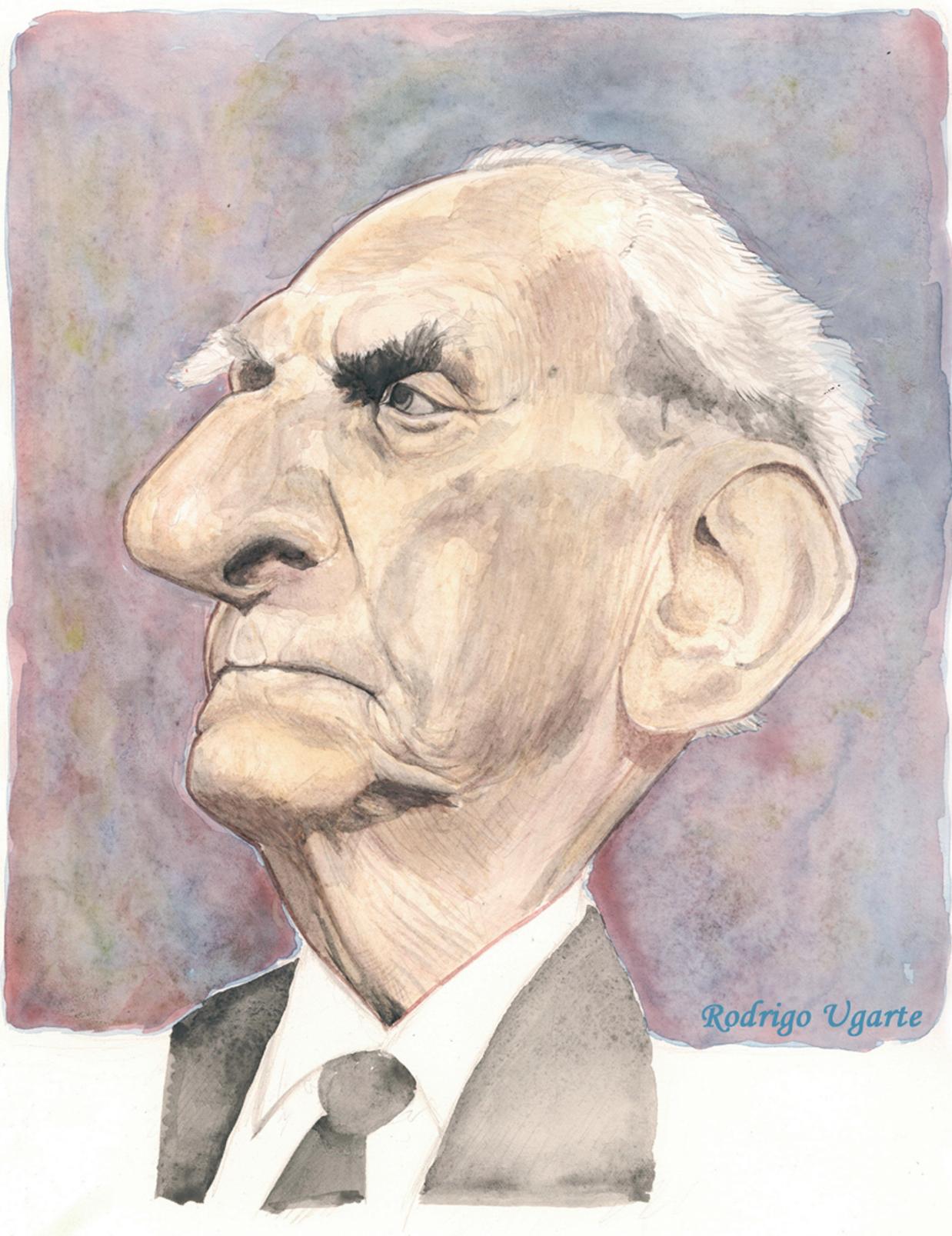


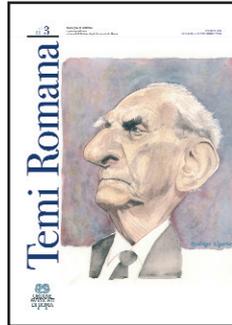
n° 3

Rassegna di dottrina  
e giurisprudenza  
a cura dell'Ordine degli Avvocati di Roma

ANNO LXII  
LUGLIO - SETTEMBRE 2014

# Temi Romani





**Direttore Responsabile:** Mauro VAGLIO

**Direttore Scientifico:** Alessandro CASSIANI

**Capo Redattore:** Samantha LUPONIO

**Comitato Scientifico:**

Paola BALDUCCI, Antonio BRIGUGLIO, Luigi CANCRINI,  
Pierpaolo DELL'ANNO, Antonio FIORELLA, Giovanni Maria FLICK  
Giorgio LOMBARDI, Carlo MARTUCCELLI, Ugo PETRONIO  
Eugenio PICOZZA, Giulio PROSPERETTI, Giorgio SPANGHER  
Alfonso STILE, Federico TEDESCHINI, Roberta TISCINI,  
Giancarlo UMANI RONCHI, Romano VACCARELLA

**Comitato di Redazione:**

Mauro VAGLIO, Pietro DI TOSTO, Antonino GALLETTI  
Riccardo BOLOGNESI, Fabrizio BRUNI  
Alessandro CASSIANI, Domenico CONDELLO, Antonio CONTE  
Mauro MAZZONI, Aldo MINGHELLI, Roberto NICODEMI, Livia ROSSI  
Matteo SANTINI, Mario SCIALLA, Isabella Maria STOPPANI

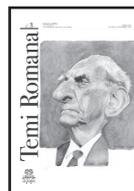
**Coordinatori:**

Antonio ANDREOZZI, Andrea BARONE, Camilla BENEDEUCE  
Domenico BENINCASA, Marina BINDA, Ersi BOZEKHU  
Francesco CASALE, Francesco CIANI, Benedetto CIMINO, Irma CONTI  
Antonio CORDASCO, Alessandro CRASTA, Carmelita DE FINIS  
Annalisa DI GIOVANNI, Ruggero FRASCAROLI, Maria Vittoria FERRONI  
Fabrizio GALLUZZO, Alessandro GENTILONI SILVERI, Mario LANA  
Paola LICCI, Andrea LONGO, Giuseppe MARAZZITA, Franco MARCONI  
Alessandra MARI, Gabriella MAZZEI, Arturo MEGLIO, Chiara PACIFICI  
Ginevra PAOLETTI, Chiara PETRILLO, Tommaso PIETROCARLO  
Aurelio RICHICHI, Sabrina RONDINELLI, Serafino RUSCICA  
Marco Valerio SANTONOCITO, Massimiliano SILVETTI, Luciano TAMBURRO  
Federico TELA, Antonio TESTA, Federica UMANI RONCHI, Clara VENETO

**Segretario di redazione:** Natale ESPOSITO

**Progetto grafico:** Alessandra GUGLIELMETTI

**Disegno di copertina:** Rodrigo UGARTE



## 2 NORBERTO BOBBIO: LA STORIA

*A cura di Eleonora Senese*

## 4 SAGGI

### **Diritto penale europeo**

*Pietro Mazzei*

### 12 **Il mobbing nella prospettiva criminologica integrata**

*Giovanni Neri e Flavia Forgione*

### 19 **Profili generali relativi alla tutela del consumatore ed azione di classe - Parte I**

*Alessandro Nicodemi*

### 32 **Criteri d'individuazione del titolare della qualifica soggettiva nell'ambito delle organizzazioni complesse e operatività della delega di funzioni, con particolare riferimento, alla responsabilità di Amministratori e Sindaci di società - Parte II - Posizione di garanzia e Responsabilità**

*Francesca Zignani*

### 39 **Colpevole!... al 50%. Ovvero quando le perizie danno i numeri**

*Marco Zonaro*

## 42 OSSERVATORIO LEGISLATIVO

### **Ancora sulla colpa medica: il danno da nascita indesiderata**

*Marina Binda*

### 46 **I modelli di organizzazione e controllo ex D.Lgs. n. 231 del 2001 nella prospettiva di un magistrato della pubblica accusa**

*Pierluigi Cipolla*

## 51 NOTE A SENTENZA

### **Concordato con riserva e licenziamento**

*Antonio Caiafa*

### 57 **Decadenze in materia di licenziamento**

*Carlotta Maria Manni*

## 59 CRONACHE E ATTUALITÀ

### **L'addebito della separazione**

*Matteo Santini*

Con i contributi di: *Barbara Capicotto*

*Anna Lanza*

*Marco Meliti*

*Patrizia Paris*

## Ancora sulla colpa medica: il danno da nascita indesiderata

*Marina Binda*

Avvocato iscritto nell'Elenco Speciale Avvocati di un Ente pubblico, Foro di Roma

*“Bambini? Preferisco cominciarne cento che finirne uno...” (Paolina Bonaparte)*

**I**l danno da nascita indesiderata viene normalmente definito come il pregiudizio patito dal genitore, leso nel proprio diritto di scegliere se e quando avere figli.

La figura affonda le radici nel diritto alla libera autodeterminazione delle scelte relative al bene-salute, con specifico riferimento al rapporto medico-paziente.

Il diritto alla libera autodeterminazione, come è noto, è strettamente connesso all'obbligo di informazione gravante sul sanitario, il quale è tenuto a rendere notizie in maniera adeguata ed efficace al fine di ottenere dal paziente un consenso pieno, consapevole e certo. In tale prospettiva il diritto del paziente di essere informato è evidentemente correlato all'obbligo del medico di informare.

Il dovere di informazione trova fondamento in diverse fonti di vario rango.

Viene anzitutto in considerazione la Convenzione sui diritti umani e la biomedica, adottata dal Consiglio d'Europa il 19 novembre 1996, ancora non ratificata dall'Italia, secondo cui ogni intervento sulla persona può essere effettuato solo dopo aver ottenuto un consenso libero e informato.

Viene poi in considerazione la legge 23 dicembre 1978, n. 833, recante l'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale, che, all'art. 33, dispone che gli accertamenti sanitari sono accompagnati da iniziative volte ad assicurare il consenso e la partecipazione di chi vi è obbligato.

Viene altresì in considerazione la legge 22 maggio 1978 n. 194, che, all'art. 14, statuisce che in presenza di anomalie del nascituro il medico deve fornire alla donna i ragguagli necessari per la prevenzione.

Viene infine in rilievo il codice deontologico, approvato dall'Ordine nazionale dei medici chirurghi, che impone la necessità di acquisire il consenso informato del paziente.

Da tutte le disposizioni citate deriva, a tutta evidenza,

che il medico è assolutamente obbligato a porre il paziente in condizione di valutare ogni rischio e ogni alternativa terapeutica.

In concreto, in caso di omessa o inadeguata informazione del medico nei confronti del paziente il diritto alla salute e il diritto alla autodeterminazione possono venire in rilievo in due ipotesi.

a) Il paziente non ha rilasciato il consenso e l'intervento, ritenuto imprescindibile dal medico, viene effettuato nel pieno rispetto delle regole d'arte. L'esito, peraltro, risulta infausto o infelice.

Qui la colpa del medico è rinvenibile non nella tecnica utilizzata durante l'intervento (c.d. colpa da imperizia<sup>1</sup>), bensì nella mancata doverosa acquisizione del consenso del paziente<sup>2</sup>. Ditalché, nell'ipotesi considerata, risultano lesi sia il diritto alla salute sia il diritto all'autodeterminazione, ma la violazione di quest'ultimo diritto rende senz'altro risarcibile anche il primo.

b) Il paziente non ha prestato il consenso, il medico ha operato secondo le migliori regole dell'arte e il risultato è fausto.

Qui la colpa del medico non consiste nell'aver causato un danno alla salute, bensì nell'aver leso il diritto all'autodeterminazione del paziente, derivante dalla mancata prestazione del consenso.

La giurisprudenza<sup>3</sup>, in ipotesi siffatte, ha ritenuto risarcibili le sofferenze derivanti dal fisiologico decorso dell'operazione che il paziente non si aspettava, in quanto non informato. Si tratta, per tale orientamento, di sofferenze superiori – poiché inattese – a quelle che il paziente avrebbe provato ove fosse stato consapevole degli effetti dell'intervento.

Il dovere di informazione in capo al sanitario nei confronti dei propri assistiti viene poi in rilievo nel caso in cui l'informazione costituisce proprio l'oggetto principale della prestazione medica: ci si riferisce alla controversa ipotesi di danno da nascita indesiderata.

Tralasciando il caso di nascita indesiderata derivante da

errata esecuzione degli esami prenatali, ove si verifica una tipica colpa da imperizia, è opportuno soffermarsi sul caso di impropria o mancata informazione del corretto significato degli esami stessi, ove ricorre, invece, un'ipotesi di colpa da negligenza.

Sussiste nell'ordinamento giuridico un diritto generalizzato ad abortire? È noto che la legge n. 194/1978 sottopone l'interruzione volontaria di gravidanza a determinate condizioni.

Prima del terzo mese, a partire dall'inizio del concepimento, l'interruzione della gravidanza è possibile purché la donna deduca che la prosecuzione della gestazione comporterebbe un serio pericolo per la propria salute, fisica o psichica.

In questo caso l'interruzione della gravidanza viene considerato quasi un atto dovuto, volto a scongiurare un danno temuto per la gestante, inteso dalla giurisprudenza anche in senso molto lato<sup>4</sup> come afferente al benessere anche solo mentale della donna. I giudici di legittimità e di merito<sup>5</sup>, invero, hanno sempre mostrato un atteggiamento volto ad indebolire significativamente l'onere probatorio in capo alla donna, richiedendo la mera allegazione della anomalia del feto e ritenendo che sia normale, naturale, che dalla nascita di un bimbo malformato derivi un serio danno alla salute della madre.

Dopo il novantesimo giorno dal concepimento, la legge n. 194/1978 preclude l'aborto salvo che sussista: a) un grave pericolo per la madre; b) una malattia in atto del concepito che esponga la salute della madre ad un pericolo anch'esso grave.

Il caso sub. a) non reca particolari problemi, in quanto la legge predilige sempre la preservazione della vita della madre rispetto a quella del nascituro.

Nel secondo caso, invece, la norma richiede non solo la malformazione in atto del feto, ma anche che la gestante corra un grave pericolo per la salute. Ciò significa che, al fine di accertare la responsabilità del medico, occorrerebbe non solo dimostrare la patologia del feto, ma anche dimostrare che la madre, ove informata, avrebbe corso un grave pericolo di ammalarsi.

Tale rigoroso onere probatorio, tuttavia, viene nella pratica alleggerito facendo ricorso alla prova presuntiva: la giurisprudenza<sup>6</sup> ritiene scontato che, laddove la madre fosse stata informata della malformazione, ella avrebbe corso il rischio di ammalarsi gravemente,

quantomeno a livello psichico.

Secondo un orientamento consolidato<sup>7</sup>, è irrilevante la circostanza che la madre, dopo la nascita del bambino non si sia ammalata, in quanto il giudizio sulla patologia e sulla pericolosità della salute deve essere valutato *ex ante*, con prognosi postuma, trascurando ciò che è effettivamente accaduto e immaginando cosa sarebbe piuttosto avvenuto se l'informazione fosse stata fornita. Nel solco di questo indirizzo giurisprudenziale è intervenuta una nota sentenza della Corte di Cassazione<sup>8</sup> (Cass. Civ. 2 ottobre 2012, n. 16754), secondo cui l'omessa informazione delle malformazioni di cui è affetto il nascituro comporta la responsabilità per danni patrimoniali, consistenti nelle maggiori spese sopportate per le anomalie del bambino, nonché la responsabilità per danni non patrimoniali, consistenti nelle significative sofferenze e nello sconvolgimento della vita familiare.

La sentenza si distingue per l'allargamento della platea dei soggetti legittimati ad ottenere il risarcimento del danno; oltre alla madre e al padre viene riconosciuta la titolarità del diritto ai fratelli del bambino e allo stesso soggetto nato con patologie non notiziate.

La tesi suscita perplessità sia con riferimento alla risarcibilità del danno in favore dei fratelli che con riferimento alla risarcibilità in favore del bambino malformato.

Per quanto riguarda la legittimazione dei fratelli, è innegabile che la nascita di un bimbo malato possa in concreto causare grave dolore, ma non si ritiene condivisibile che dalla sofferenza possa discendere, *sic et simpliciter*, un automatico diritto al risarcimento.

Al riguardo non ci si può esimere dal rilevare che la nascita di un bimbo malformato non provoca ai fratelli sofferenze necessariamente maggiori di quelle provate da altri soggetti particolarmente legati alla famiglia: si pensi, ad es., ad una "tata" affezionata, alla migliore amica della madre, ai nonni, ad un parente convivente, ad un compagno di uno dei familiari, e così via. Tutte le persone esemplificamente elencate possono in concreto soffrire dolori indicibili per la nascita di un bimbo malformato sino ad ammalarsi, in ipotesi, a seguito di tale evento. Sicché l'allargamento dei destinatari del risarcimento va operato con prudente cautela, tenendo conto di criteri diversi rispetto a quello della semplice sofferenza.

Al riguardo, va chiarito che il dovere di informazione

da parte del medico sulle condizioni di salute del nascituro è indirizzato anzitutto verso la madre, con la quale esiste un vero e proprio rapporto contrattuale avente ad oggetto l'assistenza medica in corso di gravidanza. Analogo dovere di informazione, peraltro, normalmente ricorre nei confronti del padre<sup>9</sup>, il quale, pur essendo estraneo al rapporto medico-gestante, è titolare del diritto all'informazione nascente dal contratto tra quelli concluso, in quanto è indiscutibilmente legato ad una delle parti contrattuali da una relazione socialmente significativa<sup>10</sup>.

I fratelli del nascituro, all'opposto, non sono destinatari delle informazioni su eventuali anomalie del feto, pur se, in concreto, è possibile che tali anomalie rechino sofferenze, anche notevoli, nella loro vita. Inoltre, ai fratelli la legge non riconosce alcun potere di pianificazione della famiglia: solo ai coniugi il codice civile attribuisce il potere di indirizzo della vita familiare. Di conseguenza, non si ritiene che ai fratelli del nascituro possa essere attribuito, in via ermeneutica, alcun diritto all'interruzione della gravidanza della loro madre, non trovando tale diritto fondamento nella legge.

Quanto alla titolarità del diritto al risarcimento in capo al bimbo nato malformato, si rappresenta quanto segue. La citata sentenza della Corte di Cassazione, partendo dal rilievo secondo cui la capacità giuridica si acquista con la nascita in quanto prima di tal momento il concepito è privo di soggettività, fa inverare l'effetto che il bimbo subisce un pregiudizio dal fatto stesso di nascere, una sorta di danno in sé, scaturente dalla semplice venuta in vita della persona malformata.

Il danno derivante dalla venuta al mondo del bambino malformato non sarebbe occorso, secondo la sentenza in commento, se la madre fosse stata informata ed avesse esercitato correttamente il proprio diritto di abortire.

A prescindere da ogni considerazione di tipo ideologico, qui assolutamente ultronea<sup>11</sup>, va rilevato che l'ordinamento giuridico non attribuisce all'individuo un diritto alla felicità, una pretesa ad una vita serena e senza affanni, la cui lesione risulti passibile di risarcimento<sup>12</sup>. È del tutto opinabile, peraltro, che per il soggetto malformato la nascita costituisca un danno, e che per lui sarebbe stata più vantaggiosa la "non nascita". A ciò si aggiunga che il ragionamento del giudice porta ad un utilizzo improprio dello strumento del

nesso causale. Al riguardo è necessario chiedersi: qual è il collegamento finalistico tra la condotta del medico ed i relativi effetti nei confronti del soggetto nato malformato?

A ben vedere, il dovere di informazione che incombe in capo al medico rileva unicamente nei confronti della gestante (e, in determinate condizioni, nei confronti del padre) giammai nei confronti del nascituro, in quanto, proprio perché privo di soggettività giuridica, non può essere considerato destinatario di notizia alcuna circa lo stato della propria salute.

Per le ragioni esposte si ritiene che l'allargamento della titolarità del diritto al risarcimento del danno in caso di danno da nascita indesiderata – e, in generale, in tutti i casi di responsabilità – sia operazione ermeneutica non scevra da possibili criticità.

Al riguardo, va dato conto di un recente orientamento della Corte di Cassazione<sup>13</sup> che segna un deciso *revirement* rispetto all'anteriore orientamento giurisprudenziale, in tema di danno da nascita indesiderata.

Qui i giudici di legittimità pongono in dubbio la progressa affermazione giurisprudenziale secondo cui la gestante, se informata delle anomalie del feto, si sarebbe senz'altro avvalsa della facoltà di abortire concessa dalla legge, fondando tale ragionamento presuntivo anche sul solo elemento della malformazione del bambino. Secondo la Cassazione, in particolare, l'accertamento del nesso causale tra omessa informazione e nascita indesiderata – e perciò dannosa – va affrontato facendo ricorso alle regole generali.

Ne deriva che: l'onere di provare che, in caso di corretta informazione, sussistevano le condizioni per procedere all'aborto grava sulla gestante e non sul medico; non può essere sufficiente, al fine del raggiungimento della prova, la mera circostanza che la donna avesse richiesto di venir sottoposta a esami diagnostici prenatali. Viene richiesto, all'opposto, un indice univoco della volontà di abortire, da valutarsi tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto, venendo in rilievo ad es. la condotta della madre, le credenze religiose, le convinzioni etiche, il livello culturale, eccetera.

E con ciò la Cassazione mostra di aver tenuto in debito conto la constatazione di Calamandrei secondo cui il giudice spesso propende inconsciamente ad accorrere in soccorso del soggetto ritenuto più debole, pur se questi ha torto<sup>14</sup>.

**1** Per imperizia medica si intende normalmente l'assenza di zelo e precisione nell'applicazione delle regole d'arte e operative e nell'utilizzo delle tecniche condivise dalla comunità scientifica.

**2** La giurisprudenza discute se in questo caso l'elemento soggettivo qualificante l'illecito è identificabile come colpa o come dolo; la tesi prevalente rinviene un caso di colpa (*Ex multis*: Cass. Civ., 10 maggio 2002, n. 6735).

**3** *Ex multis*: Cass. Civ., 9 febbraio 2010, n. 2847.

**4** Viene invero utilizzata l'espressione "aborto terapeutico" anche con riferimento a possibili malattie psichiche della donna. *Ex multis*: Cass. Civ., 29 luglio 2004, n. 14488.

**5** *Ex multis*: Cass. Civ., 2 febbraio 2010, n. 2354

**6** *Ex multis*: Cass. Civ., 4 gennaio 2010, n. 13.

**7** Cass. Civ., 10 maggio 2002, n. 6735; Cass. Civ., 29 luglio 2008, n. 14488.

**8** Cass. Civ., 2 ottobre 2012, n. 16754. In

dottrina a commento cfr. M. ROSSETTI, *La responsabilità del medico*, in *Libro dell'anno del diritto 2012*, Roma, Treccani, 2013.

**9** La giurisprudenza, in casi siffatti, fa riferimento alla figura del "contratto con effetti protettivi nei confronti del terzo" ove il terzo ha diritto alla protezione del contratto stipulato da altri, distinguendo tale istituto da quello del "contratto a favore di terzo" ove il terzo ha diritto non alla semplice protezione bensì alla prestazione oggetto del contratto stipulato da altri.

**10** Tale dovere, peraltro, si atteggia diversamente a seconda delle circostanze concrete: è evidente che l'adempimento dell'obbligo di informazione comporta che il medico sia tenuto a fornire ogni notizia riguardante la salute del nascituro ad un padre assiduamente presente ai controlli, ma tale adempimento non può di certo comportare che il medico ricerchi affannosamente un padre mai partecipe alle visite (anche per impedi-

menti oggettivi), al fine di renderlo edotto sullo stato di salute del feto.

**11** Al riguardo, la Corte di Cassazione (Cass. Civ. 2013 n. 7269 *cit.*) ha rilevato che la questione deve essere affrontata e risolta "all'infuori degli schematismi di soluzioni fortemente condizionate da implicazioni emotive e da opzioni ideologiche", che siano opzioni che patrocinano il diritto di abortire in modo libero e consapevole, o che siano opzioni che aderiscono all'idea secondo cui "ogni bambino che nasce porta la notizia che Dio non è ancora stanco degli uomini" (Tagore).

**12** In tale senso si vedano le esemplari statuizioni della nota sentenza di San Martino delle Sezioni Unite: 11 novembre 2008, n. 26972.

**13** Cass. Civ., 22 marzo 2013, n. 7269.

**14** Le opinioni e i giudizi contenuti nel presente lavoro sono espressi a titolo personale e non sono in alcun modo riferibili all'Ente di appartenenza.