



LA LEGGE PER TUTTI
INFORMAZIONE E CONSULENZA LEGALE

Responsabilità medica e danni risarcibili

Autore: Edizioni Simone | 26/12/2015



Responsabilità medica, violazione o inesatto adempimento dell'obbligo informativo, autodeterminazione del paziente, risarcimento del danno.

La lesione del **diritto all'autodeterminazione** del paziente non comporta automaticamente un danno risarcibile. Non si può, infatti, ritenere che il danno lamentato dal paziente sia *in re ipsa*, nel senso che sarebbe coincidente con la lesione dell'interesse protetto, essendo invece necessaria l'allegazione e la **prova** dell'entità dello stesso, che deve comunque essere apprezzabile per poter dar

luogo a risarcimento.

Ai fini di una corretta **liquidazione del danno** in esame, che eviti duplicazioni e automatismi risarcitori, appare essenziale distinguere le seguenti ipotesi di inadempimento dell'obbligo di informazione da parte del medico:

— in presenza di accertata **colpa medica** da cui consegue un **danno alla salute**, è opportuno liquidare, oltre al danno biologico, il **danno morale** e il danno da lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente;

— in mancanza di colpa medica ma in presenza di un **danno biologico** (per complicità statisticamente prevedibili, decorso post-operatorio e quant'altro) occorre verificare se, nel caso concreto, sussistevano o meno **alternative** diagnostiche, terapeutiche o farmacologiche rispetto alle quali sia mancata un'informazione adeguata da parte del medico.

In questa ipotesi il danno risarcibile dovrà tenere conto, in primo luogo, della **percentuale di possibilità** che il paziente, correttamente informato, avrebbe optato per un diverso trattamento sanitario; in secondo luogo, del **rischio connesso all'intervento non eseguito**, concretandosi il danno nella perdita delle *chances* favorevoli correlate alla possibilità di un esito positivo dell'intervento non posto in essere.

Infatti, la **chance** — o concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato — non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di **autonoma valutazione**, onde la sua perdita, cioè la perdita della possibilità di conseguire risultato utile configura un danno concreto e attuale.

In caso di alternative terapeutiche risolutive per la salute del paziente, la loro mancata prospettazione assume rilievo non in termini di difetto di informazione bensì in termini di **colpa professionale**: con particolare riguardo alla categoria dei reati omissivi impropri e allo specifico settore dell'attività medico-chirurgica, il nesso causale può essere ravvisato quando si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dal medico la condotta doverosa impeditiva dell'evento *hic et nunc*, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva ;

— può darsi, infine, che dall'intervento cui non è stato dato il consenso informato da parte del paziente, in assenza di colpa medica, non consegua **alcun pregiudizio alla salute** dello stesso, ma anzi consegua un miglioramento delle sue condizioni psicofisiche (si pensi all'ipotesi in cui l'omessa esecuzione dell'intervento non consentito avrebbe cagionato la morte o una grave menomazione del soggetto). In tal caso, non sussiste la possibilità di ravvisare alcun danno biologico.

Individuate le ipotesi statisticamente più ricorrenti, per determinare i criteri di risarcimento del danno è opportuno richiamare i principi adottati dalla **Corte costituzionale** nella sentenza n. 184/1986, secondo la quale la liquidazione del danno deve essere rispondente, da un lato, a un'uniformità pecuniaria di base (lo stesso tipo di lesione non può essere valutato in maniera del tutto diversa da soggetto a soggetto: è, infatti, la lesione, in sé e per sé considerata, che rileva, in quanto pregna del disvalore giuridico attribuito alla medesima dal divieto primario ex artt. 32 Cost. e 2043 c.c.) e, dall'altro, a elasticità e flessibilità, per adeguare la liquidazione all'effettiva incidenza della menomazione sulle **attività della vita quotidiana** nelle quali si manifesta l'efficienza psicofisica del soggetto danneggiato.

Trasfusioni di sangue e Testimoni di Geova: quale responsabilità per il medico?

Nei paragrafi precedenti abbiamo visto che l'art. 32, co. 2, Cost. dispone che nessuno può essere obbligato a un determinato **trattamento sanitario** se non per disposizione di legge, aggiungendo che la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

Si tratta di una norma di chiusura rispetto a quella dettata dal comma 1 dello stesso articolo. Infatti:

- il comma 1 riconosce il diritto alla salute in capo a ciascun individuo e aggiunge che la tutela di tale diritto va perseguita nell'interesse della collettività;
- il comma 2 limita, per così dire, il potere di tutela spettante allo Stato subordinandolo al **consenso della persona** la cui salute si vuole tutelare e prevedendo una riserva di legge per le ipotesi in cui, nell'interesse della collettività, si debba procedere anche contro la volontà del dissenziente, nonché fissando, anche in tale ultimo caso, il limite invalicabile del rispetto della persona umana.

Il congegno normativo sopra delineato, dietro la sua apparente chiarezza, in realtà finisce per affermare un principio che non appare di facile e intuitiva comprensione, laddove, rendendo disponibile il diritto alla salute, finisce per subordinare l'interesse della collettività (in funzione del quale quel diritto era stato riconosciuto) all'autodeterminazione del singolo.

Accade, così, che il dettato costituzionale, nato dall'esigenza di evitare illecite interferenze dei pubblici poteri nella sfera del singolo, sia stato incongruamente interpretato come una sorta di *magna charta* degli autolesionisti e dei suicidi.

Nell'ipotesi di trattamenti sanitari nei confronti di soggetti dissenzienti per **motivi religiosi o politici**, si è ritenuto che la libertà religiosa o politica, pur espressa con il rifiuto di terapie indispensabili per consentire il mantenimento in vita, essendo prevalente rispetto ad altri diritti di libertà, possa consentire il danneggiamento o la distruzione dell'integrità fisica del dissenziente.

In quest'ottica, si ritiene che la libertà religiosa o politica non possa mai essere derogata e debba a ogni costo prevalere nel contrasto con altri diritti costituzionalmente garantiti (il diritto alla salute) e, più in generale, con altri principi di rilevanza costituzionale.

In realtà, non è affatto vero che il cittadino goda di una libertà illimitata nel perseguire l'osservanza del proprio credo religioso o politico, che è costituzionalmente garantito solo nell'ipotesi in cui non interferisca con **diritti aventi pari dignità costituzionale** e non si risolva in uno svilimento della persona.

Pertanto, non può sostenersi che la norma costituzionale garantisca e tuteli il credo religioso di chi pratica l'automutilazione del proprio corpo come forma di ascesi mistica o il suicidio come strumento di catarsi, proprio perché, in entrambi i casi, l'annientamento parziale o totale del corpo si configura come atto che ripugna alla coscienza collettiva e all'interesse della comunità, in quanto atto sacrificale, per sua natura non rispettoso dell'integrità fisica e morale del sacrificato, la cui sostanza fisica è vista solo in funzione strumentale rispetto al sacrificio (di cui costituisce l'oggetto o, per meglio dire, un bene di consumo).

Sulla scorta degli stessi principi appare ugualmente immeritevole di tutela il credo religioso che, pur non imponendo ai propri adepti il suicidio come mezzo diretto di ascesi, tuttavia lo preveda come conseguenza indiretta e ineluttabile di pratiche o divieti manifestamente ingiustificati, bizzarri o futili.

È noto, a questo proposito, che i **Testimoni di Geova** considerano vietata l'**emotrasfusione**, ritenendo che in alcuni passi del Pentateuco è fatto tassativo divieto di spargere o usare sangue.

Per la verità, i brani biblici cui si fa riferimento fanno divieto di «mangiare la carne con la sua anima, col suo sangue» (Genesi, 9: 3,4). Però, anche argomentando dai passi in cui lo stesso divieto viene espresso in termini diversi (Levitico, 17: 10,14; Atti, 15: 19,20,29 e 21: 25), sembra piuttosto che si tratti di regole dettate per ragioni di igiene alimentare, alla stregua di altre similari, aventi carattere essenzialmente rituale, rinvenibili nelle sacre scritture (si veda, per tutti, il divieto di mangiare carne il venerdì) e in altre religioni monoteiste (si veda la regola del Corano che fa divieto di mangiare carne di maiale).

Né può omettersi la particolare prospettiva storica e sociale dell'epoca nella quale tali regole vennero dettate, epoca in cui la carne costituiva quasi l'unico alimento per l'uomo e in cui la scienza veterinaria e la lotta contro le malattie e le parassitosi animali non avevano propriamente fatto passi da gigante...

Le regole in questione, pertanto, vanno viste come un tentativo di imporre norme di comportamento tendenti a proteggere la comunità e a garantire la sopravvivenza della stirpe.

Del resto, il divieto di trasfusioni di sangue appare assai poco giustificabile se si

considera che, da un lato, i Testimoni di Geova non consentono l'uso del sangue per finalità terapeutiche mentre, dall'altro, ammettono l'uso alimentare della carne con la disinvolta giustificazione che essa, dopo la macellazione, ha perduto gran parte del sangue che conteneva.

Effettuare trasfusioni di sangue a un **soggetto incosciente** (perché, ad es., anestetizzato o in coma) che abbia espresso il proprio rifiuto non significa imporre obbligatoriamente la trasfusione, essendo intuitivo che si ha **trattamento sanitario obbligatorio** esclusivamente quando il dissenziente non abbia alcuna alternativa rispetto al comando: è necessario, cioè, che il momento coercitivo sia totale e inderogabile e non lasci all'obbligato alcun margine di scelta, come nell'ipotesi del ricovero coatto dei malati mentali o delle vaccinazioni obbligatorie, ovvero nell'ipotesi in cui il dissenziente, per poter rifiutare il trattamento sanitario, dovrebbe, a sua volta, compiere un'azione vietata.

Quest'ultima è l'ipotesi dei **detenuti in sciopero della fame**, la cui **alimentazione forzata** avviene non in forza dell'obbligatorietà del provvedimento che la dispone, ma in forza dell'obbligatorietà della custodia (cui il detenuto non può sottrarsi che con l'evasione).

Si tratta, come si vede, di ipotesi anomale in cui la coercibilità del trattamento viene, di solito, giustificata in forza della «**garanzia custodialistica**»: lo Stato, in sostanza, con la restrizione della libertà personale all'interno della struttura carceraria si assume anche l'obbligo di garantire l'incolumità fisica del detenuto, rendendosene garante nei confronti della comunità. In tal caso, anche i sostenitori del più strenuo garantismo libertario ammettono che, pur in mancanza di un'espressa previsione legislativa, è consentito impedire ogni atto con cui il recluso manifesti una volontà suicida.

Ciò che conta rilevare, quindi, è che il ricovero in ospedale, proprio perché è volontariamente deciso dal paziente (o dai suoi rappresentanti legali), non è equiparabile a un trattamento sanitario obbligatorio, per l'evidente ragione che, non essendo imposta la permanenza all'interno della struttura, non sussiste neppure l'obbligo di subire la terapia in essa praticata.

In conclusione, l'effettuazione delle terapie trasfusionali costituisce espressione del diritto (e, insieme, dell'obbligo) del sanitario e della struttura ospedaliera di **praticare le terapie ritenute necessarie**, senza per questo imporre al paziente, che con coscienza e volontà dissente, di subirle, potendo egli decidere di allontanarsi.

Da quanto sopra evidenziato emerge, quindi, che il medico può disporre una trasfusione di sangue **indispensabile per impedire la morte** del paziente in stato di incoscienza, anche contro la volontà del paziente espressa quando egli non era in pericolo di vita.

Questo principio è stato ribadito da una pronuncia della **Cassazione** che ha respinto il ricorso volto a ottenere il risarcimento dei danni proposto da un testimone di Geova il quale, nel corso di un intervento chirurgico, era stato sottoposto a una trasfusione di sangue per l'aggravarsi dell'emorragia, nonostante al momento del ricovero avesse dichiarato, in ossequio alle proprie convinzioni religiose, che non voleva gli venisse praticato tale trattamento.

La Cassazione, in particolare, ha confermato la pronuncia del giudice di merito secondo la quale il dissenso originario non doveva più ritenersi — con una

valutazione altamente probabilistica — operante in un momento successivo, davanti a un quadro clinico fortemente mutato e con **imminente pericolo di vita** e senza la possibilità di un ulteriore interpello del paziente ormai anestetizzato.

La questione della necessità di trasfusione ematica nel corso di un **intervento chirurgico** è stata affrontata anche da Cass. 26-9-2006, n. 20832, e risolta nel senso che il consenso informato non soddisfa un astratto diritto all'autodeterminazione del paziente, ma tutela il diritto dello stesso alle scelte relative alla sua salute, in funzione di una migliore protezione di questo bene.

Pertanto, una volta acquisito il consenso consapevole per l'intervento chirurgico, l'informazione e il consenso per le varie fasi dell'intervento non possono che essere correlati a quelle che implicano una possibilità di scelta e non a quelle che sono comunque obbligate e per le quali il rifiuto del consenso si risolverebbe nel rifiuto dell'intervento.

Il paziente, quindi, ha il diritto di rifiutare le cure mediche che gli vengono somministrate, anche quando tale rifiuto possa causarne la morte; tuttavia, il **dissenso**, per essere valido ed esonerare il medico dal potere-dovere di intervenire, deve essere espresso, inequivoco e attuale: non è sufficiente una generica manifestazione di dissenso formulata in un momento in cui il paziente non era in pericolo di vita, ma è necessario che il dissenso sia manifestato *ex post*, ovvero dopo che il paziente sia stato pienamente informato sulla gravità della propria situazione e sui rischi derivanti dal rifiuto delle cure.

Se il paziente intende far constatare il proprio dissenso alla sottoposizione a determinate cure mediche per l'ipotesi in cui dovesse trovarsi in stato di incoscienza, ha l'onere di conferire a **un terzo** una procura *ad hoc* nelle forme di

legge, ovvero manifestare la propria volontà con una dichiarazione scritta puntuale e inequivoca, nella quale affermi espressamente di volere rifiutare le cure quand'anche venisse a trovarsi in pericolo di vita.

È chiaro, infatti, che non può affermarsi la prevalenza incondizionata del bene «vita» o del bene «salute» rispetto ad altri possibili interessi, poiché una valutazione comparativa degli interessi assume rilievo soltanto quando soggetti diversi sono titolari di interessi confliggenti e sia, dunque, necessario stabilire quale debba prevalere; un conflitto regolabile *ab externo* è, invece, escluso dalla titolarità di contrastanti interessi in capo allo stesso soggetto, al quale soltanto, se capace, spetta la scelta di quale bene tutelare e quale sacrificare.

Così, non può negarsi **tutela risarcitoria** a chi abbia consapevolmente rifiutato una trasfusione di sangue perché in contrasto con la propria fede religiosa, quand'anche gli sia stata salvata la vita, poiché egli potrebbe aver preferito non vivere piuttosto che vivere nella condizione determinatasi a seguito della trasfusione.

Atto terapeutico correttamente eseguito in mancanza di un'adeguata informazione sui rischi

Resta da esaminare un'ultima questione: in presenza di un atto terapeutico necessario e **correttamente eseguito** in base alle regole dell'arte, dal quale siano tuttavia derivate **conseguenze dannose** per la salute del paziente, di tali conseguenze il medico risponde per il solo fatto di non aver informato il paziente sui rischi dell'intervento, oppure il paziente deve dimostrare che se fosse stato correttamente informato, avrebbe rifiutato l'intervento?

La **Cassazione** ha più volte affermato che la mancata richiesta del consenso costituisce autonoma fonte di responsabilità qualora dall'intervento scaturiscano **effetti lesivi** per il paziente, anche se l'intervento è stato eseguito in modo corretto, poiché in mancanza di consenso informato da parte del paziente l'intervento terapeutico costituisce un illecito, sicché il medico risponde delle conseguenze negative che ne sono derivate quand'anche abbia correttamente eseguito quella prestazione.

Occorre chiedersi, però, se ai fini della responsabilità del medico debba sussistere anche un **nesso causale** tra la mancata acquisizione del consenso consapevole e quel tipo di pregiudizio.

Infatti, la sussistenza del nesso causale non va indagata soltanto in relazione al rapporto tra intervento terapeutico (necessario e correttamente eseguito) e pregiudizio della salute, che è addirittura scontato, poiché il diritto al risarcimento neppure sorgerebbe se il pregiudizio della salute non fosse conseguenza dell'intervento.

La sussistenza di quel nesso va verificata, invece, anche in relazione al rapporto tra l'attività omissiva del medico per non aver informato il paziente e l'esecuzione dell'intervento.

L'affermazione secondo la quale, essendo illecita l'attività medica eseguita senza il

consenso del paziente, il medico deve comunque rispondere delle conseguenze negative subite dal paziente, costituisce una semplificazione eccessiva, che non tiene conto del reale atteggiarsi della questione, la quale non riguarda la liceità dell'intervento del medico ma la violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente, rimproverandosi al medico di non averlo adeguatamente informato per acquisirne il consenso.

Rispetto alle conseguenze pregiudizievoli occorre, allora, domandarsi se un'**adeguata informazione** del paziente avrebbe evitato l'evento, se cioè l'adempimento, da parte del medico, dei suoi doveri informativi avrebbe evitato l'intervento dal quale è derivato lo stato patologico.

Per ravvisare la sussistenza di nesso causale tra la lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente (realizzata mediante l'omessa informazione da parte del medico) e la lesione della salute causata dall'intervento deve potersi affermare che il paziente **avrebbe rifiutato** l'intervento qualora fosse stato adeguatamente informato, altrimenti l'informazione da parte del medico non avrebbe comunque evitato l'evento (lesione della salute).

Del resto, pur sussistendo il **consenso consapevole**, può configurarsi una responsabilità del medico qualora l'intervento sia stato **scorrettamente eseguito**, così come la lesione del diritto all'autodeterminazione del paziente non comporta necessariamente la lesione della salute, come quando manca il consenso ma l'intervento terapeutico sortisce un esito positivo: nel primo caso, il consenso del paziente è irrilevante, poiché la lesione della salute si ricollega causalmente alla colposa condotta del medico nell'esecuzione della prestazione terapeutica; nel secondo, la mancanza di consenso può assumere rilievo a fini risarcitori benché non sussista lesione della salute.

I **danni** derivanti dalla **violazione del diritto all'autodeterminazione** senza lesione del diritto alla salute possono consistere, ad es., nel danno non patrimoniale da **dolore fisico acuto o cronico**, nel caso in cui la scelta del medico di intervenire ma a prezzo di sofferenze fisiche che il paziente avrebbe potuto scegliere di non sopportare, sia stata effettuata senza il suo consenso.

Oppure, può ipotizzarsi un **danno da turbamento** causato dal verificarsi di conseguenze del tutto inaspettate dal paziente perché non prospettate e, per questo, più difficilmente accettate: il paziente adeguatamente informato accetta preventivamente l'esito sgradevole, ma se il paziente non viene adeguatamente informato, le conseguenze pregiudizievoli dell'intervento suscitano un turbamento correlato alla gravità delle conseguenze verificatesi e non prospettate dal medico, ed è appunto questo il danno non patrimoniale che, nella prevalenza dei casi, costituisce l'effetto del mancato rispetto dell'obbligo di informare il paziente.

Condizione per la risarcibilità di tale **danno non patrimoniale** è che esso varchi la soglia della gravità dell'offesa secondo i canoni delineati dalle **Sezioni unite**, secondo le quali il diritto deve essere inciso oltre un certo **livello minimo di tollerabilità**, da determinare secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico.

Anche in caso di violazione del diritto all'autodeterminazione **senza lesione del diritto alla salute**, per essere stato l'intervento terapeutico necessario e correttamente eseguito, può dunque sussistere uno spazio risarcitorio.

Invece, la risarcibilità del **danno da lesione della salute** che si verifichi per le prevedibili conseguenze dell'atto terapeutico necessario e correttamente eseguito *secundum leges artis*, ma effettuato senza la preventiva informazione del paziente circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli e, dunque, senza un consenso consapevolmente prestato, presuppone che il paziente avrebbe rifiutato quel determinato intervento se fosse stato adeguatamente informato.

Il relativo **onere probatorio**, suscettibile di essere soddisfatto anche mediante presunzioni, grava sul **paziente**, perché la prova del nesso causale tra inadempimento e danno spetta alla parte che allegghi l'inadempimento altrui e pretenda, per questo, il risarcimento.



Il presente articolo è stato tratto dal volume edito da Edizioni Simone
Responsabilità del Medico
di Massimiliano Di Piro, 2015, Ed. V

**SE VUOI LEGGERLO TUTTO
ACQUISTA IL VOLUME CLICCANDO QUI**