

L'INFORMAZIONE GIURIDICA

note di giurisprudenze sulla responsabilità professionale medica

I/2009

a cura di Alessandro Riccioni e Nicola Mazzerà, avvocati in Roma

...causa civile, diritti nascituro, anestesia...

Indice

SE MANCANO LE STRUTTURE RISPONDE L'AZIENDA SANITARIA (E NON IL MEDICO).....	2
Sent. N. 10743 del 11 maggio 2009 (emessa il 11 febbraio 2009) della Corte Cass., Sez. III - Pres. Senese; Rel. Filadoro.....	2
LA GIURISPRUDENZA NORMATIVA COME AUTONOMA FONTE DI DIRITTO: LA SOGGETTIVITA' DEL NASCITURO.....	4
Sent. N. 10741 del 11 maggio 2009 (emessa il 21 gennaio 2009) della Corte Cass., Sez. III - Pres. Varrone; Rel. Spagna Musso.....	4
QUANDO L'ANESTESIA E' ATTIVITA' ACCESSORIA?.....	7
Sentenza n. 11004 del 26 febbraio – 12 marzo 2009, della Corte di Cassazione, sez. VI penale, Pres. De Roberto, Rel. Gramendola, P.G. Iacoviello (concl. diff.) P.R. Asti c. Ligresti	7

SE MANCANO LE STRUTTURE RISPONDE L'AZIENDA SANITARIA (E NON IL MEDICO)

**Sent. N. 10743 del 11 maggio 2009 (emessa il 11 febbraio 2009) della Corte Cass.,
Sez. III - Pres. Senese; Rel. Filadoro**

Massime:

PRESTAZIONI SANITARIE – RESPONSABILITA' CIVILE – INSUFFICIENZA DELLE STRUTTURE - RESPONSABILITA' DELL'AZIENDA OSPEDALIERA - RESPONSABILITA' DEL PERSONALE SANITARIO – ESCLUSIONE.

L'azienda ospedaliera è civilmente responsabile per l'insufficienza ed inadeguatezza delle strutture per affrontare una prevedibile emergenza ove esse cagionino un danno al paziente (nel caso di specie la nascita in condizioni di invalidità totale e permanente). Mentre nessuna responsabilità si configura a carico dei medici che abbiano praticato tutta l'assistenza possibile con la struttura ed i mezzi a loro disposizione.

RESPONSABILITA' CIVILE - NESSO DI CAUSALITA' CRITERIO DEL "PIU' PROBABILE CHE NON".

Ai fini della responsabilità civile, per la sussistenza del nesso di causalità materiale non occorre l'elevato grado di credibilità razionale (prossimo alla certezza) necessario ai fini della responsabilità penale, ma è sufficiente una relazione probabilistica concreta tra comportamento ed evento dannoso secondo il criterio del "più probabile che non".

Osservazioni

Quanto alla responsabilità dell'azienda ospedaliera, la sentenza in commento si pone nel medesimo solco percorso precedentemente dalla Suprema Corte in occasione della sentenza 28 novembre 2007, n. 24759, nella quale si affermava che il rapporto tra paziente ed ente ospedaliero ha fonte in un contratto a prestazioni corrispettive, consistenti, per quanto riguarda il solo ente, nell'obbligo di fornire adeguate prestazioni assistenziali attraverso la predisposizione di strutture e risorse umane efficienti. Conseguentemente, il rigetto della domanda nei confronti del medico, non appare più di per sé sufficiente ad escludere la responsabilità contrattuale del presidio ospedaliero.

Le sentenze segnano un parziale mutamento di rotta della Cassazione la quale, in precedenti pronunce, sembrava, in una certa misura, far carico al medico delle disfunzioni della struttura ospedaliera di appartenenza. Tale differente orientamento ha trovato espressione nella sentenza del 5 luglio 2004, n. 12273 (della III sezione), secondo cui il medico dipendente di una struttura ospedaliera è chiamato a valutare con prudenza e scrupolo i limiti della propria adeguatezza professionale, ricorrendo anche all'ausilio di un consulto se la situazione non è così urgente da sconsigliarlo; lo stesso deve, inoltre, adottare tutte le misure volte ad ovviare alle carenze strutturali ed organizzative incidenti sugli accertamenti diagnostici e sui risultati dell'intervento, ovvero, qualora ciò non sia possibile, deve informare il paziente, consigliandogli, se manca l'urgenza di intervenire, il ricovero in una struttura più idonea (si deve però sottolineare che nel caso di specie si configurava anche una palese inadeguatezza dei medici del pronto soccorso).

Quanto alla determinazione del criterio utile alla valutazione del nesso di causalità, la Cassazione ha confermato il precedente orientamento, da ultimo espresso con sentenza del 16 gennaio 2009, n. 975, secondo cui in tema di responsabilità civile nell'attività medico-chirurgica, ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e/o del medico per l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, il danneggiato deve fornire la prova del contratto (o del «contatto») e dell'aggravamento della situazione patologica (o dell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) e del relativo nesso di causalità con l'azione o l'omissione dei sanitari, restando a carico dell'obbligato - sia esso il sanitario o la struttura - la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile. L'onere della prova gravante sul paziente in tema di nesso di causalità è tuttavia mitigato, secondo la Suprema Corte, dalla probabilità (anche non prossima alla certezza) di successo del trattamento medico. Invero, l'insuccesso o il parziale successo di un intervento di *routine*, o, comunque, con alte probabilità di esito favorevole, implica di per sé la prova dell'anzidetto nesso di causalità, giacché tale nesso, in ambito civilistico, consiste anche nella relazione probabilistica concreta tra comportamento ed evento dannoso, secondo il criterio, ispirato alla regola della normalità causale, del «più probabile che non».

LA GIURISPRUDENZA NORMATIVA COME AUTONOMA FONTE DI DIRITTO: LA SOGGETTIVITA' DEL NASCITURO

**Sent. N. 10741 del 11 maggio 2009 (emessa il 21 gennaio 2009) della Corte Cass.,
Sez. III - Pres. Varrone; Rel. Spagna Musso**

Massime:

TRATTAMENTO FARMACOLOGICO - CONSENSO INFORMATO - MANCATA INFORMAZIONE – CONSEQUENZE - RESPONSABILITA' DEL MEDICO – SUSSISTENZA

I medici curanti, che siano in condizione di conoscere, attraverso studi e dati scientifici divulgati, i rischi, ancorché non frequenti, rappresentati da un farmaco, versano in colpa (e rispondano dei danni conseguenti) ove non abbiano reso edotto il paziente di tali rischi; in quanto la conoscenza di essi gli avrebbe consentito di valutare appieno la scelta di ricorrere o meno alla cura (nel caso di specie volta ad indurre l'ovulazione, con il rischio – in concreto verificatosi - di insorgenza di malformazioni nel feto). In simili ipotesi, non è applicabile l'art. 2236 del codice civile che limita la responsabilità del professionista ai casi di "colpa grave"; in quanto tale limitazione riguarda soltanto la colpa da imperizia; e non quella da negligenza (e la omessa informazione del paziente costituisce un caso di negligenza).

FONTI DEL DIRITTO - GIURISPRUDENZA NORMATIVA – DECODIFICAZIONE E DEPATRIMONIALIZZAZIONE DEL DIRITTO CIVILE - DIRITTI DEL NASCITURO

L'attuale ordinamento giuridico italiano, in particolare civilistico, è basato su una pluralità di fonti, tra cui si colloca la funzione interpretativa del giudice in ordine alla formazione della c.d. giurisprudenza-normativa, quale autonoma fonte di diritto che ha concorso a determinare la *decodificazione e depatrimonializzazione* del diritto civile. In questa prospettiva, sulla base della Costituzione repubblicana del 1948 (che ha determinato il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale, caratterizzato da un punto di vista giuridico dalla c.d. centralità della persona), e della successiva legislazione ordinaria (nonché delle fonti giuridiche sopranazionali), è acquisito il principio della configurabilità del nascituro quale soggetto giuridico (ancorché – non ancora - dotato di capacità giuridica).

NASCITURO – SOGGETTIVITA' GIURIDICA – DIRITTI - DIRITTO A NASCERE SOLO SE SANO - INSUSSISTENZA

Il nascituro è titolare di interessi personali in via diretta, quali il diritto alla vita, il diritto alla salute o integrità psico-fisica, il diritto all'onore o alla reputazione, il diritto all'identità personale; pertanto ove si realizzi la *condicio juris* della nascita, la violazione di questi diritti può essere azionata in sede giudiziaria ai fini risarcitori, ad esempio quando la madre – non essendo stata debitamente informata circa la potenziale nocività di un farmaco - lo abbia assunto determinando così una malformazione del feto; fermo restando che al concepito poi nato non spetta alcun risarcimento per il fatto che la madre non sia stata posta in condizione di procedere all'aborto, bensì solo il risarcimento per le malformazioni e i danni che si sarebbero potuti evitare se la madre fosse stata correttamente informata dei rischi derivanti dalle cure cui era sottoposta.

Osservazioni

A seguito della sentenza delle Sezioni Unite Penali 18 dicembre 2008 – 21 gennaio 2009, n. 2437, appare assodato che non incorre in responsabilità di natura penale (e di conseguenza sembrerebbe anche civile) il medico che, pur in assenza del “consenso informato” del paziente, ponga in essere un intervento che determini un miglioramento della di lui salute; in quanto l'intervento non consentito, visto nell'insieme della attività terapeutica, non cagiona, bensì cura, una malattia: il chirurgo che asporti un cancro incide sul corpo del paziente infliggendogli una ferita, ma a conclusione dell'intervento il paziente consegue un beneficio.

Resta però aperto il problema di quali siano le conseguenze giuridiche ove l'intervento medico, non debitamente assentito, pur in sé conforme alle *leges artis* determini un peggioramento della salute del paziente o gli arrechi (come nel caso esaminato dalla sentenza in rassegna) un altro danno esistenziale (quale la nascita di un figlio malformato).

In effetti nella vicenda esaminata dalla Cassazione con la sentenza 10741/09 la cura somministrata alla paziente per favorire una (desiderata) gravidanza era appropriata e di uso medico (a quel che sembra) piuttosto diffuso. Comportava però un certo (modesto) rischio, di cui la paziente non era stata informata. Sopravvenuta l'ipotesi infausta al medico non si contestava un'imperizia o una negligenza relativa alle modalità tecniche dell'intervento, ma solo di “non aver informato”. E la paziente asseriva “se avessi saputo del pericolo non avrei accettato la medicina”.

A loro volta, i magistrati hanno riconosciuto alla madre ed al bambino il diritto al risarcimento del danno.

Occorre però tenere presente che si discuteva di un intervento non propriamente curativo bensì volto a perseguire una specifica richiesta della paziente: cioè una gravidanza. Ed allora, forse, il principio affermato nella sentenza 10741/09 può essere circoscritto alle sole ipotesi di interventi medici che non hanno una obbiettiva, cioè socialmente acquisita, valenza 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 desideri veder favorita una propria gravidanza si trova in condizioni diverse rispetto a chi sia affetto da una malattia. Solo in questo secondo caso l'opera del medico è, per sua stessa natura, volta alla difesa della salute; mentre nel caso contemplato dalla sentenza 10741/09 l'obbiettivo perseguito dall'intervento medico, pur apprezzabile sul piano sociale, assume funzione curativa solo in quanto sussista una informata volontà della paziente di raggiungere una gravidanza attraverso quella specifica cura.

Una situazione differente è presa in considerazione dalla sentenza civile della Corte di Cassazione, 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*), che ha affermato, in un caso in cui la radioterapia, pur correttamente eseguita su una signora affetta da grave tumore, aveva determinato un peggioramento 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»*.

Per quanto attiene alla seconda parte della prima massima, cioè all'affermazione secondo cui il medico risponde per la mancata compiuta informazione del paziente anche ove tale erronea informazione sia cagionata da colpa lieve, in quanto tale omissione integra una negligenza e non mai un'imperizia, si deve osservare come ben possa invece accadere che l'inadeguatezza dell'informazione sanitaria derivi da un errore medico da imperizia, poiché l'imperizia del medico può condizionare la valutazione complessiva dei rischi e lo sviluppo dell'intero iter sanitario.

La seconda e la terza massima ribadiscono, nel quadro di considerazioni di carattere generale circa il ruolo della giurisprudenza nell'attuale momento storico, l'affermazione secondo cui il nascituro è portatore di un "diritto a nascere sano" (cfr. combinato disposto di cui agli articoli 4 e 6 della legge 194/78, nonché con gli articoli 462, 687, 715 cod.civ.) e, dunque, il bambino ha diritto al risarcimento del danno ove abbia a nascere con malformazioni dovute ad un errato intervento medico (quali la somministrazione alla madre di un farmaco inappropriato) o che avrebbero potuto comunque essere evitate se il medico avesse agito con diligenza (rilevando una situazione di pericolo fronteggiabile nella fase prenatale).

Ove invece si ritenga che una corretta informazione avrebbe indotto la madre all'aborto, il risarcimento dei danni può essere chiesto solo dalla madre; non essendo concepibile nel nostro ordinamento un diritto a non nascere del minore malformato (Cass., sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123; Sez. III Civile, n. 6735, del 10 Maggio 2002; Cass. Sez. III Civile 11488 del 29 luglio 2004;).

La giurisprudenza ritiene cioè che risponda ad un criterio di regolarità causale che la donna, ove adeguatamente e tempestivamente informata della presenza di una malformazione atta ad incidere sulla estrinsecazione della personalità del nascituro, preferisca non portare a termine la gravidanza. Non sono invece danni che derivano dall'inadempimento del medico quelli che il suo adempimento non avrebbe evitato, quali una nascita che la madre non avrebbe potuto scegliere di rifiutare; una nascita che non avrebbe in concreto rifiutato; la presenza nel figlio di menomazioni o malformazioni al cui consolidarsi non avrebbe potuto porsi riparo durante la gravidanza in modo che il figlio nascesse sano.

QUANDO L'ANESTESIA E' ATTIVITA' ACCESSORIA?

**Sentenza n. 11004 del 26 febbraio – 12 marzo 2009, della Corte di Cassazione, sez. VI penale, Pres. De Roberto, Rel. Gramendola, P.G. Iacoviello (concl. diff.)
P.R. Asti c. Ligresti**

PROFESSIONE MEDICA - ATTIVITA' AMBULATORIALE - ANESTESIA – RIENTRA NELLE ATTIVITA' ACCESSORIE CONSENTITE AD OGNI MEDICO - REATO DI CUI ALL'ART. 348 CODICE PENALE - ESCLUSIONE

Massima:

La legge 9 agosto 1954 n. 653, ha disciplinato esclusivamente l'attività di anestesista all'interno delle strutture ospedaliere (ove viene praticata l'anestesia totale), riservandola a personale particolarmente qualificato. L'anestesia parziale necessaria per interventi ambulatoriali (nel caso di specie di chirurgia estetica) costituisce invece attività accessoria consentita ad ogni medico chirurgo, che quindi ove provveda direttamente alla anestesia parziale (senza avvalersi di un apposito collaboratore specializzato) non commette il reato di esercizio abusivo di una professione "protetta" previsto dall' art. 348 c.p. (perciò la Corte rigetta il ricorso della Procura della Repubblica di Asti avverso l'ordinanza con cui il Tribunale della Libertà aveva disposto il dissequestro dello studio in cui un medico chirurgo eseguiva interventi di chirurgia plastica provvedendo anche ad anestetizzare i pazienti).