

FRANCESCO RIZZO*

Dal paziente al cliente

Sommario: 1. L'instaurazione del rapporto medico-cliente e la c.d. legge Balduzzi.
- 2. L'onere della prova. - 3. La struttura sanitaria. - 4. Dolo/colpa - diligenza/linee guida. - 5. Nesso di causalità. - 6. Consenso informato. - 7. Cenni ai danni risarcibili.

1. *L'instaurazione del rapporto medico-cliente e la c.d. legge Balduzzi*

Storicamente, sino agli ultimi decenni del secolo scorso, il legame tra medico e paziente è sempre stato di assoluta fiducia, sia prima, sia durante, sia dopo la visita e il trattamento.

Oggi questo legame tende ad essere declinato, non più solo come medico-paziente, ma anche come professionista-cliente quando i pazienti, dopo aver ricevuto la prestazione, propendono¹ a vedersi come clienti² insoddisfatti³.

Il momento della genesi di questo rapporto⁴ rinvia alle due diverse modalità di instaurazione; in una prima ipotesi il paziente sceglie il medico cui rivolgersi e richiedere la sua prestazione; in altra ipotesi il paziente si rivolge ad una struttura sanitaria, Ospedale/Casa di Cura/Clinica privata o Universitaria/Istituto di ricerca ecc., che assegnerà uno o più medici.

Nel primo caso, quando il paziente sceglie il medico e si rivolge direttamente al professionista è facile capire che si instaura un rapporto di tipo contrattuale; in particolare un rapporto contrattuale d'opera intellettuale, dovendo il medico mettere a disposizione le sue conoscenze, la sua preparazione e, in una parola, il suo intelletto.

* *Professore associato di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Camerino.*

¹ V. R. FAVALE, *Profili attuali della responsabilità civile medica*, in *Le Corti Marchigiane*, in corso di pubblicazione.

² Si veda sul tema U. PERFETTI, *La responsabilità civile del medico*, in *L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di Cassazione*, VII, Milano, 2013, p. 109 ss.

³ M. PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 1, p. 326.

⁴ G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte Generale*, in *Diritto della responsabilità civile*, Torino, 2010, p. 883 s.

Alla base di questo rapporto c'è evidentemente un accordo: il contratto d'opera intellettuale il quale non richiede la formalizzazione per iscritto; è sufficiente che le parti si accordino anche oralmente o attraverso comportamenti concludenti: e così, ad esempio, si deve considerare concluso un contratto quando colui che chiede di essere visitato si rivolge ad un medico che, a sua volta, accetta di farlo.

Quando il paziente si rivolge, non al medico, ma alla struttura, chiedendo a quest'ultima la cura, è evidente che è con la struttura che il paziente raggiunge un accordo e dunque è con essa che conclude il contratto.

Il medico che poi visiterà il paziente non è scelto da quest'ultimo; paziente e medico in certi casi neppure si *vedono*: si pensi a chi viene d'urgenza operato da un chirurgo che vede il paziente per la prima volta in sala operatoria già anestetizzato.

Difficile dire che in questo caso, e comunque in tutte le ipotesi in cui il paziente non si rivolge direttamente al medico chiedendo la cura, si sia in presenza di contratto. In ogni caso, come noto, in queste ipotesi si ravvisa un c.d. "contatto sociale" che determina, al pari di un accordo contrattuale, la nascita di un rapporto obbligatorio soggetto alle regole della responsabilità contrattuale.

In relazione a quest'aspetto va ricordato che sino al 1999 si riteneva che il rapporto tra paziente e medico della struttura⁵, alla quale il paziente si rivolgeva, dovesse qualificarsi come non contrattuale e che, quindi, in caso di responsabilità del medico questa fosse extracontrattuale, con possibilità di agire nel termine di 5 anni e con onere della prova a carico del paziente danneggiato.

Dopo il 1999 la nostra Corte di Cassazione (con la celebre sentenza n. 589⁶) ha, definitivamente, inquadrato il rapporto tra paziente e medico appartenente alla struttura come nascente dal «contatto sociale» tra il medico ed il paziente che viene disciplinato dalle stesse regole applicabili ai rapporti contrattuali⁷: in buona sostanza il paziente potrà agire contro il medico, sia quando è lui a sceglierlo, sia quando viene scelto dalla struttura di appartenenza a cui si è rivolto il paziente, facendo valere, in entrambi i casi, la responsabilità contrattuale,

⁵ M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi/risultato*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1824.

⁶ Pubblicata in *Foro it.*, 1999, I, c. 3332.

⁷ M. PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e resp.*, 2009, 703 ss.

e dunque agevolandosi del termine di prescrizione più lungo (10 anni in luogo di 5) e dell'inversione dell'onere della prova, che grava sul medico⁸.

È ancora così?

L'art. 3 del c.d. decreto Balduzzi⁹ (d.l. 13.9.2012 n. 158, convertito con l. 8.11.2012 n. 189) ha previsto che *«l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile»*.

Che la norma abbia cambiato il regime giuridico della responsabilità medica non è sicuro perché, a fronte dell'apparente chiarezza della norma, la sua portata applicativa non è affatto chiaro come a breve si dirà.

Chiaro invece lo scopo della norma: quello cioè di attutire le conseguenze della responsabilità medica e soprattutto di contenere i costi portati dall'adozione del c.d. sistema di medicina difensiva¹⁰ e dell'aumento dei premi assicurativi¹¹.

Il paziente non è più tale ma diventa a tutti gli effetti un cliente: la prestazione sanitaria non viene presa più in considerazione solo come un mezzo per la cura, ma viene anche valutata sotto il profilo economico-aziendale in quanto essa deve essere idonea a curare con meno costi possibili.

Un'impostazione di questo genere (indotta dai motivi economici alla base dell'emanazione dell'art. 3 della legge Balduzzi) non può tuttavia essere accettata nel nostro sistema dove il primo valore costituzionale è quello della tutela della persona che non può essere limitato dal risparmio della spesa.

Prima ancora che per altri motivi ricavabili dall'esegesi dell'art. 3 cit., la conclusione di parte degli interpreti secondo cui questa norma avrebbe diminuito le tutele (disponendo l'applicazione della responsabilità extracontrattuale) per ragioni economiche non è ammissibile sul piano dei valori che impongono di armonizzare ad essi la norma, e non viceversa.

⁸ Sulla svolta contrattuale in materia sanitaria cfr. R. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari*, in *Tratt. dir. comm.* Galgano, Padova, 2007, p. 123 ss.; L. KLESTA DOSI, *Assistenza sanitaria e tutela del cittadino. Modelli privatistici e orizzonte europeo*, Torino, 2008, p. 169 ss.

⁹ Cfr. V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e resp.*, 2013, pp. 367 ss.

¹⁰ A. FIORI, *La medicina legale difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, p. 899.

¹¹ A. BONELLI - E. MAZZEO - G.A. NORELLI, *La tutela assicurativa in ambito di responsabilità professionale medica e chirurgica*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, p. 1455.□

La norma, peraltro, sul piano formale, si occupa solo del caso di esclusione della responsabilità penale per colpa lieve, prevedendo che in questa ipotesi (*solo* in questa ipotesi), resta fermo l'obbligo risarcitorio civile *ex art.* 2043 c.c. Questo però non esclude la facoltà per il danneggiato di qualificare il suo rapporto con il medico come contrattuale. Dalla norma non può infatti ricavarsi un divieto in tal senso. Se così fosse la norma diverrebbe anche irragionevole, non avendo senso prevedere un divieto di tale genere *solo* qualora il medico andasse esente da responsabilità penale per colpa lieve.

Il dibattito acceso sul senso di questa norma è comunque molto intenso.

Si possono infatti leggere alcune pronunce di tribunali che, aderendo all'interpretazione letterale dell'art. 3 del decreto Balduzzi, affermano che la responsabilità del medico è extracontrattuale¹² ed altre pronunce, sempre di tribunali¹³ e una della corte di Cassazione (la n. 4030 del 2013¹⁴), che invece affermano che la norma in commento non ha modificato la natura della responsabilità medica, che resta contrattuale. Come pure esistono posizioni diverse espresse dalla dottrina¹⁵.

2. *L'onere della prova*

Il profilo della prova va tenuto in grande considerazione perché nel processo civile, in mancanza di prova, le richieste e le eccezioni avanzate devono essere respinte, per cui se è il medico che deve dare la prova di aver correttamente eseguito la prestazione, in mancanza di relativa prova, sarà considerato responsabile; viceversa se dovesse essere il paziente a dover fornire la prova, ipotizziamo perché il rapporto in questo caso deve considerarsi non contrattuale ma extracontrattuale, se il paziente non darà la prova della negligenza del medico vedrà rigettata la sua richiesta.

¹² Ritengono che a seguito dell'emanazione di questa norma la natura della responsabilità medica sia stata dalla legge curvata in responsabilità extracontrattuale: trib. Enna 18 maggio 2013 e trib. Varese 29 novembre 2013.

¹³ Sono dell'avviso che nulla è cambiato dopo l'emanazione di tale norma trib. Pisa 27 febbraio 2013, trib. Arezzo 14 febbraio 2013, trib. Cremona 19 novembre 2013.

¹⁴ Pubblicata in *Danno e resp.*, 2013, p. 841.

¹⁵ Per una sintesi v. A QUERCI commento a trib. Cremona 19 novembre 2013 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 459 s.

Significativo il caso (oggetto della sentenza delle S.U. della Cassazione n. 577 del 2008¹⁶) in cui un paziente ha chiesto i danni per aver contratto l'epatite C a seguito di un'emotrasfusione.

Nel giudizio di primo grado, e in quello di secondo grado, i giudici hanno considerato che la prova relativa ai fatti da cui era derivato il danno (la contrazione della malattia), gravasse sul paziente, il quale, non avendo dimostrato che il sangue infuso era infetto, non aveva dimostrato quanto doveva, con la conseguenza che le sue domande di danni furono respinte sia dal Tribunale, sia dalla Corte d'Appello.

La causa approda in Cassazione, la quale, cambiando impostazione rispetto ai primi due gradi di giudizio, afferma che in casi del genere deve essere la struttura sanitaria a dimostrare la sua diligenza e la corretta esecuzione della prestazione; in quel caso, alla luce del fatto che la struttura non aveva dimostrato né che la sacca di sangue era immune dalla malattia poi contratta, né che il paziente emotrasfuso fosse malato già da prima, la Corte afferma che, per non avere la struttura fornito la prova che doveva somministrare, è responsabile con sua condanna a risarcire i danni.

Nei primi due gradi di giudizio la mancanza di prova sullo stato del sangue, e dunque l'incertezza sullo *bontà* o no dello stesso, è andata a vantaggio della struttura, che è stata ritenuta non responsabile perché spettava al paziente dimostrare che quella sacca era infetta; al contrario, innanzi alla Cassazione l'incertezza è andata a svantaggio della struttura, perché i giudici hanno ritenuto che era la struttura a dover dimostrare che il sangue era sano.

Di particolare impatto sull'onere della prova è stato il progressivo allontanamento¹⁷ giunto oggi al convinto abbandono del sistema binario obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato¹⁸ che anche in ambito contrattuale portava ad un diversa (e non ammissibile¹⁹)

¹⁶ Pubblicata in *Resp. civ.*, 2009, p. 221.

¹⁷ Cfr. sul punto Cass., Sez. Un., 28 luglio 2005, n. 15781, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 716 s.; Cass., 13 aprile 2007, n. 8826, in *Danno resp.*, 2007, p. 881 con commento di A. SCALISI, *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità*, p. 965 ss.; Cass., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno resp.*, 2008, p. 871, con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*.

¹⁸ Sul concetto L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185 ss.; v. anche R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, 2^a ed., Padova, 2011, p. 100 ss.

¹⁹ C. CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, 1998, p. 124.

ripartizione dell'onere della prova, gravando il paziente-creditore dell'onere di dimostrare l'inadempimento del medico salvo che non si fosse trattato di interventi di *routine*²⁰.

3. *La struttura sanitaria*

Si è già detto che la struttura sanitaria²¹ assume obblighi e responsabilità nel momento in cui accetta il paziente, stipulando, in tal modo, un contratto che viene nominato di «*spedalità*» o di «*assistenza sanitaria*» e che impegna la struttura a fornire vari livelli di servizi, quelli in certo senso assimilabili alle prestazioni alberghiere (vitto e alloggio), e quelli, maggiormente qualificati, di assistenza sanitaria, da garantire, non solo con personale medico qualificato, ma anche con la presenza di personale paramedico competente, strutture ed attrezzature adeguate e conformi agli standard tecnici del tempo.

Il caso prima esaminato della contrazione dell'epatite C a seguito di emotrasfusione riguarda un'ipotesi di responsabilità della struttura, non certo del medico che aveva materialmente praticato l'infusione, essendo obbligo della struttura quello di controllare la regolarità del sangue.

In questo contesto si possono richiamare brevemente gli esempi di accertate responsabilità delle strutture per non essere dotate degli strumenti necessari a fronteggiare determinate urgenze, laddove il medico non può nulla, non avendo a disposizione la tecnologia necessaria, e dove pertanto il medico viene considerato non responsabile.

Apprendo una parentesi va anche sottolineato che questa forma di responsabilità da omesso aggiornamento della strumentazione potrebbe portare alla deriva della chiusura di piccole strutture, magari ancora efficienti, ma non in grado di ammodernarsi.

Il caso prima richiamato riguarda una responsabilità dell'ospedale per carenza strutturale/organizzativa²².

Altro caso analogo è quello dei danni cerebrali subiti da un neonato in quanto l'ospedale non aveva le attrezzature necessarie per intervenire; in questo caso con la sen-

²⁰ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1565 ss., con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*.

²¹ V. ROPPO, *La responsabilità civile dell'impresa nel settore dei servizi innovativi*, in *Contratto e impresa*, 1993, p. 89.□

²² G. IUDICA, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 9.

tenza n. 10743 del 2007 la Cassazione ha ritenuto responsabile la struttura, ma non i sanitari.

Oltre a questa forma di responsabilità, l'ospedale risponde, in ogni caso, anche del danno che causano i suoi dipendenti medici per errori nella diagnosi e nella cura, o negli interventi, o nei trattamenti in genere.

Anche in questo caso la responsabilità della struttura è, e rimane (anche alla luce del decreto Balduzzi), contrattuale, in quanto alla struttura sono imputabili sia le mancanze organizzative, sia gli errori dei medici suoi dipendenti, e in questo caso, anche dei medici che siano legati alla struttura da un rapporto di lavoro non subordinato, e dei medici, che prestando servizio all'interno della struttura, vengono comunque scelti direttamente dal paziente. In buona sostanza, il rapporto libero professionale, o la scelta del medico dell'ospedale da parte del paziente e non della struttura, non sono sufficienti a far venire meno la responsabilità della struttura ai sensi dell'art. 1228 c.c. per i danni arrecati da terzi alle sue dipendenze o, comunque, a suo servizio.

Nel caso deciso dal tribunale di Enna²³ con sentenza del 18 maggio 2013 una paziente si lamentava degli esiti di un intervento chirurgico al polso a seguito di una frattura non correttamente ricomposta dopo 3 gessature e un intervento chirurgico per riduzione e citava in giudizio sia il chirurgo, sia l'ospedale di appartenenza. Il tribunale ha qui distinto nettamente la responsabilità contrattuale della struttura per l'errore commesso dal medico suo dipendente, dalla responsabilità del medico qualificata, invece, come responsabilità extracontrattuale alla luce dell'art. 3 del decreto Balduzzi. Il tribunale di Enna nella sentenza richiamata dà anche conferma che scopo della riforma (come messo in evidenza nella relazione del decreto Balduzzi), di considerare come extracontrattuale la responsabilità dei medici, è “*quello di deviare il flusso dei contenziosi per errori medici dei sanitari alle strutture ospedaliere, alleggerendo la posizione dei medici e scongiurando il proliferare della c.d. medicina difensiva*”. Nel caso deciso dal tribunale di Enna i giudici hanno comunque riconosciuto la responsabilità, sia della struttura, sia del medico, perché la paziente aveva depositato la documentazione necessaria per far accertare l'evoluzione negativa del trauma ed i postumi dell'intervento, ritenuto non

²³ Pubblicata in *Danno e resp.*, 2014, p. 74.

correttamente eseguito dal ctu che aveva messo in evidenza come il chirurgo non aveva ridotto correttamente la frattura.

4. *Dolo/colpa – diligenza/linee guida*

Volendo analizzare l'elemento del dolo e della colpa, va precisato che sia ha dolo quando il medico intenzionalmente sbaglia il trattamento, danneggiando il paziente.

La colpa ricorre, invece, nei casi negligenza, imprudenza e imperizia, quando cioè il medico non abbia eseguito la sua prestazione con la diligenza richiesta dalla legge.

E qui parliamo di una diligenza qualificata, non quella dell'uomo medio, e che deve dunque essere conforme agli standard professionali, o per usare le parole del decreto Balduzzi alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica le quali dunque danno sostanza e specificazione al più generico parametro della diligenza.

La diligenza va valutata in senso oggettivo e relativo.

Oggettivo perché la prestazione deve comunque raggiungere lo standard²⁴ qualitativo richiesto, a prescindere dallo sforzo profuso, che potrebbe essere, per paradosso massimo, ma senza arrivare al livello oggettivamente chiesto.

Ad esempio nel caso deciso dalla Cassazione con la sentenza n. 8024 del 2012 è stato ritenuto responsabile il medico che aveva praticato un'interruzione volontaria della gravidanza relativamente ad un solo embrione, basandosi sulle risultanze di un'ecografia correttamente eseguita, in quanto questa, anche se ben realizzata, non esclude del tutto la presenza anche di altri embrioni, che il medico deve tenere in considerazione al momento dell'intervento e che, nel caso concreto, non aveva invece rimosso.

Nel caso deciso dalla Cassazione con la sentenza n. 6275 del 2012²⁵ è stata affermata la responsabilità dei medici del reparto di neurologia che, a fronte di un quadro sintomatologico confuso, e che quindi non orientava nella direzione di alcuna patologia precisa, ma comunque serio, dati i disturbi del paziente, non avevano prescritto e sottoposto il paziente ai necessari esami specialistici per escludere un possibile ictus.

²⁴ Sullo *standard* cfr. il contributo di K.-H. STRACHE, *Pensare per standards. Contributo alla tipologia*, trad. it. di R. Favale e P. Femia, Camerino-Napoli, 1995.

²⁵ Pubblicata in *Resp. civ.*, 2012, p. 446.

La diligenza è anche declinata in senso relativo, perché essa varia al variare della specializzazione del medico, per cui la competenza richiesta ad un medico specialista è maggiore rispetto a quella richiesta ad un medico generico. Nel caso esaminato dalla Corte di Cassazione con la sentenza del 9.10.2012 n. 17143²⁶ i giudici rilevano che la difficile diagnosi di una retinopatia che aveva colpito un neonato pretermine non escludeva la possibilità per i medici della struttura in cui il piccolo era ricoverato di diagnosticare la patologia proprio in considerazione dell'elevata specializzazione dello staff e degli strumenti a loro disposizione.

Da ricordare che parlando della responsabilità medica inquadrata come contrattuale la giurisprudenza afferma che l'art. 2236 c.c. (che esclude la responsabilità del medico in caso di colpa lieve per interventi di particolare difficoltà tecnica) è riferibile alla sola perizia, ma non anche alla negligenza e imprudenza: in buona sostanza la limitazione di responsabilità ricorre solo per i casi non ancora sufficientemente chiariti dalla scienza medica. E così potrebbe comunque essere responsabile il medico che interviene in un caso difficilissimo, non perché interviene in modo errato, ma perché non aveva in precedenza assunto maggiori cautele, magari indirizzando il paziente verso un struttura maggiormente specializzata. La sentenza della Cassazione n. 2343 del 2011 ha infatti precisato che il ginecologo che aveva correttamente eseguito il parto cesareo per far nascere un bambina risultata affetta da grave patologia cerebrale potrebbe essere di ciò responsabile per non avere, nei giorni precedenti il parto, assunto quelle maggiori cautele che avrebbero permesso di anticipare il parto e di farlo avvenire in una struttura attrezzata per la rianimazione dei neonati. Così come viene ritenuto responsabile il medico per aver assunto casi per i quali doveva rendersi conto di non aver le competenze, o la preparazione o gli strumenti necessari, in questa ipotesi parlando di responsabilità da errata assunzione dell'incarico professionale.

5. *Nesso di causalità*

Passando all'altro elemento costituito dal collegamento causale²⁷ tra il comportamento del medico e il danno che questo comportamento questo essere introdotto affrontato

²⁶ Pubblicata in *Ragiusan*, 2013, p. 353.

²⁷ V. R. Favale, *op. cit.*, § 4; G. VETTORI, *Le fonti e il nesso di causalità nella responsabilità medica*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 396; A. LEPRE, *Responsabilità medica: il c.d. inadempimento qualificato, la prova del nesso causale tra inadempimento*

esaminando il caso esaminato dal tribunale di Arezzo con la sentenza del 14 febbraio 2013²⁸ (che per completezza di informazione ha affermato che il decreto Balduzzi lascia immutata la natura contrattuale della responsabilità medica).

Il caso esaminato riguardava un neonato colpito da c.d. torsione del testicolo che aveva portato, dopo 15 ore dalla nascita, all'asportazione del medesimo.

I genitori hanno citato in giudizio i medici sostenendo che se la patologia fosse stata accertata immediatamente al momento della nascita l'asportazione sarebbe stata evitata.

Il ctu nominato dal tribunale ha chiarito sia che effettivamente un ritardo di diagnosi era ravvisabile nella specie, in quanto *i segni* della patologia erano già individuabili al momento della nascita, sia che in casi del genere anche una tempestiva diagnosi non determina la salvezza del testicolo, in quanto solo nel 5% dei casi è scongiurabile l'asportazione; è stato pertanto ritenuto che era "più probabile che non"²⁹ il fatto che il danno si sarebbe comunque verificato anche in presenza di una pronta e tempestiva diagnosi.

La corte di Cassazione, con la sentenza n. 21245 del 2012³⁰, ha del pari escluso la responsabilità dei medici dell'Ospedale di Rho che non avevano diagnosticato una patologia vascolare che aveva provocato, a distanza di due ore dalla visita, il decesso del paziente. La Corte ha infatti valorizzato il dato indicato dal ctu secondo cui, fermo l'errore di diagnosi dei medici che a fronte di sintomi chiari non avevano accertato la patologia, un tempestivo intervento non avrebbe avuto, comunque, più del 10% delle possibilità di riuscita. Anche qui dunque è stato ritenuto "più probabile che non" il fatto che il danno si sarebbe comunque verificato anche in caso di corretta diagnosi.

Sempre la Corte di Cassazione con la sentenza n. 20996 del 2012³¹ ha escluso la responsabilità del medico che aveva rilasciato un certificato di idoneità allo svolgimento dell'attività sportiva ad un ragazzo di 16 anni, poi deceduto durante una partita di calcio, sottovalutando la malformazione cardiaca causa della morte. Anche in questo caso, il ctu ha

mento e danni e il diverso onere probatorio a seconda del contenuto dell'obbligazione sanitaria, in *Giur. merito*, 2009, p. 114 s.; M. GORGONI, *Gli obblighi sanitari attraverso il prisma dell'onere della prova*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 669 s.,

²⁸ Pubblicata in *Danno e resp.*, 2013, p. 368.

²⁹ Cfr., per questa impostazione, Cass., 16 dicembre 2007, n. 21619, in *Danno resp.*, 2008, p. 43 ss., con nota di R. PUCELLA, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, e in *Corr. giur.*, 2008, p. 35 ss., con nota di M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due "dimensioni di analisi"*.

³⁰ Pubblicata in *Foro it.*, 2013, 2, 1, p. 499.

³¹ Pubblicata in *Danno e resp.*, 2013, p. 209.

rilevato, da un lato, la non corretta diagnosi della stenosi aortica e, dall'altro, che anche la corretta diagnosi non avrebbe, comunque, portato a consigliare l'intervento chirurgico nel caso in esame. Pertanto l'attività fisica, peraltro blanda, non trattandosi di certificato per l'attività agonistica, era stata solo l'occasione, ma non anche la causa scatenante della morte. I giudici anche in questo caso hanno ritenuto che era più probabile che non il fatto che la morte del ragazzo non dipendesse dall'errore del medico.

La formula che racchiude la teoria applicabile (definita della "probabilità relativa") per verificare se esiste o no il nesso di causalità tra condotta ed evento è, dunque, quella del "più probabile che non", in base alla quale va stabilito, sulla scorta delle acquisizioni della scienza medica, se dal comportamento del medico sia più probabile, o no, che consegua il danno.

Una regola, questa, meno rigorosa di quella operante in sede penale dove vige la regola della prova del nesso "oltre ogni ragionevole dubbio".

Una regola che non va nemmeno applicata in senso meccanicistico, affermando la responsabilità soltanto nei casi in cui il danno sia ricollegabile all'errore medico con una percentuale superiore al 50%, in rigido e formalistico ossequio alla formula del "più probabile".

In un'interessante sentenza (la n.17413 del 2012) la corte di Cassazione ha infatti chiarito che anche nei casi in cui la probabilità che il danno dipenda dell'errore del medico in misura inferiore al 50%, il medico può essere ritenuto responsabile, tenendo in considerazione le peculiarità dei fatti delle vicende che di volta in volta si presentano.

Se si vuole una regola scientifica, questa in senso assoluto non esiste, perché il giudice, oltre al dato statistico che indicherà il consulente, terrà conto anche di altri aspetti che potrebbero rendere probabile il danno anche se statisticamente collegato all'operato del medico con una percentuale inferiore al 50%, ma ad esso comunque connesso in base ad un criterio di probabilità logica.

In molte sentenze, quando il ctu ha indicato una percentuale inferiore al 30%, il medico è stato ritenuto non responsabile.

6. *Consenso informato*

Prima di terminare il percorso è necessario tornare all'inizio, e cioè al momento dell'instaurazione del rapporto, quando il medico deve acquisire il c.d. consenso informato del paziente³².

Sino a qualche anno fa si riteneva che l'attività medica fosse lecita a condizione che il paziente avesse consapevolmente prestato il suo consenso, tranne che nelle eccezionali ipotesi in cui il trattamento sanitario fosse obbligatorio, o urgente.

Oggi l'attività medica si ritiene lecita di per sé, data la sua rilevanza; tuttavia il consenso è ancora necessario al fine di non violare il diritto all'autodeterminazione del paziente, come di recente ribadito dalla Cassazione con la sentenza n. 16543 del 2011³³ dove è stato precisato che, in assenza di consenso, il medico commette un illecito nei confronti del paziente, anche se l'intervento sia stato correttamente eseguito, in quanto lede l'autodeterminazione del soggetto per non essere stato messo in condizione di assumere una decisione consapevole.

Non esiste una regola specifica che imponga ai medici di acquisire il consenso; la regola viene in un certo senso ricavata da alcune norme della Costituzione in base alle quali il diritto all'autodeterminazione è fondamentale e inviolabile al pari del diritto alla salute, e cioè a farsi curare ed essere curati, che dunque non prevale sul primo.

Oggi alla base del consenso informato vanno anche richiamate alcune norme contenute in trattati internazionali in cui la fase dell'acquisizione del consenso da parte del paziente viene qualificata come ineliminabile, mi riferisco in particolare agli artt. da 5 a 9 della convenzione di Oviedo e all'art. 3 della Carta di Nizza. Da ricordare, infine, che anche le norme deontologiche (articoli da 33 a 38) impongono ad ogni medico l'acquisizione del consenso.

Il medico deve dunque fornire al paziente informazioni esaustive, analitiche e personalizzate relative al suo intervento e tenere in considerazione la risposta del paziente che deve essere libera, personale ed attuale (sull'attualità e sulle modalità di manifestazione del

³² V. Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1201 ss., con nota di A. DI MAJO, *La responsabilità da violazione del consenso informato*.

³³ Pubblicata in *Danno e resp.*, 2012, p. 621.

consenso si potrebbe parlare a lungo ricordando i casi Englaro e Welby e quelli simili ma meno noti).

La corte di Cassazione (con la sentenza 2354 del 2010³⁴) precisa che le informazioni devono comprendere *«tutti gli aspetti diagnostici e prognostici dello stato di salute del paziente e quindi anche i rischi meno probabili, purché non del tutto anomali, in modo da consentirgli di capire non solo il suo attuale stato, ma anche le eventuali malattie che possono svilupparsi, le percentuali di esito fausto ed infuosto delle stesse, nonché il programma diagnostico per seguire l'evoluzione delle condizioni del paziente e l'indicazione delle strutture specializzate ove svolgerlo, ovvero di specialisti esperti per formularlo, pur se a tal fine il paziente si deve allontanare dal luogo ove è in cura»*.

Non si richiede, tranne che in particolari circostanze, che queste informazioni siano date in forma scritta.

E a questo proposito giova ricordare che a volte il consenso documentato, acquisito cioè per iscritto, non è comunque sufficiente se generico e confuso; mentre va ricordata la possibilità di assumere la prova dell'acquisizione del consenso anche attraverso prove testimoniali.

Un aspetto da tenere in considerazione in ordine al consenso informato riguarda il trattamento correttamente eseguito senza aver, tuttavia, preventivamente acquisito il consenso del paziente; spesso accade, infatti, che il paziente chieda i danni per aver subito pregiudizi in conseguenza dei c.dd. rischi fisiologici dell'intervento, insorgenti anche se l'intervento sia stato correttamente eseguito.

Si pensi al caso esaminato dalla Cassazione con la sentenza n. 2847 del 2010:³⁵ una paziente, sottoposta ad intervento di cataratta con asportazione del cristallino, aveva chiesto i danni al medico che l'aveva correttamente operata per aver contratto, a seguito e per effetto dell'operazione, la cheratite bollosa. Nel giudizio era emerso che il medico non aveva correttamente informato la paziente, neppure in ordine al fatto che questa complicazione è statisticamente ricollegabile (come chiarito dal ctu nel corso del procedimento) all'operazione di cataratta.

³⁴ Pubblicata in *Danno e resp.*, 2011, p. 384.

³⁵ Pubblicata in *Giur. it.*, 2011, 4, p. 816.

In questo caso la Corte afferma anche che spetta però alla paziente dimostrare che non si sarebbe sottoposta all'intervento se avesse ricevuto la corretta e completa informazione e che, in assenza di una prova di questo tipo, nulla spetta alla paziente.

In sostanza al paziente non correttamente informato spettano i danni³⁶ per le complicazioni fisiologiche del trattamento, ancorché corretto, solo se dimostra che non si sarebbe sottoposto all'intervento una volta conosciuti questi rischi [ma ciò può fare anche ricorrendo a presunzioni; in questo senso emergono le possibili distinzioni in ordine alle finalità dell'intervento in quanto: (a) se avente finalità solo estetiche, è presumibile che esso sarebbe scartato a fronte dell'indicazione di rischi anche minimi alla salute; (b) se avente finalità di miglioramento dello stato salute, è presumibile che in questo caso l'intervento sarebbe scartato se presentasse rischi di aggravamento anche rispetto alla situazione in essere; (c) se avente la finalità di eliminare un danno si dovrà – sostanzialmente - confrontare il rischio dell'intervento con il rischio derivante dal permanere della malattia].

Altro caso di rilievo è quello deciso dalla Cassazione con la sentenza n. 16453 del 2011: una paziente affetta da una malformazione ovarica e che aveva già subito una serie di aborti spontanei decide, su consiglio del ginecologo, di sottoporsi ad una laparoscopia per individuare la patologia che l'affliggeva; durante l'intervento, il ginecologo, a causa di aderenze e serrate, si accorge che la tecnica laporoscopica non era adeguata, decidendo, da solo e in quel momento, di trasformare l'intervento laparoscopico in intervento laporotomico, di cui poi venne, peraltro, accertata la corretta esecuzione. Tuttavia, non avendo il medico assunto il consenso per questo tipo di intervento e non essendo la laparotomia giustificata da un fatto nuovo che poteva durante l'operazione mettere a repentaglio la vita della paziente, potendo dunque questo intervento essere effettuato anche in un secondo momento, il medico deve considerarsi responsabile per aver violato il diritto all'autodeterminazione della paziente, con obbligo di risarcire i danni da ciò derivanti.

Va anche ricordato il caso del neonato che aveva subito danni cerebrali per non essere la struttura dotata dei mezzi necessari in cui è l'ospedale ad esser stato giudicato responsabile, e non i medici, per rilevare che, invece, anche questi ultimi potrebbero essere consi-

³⁶ Particolarmente delicato il tema della quantificazione dei danni in tale ambito per il quale si rinvia a U. PERFETTI, *La responsabilità civile del medico*, cit., p. 131 ss.

derati responsabili nell'ottica della violazione delle regole sul consenso informato; invero, pur avendo correttamente operato durante la fase del parto, i medici non avevano comunque precedentemente informato i genitori delle carenze della struttura, privandoli della possibilità di assumere una scelta diversa in modo consapevole.

7. *Cenni ai danni risarcibili*

Un breve cenno ai danni risarcibili che possono essere patrimoniali e non patrimoniali e connessi alla c.d. perdita di *chances*.

I danni conseguenti ad una perdita di *chances* possono essere riconosciuti laddove l'operato del medico non è considerato come esclusiva causa di produzione del danno dal lato e, dall'altro, come fattore che ha tuttavia aumentato le possibilità di insorgenza del danno, per cui al paziente non verrà riconosciuto un risarcimento pari al danno subito, non interamente imputabile al medico, ma solo un danno pari alla percentuale parametrata alla perdita delle possibilità riconducibile al medico.

I danni non patrimoniali sono quelli relativi alla sfera fisica o psichica o connessi alle sofferenze morali/esistenziali³⁷. Quanto a questi ultimi i c.d. danni morali vanno risarciti solo se il pregiudizio è serio ed attinente ad un aspetto fondamentale della persona. I danni alla persona, o con altra definizione quelli che ledono la sua salute, sono i danni maggiormente noti come danni biologici, quantificabili secondo le note tabelle.

I danni patrimoniali sono quelli che hanno un diretto riflesso sulla sfera reddituale del paziente e che poco vengono trattati in casi di responsabilità medica perché essi devono aver determinato il venire meno, o la riduzione, della capacità di produrre reddito; si pensi, in ogni caso a titolo di esempio di danno patrimoniale da responsabilità medica, all'errore del sanitario che impedisca ad un atleta professionista di continuare la sua attività, così interrompendo la sua fonte di reddito, o ancora all'errore del chirurgo estetico che stronca la carriera di un'affermata modella.

³⁷ V. Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972-26975, in *Danno resp.*, 2009, p. 19 ss.; P. PERLINGIERI, *L'onipresente art. 2059 c.c. e la «tipicità» del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 520 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le sezioni unite e il danno non patrimoniale: luci ed ombre*, in *Dir. giur.*, 2008, p. 527 ss.; F.D. BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 97 ss.; G. PONZANELLI, *Sezioni Unite: il «nuovo statuto» del danno alla persona*, in *Foro it.*, 2009, I, c. 134 ss.

La prassi è evidente conosce molto più frequentemente la liquidazione dei c.dd. danni non patrimoniali rispetto a quelli patrimoniali indicati negli ultimi due esempi che, a differenza di tutti gli altri, sono frutto di fantasia ma, comunque, verosimili, come verosimile potrebbe essere una nuova frontiera della responsabilità medica, ma non del medico, quando l'errore dipenda dallo strumento tecnico che, talmente sofisticato, non si pone sotto il suo controllo, ma di questo si parlerà, forse, più avanti.

Camerino, dicembre 2014.