

L'INFORMAZIONE GIURIDICA

note di giurisprudenza sulla responsabilità professionale medica a cura dello studio legale Cicala-Riccioni (www.studiocr.com)

nota III/2009

il testo integrale delle sentenze verrà inviato a chi ne faccia richiesta
(info@studiocr.com)

Contenuto

ESIGENZE MEDICHE IMPREVISTE E CONSENSO INFORMATO.....	2
Sent. N. 20806 del 29 settembre 2009 (emessa il 7 maggio 2009) della Corte Cass., Sez. III - Pres. Petti, Rel. Chiarini.....	2
IL CHIRURGO DEVE PREOCCUPARSI DEL DECORSO POST-OPERATORIO? 6	
Sent. N. 20790 del 29 settembre 2009 (emessa il 21 maggio 2009) della Corte Cass., Sez. III - Pres. Massera Rel. Chiarini.....	6
LE CARTELLE CLINICHE VANNO REDATTE CON SCRUPOLO.....	7
Sent. N. 20954 del 30 settembre 2009 (emessa il 3 luglio 2009) della Corte Cass., Sez. III - Pres. Di Nanni Rel. Amatucci.....	7

ESIGENZE MEDICHE IMPREVISTE E CONSENSO INFORMATO

**Sent. N. 20806 del 29 settembre 2009 (emessa il 7 maggio 2009) della Corte
Cass., Sez. III - Pres. Petti, Rel. Chiarini**

Massime:

**COLPA MEDICA- PRESTAZIONE DI ROUTINE- RESPONSABILITA' DEL
MEDICO –SI PRESUME**

Se la prestazione professionale è di routine spetta al professionista superare la presunzione che le complicanze sono state determinate da omessa o insufficiente diligenza professionale o da imperizia o da inesperienza o da inabilità; dimostrando che esse discendono invece da un evento imprevisto ed imprevedibile, secondo la diligenza qualificata in base alle conoscenze tecnico-scientifiche del momento (applicazione ad un caso di perdita di funzionalità di un occhio conseguita ad un intervento di cataratta- dallo stesso sanitario qualificato come di routine- eseguito su soggetto sano)

**PRESTAZIONI SANITARIE- CONSENSO INFORMATO- SEGNALAZIONE DELLE
POSSIBILI COMPLICAZIONI – OBBLIGO- ESIGENZE INSORTE NEL CORSO
DELL'INTERVENTO- DISCIPLINA**

Il consenso informato, espressione del diritto personalissimo, di rilevanza costituzionale, all' autodeterminazione terapeutica, è un obbligo contrattuale del medico perché è funzionale al corretto adempimento della prestazione professionale, pur essendo autonomo da esso. Perciò il medico ha il dovere di segnalare al paziente le possibili complicazioni conseguenti all'intervento prospettato; ed ove sorga una complicazione che renda necessario un nuovo intervento deve –salvo il caso di assoluta urgenza - attendere il risveglio del paziente dall'anestesia per richiedere l'ulteriore consenso, o quanto meno deve informare i congiunti (nel caso di specie la moglie) e chiederne il consenso alle successive manovre tecniche, diverse da quelle originariamente concordate. Tale obbligo di richiedere un ulteriore consenso informato è tanto più evidente ove si renda necessario un secondo intervento a giorni di distanza.

Osservazioni

La sentenza in rassegna ribadisce un insieme di principi che possiamo considerare come pacifici.

Il caso di specie non richiedeva una puntuale pronuncia sul delicato problema del rapporto fra difetto del consenso informato e danno risarcibile.

In buona sostanza: ci si domanda quali danni debba risarcire il medico che proceda ad un intervento senza essere assistito dal consenso informato del paziente ; o -come più di frequente accade e accaduto nel caso di specie- con un consenso che riguarda solo una prima parte dell'intervento effettuato; oppure con un consenso rilasciato da un paziente

cui non sono stati evidenziati alcuni pericoli inerenti all'intervento e dunque non adeguatamente "informato".

In un commento alle sentenze penali 22676/2009 e 35099/2009 (contenuto nella nostra nota II/2009) abbiamo espresso la convinzione che la normativa sul consenso tuteli la libertà personale e non la salute del soggetto; e perciò la valutazione del danno da lesioni colpose debba (almeno di regola) prescindere dal "fattore consenso".

Del resto, se, in base alle sentenze 22676/2009 e 35099/200, colui che (illegittimamente) spaccia droga risponde della morte del consumatore solo ove abbia violato una qualche specifica regola prudenziale volta ad impedire che il consumo di droga abbia esiti letali, sarebbe francamente paradossale che venisse trattato più severamente il medico che adempia al suo dovere istituzionale, non dedicando però adeguata attenzione ad un principio (l'informato consenso) di grande importanza, ma che non è strumentale alla tutela della salute, la cui violazione dunque non pone in pericolo l'incolumità del paziente.

In questa nostra opinione troviamo conforto nella Sentenza delle Sezioni Unite Penali della Cassazione 2437/2009¹

Ci pare cioè logico che il medico risponda di lesione (o omicidio) colposo quando l'evento morte, l'evento malattia siano stati cagionati da una imprudenza, una negligenza, un'imperizia attinenti alla sua propria attività tecnico-professionale; il medico che contravvenga all'obbligo di assicurarsi il "consenso informato" dovrà essere colpito con le sanzioni proprie di tale infrazione, che sussiste anche in caso di esito fausto. Non ci parrebbe equo che il difetto di consenso informato trasformasse un intervento conforme alle *leges artis* in un delitto di lesioni, per il solo fatto che nel caso di specie sia sopraggiunto un esito non felice non dovuto a imperizia o negligenza del medico (così come statisticamente inevitabile, specie in caso di interventi "a rischio").

Tuttavia nella giurisprudenza civile si registrano sentenze di condanna di medici che avevano compiuto, in assenza di consenso informato, interventi in sé corretti e

¹ **Sentenza sez. unite penali 18 dicembre 2008 – 21 gennaio 2009, n. 2437, pres. Gemelli, rel. Macchia, Giulini** : Sul piano del fatto tipico di lesioni descritto dall'art. 582 cod. pen., il concetto di malattia – e di tutela della salute – non può che ricevere una lettura "obiettiva", quale è quella che deriva dai dettami della scienza medica, che necessariamente prescinde dai diversi parametri di apprezzamento della eventuale parte offesa. Per esito fausto dovrà però intendersi quel giudizio positivo sul miglioramento apprezzabile delle condizioni di salute del paziente. Nell'intervento medico-chirurgico realizzato per fini terapeutici la condotta del medico è teleologicamente orientata allo scopo che fornisce copertura costituzionale alla legittimazione dell'atto medico, cioè a realizzare un beneficio per la salute del paziente ; e non soltanto al raggiungimento di uno specifico obiettivo "prossimo" (quale la riuscita, sul piano tecnico-scientifico, dell'atto operatorio in sé e per sé considerato), Perciò l'atto operatorio rappresenta solo una "porzione" della condotta terapeutica, e deve essere valutato nel contesto di tale condotta; e le "conseguenze" dell'intervento chirurgico ed i correlativi profili di responsabilità, nei vari settori dell'ordinamento, debbono essere valutate nell'insieme della condotta terapeutica. Questa valutazione d'insieme esclude che il chirurgo risponda del delitto di lesioni, per il solo fatto di essere "chirurgicamente" intervenuto sul corpo del paziente, (salvo ipotesi teoriche di un intervento "coatto"); ed invece , proprio perché la sua condotta è rivolta a fini terapeutici, è sugli esiti dell'obiettivo terapeutico che andrà misurata la correttezza dell'agere, in rapporto, anche, alle regole dell'arte, e quindi in caso di esito fausto non viene a realizzarsi una "malattia" e pertanto è esclusa la configurabilità del delitto di lesioni (dolose e colpose). Ove invece l'esito sia infausto a causa di una violazione delle *leges artis* il chirurgo risponderà di lesioni o omicidio a titolo di colpa e non di dolo perché la sua volontà era volta al conseguimento di un risultato di cura e non di una "malattia".

conformi alle *leges artis*; e che tuttavia avevano –per malasorte- cagionato un nocimento al paziente.

Valga in proposito la recentissima affermazione della Corte di Cassazione, III sezione civile² secondo cui: “i medici curanti, che siano in condizione di conoscere i rischi rappresentati da un farmaco per la presenza di studi scientifici che illustrano tali rischi, versano in colpa ove non abbiano reso edotto il paziente di tali rischi, anche se non frequenti; in quanto la conoscenza di essi avrebbe consentito al paziente di valutare appieno la scelta di ricorrere o meno a tale farmaco (nel caso di specie per indurre l’ovulazione, con possibilità –in concreto verificatasi - di insorgenza di malformazioni nel feto). Né il medico può invocare la limitazione stabilita dall’art 2236 c.c della responsabilità del prestatore d’opera intellettuale alla colpa grave, in quanto essa è applicabile nei casi di prestazioni particolarmente difficili, soltanto per la colpa da imperizia; mentre il medico, che è un debitore qualificato, ai sensi dell’art 1176, 2° comma c.c., pur in casi di particolare difficoltà, risponde per colpa lieve sotto i profili della imprudenza e della negligenza”³.

Si deve però considerare che nel caso specifico si discuteva di un intervento volto a perseguire una specifica richiesta della paziente: la gravidanza. Ed allora il principio affermato nella sentenza 10741/2009 può forse essere circoscritto alle sole ipotesi di interventi medici che non hanno una obbiettiva, cioè socialmente acquisita, valenza

² Sentenze n. 10741 del 11 maggio 2009 e n. 20790 del 29 settembre 2009 (di cui riferiamo in questa stessa nota).

³ La sentenza Cass. 14 marzo 2006 n. 5444, (in *Corriere giuridico*, 2006, 1243, con nota critica di S. Meani, *Sul danno risarcibile in caso di mancato consenso all'intervento eseguito correttamente*) ha affermato, in un caso in cui la radioterapia pur correttamente eseguita su una signora affetta da grave tumore aveva determinato uno scadimento nella salute della paziente: “la responsabilità del sanitario (e di riflesso della struttura per cui egli agisce) per violazione dell’obbligo del consenso informato discende dalla tenuta della condotta omissiva di adempimento dell’obbligo di informazione circa le prevedibili conseguenze del trattamento cui il paziente venga sottoposto e dalla successiva verifica, in conseguenza dell’esecuzione del trattamento stesso, e, quindi, in forza di un nesso di causalità con essa, di un aggravamento delle condizioni di salute del paziente, mentre, ai fini della configurazione di siffatta responsabilità è del tutto indifferente se il trattamento sia stato eseguito correttamente o meno, svolgendo rilievo la correttezza dell’esecuzione agli effetti della configurazione di una responsabilità sotto un profilo diverso, cioè riconducibile, ancorché nel quadro dell’unitario “rapporto” in forza del quale il trattamento è avvenuto, direttamente alla parte della prestazione del sanitario (e di riflesso della struttura ospedaliera per cui egli agisce) concretatesi nello svolgimento dell’attività di esecuzione del trattamento. La correttezza o meno del trattamento, infatti, non assume alcun rilievo ai fini della sussistenza dell’illecito per violazione del consenso informato, in quanto è del tutto indifferente ai fini della configurazione della condotta omissiva dannosa e dell’ingiustizia del fatto, la quale sussiste per la semplice ragione che il paziente, a causa del deficit di informazione, non è stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni, con la conseguenza che, quindi, tale trattamento non può dirsi avvenuto previa prestazione di un valido consenso ed appare eseguito in violazione tanto dell’art. 32 Cost., comma 2, (a norma del quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge), quanto dell’art. 13 Cost., (che garantisce l’inviolabilità della libertà personale con riferimento anche alla libertà di salvaguardia della propria salute e della propria integrità fisica), e dalla L. 23 dicembre 1978, n. 833, art. 33 (che esclude la possibilità d’accertamenti e di trattamenti sanitari contro la volontà del paziente, se questo è in grado di prestarlo e non ricorrono i presupposti dello stato di necessità; ex art. 54 cod. pen.), donde la lesione della situazione giuridica del paziente inerente alla salute ed all’integrità fisica per il caso che esse, a causa dell’esecuzione del trattamento, si presentino peggiorate. Per converso, sul piano del danno-conseguenza, venendo in considerazione il mero peggioramento della salute e dell’integrità fisica del paziente, rimane del tutto indifferente che la sua verifica sia dovuta ad un’esecuzione del trattamento corretta o scorretta”.

positiva per il paziente, e che divengono leciti e doverosi esclusivamente a causa del consenso, o in certi casi dell'esplicita richiesta, del paziente stesso.

In altre parole, la paziente che desidera veder favorita una propria gravidanza si trova in condizioni ben diverse rispetto a chi sia affetto da una malattia (come avvenuto nella vicenda che ha dato luogo alla già citata sentenza delle Sezioni Unite Penali della Cassazione 2437/2009). Solo in questo secondo caso infatti l'opera del medico è, per sua stessa natura, volta alla difesa della salute; mentre nel caso contemplato dalla sentenza civile 10741/2009 l'obbiettivo (gravidanza) perseguito dall'intervento medico, pur apprezzabile sul piano sociale, assume funzione curativa solo a causa dell'informato assenso della paziente ad assumere quella determinata medicina; che non potrebbe mai essere somministrata in difetto del consenso, anche ad una paziente momentaneamente incapace di intendere e volere. Dunque una non corretta informazione circa i possibili esiti negativi della cura avrebbe potuto indurre l'aspirante madre a rinunciare alla cura stessa, senza che da questa rinuncia derivassero danni di natura fisica e medica (ma l'abbandono della speranza di maternità).

IL CHIRURGO DEVE PREOCCUPARSI DEL DECORSO POST-OPERATORIO?

Sent. N. 20790 del 29 settembre 2009 (emessa il 21 maggio 2009) della Corte Cass., Sez. III - Pres. Massera Rel. Chiarini

Massime:

COLPA MEDICA- PROBLEMI TECNICI DI SPECIALE DIFFICOLTA' – COLPA GRAVE – NECESSITA' – PRECAUZIONE ED ATTENZIONE- COLPA LIEVE

Ove un problema tecnico da risolvere trascenda la preparazione media, non essendo ancora sufficientemente studiato dalla scienza medica e sperimentato nella pratica, con conseguente maggior margine di rischio del risultato, il medico è responsabile solo in caso di colpa grave (art. 2236 codice civile). Risponde però per colpa lieve ove non adotti tutte le precauzioni per impedire prevedibili complicazioni e non espliciti tutta la scrupolosa attenzione che la particolarità del caso richiede, secondo la prudenza e la diligenza esigibili dalla specializzazione posseduta.

COLPA MEDICA- CHIRURGO – OBBLIGO DI SEGUIRE IL DECORSO POST OPERATORIO- SUSSISTENZA

L' obbligo della prestazione secondo le *leges artis*, persiste per il chirurgo per tutte le fasi dell' intervento, anche per quelle post-operatorie, egli deve perciò attentamente seguire il paziente anche in relazione a possibili e non del tutto prevedibili eventi che possono intervenire dopo l' intervento, ponendo in essere tutte le precauzioni e i rimedi conosciuti e conoscibili in quel dato momento storico dalla scienza e alla pratica medica - specialistica del settore.

Osservazioni.

Cfr. la sentenza penale della Cassazione, sez. IV, 7 marzo 2008: in tema di colpa medica nell'attività di equipe, tutti i soggetti intervenuti all'atto operatorio devono partecipare ai controlli volti a fronteggiare il ricorrente e grave rischio di lasciare nel corpo del paziente oggetti estranei; ne consegue che non è consentita la delega delle proprie incombenze agli altri componenti, poiché ciò vulnererebbe il carattere plurale, integrato, del controllo, che ne accresce l'affidabilità.

LE CARTELLE CLINICHE VANNO REDATTE CON SCRUPOLO

**Sent. N. 20954 del 30 settembre 2009 (emessa il 3 luglio 2009) della Corte
Cass., Sez. III - Pres. Di Nanni Rel. Amatucci**

Massima:

DANNO DA INTERVENTO SANITARIO- RAPPORTO CONTRATTUALE- ONERE DELLA PROVA- RIPARTIZIONE- CARTELLA CLINICA- RILEVANZA E DISCIPLINA

Ove il paziente ricoverato assuma di aver subito un danno a seguito del trattamento medico ricevuto nella struttura sanitaria, stante la natura contrattuale della responsabilità della struttura ospedaliera e la conseguente applicabilità della regola posta dall'art. 1218 c.c., secondo la quale il creditore (qui il paziente) che sostenga l'inadempimento deve provare solo la sussistenza del nesso causale fra questo ed il danno, mentre compete al creditore (qui l'azienda ospedaliera) la prova della non imputabilità della sua causa e dunque, dell'assenza di colpa. Tale colpa va valutata in relazione all'affidamento del paziente nella diligenza del debitore della prestazione sanitaria (nel caso di specie caratterizzata dalla somministrazione di un farmaco di risaputa otossicità che avrebbe determinato una lesione del labirinto posteriore destro con conseguenti vertigini), e tenendo conto che la cartella clinica è documento la cui formazione rientra nella totale disponibilità di una sola delle parti del rapporto obbligatorio e le cui eventuali carenze non possono in alcun modo ridondare a carico del paziente.

Osservazioni

La sentenza in rassegna ribadisce l'importanza che nella valutazione della responsabilità medica assume la cartella clinica; ed i pericoli cui si espone chi la rediga distrattamente o con dati incompleti.

Molti esercenti professioni intellettuali, ed in particolare molti sanitari, tendono, ad attribuire scarsa importanza e scarso rilievo alla documentazione del proprio lavoro, sbrigativamente vista come produttiva di mere "scartoffie"; o forse sarebbe meglio dire "tendevano" perché le esperienze negative di tanti hanno insegnato tutti quanto sia importante "tenere a posto le carte".

Infatti, un'omissione di questo tipo rivelarsi pernicioso per un corretto svolgimento della attività professionale; sia perché non sempre la memoria ci soccorre quanto presumiamo, sia perché ben può darsi che la "vicenda" passi di mano e quindi un secondo professionista abbia bisogno di informazioni puntuali e dettagliate.

La giurisprudenza ha poi elaborato un indirizzo assai severo nei confronti del medico che non rediga diligentemente le documentazioni che su di lui incombono ed in particolare la "cartella clinica".

Quando un evento dannoso si verifichi in un momento cronologicamente posteriore ad un intervento medico, è abbastanza logico che il danneggiato (o i suoi parenti) invochino il vecchio brocardo "post hoc ergo propter hoc", ed è altrettanto naturale che la difesa del professionista prospetti l'intervento di una causa determinante l'evento pregiudizievole,

autonoma ed indipendente dall'operato del professionista stesso. E frequentemente perizie di parte e d'ufficio non consentano di giungere ad una risposta sicura al 100%.

Cio è ad esempio accaduto nella vicenda umana in cui si è inserita la sentenza della terza sezione civile della Cassazione n. 11316 del 21 luglio 2003⁴.

Non si è cioè raggiunta la certezza che la anossia invalidante che aveva colpito il piccolo Giuseppe (morto poi all'età di dieci anni) fosse rilevabile e prevenibile nel momento del parto; e questa incertezza è sfociata in una sentenza del Tribunale che ha condannato il ginecologo che aveva assistito al parto al risarcimento dei danni liquidati in un miliardo e mezzo di lire, in una sentenza della Corte d'Appello che ha mandato totalmente assolto il medico.

Simili incertezze sono frequenti nelle aule di giustizia, dal momento che il nero e il bianco sono netti e distinguibili solo agli occhi di Dio, mentre i nostri poveri occhi umani scorgono solo un grigio (ora più vicino al bianco ora più vicino al nero); perciò la decisione viene sovente assunta mediante le "presunzioni"⁵, con cui la giurisprudenza indirizza se stessa ed indirettamente il corpo sociale su cui opera. E proprio una di queste presunzioni da essa stessa individuata ed, in certo senso, "creata", ha indotto la Corte di Cassazione a "cassare" la sentenza della Corte d'Appello e quindi a rimettere in discussione la responsabilità del ginecologo, rinviando la controversia avanti ad altro giudice per una nuova valutazione dei fatti.

La Corte, rifacendosi a sue precedenti pronunce (sentenza 13 settembre 2000, n. 12103), sottolinea la particolare posizione dei soggetti che abbiano una specifica "vicinanza alla prova" e quindi ad esempio abbiano l'obbligo di documentare lo svolgimento di determinati fatti (nel caso di specie proprio mediante la cartella clinica). Ed afferma che quando uno di questi soggetti non abbia provveduto a raccogliere la documentazione prescritta, scatta una "presunzione" a suo danno, cioè si può "presumere" che i fatti si siano svolti nel modo meno favorevole per colui che avrebbe dovuto curare una loro puntuale documentazione.

La sentenza richiama e cita la motivazione della pronuncia 13 settembre 2000, n. 12103, secondo cui "l'omissione colposa consistente nella difettosa tenuta della cartella clinica e nella mancata adozione dei conseguenti interventi terapeutici non vale ad escludere la sussistenza del nesso eziologico tra la colposa condotta dei medici in relazione alla patologia accertata e la morte, ove risulti provata la idoneità di tale condotta a

⁴ ed in quella, meno incisiva ma pur sempre rilevante che ha dato luogo alla sentenza della medesima Corte 5 luglio 2004, n. 12273: in tema di responsabilità professionale del medico-chirurgo, la lacunosa formazione della cartella clinica redatta dai medici del pronto soccorso ospedaliero non vale ad escludere per mancanza di prova l'omissione colposa della diagnosi da parte degli stessi, poiché il medico ha l'obbligo di controllare la completezza e l'esattezza del contenuto della cartella, la cui violazione configura difetto di diligenza ai sensi del 2° comma dell'art. 1176 c.c. ed inesatto adempimento della corrispondente prestazione medica (nella specie, la suprema corte ha cassato la decisione della corte di merito che aveva escluso la responsabilità dei medici del pronto soccorso che, suturato scorrettamente il nervo ulnare, meno visibile ed accessibile, non avevano accertato lo stato anatomico delle altre formazioni nervose del plesso brachiale, omettendo di diagnosticare la lesione dei nervi mediano e mediano cutaneo).

⁵ L'art. 2727 del codice civile qualifica come "presunzione" l'operazione logico-intuitiva con cui dalla conoscenza di un fatto noto si deduce la prova un fatto ignoto (il diritto processuale penale parla di "indizi"). Esempio: percepiamo un rumore in casa (fatto noto) e ne deduciamo (fatto ignoto) che qualcuno sia entrato in casa (invece magari il rumore è stato cagionato da un colpo di vento)

provocarla, ma consente il ricorso alle presunzioni, come avviene in ogni caso in cui la prova non possa essere data per un comportamento ascrivibile alla stessa parte contro la quale il fatto da provare avrebbe potuto essere invocato, nel quadro dei principi in ordine alla distribuzione dell'onere della prova ed al rilievo che assume a tal fine la "vicinanza alla prova", e cioè la effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla. La valutazione dell'esattezza della prestazione medica concerne, infatti, anche la regolare tenuta della cartella clinica: ove dalla sua imperfetta compilazione derivi l'impossibilità di trarre utili elementi di valutazione in ordine all'accertamento della causa della morte, le conseguenze non possono in via di principio ridondare in danno di chi vanta un diritto in relazione alla morte del creditore della prestazione sanitaria. Lo stesso va detto per l'omessa esecuzione dei necessari riscontri diagnostici, anche in relazione a quelli che avrebbero potuto essere effettuati tramite autopsia, da parte o su iniziativa del debitore". Con le pronunce che abbiamo ricordato la presunzione assume un valore quasi punitivo. Perché in effetti mentre sembra ragionevole presumere che il contribuente che non tenga regolari scritture contabili e fiscali sia animato dal pravo intento di evadere il fisco, e non sia solo vittima della propria negligenza, analogo giudizio presuntivo non mi sembrerebbe giustificato nei confronti del medico, che avrebbe se mai interesse a redigere una cartella clinica formalmente perfetta, magari omettendo i particolari che possono pregiudicarlo. Ma tant'è, il medico negligente viene – nella sostanza- "punito" con una presunzione sfavorevole.