

Informazioni e consenso

di S. Marinello

Un legale ha convenuto in giudizio dinanzi al Tribunale di Roma un medico e la struttura sanitaria privata dove operava, chiedendo che entrambe le parti convenute fossero condannate a risarcirgli i danni patrimoniali e non patrimoniali, compresi quello alla vita di relazione e il danno biologico, orientativamente quantificati nella somma di lire otto miliardi.

Nell'atto introduttivo l'attore dichiarava di essere stato sottoposto a un intervento chirurgico diretto a eliminare una stenosi della carotide sinistra, causa di una insufficienza cerebro-vascolare che si era manifestata nei giorni immediatamente precedenti con un attacco ischemico transitorio (T.I.A.).

Nel corso dell'intervento, al quale era stato indotto dalle ampie rassicurazioni fornite dal sanitario in merito all'assenza di rischi connessi all'operazione, si era manifestata una disfonia che non gli aveva consentito di rispondere alle domande poste dall'operatore.

Tale disfonia era persistita nei giorni successivi, ma il medico lo aveva tranquillizzato asserendo che si trattava di un fenomeno transitorio, dovuto a un processo infiammatorio causato dall'intervento; analoghe garanzie gli erano state fornite dallo specialista otorinolaringoiatra al quale era stato successivamente indirizzato.

Però, a seguito di una visita, gli era stata invece diagnosticata la paralisi della corda vocale di sinistra, confermata nel corso dell'accertamento al quale si era nuovamente sottoposto presso la medesima struttura.

L'attore deduceva che quanto accaduto gli aveva impedito di mantenere gli impegni professionali già assunti presso diversi uffici giudiziari, impedendogli altresì di dedicarsi all'attività sportiva antecedentemente prati-

cata. Segnalava inoltre i profili di responsabilità anche extracontrattuale ravvisabili nella condotta del medico per avergli taciuto gli eventuali rischi ai quali poteva andare incontro, dimostrando altresì una macroscopica negligenza, imprudenza e imperizia per non aver tenuto conto, durante l'operazione chirurgica, della posizione del nervo ricorrente e per non essersi reso conto dell'avvenuta recisione, nel corso dell'intervento, del nervo medesimo.

La responsabilità della struttura sanitaria veniva invece dedotta a seguito *"dell'obbligo assunto contrattualmente mettendo a disposizione le proprie strutture sanitarie"* e in conseguenza dell'errore commesso dal *"chirurgo vascolare scelto dalla clinica stessa"*.

Il giudizio di primo grado

In primo grado, il Tribunale di Roma rigettava la domanda, compensando le spese di giudizio.

Pur riconoscendo la paralisi della corda vocale di sinistra, il giudice di prime cure richiamava le conclusioni della consulenza medica collegiale espletata, dalla quale era emerso, rispettivamente, che la tecnica seguita nel corso dell'intervento era stata corretta; che la paralisi rientrava tra le complicanze – definite *"inevitabili ed imprevedibili"* – connesse a quel tipo di operazione chirurgica; che l'intervento era quello indicato in base alla diagnosi.

Dopo aver osservato che tali conclusioni dei consulenti tecnici erano d'altra parte confermate di quelle alle quali era giunto il perito nominato nel processo penale, il Giudice affermava, in relazione all'altro

rilievo mosso dall'attore, che dalle prove raccolte era risultato che l'operatore aveva informato il paziente dell'intervento che avrebbe praticato.

Avverso tale sentenza, è stato proposto appello.

L' appello

Con ordinanza collegiale la Corte, rilevata la necessità – anche alla stregua della natura contrattuale della responsabilità dedotta dall'appellante – di accertare se l'operazione chirurgica fosse di carattere routinario ovvero richiedesse la soluzione di problemi di speciali difficoltà, disponeva un supplemento di consulenza tecnica d'ufficio.

La Corte d'Appello di Roma, definitivamente pronunciando, decideva come segue: “... *in riforma della sentenza appellata condanna il medico e la struttura a pagare, in solido tra loro, l'importo di euro 251.000,00, oltre interessi, nella misura legale*”.

Contro questa decisione è stato proposto ricorso per Cassazione, deciso con sentenza del 28 novembre 2007, n. 24742.

La responsabilità della struttura sanitaria privata

La questione in esame risulta particolarmente delicata a causa della estrema superficialità che ha caratterizzato la lettura della giurisprudenza di legittimità degli ultimi anni sul tema (Cass. 11 marzo 1998 n. 2678, Cass. 8 gennaio 1999 n. 103, Cass. 19 maggio 1999 n. 4852, Cass. 6386 dell'8 maggio 2001, Cass. Sezioni Unite 1° luglio 2002 n. 9556, Cass. 14 luglio 2004 n. 13066, Cass. n. 1698/2006).

La tesi del ricorrente - La dottrina non ha mancato di chiarire come una responsabilità della casa di cura privata, derivante da colpa dell'operatore, non sia ammissibile, né nella base dell'applicazione dell'art. 1228 c.c. (responsabilità contrattuale per colpa degli ausiliari), in quanto non individuabile un contatto tra la clinica e il paziente avente ad oggetto l'intervento del chirurgico, né sulla base dell'applicazione dell'art. 2049

c.c. per la semplice constatazione che, nella maggioranza dei casi, *non è la clinica che si avvale del medico, ma è, al contrario, il medico che stipula il contratto di prestazione professionale e, per il suo adempimento, si avvale della struttura della clinica*.

La responsabilità della casa di cura privata è individuabile solo qualora il danno derivi da *malfunzionamento delle attrezzature o da responsabilità di personale paramedico o ausiliario dipendente*. Al contrario sarà il medico operatore che risponderà, non solo per colpa propria, ma anche nei casi addebitabili alla clinica, quale ausiliaria, ai sensi dell'art. 1228 c.c.

Nel caso in esame, infatti, il paziente si rivolgeva al professionista, il quale provvedeva, personalmente, non solo a concordare con la clinica tempi e modalità dell'intervento, ma anche a reclutare l'*equipe* operatoria tutta. Nessuna obbligazione attinente il risultato dell'intervento operatorio venne assunta dalla clinica, *la quale si limitò esclusivamente a mettere a disposizione la sala operatoria, la camera per la degenza ed a somministrare medicinali e materiale sanitario occorrente*.

È quindi il libero professionista a rispondere dell'operato della clinica privata, nel caso in cui lo stesso, per eseguire la prestazione per la quale si è impegnato con il paziente che a lui si è direttamente rivolto, sia costretto ad avvalersi dell'ausilio di una clinica privata, non avendo le necessarie attrezzature di proprietà per fare fronte all'obbligazione contratta?

La risposta della Corte di Cassazione - Il rapporto che si instaura tra paziente e casa di cura (o ente ospedaliero) ha la sua fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal servizio sanitario nazionale o da altro ente), insorgono a carico della casa di cura (o dell'ente), accanto a quelli di tipo “*lato sensu*” alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del persona-

le paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze. Ne consegue che la responsabilità della cura di cura (o dell'ente) nei confronti del paziente ha natura contrattuale e può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., all'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché, in virtù dell'art. 1228 cod. civ., all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato, comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale, non rilevando in contrario al riguardo la circostanza che il sanitario risulti essere anche "di fiducia" dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto (Cass. sentenza n. 13953 del 14/06/2007; v. in senso conforme: Cass. n. 13066 del 2004; e Cass. n. 1698 del 2006). Con riferimento invece alla necessità del *consenso informato* anche nel caso di intervento necessario va ribadito il seguente principio di diritto (emergente implicitamente ma chiaramente dalla consolidata giurisprudenza in materia; cfr. tra le altre Cass. Sentenza n. 5444 del 14/03/2006): *"in tema di consenso informato prima di un intervento chirurgico, la necessità o meno per il paziente di sottoporsi all'intervento stesso 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 e che, quindi, tale trattamento non può dirsi avvenuto previa prestazione di un valido consenso ed appare eseguito in violazione tanto dell'art. 32 comma secondo della Costituzione (a norma del quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge), quanto dell'art. 13 della Costituzione (che garantisce l'inviolabilità della libertà personale con riferimento anche alla libertà di salvaguardia della propria salute e della*

propria integrità fisica), e dall'art. 33 della legge 23 dicembre 1978 n. 833 (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.)".

Nel caso di specie, il medico sostenne decisamente l'ipotesi di un immediato intervento chirurgico e garantì che l'intervento era esente da rischi, e a conferma di tale mancanza di pericolo, segnalò al paziente il tema di una sua conferenza che di lì a poco avrebbe tenuto nella sede dell'Accademia Medica del Policlinico Umberto I sull'argomento: "chirurgia della carotide a rischio zero".

Tanto è stato ritenuto sufficiente dalla Corte in ordine alla correttezza e sufficienza dell'informazione resa al paziente dal chirurgo interventore.

Il quantum debeatur

Quesito giuridico: *"dica la Suprema Corte se il diritto alla salute è un bene giuridico garantito dall'art. 32 della Carta Costituzionale; se la compromissione dell'integrità psico-fisica di un soggetto costituisce, pertanto, danno non patrimoniale primario sotto l'aspetto statico (così detto danno biologico stretto) e come tale deve essere risarcita in via prioritaria e autonoma, in sé e per sé considerata, a prescindere da ogni altra conseguenza, trattandosi di danno evento la cui prova è data dall'insorgenza stessa della compromissione psico-fisica; dica la Suprema Corte se la liquidazione del relativo danno, che si proietta anche nel futuro, privo (come il danno esistenziale e quello morale) del carattere della patrimonialità, ben può (in ragione della sua natura e nella funzione di riparazione assoluta mediante la dazione di una somma di denaro compensatrice di un pregiudizio economico) essere effettuata secondo il criterio equitativo, ex art. 1226 e 2056 c.c., tenendosi conto di tutte le particolarità del caso concreto quali: la natura delle lesioni, le condizioni del danneggiato, la sua attività lavorativa, i pregiudizi fisici possibili ecc."*.

La Corte di merito ha tra l'altro affermato che *"... Il positivo risultato della terapia praticata nell'ospedale non ha tuttavia eliminato il prodursi di un danno alla vita di relazione quale conseguenza del danno alla salute. Ritiene la Corte che tale danno debba essere liquidato"*; dunque detto Giudice, che quando ha parlato di danno alla salute ha inteso ovviamente alludere al danno biologico, non ha omesso di considerare quest'ultimo danno, ma ha semplicemente voluto affermare che la liquidazione del medesimo doveva intendersi compresa nella somma esposta nel prosieguo della motivazione, in quanto non poteva procedere ad una duplicazione della liquidazione.

Tale tesi è stata ritenuta del tutto immune dai vizi giuridici lamentati in quanto liquidare entrambi tali danni significherebbe incorrere in detta duplicazione. (Cfr. tra le altre: Cass. Sentenza n. 12247 del 25/05/2007: *"Nella nozione di danno biologico – che è danno alla salute e rientra, per il disposto dell'art. 32 Cost., tra i valori della persona umana considerati inviolabili dalla Costituzione, la cui tutela è apprestata dall'art. 2059 cod. civ. – rientrano tutte le ipotesi di danno "non reddituale", e cioè i danni estetici, quelli alla*

vita di relazione, e i danni da riduzione della capacità lavorativa generica"; cfr. inoltre Cass. Sentenza n. 9510 del 20/04/2007: *"In tema di responsabilità aquiliana, il danno non patrimoniale deve essere risarcito non solo nei casi previsti dalla legge ordinaria, ma anche nei casi di lesione di valori della persona umana costituzionalmente protetti (la salute, la famiglia, la reputazione, la libertà di pensiero) ai quali va riconosciuta la tutela minima, che è quella risarcitoria, sicché non può formare oggetto di tutela una generica categoria di "danno esistenziale", nella quale far confluire fattispecie non previste dalla norma e non ricavabili dall'interpretazione costituzionale dell'art. 2059 cod. civ..*

Pertanto, qualora, in relazione a una lesione del bene alla salute, sia stato liquidato il "danno biologico", che include ogni pregiudizio diverso da quello consistente nella diminuzione o nella perdita della capacità di produrre reddito, ivi compresi il danno estetico e il danno alla vita di relazione, non v'è luogo per una duplicazione liquidatoria della stessa voce di danno, sotto la categoria generica del danno esistenziale".