

- QUALE TUTELA IN CASO DI ERRORE MEDICO?

LA RESPONSABILITÀ MEDICA

L'UTENTE - CONSUMATORE DI SERVIZI MEDICI

La professione medica presenta profili etici piuttosto marcati, perché direttamente collegata ai valori primari della vita, della salute e della solidarietà, recepiti in precetti



deontologici che assistono costantemente l'attività dei medici e tutelati da quelle norme costituzionali che costituiscono il riferimento apicale dell'intero sistema giuridico ed a cui tutti gli istituti giuridici debbono riferirsi per trovare ordine e significato.

Tuttavia l'attuale complessità sociale e le dinamiche economiche che caratterizzano inevitabilmente i rapporti umani, hanno imposto al legislatore di individuare altre fonti valoriali che di queste peculiarità tengano conto.

Si pensi all'art. 2 codice del consumo il quale riconosce come fondamentali i diritti e gli interessi dei consumatori e degli utenti alla salute, alla sicurezza, all'informazione, alla correttezza e trasparenza dei rapporti contrattuali, alla qualità dei prodotti ed alla qualità ed efficienza dei servizi.

Diritti questi che, occorre precisare, l'art. 143 del codice stesso consacra come irrinunciabili, fino a considerare nulla ogni pattuizioni che deroghi a quest'imperativo.

E non v'è dubbio che se il medico (o la struttura sanitaria di riferimento) è un professionista,

perché ai sensi dell'art. 3 del codice del consumo "**agisce nell'esercizio della attività professionale**" svolta, il paziente è un consumatore che diversamente "**agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta**" ed è portatore di propri interessi specifici.

Del medico-professionista, dunque, e del paziente consumatore dovrà discutersi a fianco del rapporto tra medico e paziente.

Un accostamento questo che trova una sua più legittima giustificazione nella considerazione che se l'interesse tutelato rimane quello della persona nei suoi diritti primari, una tutela più incisiva può derivare proprio dalla considerazione che un individuo è titolare di istanze economiche egualmente rilevanti e che lì e per queste finalità il legislatore ha provveduto a realizzare quegli ulteriori e talvolta più profiqui strumenti giuridici.

[DOTT. GIUSEPPE G. LUCIANI]

"LA CARTA EUROPEA DEI DIRITTI DEL MALATO"

Malgrado le solenni dichiarazioni dei Paesi dell'Unione Europea di adottare politiche di tutela del malato volte a garantire il diritto all'accesso universale ai servizi sanitari, ancor oggi sono



molte le limitazioni che impediscono l'effettività di questa tutela. Infatti, ogni sistema sanitario nazionale dell'UE ha

adoperato strumenti differenti per tutelare i diritti del paziente. Mentre alcuni sistemi hanno predisposto carte dei servizi per disciplinare diritti e doveri del malato oppure hanno leggi e regolamenti amministrativi ad hoc, altri si trovano ancor oggi



privi di adeguati mezzi di protezione degli utenti. Per armonizzare i sistemi sanitari nazionali dell'UE ed aumentare la tutela del malato, che oltre alle sofferenze dovute alla propria patologia spesso si trova ad essere vittima della disorganizzazione da parte della disorganizzazione o del mancato rispetto dei propri diritti da parte della struttura sanitaria a cui si è rivolto, è stata redatta la **“CARTA EUROPEA DEI DIRITTI DEL MALATO”**. Questa Carta, presentata a Bruxelles nell'autunno del 2002 nell'ambito del convegno **“Il paziente del futuro”**, è frutto del lavoro del network internazionale **“Active Citizenship”** e di altre 15 organizzazioni italiane ed europee.

Alla base della definizione dei 14 punti-chiave sui diritti del paziente condivisi a livello europeo, vi sono i sei valori fondamentali dell'Unione riconosciuto nel 2000 dalla **“Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE”**, oggi inserita nel Trattato di Lisbona:

1. **dignità;**
2. **libertà;**
3. **uguaglianza;**
4. **solidarietà;**
5. **cittadinanza;**
6. **giustizia.**

Partendo dall'esame di questi importanti diritti universali ed indisponibili, nonché dalla considerazione del diritto alla salute sia come un bene individuale che sociale, che necessita di un elevato livello di protezione, la Carta Europea dei Diritti del Malato ha individuato i concreti diritti del paziente attualmente a rischio, divenendo così un utile ed indispensabile strumento di tutela dei malati nei differenti contesti nazionali, soprattutto in quei sistemi sanitari privi di un'adeguata regolamentazione circa il rispetto dei diritti del paziente.

La Carta si articola in 4 parti, precedute da un preambolo che ne evidenzia le finalità.

PARTE PRIMA:

“DIRITTI FONDAMENTALI”

Vengono affermati i diritti universali ed indisponibili di cui

è titolare ciascuna persona umana come tale, senza alcuna discriminazione che ne può conseguire dall'applicazione del criterio della cittadinanza.

PARTE SECONDA:

“14 DIRITTI DEI PAZIENTI”. Vengono individuati 14 punti-chiave validi in tutti i sistemi sanitari europei, volti ad assicurare non solo un **“alto livello di protezione della salute”** (art. 35 della Carta dei Diritti Fondamentali) ma anche un'alta qualità dei servizi erogati dai diversi sistemi nazionali. Dal rispetto dei diritti enucleati in questa parte della Carta ne consegue il soddisfacimento sia di requisiti tecnico-organizzativi, sia di modelli comportamentali e professionali.

I **14 diritti dei pazienti** che devono essere protetti in tutto il territorio UE sono:

1) DIRITTO A MISURE PREVENTIVE.

Ogni individuo ha dunque diritto a ricevere servizi appropriati a prevenire la malattia, e per rendere efficace tale diritto i servizi sanitari nazionali devono informare maggiormente i propri utenti.

2) DIRITTO ALL'ACCESSO.

Ogni individuo ha diritto di accedere alle prestazioni sanitarie che il suo stato di salute richiede, senza discriminazione alcuna, dovuta ad esempio, al luogo di residenza o alla propria disponibilità economica.

3) DIRITTO ALL'INFORMAZIONE.

Ogni paziente ha il diritto di accedere alle informazioni che riguardano il suo stato di salute, i servizi sanitari nonché la ricerca scientifica, l'assistenza farmaceutica e l'innovazione tecnologica.

4) DIRITTO AL CONSENSO.

Ciascun malato ha diritto a partecipare attivamente, dopo aver ricevuto esaurienti informazioni, alle decisioni che riguardano la sua salute.

5) DIRITTO ALLA LIBERA SCELTA.

Ogni paziente adeguatamente informato ha diritto di scegliere gli esami diagnostici e le terapie a cui sottoporsi.

6) DIRITTO ALLA PRIVACY E ALLA CONFIDENZIALITA'.

Tutti i dati e le informazioni relative allo stato di salute di una persona devono essere considerate private e vanno adeguatamente protette.

7) DIRITTO AL RISPETTO DEL TEMPO DEI PAZIENTI.

I trattamenti sanitari devono essere erogati in tempi veloci e predeterminati, secondo il grado di urgenza del caso.

8) DIRITTO AL RISPETTO DI STANDARD DI QUALITA'.

Le strutture sanitarie sono tenute ad erogare soddisfacenti prestazioni, secondo prefissati standard di qualità.

9) DIRITTO ALLA SICUREZZA.

I dispositivi sanitari utilizzati devono essere in buono stato ed oggetto di periodica manutenzione e controlli ed il personale sanitario deve essere formato in modo appropriato per poterli utilizzare.

10) DIRITTO ALL'INNOVAZIONE.

I servizi sanitari devono sostenere e promuovere la ricerca in campo biomedico.

11) DIRITTO AD EVITARE LE SOFFERENZE ED IL DOLORE NON NECESSARI.

Ad esempio fornendo cure palliative.

12) DIRITTO AD UN TRATTAMENTO PERSONALIZZATO.

Ogni malato ha diritto a ricevere prestazioni il più possibile adatte alle esigenze personali.

13) DIRITTO AL RECLAMO.

In caso di violazione dei propri diritti, il paziente deve essere messo a conoscenza delle modalità per formalizzare reclamo.

14) DIRITTO AL RISARCIMENTO.

Chi ha patito un danno fisico, morale o psicologico, causato da un trattamento sanitario, ha diritto ad essere risarcito in tempi ragionevolmente brevi.

PARTE TERZA:

“DIRITTI DI CITTADINANZA ATTIVA”. Vengono evidenziate le attività che supportano e mettono i cittadini in condizione di esercitare poteri per la tutela dei diritti.

PARTE QUARTA: “LINEE GUIDA PER L'IMPLEMENTAZIONE DELLA CARTA”.

Vengono indicate le linee-guida per la discriminazione e l'applicazione dei contenuti della carta a differenti livelli: europeo, nazionale e locale.

Questa Carta si presenta come un importante strumento di tutela dei diritti del malato, ma per la sua efficiente applicazione si deve auspicare una riforma dei sistemi nazionali dell'UE, tale da raggiungere una vera e propria armonizzazione della sanità a livello europeo.

[DOTT.SSA SARA RUBALDO]

LA DISCIPLINA DEL RAPPORTO MEDICO - PAZIENTE

La fiducia è il cardine del rapporto tra il paziente e il medico (o la struttura sanitaria cui questi direttamente si riferisce), proprio a causa dell'affidamento che il paziente ripone in quei requisiti di abilità e di esperienza qualificata che sono il presupposto

dell'esercizio dell'attività professionale.

Proprio in considerazione di questa peculiarità prima di intraprendere il trattamento sanitario

il medico è tenuto ad informare il paziente di tutte le caratteristiche e le conseguenze che da questo possono derivare (v. art. 30 e 32 del codice deontologico). Del resto, senza una corretta informazione, il paziente non è in nessun caso in grado di esprimere un valido consenso.

Il dovere di informare, pertanto, deve ritenersi sussistente non solo nei casi di pratiche mediche tramite le quali viene posta in pericolo l'incolumità di un individuo, ma in tutti i casi in cui un intervento produca l'illegittima compromissione della sfera personale dell'interessato.

L'informazione deve essere chiara, corretta e trasparente e deve riguardare tutte le fasi operative, preparatorie e successive all'intervento (v. Cassazione civ. n. 364 del 1997 secondo la quale l'informazione ad es. deve riguardare anche i metodi anestesologici utilizzabili, le modalità di esecuzione ed il grado di rischio che questi comportano), secondo i canoni di adeguatezza - occorre aggiungere - fissati dall'art. 2 del codice del consumo.

Diverso è il caso del paziente minore d'età o affetto da disturbo mentale ovvero non in grado di esprimere, per specifiche contingenze, un qualsivoglia consenso. Se infatti per il minore devono essere sentiti i genitori o unitamente a questi il minore stesso, qualora questi fosse ritenuto in grado di una volizione matura, e per l'infermo di mente il tutore, per il paziente, invece, che versa in condizioni tali da non poter essere interpellato, il medico può (anzi deve) agire in autonomia, valutandosi il sacrificio dei diritti primari del malato legittimamente subordinato dall'intenzione di procurargli un beneficio.

L'attività professionale del medico è normalmente riconducibile ad un rapporto contrattuale pregresso che quindi non potrà esimersi dal rispetto di quei requisiti correttezza, trasparenza ed equità individuati dal codice del consumo.

La prestazione deve essere valutata ai sensi dell'art. 1176 comma 2 del codice civile, di modo che l'esercizio del trattamento sanitario dovrà essere verificato in rapporto ai più stringenti canoni della diligenza qualificata. Al medico, dunque, non può essere addebitata la mancata guarigione o l'esito infausto dell'intervento, ma solo il fatto di essersi dimostrato negligente, imprudente o imperito in rapporto a determinati standard professionali.

Diverso è il caso dell'intervento routinario, perché qui, vista la semplicità intrinseca dell'operazione l'obbligazione può considerarsi adempiuta solo se il risultato dovuto è stato raggiunto.

Qualora invece si ritenga non sussistere una relazione contrattuale tra medico e paziente, perché, ad esempio, il rapporto è stato regolato da un accordo stretto direttamente con la struttura sanitaria in cui il professionista presta servizio o in tutti quelle circostanze in cui l'urgenza non consente



uno scambio di consensi, la condotta del medico è valutata nei limiti della responsabilità extracontrattuale, meno garantista rispetto a quella contrattuale per i ridotti termini di prescrizione (5 anni piuttosto che 10), per gli oneri probatori a carico del danneggiato ecc.

Un'opinione dottrina e giurisprudenziale oramai piuttosto consolidata, tuttavia, tende a ricondurre anche l'ipotesi in cui è assente un accordo formale alla disciplina dei contratti assimilando il semplice "contatto" tra medico e paziente allo scambio reciproco dei consensi.

[DOTT. GIUSEPPE G. LUCIANI]

LA RESPONSABILITÀ DEL MEDICO

Nel nostro ordinamento giuridico il diritto alla salute è considerato un diritto fondamentale di rango costituzionale (art. 32 Cost.). La salute, infatti, rappresenta non solo un diritto primario del singolo, ma anche un interesse fondamentale di tutta la collettività. Su queste basi è imperniato l'intero quadro normativo da tenere in considerazione nello studio della responsabilità medica. La responsabilità professionale del medico nasce generalmente da una prestazione inadeguata che ha prodotto effetti negativi sulla salute del paziente, tale da comportare, a seconda dei casi, un obbligo di risarcimento del danno, una condanna per reato o un semplice provvedimento disciplinare.

E', dunque, necessario distinguere tre diverse categorie di



fonti normative: quelle di natura civilistica, quelle attinenti al diritto penale e quelle di natura deontologica.

Nell'ambito delle fonti di natura civilistica, le principali norme di riferimento sono quelle che regolano la responsabilità contrattuale e la responsabilità extracontrattuale.

Per responsabilità extracontrattuale si intende la responsabilità che trova il suo fondamento nell' art. 2043 del Codice Civile, in base al quale **«qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto,**

obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

Si tratta di una norma cardine del nostro ordinamento giuridico, la quale traduce il principio generale del *neminem laedere* che incombe su ciascuno di noi: principio, ovviamente, applicabile anche nei confronti dell'attività medica.

Nella responsabilità contrattuale il medico viene considerato come un soggetto che stipula con il paziente un contratto.

Tale contratto ha ad oggetto una prestazione d'opera intellettuale che, se non eseguita esattamente, assoggetta il medico ad un obbligo risarcitorio sancito da un'altra norma fondamentale del nostro sistema giuridico, l'art. 1218 C. C., secondo il quale **«il debitore che non esegue esattamente determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.»**

I due criteri di responsabilità sono quindi notevolmente differenti tra di loro, sotto numerosi profili.

Nella responsabilità extracontrattuale, dove non esiste un rapporto tra le parti fondato su un contratto, il danneggiato deve dimostrare di avere subito un danno e che tale danno sia causalmente riconducibile ad una condotta dolosa o colposa del danneggiante: in questa prospettiva, l'onere della prova è completamente a carico del danneggiato.

Nella responsabilità contrattuale, il creditore della prestazione deve limitarsi a dedurre l'inadempimento, sarà a questo punto il debitore a dover dimostrare che l'inadempimento è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

In origine la responsabilità medica nasce e si sviluppa sul terreno della responsabilità extracontrattuale: per poter giungere ad un giudizio di responsabilità, con conseguente diritto al risarcimento del danno, il paziente doveva dimostrare che il medico aveva agito con dolo o con colpa, che da tale condotta aveva subito un danno e che tra la condotta del medico ed il danno sussisteva un nesso di causalità.

Un onere della prova decisamente pesante ed arduo per il paziente: tant'è che, fino a non molto tempo fa, i procedimenti nei confronti dei medici avevano un'incidenza pressoché trascurabile

nell'ambito dei giudizi civili e penali.

In seguito, le cose sono cambiate - anche se le norme di riferimento sono rimaste le stesse - è mutato il modo di valutare i criteri interpretativi della responsabilità medica, nell'ambito di un rinnovato quadro di riferimento sociale, politico e tecnologico.

La giurisprudenza, interprete di questi cambiamenti, comincia a trasferire la responsabilità medica nell'ambito della responsabilità contrattuale.

Al paziente si chiede quindi di dimostrare l'inadempimento

OBBLIGHI E RESPONSABILITÀ
DELL'EQUIPE

del medico: graverà su quest'ultimo dimostrare che l'inadempimento, inteso sia come mancata guarigione, sia come peggioramento delle condizioni del paziente, sia addirittura come evento fatale, non è a lui ascrivibile. Questo comporta un'importantissima conseguenza anche sul piano della prescrizione.

Difatti, mentre l'azione di responsabilità per l'illecito extracontrattuale si prescrive in cinque anni, così come previsto dall'art. 2947 C. C., l'azione per l'inadempimento derivante da responsabilità contrattuale si prescrive nell'ordinario termine decennale di cui all'art. 2946 C. C. Per quanto concerne le fonti normative in ambito penale, i riferimenti principali sono agli artt. 40 e 41 del cod. pen. che stabiliscono principi che generalmente vengono applicati anche all'accertamento della responsabilità civile.

In base a tali principi, prima di poter affermare con certezza la sussistenza di una responsabilità, bisogna accertare non solo l'esistenza degli elementi soggettivi del dolo e della colpa, ma anche il nesso di causalità materiale tra il fatto compiuto e l'evento dannoso.

Sul punto l'art. 40 cod. pen. stabilisce, infatti, che **“nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso da cui dipende l'esistenza del reato non è conseguenza della sua azione o omissione”**.

Una volta accertata l'esistenza del dolo o della colpa e nesso di causalità, il medico, nel caso in cui dalla sua condotta sia derivata la morte del paziente, potrà essere chiamato a rispondere del reato di omicidio (art. 575 c.p.), omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.), o di omicidio colposo (art. 589 c.p.); se invece dalla condotta è derivata al paziente una malattia nel corpo e nella mente potrà essere chiamato a rispondere di lesioni personali ai sensi dell'art. 582 c.p. o di lesione personale colposa ai sensi dell'art. 590 c.p.

Per completare il quadro normativo, è necessario un breve accenno al codice deontologico che contiene un complesso di regole di autodisciplina alle quali gli iscritti all'ordine debbono adeguare la loro condotta professionale.

Se la violazione delle norme deontologiche comporta principalmente la comminazione di sanzioni disciplinari essa può avere anche, in taluni casi, ripercussioni nella valutazione della responsabilità in ambito civile e penale. Tali norme, infatti, contengono prescrizioni comportamentali la cui inosservanza può tradursi in una colpa professionale.

[AVV. STEFANO FRESCHI]

All'attività medica svolta nella forma d'équipe, l'esperienza odierna assegna un ruolo del tutto peculiare, in ragione della crescente specializzazione delle singole materie che comporta l'intervento di più specialisti in regime di collaborazione.

L'osservatorio della dottrina e della giurisprudenza su tale forma di esercizio della professione, appare ancora abbastanza limitato. Per inquadrare la materia, dunque, è certamente necessario soffermarsi all'individuazione, più o meno rigorosa, di un capo dell'équipe, che abbia il compito di sovrintendere e coordinare il



lavoro degli altri specialisti.

Se è indubbia l'esigenza di non contraddire il legittimo affidamento che il malato presta nei confronti della figura del primario – quali aspettative legittime in ragione della sua esperienza e capacità tecnica - è anche vero che al primario o al capo équipe non si possono attribuire, sic et simpliciter, responsabilità per ogni e qualsiasi evento dannoso che si verifichi in capo al malato.

In ogni caso, non tralasciando le indubbie funzioni di controllo e supervisione del primario, è, altresì, necessario non prescindere dall'analisi della realtà pratica dell'attività operatoria d'équipe, nella quale gli specialisti che intervengono assumono diverse incombenze sotto la propria responsabilità, rispondendo con la loro professionale condotta dell'operato dei loro ausiliari.

Sul punto, a titolo esemplificativo, soffermiamoci sulla figura dell'anestesista che risponde della fase pre-operatoria ed in questa sede deve sovrintendere anche all'operato degli infermieri professionali che, sotto la sua guida, devono compiere le attività ausiliarie di posizionamento del malato e di assistenza agli atti anestesiolgici.

Quando tale fase pre-operatoria si conclude con il trasferimento del malato in sala operatoria, il capo équipe non può certo ricontrollare nuovamente tutta la fase pre-operatoria già trascorsa, né sarebbe lecito imputargli eventuali comportamenti negligenti attribuibili alla condotta dell'anestesista che non si riferiscano a circostanze evidenti e controllabili.

RESPONSABILITA' PER OMESSO O INTEMPESTIVO INTERVENTO CHIRURGICO

La responsabilità del medico, sia civile che penale, è collegata all'esistenza di un nesso di causalità fra la condotta (*attiva o omissiva*) del sanitario ed il verificarsi dell'evento dannoso a carico del paziente.

L'accertamento del nesso di causalità è riservato al giudice di merito, il cui apprezzamento è insindacabile in sede di legittimità, se sorretto da una motivazione congrua ed immune da vizi.

In campo medico trovano applicazione, anche in sede civile, i principi contenuti nelle norme penali agli artt. 40 e 41 c.p.

Il primo regola il nesso di causalità e stabilisce che **“nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come reato se l'evento dannoso o pericoloso, non è conseguenza della sua azione o omissione”**. Il secondo introduce il principio delle concause in base al quale **“le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state, da sole, sufficienti a determinare l'evento”**.

In altre parole, se l'operando venisse per ipotesi trasportato in sala operatoria visibilmente ancora non sotto l'effetto dell'anestetico, ovvero posizionato chiaramente in modo poco corretto, il capo équipe non potrebbe certo esimersi dall'attivare il suo potere-dovere di supervisione e correggere gli esiti verificabili ed evidenti della prestazione anestesiológica. Così come dovrebbe attivarsi nel caso di evidenti mancanze nella preparazione della strumentazione della quale dovrà poi servirsi, o se si avvedesse di eventuali condizioni di incapacità di uno dei suoi collaboratori.

In conclusione sembra opportuno riaffermare da un lato la funzione di coordinamento e supervisione del capo équipe, sia esso il primario o il chirurgo che in quel momento ne fa le veci, dall'altro non individuare nello stesso sanitario il centro d'imputazione di ogni e qualsiasi comportamento negligente dei suoi collaboratori, nei limiti in cui tale condotta non possa obiettivamente essere ricondotta ad un suo mancato controllo, avuto riguardo alle condizioni peculiari del caso, di tempo e di luogo.

Il quadro si completa con un approfondimento sul principale elemento caratterizzante il rapporto di collaborazione professionale: l'affidamento che ciascuno dei membri presta nei confronti del diligente adempimento degli altri.

Sembra imprescindibile la considerazione di tale dato di fatto, caratterizzante la condizione di reciproca collaborazione, anche sussistendo, come di fatto accade, un rapporto gerarchico all'interno dell'équipe medesima. Tuttavia, l'anzidetto regime gerarchico non può essere assunto per giustificare la mancata attivazione da parte del **“sottoposto”**, ove si verificano situazioni che facciano sorgere in lui il doveroso dubbio che la pratica operatoria posta in essere dal capo équipe sia errata, dovendosi in tali casi affermare la sussistenza in capo al **“sottoposto”** del dovere di far presente la sua posizione contraddittoria, ed eventualmente di rifiutare il prolungamento della propria prestazione, salvo, in caso contrario, l'obbligo di risponderne.

Infatti la professionalità di ciascun membro dell'équipe, pur diversificata in ragione delle acquisite competenze specialistiche, ricomprende nel suo corredo, nozioni che possono essere valorizzate ed utilizzate anche per intervenire laddove la condotta di altro membro - sia esso di pari grado o gerarchicamente ad esso sovraordinato - risulti negligente e potenzialmente dannosa.

Infine, residua l'esame dei profili di responsabilità dell'équipe, per i quali soccorreranno le consuete regole della solidarietà.

Un profilo di potenziale complicità è certamente quello relativo all'esatta configurazione della responsabilità dell'ente ospedaliero, sia essa diretta o indiretta e pertanto disciplinata dalle norme sulla responsabilità per fatto altrui ovvero su quella per fatto degli ausiliari. Nella pratica accadrà comunque che l'operato dei componenti l'équipe sarà sottoposto a giudizio di responsabilità chiamando anche in giudizio l'ente ospedaliero, a prescindere dall'esatta configurazione della sua responsabilità.

[AVV. STEFANO FRESCHI]



Dal combinato disposto di queste norme emerge, da un lato, che l'azione del soggetto deve porsi come condizione dell'evento; dall'altro lato, che le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità se da sole sono in grado di determinare l'evento dannoso.

Di qui una serie di teorie volte ad offrire elementi al giudice per accertare il nesso di causalità ed emettere un giudizio di responsabilità.

Tra le diverse teorie quella seguita in prevalenza era quella della condicio sine qua non, in base alla quale, procedendo con un processo di astrazione mentale, un'azione è condizione necessaria di un evento se non può essere mentalmente eliminata senza che l'evento stesso venga meno.

Nell'indagine del nesso causale, i problemi maggiori nascono quando il verificarsi di un evento dannoso può avere origine da una serie diversa di fattori causali.

Nell'ambito della responsabilità professionale medica, infatti, il verificarsi di un danno all'integrità fisica spesso è un fatto strettamente connesso alla natura di certi interventi.

In questi casi pur esistendo un rapporto di causalità materiale

tra condotta ed evento, non si può dare alcuna rilevanza giuridica a tale collegamento a patto che il paziente sia stato correttamente informato ed abbia, conseguentemente, prestato il consenso.

Per l'individuazione, in capo al medico, della responsabilità è necessario che l'evento dannoso sia riconducibile all'azione o all'omissione colpevole del sanitario.

Anche con riferimento alla individuazione del nesso di causalità fra la condotta omissiva del medico e l'evento dannoso, si è passati dal criterio della certezza degli effetti della condotta omessa a quello della probabilità di essi e dell'idoneità della condotta stessa ad evitarli, ove posta in essere.

Va rilevato che, ove le nozioni di patologia medica e di medicina legale non forniscano un grado di certezza assoluta, il ricorso al criterio della probabilità costituisce una necessità logica in quanto si tratta di accettare o rifiutare l'assunto secondo il quale il danno si è verificato a causa del fatto che non è stato tenuto il comportamento atteso.

E' configurabile il nesso causale fra il comportamento omissivo del medico ed il pregiudizio subito dal paziente qualora attraverso un criterio necessariamente probabilistico si ritenga che l'opera del medico, se correttamente e prontamente prestata, avrebbe avuto serie ed apprezzabili possibilità di evitare il danno verificatosi. L'onere di provare l'esistenza del nesso causale tra l'evento lesivo e la condotta del medico, indipendentemente dal grado di difficoltà dell'intervento medico chirurgico, grava sul danneggiato.

Tra il 2000 e il 2002, si è venuto a creare uno scontro giurisprudenziale tale per cui, secondo una prima posizione, tutte le espressioni **“alto grado di probabilità”, “altissima probabilità”** e simili devono essere considerate degli indizi per i quali l'azione o l'omissione del medico sono sicuramente causa dell'evento ogni volta che, effettuando un giudizio controfattuale (*giudizio ex post per il quale si ipotizza che se il medico avesse agito o comunque avesse posto in essere quella azione che gli si richiedeva il fatto non si sarebbe verificato*) o facendo uso di una legge scientifica, la connessione tra gli eventi sia rappresentata da una percentuale vicina a 100.

La seconda posizione, invece, sottolineava la differenza tra probabilità statistica e logica, evidenziando come non sempre un'alta percentuale statistica suffraghi l'esistenza di un nesso causale tra gli eventi.

Le Sezioni Unite sono intervenute, con la celebre sentenza Franzese (n. 30328/2002), stabilendo i criteri di cui deve tenersi conto al fine di individuare tale nesso di causalità.

Innanzitutto, tale collegamento eziologico sussiste quando, effettuato un giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di un legge scientifica, si evince che, nonostante l'intervento doveroso richiesto al medico, il fatto non si sarebbe comunque verificato o si sarebbe verificato in epoca successiva o con minore intensità lesiva.

Il secondo principio fatto presente dalla Corte è che l'alto coefficiente di probabilità statistica non è per ciò stesso

sintomo di automatico collegamento tra il comportamento del medico e l'evento morte del paziente, ciò in quanto il giudice deve comunque verificarne la validità nel caso concreto. Infatti, tale collegamento sussisterà tutte quelle volte in cui, in base alle circostanze di fatto ed esclusa l'interferenza di fattori alternativi, risulti processualmente certo che la condotta omissiva del medico sia stata condizione necessaria dell'evento **“con alto o elevato grado di credibilità razionale”** o **“probabilità logica”**.

In terzo luogo, l'esistenza di un ragionevole dubbio sulla base dell'insufficienza, contraddittorietà e incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale comporta la neutralizzazione della ipotesi prospettata dall'accusa e quindi l'assoluzione dell'imputato.

Infine, le Sezioni Unite ritengono che spetti, peraltro, al giudice di legittimità effettuare un controllo retrospettivo successivo relativo alla razionalità delle argomentazioni giustificative (*c.d. giustificazione esterna*) della decisione del giudice di merito le quali si basano su dati empirici assunti come elementi di prova (*non si fa dunque una valutazione dei singoli elementi, ma proprio*



del contesto che giustifica la decisione e l'iter argomentativo che dagli stessi è scaturito).

Dunque, la Corte, al fine di individuare il nesso di causalità in termini di certezza, ha sicuramente fatto riferimento non a una certezza di tipo oggettivo (*derivante da circostanze indiscutibili*), ma certamente di tipo processuale, ricavabile dalla valorizzazione di tutti gli elementi e circostanze del caso concreto, seguendo un procedimento logico che colleghi il fatto e l'evento **“al di là di ogni ragionevole dubbio”**.

Nell'ambito della causalità omissiva, occorre individuare quella condotta positiva che se posta in essere avrebbe evitato la realizzazione dell'evento lesivo e, in relazione a tale condotta, verificare le circostanze concrete che la rendevano necessitata per la posizione di garanzia rivestita dall'agente.

Gli elementi su cui si fonda il convincimento del giudice nell'accertamento del nesso eziologico sono sia ipotetici che reali, e dall'interazione di tali elementi si desume, oltre ogni ragionevole dubbio, il legame fra la condotta omissiva e l'evento.

Del resto, a differenza della causalità commissiva, che risulta da un'azione da cui dipende un evento, quella omissiva impone di verificare il legame fra l'omissione ed un'azione, che se realizzata, avrebbe impedito il verificarsi dell'evento dannoso.

[AVV. PAOLA BOETI]

LA RESPONSABILITA' DEL MEDICO ODONTOIATRA

La responsabilità professionale del medico odontoiatra si colloca nell'ambito della più generale responsabilità medica, riguardando sia le competenze strettamente odontoiatriche che quelle di pertinenza medico - legale.

Le problematiche che si accompagnano all'esercizio di questa professione medica derivano dal continuo progresso scientifico, diagnostico e terapeutico, che genera maggiori pretese di successo dell'intervento da parte del paziente, dalle finalità estetiche che spesso si accompagnano a quelle terapeutiche, dalla confusione relativa ai limiti ed alle competenze dei differenti operatori sanitari in odontoiatria, e da ultimo dal tipo di prestazione (*di mezzi o di risultato*), prevista nel trattamento.



La professione odontoiatrica può essere esercitata da tre figure: il medico chirurgo specializzato in odontostomatologia, il medico chirurgo non specialista, ed il laureato in odontoiatria e protesi dentaria, abilitato all'esercizio della professione. Tale ultima figura è stata delineata con il D.P.R. del 28/02/1980 n.135 e, definitivamente istituita, con la *Legge del 14/07/1985 n. 409*. Tale legge crea non poche perplessità, circa i limiti di competenza delle diverse categorie di professionisti dal momento che le tre figure professionali vengono poste sullo stesso piano.

Al di là del dettato normativo, la dottrina e le giurisprudenze hanno cercato di tracciare una distinzione fra le predette figure mediche ed, in particolare, hanno chiarito che l'odontostomatologo può intervenire su tutto l'apparato stomatologico sia dal punto di vista medico che chirurgico; il medico chirurgo non specializzato dovrebbe essere abilitato solo ad effettuare solo piccoli interventi del cavo orale, mentre non potrebbe effettuare operazioni maxillo-facciali

di tipo invasivo; l'odontoiatra dovrebbe essere interdetto dall'esecuzione di interventi chirurgici altamente specialistici. L'assenza di un'adeguata regolamentazione in materia costituisce fonte di incertezza non solo per il paziente, ma anche per lo stesso professionista, il quale si trova privo di tutela e rischia anche, dal punto di vista penale, di incorrere nel reato di esercizio abusivo della professione (*art. 348 del Codice Penale*).

Il rapporto che intercorre fra l'odontoiatra ed il paziente è un contratto d'opera, avente ad oggetto l'attività di diagnosi e terapia delle malattie e anomalie congenite e acquisite dei denti, nonché della prevenzione e riabilitazione previsto e disciplinato dall'*art. 2222 e ss del Codice Civile*, in forza del quale il professionista si obbliga a rendere la prestazione sanitaria concordata con il cliente, e quest'ultimo si obbliga a versare un corrispettivo.

L'odontoiatra, nell'esercizio della sua professione, deve agire nel rispetto delle regole di buona condotta, commisurate alla natura dell'attività esercitata.

Quando il trattamento odontoiatrico non sortisce l'esito desiderato, ma determina una modificazione peggiorativa dello status quo ante, o l'indebolimento dell'organo, la condotta del sanitario assume rilevanza non solo sotto il profilo della responsabilità civile, ma anche penale e deontologica.

La responsabilità dell'odontoiatra, al contrario, è esclusa allorché il danno arrecato al paziente sia riconducibile al caso fortuito, perché prodotto in assenza di colpa.

L'errore in cui potrebbe incorrere il professionista comprende la fase diagnostica e quella terapeutica, ed è collegata ad un'azione o omissione che l'odontoiatra commette dolosamente o colposamente.

La colpa, può assumere aspetti differenti: il primo è costituito dalla negligenza, e consistente nell'omissione di determinati comportamenti prescritti dalla legge o dalla prassi, nell'espletamento della propria attività.

La colpa può derivare anche da una condotta imprudente; l'imprudenza consiste in un

comportamento caratterizzato da avventatezza, superficialità o, addirittura, da temerarietà professionale; si configura, pertanto, una condotta attiva dell'operatore incapace di agire con la previsione e la prevedibilità del danno che potrebbe scaturire da un suo comportamento.

Da ultimo, la responsabilità dell'odontoiatra è ravvisabile anche nell'ipotesi in cui questi agisca con imperizia, che si manifesta laddove il sanitario sia privo di un minimo di abilità e perizia sia manuale che strumentale.

Al fine di non incorrere in responsabilità, civile, penale e deontologica l'odontoiatra deve eseguire la propria prestazione con diligenza, la quale viene valutata in base alle nozioni tecniche che il professionista usa nel suo operare e al grado di esperienza e conoscenze acquisite.

Nel campo dell'odontoiatria, la colpa professionale è valutata con larghezza di vedute e comprensione proprio in riferimento alla peculiarità dell'arte medica e della difficoltà dei casi che il sanitario deve affrontare.

Il continuo progresso scientifico, diagnostico e terapeutico ha comportato, da parte del paziente, pretese di successo dell'intervento.

Il fatto poi che, in alcuni casi, alcune prestazioni odontoiatriche abbiano caratteristiche e finalità prettamente estetiche, hanno comportato la trasformazione della prestazione in una vera e propria aspettativa di risultato.

A seconda del tipo di rapporto intercorrente fra l'odontoiatra ed il paziente, a livello civilistico, si possono delineare due ipotesi di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale.

Nel primo caso la responsabilità contrattuale dell'odontoiatra si configura per il contravvenire degli obblighi contrattualmente assunti nei riguardi del paziente, consistenti in una condotta diligente, perita e prudente, nell'osservanza di leggi e regolamenti ma senza alcuna obbligazione di risultato. Qualunque violazione delle obbligazioni pattuite (ritardo o inadempimento) determina una presunzione di colpa a carico del professionista, il quale è tenuto al risarcimento del danno, ex art. 1218 del Codice Civile.

Il paziente dovrà dimostrare solo l'esistenza o l'efficacia del rapporto contrattuale, mentre graverà sull'odontoiatra dimostrare che il ritardo o l'inadempimento derivano da cause a lui non imputabili o che il danno non sussiste.

Il rapporto, di tipo extracontrattuale, invece, si fonda sull'obbligazione di un risultato prestabilito; il suo mancato raggiungimento configura l'ipotesi della responsabilità cd aquiliana, basata sul principio generale del **"neminem ledere"** espresso dall'art. 2043 del Codice Civile.

In questo caso l'odontoiatra risponde del fatto ingiusto, pur osservando i mezzi ed i comportamenti più idonei al fine del conseguimento del risultato, mentre sul paziente grava l'onere di provare, a mente dell'art. 2697 del Codice Civile, la condotta colposa del sanitario.

Come, si evince dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, le obbligazioni dell'odontoiatra, nella generalità dei casi, sono di mezzi e non di risultato, nel senso che il professionista, assumendo l'incarico, si impegna a prestare la propria opera intellettuale e scientifica al paziente per raggiungere il risultato sperato, ma non a conseguirlo. L'inadempimento del sanitario si concretizza, non dall'esito infausto della terapia o dalla mancata guarigione del paziente, ma dalla violazione dei doveri inerenti l'esercizio dell'attività professionale.

Non di meno, la dottrina, è portata a ritenere che per quanto riguarda gli interventi di protesizzazione, ovvero le operazioni di ripristino della funzionalità, il miglioramento estetico, oltre alle finalità terapeutiche sono previste quelle estetiche, e in quest'ultimo caso l'obbligazione è di risultato. Ciò che contraddistingue un buon professionista, oltre all'abilità tecnica, alla cognizione scientifica e all'esperienza, è il tipo di rapporto instaurato con il paziente il quale dovrebbe essere improntato sulla fiducia e sull'informazione, senza prescindere da un accurato studio clinico anamnestico del soggetto.

Per non incorrere in responsabilità, l'odontoiatra è infatti tenuto a sapere se il paziente è sottoposto a terapie mediche, se presenta allergie o intolleranze agli anestetici o ai farmaci o

se è affetto da malattie sistemiche. Deve, altresì, valutare e documentare se necessario il reale stato di salute dell'apparato stomatognatico.

Nell'ipotesi del verificarsi di danni a carico del paziente, l'odontoiatra potrà rispondere, inoltre, per colpa grave nei casi di estrazione di elementi dentari sani al posto di elementi patologici, di avulsione incompleta, di fratture dei processi alveolari o nei casi, purtroppo molto frequenti nel passato, di trasmissione di malattie infettive per mancata sterilizzazione degli strumenti.

Qualora si producano ferite del cavo orale o lesioni a strutture vascolo- nervose, o si verifichi l'ingestione dei strumenti, la responsabilità professionale, di tipo contrattuale, può essere ascritta a condotta imprudente o, addirittura negligente.

In tutti i casi sopra descritti, sul professionista grava l'obbligo delle restituzione del compenso percepito, quale effetto restitutorio della risoluzione del contratto per inadempimento del professionista, oltre che il risarcimento del danno .

[AVV. PAOLA BOETI]

RESPONSABILITÀ MEDICA: IL DANNO SESSUALE VA RISARCITO ANCHE AL MARITO (CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE TERZA CIVILE, SENTENZA N. 19092/2009)

La Terza Sezione Civile della Corte di Cassazione, intervenendo ancora una volta in materia di responsabilità medica ha reso un interessante decisione sul risarcimento del danno.

Infatti, il medico che, a seguito del fallimento dell'intervento,



provoca l'impossibilità di avere rapporti sessuali deve risarcire, oltre che in via diretta la paziente danneggiata, anche i danni morali al marito.

È questo, in sintesi, quanto stabilito dalla Cassazione con la sentenza n. 19092 del 2 settembre 2009, la quale, confermando la decisione della Corte di Appello di Bari, ribadisce la duplice direzionalità della responsabilità medica, idonea a incidere direttamente nei

confronti del paziente e indirettamente verso chi, di riflesso, ne sia restato in qualche maniera danneggiato.

Il caso esaminato dalla Corte è relativo alla responsabilità di uno specialista ostetrico-ginecologico che aveva effettuato due interventi chirurgici su una donna, una prima volta, molti anni prima, presso l'ospedale civile di Barletta e successivamente, in una casa di cura, su una fistola post-operatoria a seguito di isterectomia, provocando alla paziente una incontinenza urinaria a causa della quale il marito non aveva potuto più



avere rapporti sessuali con la moglie.

In primo grado il Tribunale di Trani aveva condannato lo specialista e Usl di Barletta al risarcimento dei danni in favore di entrambi i coniugi.

Decisione confermata anche dalla Corte di Appello di Bari in secondo grado.

La Suprema Corte, respingendo il ricorso proposto dal medico avverso la sentenza di appello, ha evidenziato, in motivazione,

come correttamente i giudici di merito avevano ravvisato la sussistenza della responsabilità medica ed il nesso causale tra l'intervento chirurgico eseguito e la lesione dell'integrità psico-fisica della **"danneggiata"**.

In particolare, ha riconosciuto il nesso causale tra l'intervento chirurgico eseguito dallo specialista e **"l'insorgenza della fistola vescico-vaginale con conseguente compromissione della integrità psico-fisica del soggetto leso"** e la specifica esclusione, al momento dell'intervento, che la situazione clinica della paziente fosse tale da costituire poi una concausa in relazione ai danni subiti, affermando su tale punto che **"doveva attendibilmente ritenersi che il campo operatorio al momento dell'intervento chirurgico fosse privo di complicazioni locali"**.

La sentenza stabilisce un importante principio nell'ambito della responsabilità medica, prevedendo, oltre al risarcimento dei danni subiti da una donna in conseguenza di un intervento chirurgico, anche il risarcimento dei danni morali al marito in quanto impossibilitato ad avere rapporti sessuali con la moglie.

Individuato il **"cardine"** della fattispecie, sarà utile ricordare i tratti essenziali di quel percorso che, elevato il diritto alla sessualità a diritto inviolabile della persona - garantito costituzionalmente dall'articolo 2 e riconosciuto anche dalla Corte Costituzionale n. 561 del 1987 - consentirà di valutarne, anche solo da un punto di vista psichico, l'eventuale perdita

o compromissione, non solo quale parte del danno biologico, ma altresì alla stregua di autonomo danno esistenziale, come tale suscettibile di apprezzamento e valutazione in termini non patrimoniali.

Si afferma, nella citata sentenza, che il diritto alla libertà sessuale va compreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione e inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana garantiti ai sensi del citato articolo 2 del testo.

La Cassazione, con la sentenza in commento, ha, però, ampliato la risarcibilità del **"danno morale"**, estendendolo, oltre che al caso di morte di un prossimo congiunto, anche al diritto a una sana intimità e del connesso danno alla sessualità, specie ove relazionata a vicende nelle quali il pregiudizio reclamato non è solo quello subito in via diretta dal soggetto, ma anche quello indirettamente incidente sul di lui coniuge o compagno di vita.

Dunque, anche il marito, che ha subito un danno indiretto, ha diritto ad un risarcimento appropriato, che sarà individuato dal giudice secondo il suo prudente giudizio.

[AVV. STEFANO FRESCHI]

ASSENZA DEL CONSENSO: NON È REATO IL TRATTAMENTO CHIRURGICO CON ESITO FAVOREVOLE DEL PAZIENTE

Le Sezioni Unite, chiamate a dirimere un contrasto giurisprudenziale insorto sulla delicata questione dei rapporti dell'attività medico-chirurgica ed il consenso informato del paziente, con la sentenza n. 2437 del 21 gennaio 2009, hanno dovuto rispondere se sussista rilevanza penale nella condotta del medico che senza il consenso informato dell'assistito, esegua su di esso un intervento chirurgico nel rispetto delle *leges artis* e con risultato favorevole.

Prima di prendere in esame il contenuto e le motivazioni di questa sentenza, occorrono alcune premesse.

La Corte Costituzionale ha più volte affermato, (per es. sent. n.438/2008) che l'art.32 della Costituzione tutela la salute non solo come bene della collettività, ma anche come diritto fondamentale dell'individuo, con l'effetto che il consenso informato è la sintesi dei diritti fondamentali alla salute ed alla autodeterminazione (artt.2, 13 e 32 Cost.), sulla scorta dei quali ogni persona ha il diritto d'essere curata e di ricevere le opportune informazioni sulla natura e sugli sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposta. Infatti, il consenso afferisce alla sfera della libertà morale del soggetto ed alla sua capacità di autodeterminazione; nonché alla sua libertà fisica, intesa come diritto al rispetto della sua integrità corporea.

Simile assunto trova conferma anche nell'art. 5 della Legge 28/03/2001 n.145 che ratifica la convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e della biomedicina, ai sensi del quale **"un trattamento sanitario può essere praticato solo**

se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato”; l’art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 07/12/2000 prevede il consenso “libero ed informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge”. Inoltre, gli artt. 29-34 del Codice di Deontologia Medica del 25/06/1995, regolanti i rapporti medico-paziente, stabiliscono precisi obblighi a carico del medico, sull’informazione da fornire ed il consenso al trattamento da raccogliere; particolarmente l’art. 31 comma 4 che impone al medico di desistere dalla terapia di fronte all’esplicito rifiuto. Questo limite non opera per gli interventi compiuti in stato di necessità (art. 54 c.p.) e nei trattamenti sanitari obbligatori ai sensi dell’art. 32 comma 2 della Costituzione. Al di fuori di queste ipotesi tassative, il consenso libero ed informato del paziente non è solo un requisito di liceità del trattamento sanitario, ma anche un vero e proprio diritto fondamentale di ciascuno.

Il consenso può manifestarsi in forma espressa, orale o scritta, oppure tacita, desumibile da un comportamento concludente chiaro e manifesto e secondo opinione diffusa, anche in termini putativi, quando l’agente pensa erroneamente, che il consenso ci sia e che sia stato validamente prestato e può essere sempre revocato. Si discute sul consenso denominato presunto, caratterizzato dal fatto che in tal caso il soggetto sa che l’avente diritto non ha prestato il consenso, ma reputa che lo avrebbe fatto se avesse potuto e/o se fosse stato a conoscenza della specifica situazione.

Il consenso per essere valido deve essere manifestato esplicitamente in modo non equivoco dal soggetto che ha la disponibilità del bene giuridico protetto: nessuna efficacia giuridica può riconoscersi alla volontà espressa dai familiari del malato, tranne nel caso di esercizio della potestà genitoriale o della tutela. Il soggetto deve essere capace giuridicamente, in grado d’intendere e di volere e deve avere l’età idonea per disporre di quel diritto. Il consenso deve formarsi liberamente ed essere immune da vizi; non contrario all’ordine pubblico ed al buon costume, prestato al medico che effettuerà il trattamento medico-chirurgico, prima che lo stesso inizi, previa un’adeguata informazione, specialmente sulla conoscenza della malattia e dei rischi connessi, del tipo di trattamento e dei rischi che quest’ultimo comporta. Quindi, al consenso, come elemento essenziale del rapporto fra medico e paziente, vanno subordinate le validità dell’atto e le conformità delle obbligazioni del contratto assunto. Una questione di rilievo si presenta quando il paziente non può manifestare il consenso perchè impossibilitato, magari, per es. in coma. Al riguardo, dottrina e giurisprudenza richiamano la scriminante dello stato di necessità, nel caso di imminente e grave pericolo di vita del paziente, ovvero la causa di giustificazione dell’adempimento del dovere che grava sul medico tenuto a tutelare la vita e la salute del paziente impedito a prestare un valido consenso. Gli ermellini, poichè la giurisprudenza a riguardo è stata varia e discordante, prima di esporre le ragioni della loro decisione,

hanno presentato un breve excursus di casi giurisprudenziali simili degli ultimi decenni.

Col caso “Massimo” (Cass. Pen. Sez. V, sent. n. 5639/1992), l’intervento chirurgico di maggiore entità rispetto a quello per il quale era stato prestato il consenso, effettuato in assenza di necessità ed urgenza, portava il medico a rispondere del reato di lesioni personali volontarie, essendo irrilevanti sia gli aspetti psichici, sia il fine curativo della condotta, salvo rispondere di omicidio preterintenzionale in



caso di decesso del paziente. In tale pronuncia, il consenso del paziente è un indefettibile presupposto di liceità del trattamento medico, con la conseguenza che in sua mancanza od invalidità, il trattamento in questione sarebbe arbitrario e penalmente rilevante a meno che strettamente necessario o imposto dalla legge. Dal punto di vista penale, in tal caso, si configurerebbe il reato di lesioni dolose ai sensi dell’art. 582 c.p., anche quando l’esito dell’intervento sia favorevole, perchè qualsiasi intervento, pur eseguito con fine di cura e con esito positivo, implica il compimento di atti che materialmente integrano il concetto di malattia. Invece il medico, risponde di omicidio preterintenzionale, nel caso di esito sfavorevole del trattamento sanitario, mentre non risponde quando manca una condotta dolosa qualora, nel corso dell’intervento chirurgico rilevi la presenza di una situazione, che pur non connotata da aspetti di urgenza terapeutica, potendo essere affrontata in tempi diversi, venga invece affrontata immediatamente senza il consenso del paziente; salva in ogni caso la responsabilità per omicidio colposo in caso di esito sfavorevole. (Cass. Pen. Sez. IV, sent. n. 28132/2001 caso “Barese”).

Il sanitario non può manomettere l’integrità fisica del paziente, davanti ad esplicito dissenso, salvo pericolo di vita (Cass. Pen. Sez. IV, sent. n. 36519/2001 caso “Cicarelli”), ma risponde di lesioni colpose ex art. 590 c.p., quando compie un intervento chirurgico nell’erroneo convincimento, ascrivibile a propria negligenza od imprudenza, dell’esistenza di un preventivo consenso del paziente, secondo l’art. 59 comma 4 c.p. (Cass. Pen. Sez. IV, sent. n. 35822/2001 caso “Firenze”).

Quantunque l’esito del trattamento

sia sfavorevole, ma quest'ultimo sia stato eseguito perchè necessario osservando le regole della scienza e della tecnica, senza il consenso informato, si esclude la responsabilità di qualsiasi delitto perchè il medico risulta essere legittimato a sottoporre il paziente, affidato alle sue cure, al trattamento terapeutico che giudica necessario alla salvaguardia della salute dello stesso, alla luce dell'attività intrinseca della natura della professione medica. (Cass. Pen. Sez. I, sent. n.26446/2002 caso "Volterrani"; Cass. Pen. Sez. IV, sent. n. 113355/2008 caso "Huscer" e Cass. Pen. Sez. IV, sent. n.37077/2008 caso "Ruocco").

Nel caso specifico, il Giudice di legittimità ha dovuto esaminare sotto l'aspetto di diritto sostanziale le richieste della pubblica accusa e le doglianze della parte civile, concordanti nel configurare il reato di lesioni, mentre i giudici di primo e secondo grado hanno ritenuto ravvisarsi il reato di violenza privata, uno dei motivi d'impugnazione per ricorrere in Cassazione da parte della difesa del sanitario.

Il delitto di violenza privata, per la Suprema Corte, è da escludere quando di fronte ad un paziente anestetizzato o in coma, discostandosi dal progetto terapeutico concordato, l'esito del trattamento sia sempre fausto, poiché in tal caso il sanitario esercita un abuso approfittando della condizione d'incapacità momentanea, ma non certo di costrizione della volontà del paziente. La Corte ha così escluso la responsabilità penale per il trattamento medico-chirurgico posto ai fini terapeutici; non accompagnato da consenso informato. Il trattamento sanitario conforme all'arte medica del caso estrinseca un'attività socialmente adeguata. Quindi non sono punibili tutte quelle condotte che sebbene riconducibili a fattispecie penali, risultino socialmente adeguate in quanto in sintonia con le finalità sociali perseguite da una determinata collettività in un determinato momento storico.

Secondo le Sezioni Unite, l'elemento oggettivo del reato di violenza privata (art.610 c.p.) è la minaccia o violenza diretta a costringere taluno a "fare, tollerare od omettere qualcosa", con l'effetto che la violenza è il mezzo destinato a realizzare un evento ulteriore, cioè la costrizione della parte lesa a fare, tollerare od omettere qualcosa. Il reato di violenza non sussiste perchè l'evento, subire l'intervento pur non volendo, verrebbe a coincidere con la condotta di violenza sulla persona, l'intervento subito.

Una siffatta condotta non configura nemmeno il reato di lesioni (art.582 c.p.), in quanto non sussiste l'evento tipico, cioè la malattia, intesa come un processo patologico evolutivo accompagnato da una compromissione dell'assetto funzionale dell'organismo. Il concetto di malattia rilevante coincide solo con un significativo pregiudizio, o con un'apprezzabile riduzione della funzionalità dell'organismo o di un arto, pertanto l'intervento chirurgico con esito favorevole, pur comportando delle alterazioni anatomiche, non causa un peggioramento di funzionalità fisiche ed organiche. Le alterazioni anatomiche, non accompagnate

da quelle legate al normale funzionamento del corpo umano, non sono malattia. Il dolo deve riguardare sia la condotta illecita, il trattamento sanitario non voluto, sia l'evento, il quale a sua volta è costituito dalla lesione e dalla sua diretta conseguenza, la malattia. Così, argomentano gli



ermellini: "Ove il medico sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato e tale intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e della leges artis, si sia concluso con esito fausto, nel senso che dall'intervento stesso è derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute, in riferimento anche alle eventuali alternative ipotizzabili e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte del paziente medesimo, tale condotta è priva di rilevanza penale, tanto sotto il profilo della fattispecie di cui all'art.582 c.p., che sotto quello del reato di violenza privata di cui all'art. 610 c.p."

Pertanto, le Sezioni unite rilevano come in sede penale sia stata recepita la tesi civilistica del principio di **"autolegittimazione dell'attività medica"** che si fonderebbe nella finalità propria di tutela della salute quale bene costituzionalmente garantito. Per la Corte, sarebbe incoerente l'ipotesi che una professione **"ritenuta in sé di pubblica necessità, stando all'art.359 c.p., abbisogni per legittimarsi di una scriminante tipizzata, che escluda l'antigiuridicità di condotte strumentali al trattamento medico, ancorchè attuate secondo le regole dell'arte e con esito favorevole per il paziente"**.

[AVV. ILARIA BROVARONE]

REALIZZAZIONE A CURA DI:

BOETI PAOLA, BROVARONE ILARIA, FRESCHI STEFANO, LUCIANI GIUSEPPE G., RUBALDO SARA.

COORDINATORE:

LUCIANI GIUSEPPE G.

RESPONSABILE:

SECONDO MALAGUTI

INSERTO A
CURA DI
CONSUMATORI
DELL'EMILIA
ROMAGNA