

Avv. Maurizio Hazan

Avvocato Foro di Milano



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI MEDICINA E CHIRURGIA



**LABORATORIO di
RESPONSABILITÀ SANITARIA**

Sezione di Medicina Legale e delle Assicurazioni
Dipartimento di Morfologia Umana e Scienze Biomediche
Università degli Studi di Milano

DAL NON ABBASTANZA AL FIN TROPPO.

LE PARALLELE E CONVERGENTI TENDENZE EVOLUTIVE DELLA
RESPONSABILITA' MEDICA E DEL SISTEMA DI RISARCIMENTO DEL
DANNO ALLA PERSONA



**TRA PROSPETTIVE ANTROPOCENTRICHE,
TUTELE e
CONCEZIONI ECONOMICHE DEL DANNO**



DAL NON ABBASTANZA AL FIN TROPPO.

DALLA DUBBIA RISARCIBILITA' DEL DANNO NON PATRIMONIALE AL
TENTATO RICONOSCIMENTO DEL DANNO ESISTENZIALE

LA CRISI DELLE ALTERNATIVE FUNZIONALI ED IL VALORE
SATTISFATTIVO DEL RISARCIMENTO

Il progressivo allontanamento del sottosistema della resp.
Civile da quello Penale:

*“Sotto il profilo morfologico, difatti, va considerato, da un
canto, come il baricentro della disciplina penale con
riferimento al profilo causale del fatto sia sempre e
comunque rivolto verso l'autore del reato/soggetto
responsabile, orbitando, viceversa, l'illecito civile
(quantomeno a far data dagli anni '60) intorno alla figura
del danneggiato” (Cass. Civ. 21619/2007)*

E le nuove vicende del 2059 c.c. (fuori dal reato)

DAL NON ABBASTANZA AL FIN TROPPO.

Il più lasco filtro causale nel sottosistema
civile:

Dall’*”oltre ogni ragionevole dubbio”* al
“Più probabile che non”



DAL NON ABBASTANZA AL FIN TROPPO.

NEL COMPARTO MEDICO



**DA MODELLI DI RESPONSABILITA'
EXTRACONTRATTUALE AL CONTRATTO
DI SPEDALITA' ed ALLA
RESPONSABILITA' CONTRATTUALE DA
CONTATTO SOCIALE CON EFFETTI
PROTETTIVI.**



DAL NON ABBASTANZA AL FIN TROPPO.

NEL COMPARTO MEDICO

DALLA TUTELA DEL LIBERO E SERENO ESERCIZIO
DELLA PROFESSIONE MEDICA ALL'ESIGENZA
PRIORITARIA DI TUTELA DELLA SALUTE DEL PAZIENTE

L'abbandono della distinzione
tra Obblighi di mezzi e di
risultato

Lo spostamento in avanti
del contenuto dell'obbligaz.
Medica: Aspettative di
risultato

**Il paradosso dello sviluppo
tecnologico e
l'annichilimento dei principi
espressi dall'art. 2236 c.c.**

DAL NON ABBASTANZA AL FIN TROPPO.

NEL COMPARTO MEDICO

VICINANZA ED ONERE DELLA PROVA,
DIMOSTRAZIONE DEL NESSO CAUSALE (S.U.
577/2008)

INCERTEZZA DEI CRITERI DI RISARCIMENTO DEL
DANNO ALLA PERSONA.

**La più generale dilatazione dei
confini della responsabilità
risarcitoria della struttura e del
medico e le sue ricadute
macroeconomiche**

Ricadute macroeconomiche e riflessi assicurativi

**La così detta “MEDICINA
DIFENSIVA”**

LA MEDICINA DIFENSIVA

DEFINIZIONE The Congressional Office of Technology Assessment (OTA) 1994.

- “Defensive medicine occurs when doctors order tests, procedures, or visits, or avoid high-risk patients or procedures, primarily (but not necessarily or solely) to reduce their exposure to malpractice liability. When physicians do extra tests or procedures primarily to reduce malpractice liability, they are practicing **positive defensive medicine**. When they avoid certain patients or procedures, they are practicing **negative defensive medicine**.”

LA MEDICINA DIFENSIVA

Non è dato di comprendere la reale vastità del fenomeno. Ciò che preoccupa sono i risultati della recente indagine della Academy of emergency medicine and Care – AMEC (riportati su Salute/Sole 24 ore del 22-28 Marzo) sul fenomeno della medicina difensiva, alla quale hanno preso parte 1.327 medici di varie specialità e dislocati nelle varie regioni italiane. I risultati della ricerca confermano che il **90.5%** dei medici intervistati ha ammesso di aver fatto ricorso a comportamenti di medicina difensiva, almeno una volta, nei 30 giorni precedenti al sondaggio.

LA MEDICINA DIFENSIVA

- il 77 % ha richiesto esami di laboratorio non necessari;
- Il 72,8 % ha inserito annotazioni inutili nella cartella clinica;
- Il 67,3 % ha richiesto consulenze specialistiche non necessarie;
- Il 64,1 % ha richiesto esami invasivi inutili per non contraddire il paziente;
- Il 63,3 % ha richiesto un ricovero non necessario per assecondare i familiari del paziente
- (...)

LA MEDICINA DIFENSIVA

Nel 2009 il Ministero della Salute ha comunicato che i costi derivanti dalle pratiche di medicina difensiva corrispondono ad un importo compreso tra **i 12 e i 20 miliardi di Euro.**

(Corriere della Sera, 24 Settembre 2009)

LA MEDICINA DIFENSIVA

La medicina difensiva non conduce solamente a maggiori costi per la gestione e il mantenimento del sistema sanitario, ma in alcuni casi – ad es. con riferimento alla prescrizione non necessaria di esami radiografici – può anche produrre danni alla salute del paziente.

A maggior ragione quando trattasi di medicina difensiva negativa.

LA MEDICINA DIFENSIVA e riflessi assicurativi

La fuga dal mercato dell'assicurazione della rc sanitaria, settore in perdita. Conseguenze sfavorevoli di larga scala

Si consideri la funzione centrale ed il ruolo sociale dell'assicurazione della rc nello sviluppo della società industriale: Neutralizzazione mutualistica e trasferimento dei rischi, educazione alla loro gestione (in funzione della loro assicurabilità), stimolo allo sviluppo di nuove attività, protezione dei danneggiati.

LA MEDICINA DIFENSIVA e riflessi assicurativi

La fuga dal mercato dell'assicurazione della rc sanitaria, settore in perdita. Conseguenze sfavorevoli di larga scala

Si consideri la funzione centrale ed il ruolo sociale dell'assicurazione della rc nello sviluppo della società industriale: Neutralizzazione mutualistica e trasferimento dei rischi, educazione alla loro gestione (in funzione della loro assicurabilità), stimolo allo sviluppo di nuove attività, protezione dei danneggiati.

La funzione talvolta surrogatoria dell'assicurazione:

**CREAZIONE DI Sottosistemi di responsabilità obbligatoriamente assicurata
(RC Auto)**

**LA TENDENZA A SPOSTARE SULLO STRUMENTO ASSICURATIVO IL
PESO DELLE RESPONSABILITA' CIVILI SOCIALMENTE
RILEVANTI**

***“Dis moi si tu es assuré je te dirais si tu es
responsable” (Brun)***



**L'equivoco e l'inerzia dello stato:
Funzione sociale dell'assicurazione od
assicurazione sociale?**

L'assicurazione della responsabilità medica

IN OGNI CASO:

Il corretto funzionamento dello strumento assicurativo della rc, quale che sia il ruolo che gli si vuole attribuire, presuppone che **LE “REGOLE DEL GIOCO” SIANO IL PIU' POSSIBILE CERTE.**



AL di là del possibile contributo dell'assicurazione della Rc alla stessa individuazione dei confini del danno risarcibile (almeno in determinati contesti socialmente critici e rilevanti , quali quello della rc auto e della rc sanitaria)

NON VI E' DUBBIO CHE PER CORRETTAMENTE ASSUMERE UN RISCHIO L'ASSICURATORE DEBBA CONOSCERNE I CONFINI (segue)

L'assicurazione di responsabilità civile

LE ESIGENZE DI CERTEZZA ANCHE DAL PUNTO DI VISTA DEL POTENZIALE ASSICURATO/RESPONSABILE, in funzione di sue scelte alternative alla Assicurazione della RC: AUTOASSICURAZIONE TOTALE O PARZIALE (SELF INSURED RETENTION)



AREA DELLA RC MEDICA COME TIPICO TERRENO DI CONFRONTO E SVILUPPO DEI TEMI SIN QUI ESPOSTI.

L'attenzione a livello regionale: CVS e REGIONE LOMBARDIA: INTERAZIONE IDEALE TRA STRUTTURE ED ENTI ASSICURATORI. (circolare 46/2004)

Il rimedio dell'Assicurazione OBBLIGATORIA?

L'assicurazione obbligatoria e l'”inquinamento” del sistema di partenza:
la brusca deviazione a protezione del terzo (discussione sulla natura del contratto)

- azione diretta (litisconsorzio);
- Inopponibilità eccezioni contrattuali;
- Obbligo a contrarre (bilaterale...);
- Massimali minimi di legge;
- Provvisoria;
- Fondo di garanzia.

In area medica: 5 disegni e proposte di legge nel solo anno 2008 oltre allo schema di testo unificato del 25 marzo 2009

L'assicurazione di responsabilità civile: PROSPETTIVE OBBLIGATORIE

Il Modello francese: *art. 1121-10 Code Santé p.*

dall'espansione del regime di responsabilità (a favore del paziente) all'elaborazione di forme di resp. para oggettiva (di creazione giurisprudenziale) all'intervento LEGISLATIVO

di contenimento: **affermazione DI UN UNITARIO E LEGALE REGIME DI RESPONSABILITA' per COLPA, DA APPLICARSI indifferentemente ai medici ed alle strutture pubbliche o private, senza distinzione tra responsabilità amministrativa e civile o tra responsabilità contrattuale od aquiliana. SEGUE**

L'assicurazione di responsabilità civile: PROSPETTIVE OBBLIGATORIE

Il Modello francese: *art. 1121-10 Code Santé*
p.: **Faute d'humanisme** (rispetto della persona
e della sua dignità - consenso) e **Faute
technique** (obbligo di assicurare la prestazione
nel rispetto delle *leges artis*)

**DI CONVERSO OBBLIGO BILATERALE DI
ASSICURAZIONE** - Bureau de tarification -

In assenza di colpa accertabile - Alea
terapeutica - intervento del sistema sanitario
nazionale.

**ECCEZIONE: Casi di responsabilità per colpa presunta:
Infezioni nosocomiali o Epatite C.. Danni oltre 25% a
carico del sistema sanitario nazionale**

***La responsabilità dei medici e del
personale sanitario***

**1) La responsabilità
PACIFICAMENTE Contrattuale del
medico libero professionista nel
rapporto vis a vis con il proprio
paziente/cliente. (cass.n. 589 del 22
gennaio 1999)**

Inquadrata la responsabilità del sanitario nell'ambito della responsabilità contrattuale collegata all'esercizio di un'attività professionale, si rende applicabile la disciplina di cui all'art. 1176 c.c. comma secondo, nonché quella complementare contenuta nell'art. 2236 c.c.

Art. 1176.

Diligenza nell'adempimento

Nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia.

Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, **la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata.**

Art. 2236.

Responsabilità del prestatore di opera

Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di **speciale difficoltà**, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave.

Art. 2236 c.c.

La limitazione di responsabilità prevista dall'art. 2236 c.c. riguarda solo casi implicanti la risoluzione di problemi *tecnici* che trascendono la *preparazione media* o non ancora sufficientemente studiati dalla scienza medica: attiene dunque al profilo della colpa per *imperizia* e non anche quello attinente a negligenza e imprudenza.

“La limitazione della responsabilità professionale del medico ai soli casi di dolo o colpa grave a norma dell'art. 2236 c.c. si applica nelle sole ipotesi che presentino problemi tecnici di particolare difficoltà (perchè trascendono la preparazione media o perchè non sono stati ancora studiati a sufficienza, ovvero dibattuti con riguardo ai metodi da adottare**) e, in ogni caso, tale limitazione di responsabilità attiene esclusivamente all'imperizia, non all'imprudenza e alla negligenza, con la conseguenza che risponde anche per colpa lieve il professionista che, nell'esecuzione di un intervento o di una terapia medica provochi un danno per omissione di diligenza ed inadeguata preparazione; la sussistenza della negligenza va valutata in relazione alla specifica diligenza richiesta al debitore qualificato dall'art. 1176, comma 2, c.c. ed il relativo accertamento compete al giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivato”.**

[Cass. Civ. n. 5945 del 10.05.2000] In senso conforme ex multis n. 9085 del 19.04.2006)

NEGLIGENZA, IMPRUDENZA, IMPERIZIA.

Negligenza: trascuratezza, disattenzione, dimenticanza, svogliatezza, leggerezza (dimenticare i ferri nell'addome, mancata sterilizzazione degli strumenti, scambio di flaconi, mancata consultazione della cartella clinica, togliere un dente scaduto, somministrare un farmaco scaduto).

E' fonte di responsabilità anche se il caso è particolarmente difficile

Imprudenza: mancata adozione delle cautele richieste dal caso. Trattare - magari con il massimo impegno e senza alcuna trascuratezza - un caso senza disporre delle competenze necessarie (e sapendo, o dovendo sapere di non disporre); il tutto esponendo il paziente ad un rischio intollerabile, anziché dirottarlo altrove (può rilevare, in questo caso, l'**urgenza** o meno delle cure).

IMPERIZIA.

IMPERIZIA: Mancanza delle COMPETENZE tecniche, culturali, esprienziali e professionali necessarie per svolgere una determinata attività. In conformità a quanto disposto dall'art. 1176 comma 2 c.c., tale mancanza di perizia deve essere valutata in considerazione della natura dell'attività svolta, rilevando tuttavia anche il grado di SPECIALIZZAZIONE del medico.

A diversi gradi di specializzazione corrispondono diversi gradi di perizia - e un diverso livello di affidamento da parte del paziente.

L'imperizia può essere scusabile ex art. 2236 c.c., se non grave, a fronte di una situazione medica implicante problemi di difficile soluzione, dato lo stato dell'arte medica e le competenze del medico NON imprudente.

Art. 2236 c.c.

IN PASSATO si è ritenuto che la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà POTESSE VALERE come criterio di distribuzione dell'onere della prova,

IN particolare si è sostenuto che INCOMBESSE SUL PROFESSIONISTA la prova idonea a vincere la presunzione di colpa a suo carico quando trattasi di intervento di facile esecuzione o routinario; e che Viceversa incombesse SUL PAZIENTE l'onere di provare "in modo preciso e specifico" le "modalità ritenute non idonee" quando l'intervento fosse di particolare o speciale difficoltà (Cass., 4/2/1998, n. 1127; Cass., 11/4/1995, n. 4152).

Art. 2236 c.c.

TALE IMPOSTAZIONE E' stata ritenuta dalla S.C. incongrua:

Appare in effetti incoerente ed incongruo richiedere al professionista la prova idonea a vincere la presunzione di colpa a suo carico quando trattasi di intervento di facile esecuzione o routinario, e addossare viceversa al paziente l'onere di provare "in modo preciso e specifico" le "modalità ritenute non idonee" quando l'intervento sia di particolare o speciale difficoltà:

Tale soluzione si palesa infatti ingiustificatamente gravatoria per il paziente, in contrasto invero con il principio di generale favor per il creditore-danneggiato cui l'ordinamento è informato" (cfr. CASS. 8826/2007 [segue](#))

CASS. 8826/2007 *“In tali circostanze è infatti indubitabilmente il medico specialista a conoscere le regole dell'arte e la situazione specifica - anche in considerazione delle condizioni del paziente - del caso concreto, avendo pertanto la possibilità di assolvere all'onere di provare l'osservanza delle prime e di motivare in ordine alle scelte operate in ipotesi in cui maggiore è la discrezionalità rispetto a procedure standardizzate” (vicinanza della prova).*

E' allora da superarsi, sotto il profilo della ripartizione degli oneri probatori, ogni distinzione tra interventi "facili" e "difficili", in quanto l'allocazione del rischio non può essere rimessa alla maggiore o minore difficoltà della prestazione, l'art. 2236 c.c. dovendo essere inteso come contemplante una regola di mera valutazione della condotta diligente del debitore.

***2) La NATURA DELLA responsabilità
DELLA STRUTTURA.***

Responsabilità ed equiparazione di struttura pubblica e privata

E' **irrelevante** che si tratti di una **casa di cura privata o di un ospedale pubblico** in quanto sostanzialmente equivalenti sono a livello normativo gli obblighi dei due tipi di strutture verso il fruitore dei servizi, ed anche nella giurisprudenza si riscontra una equiparazione completa della struttura privata a quella pubblica quanto al regime della responsabilità civile anche in considerazione del fatto che **si tratta di violazioni che incidono sul bene della salute, tutelato quale diritto fondamentale dalla Costituzione, senza possibilità di limitazioni di responsabilità o differenze risarcitorie a seconda della diversa natura, pubblica o privata, della struttura sanitaria** (**Cass. 25.2.2005, n. 4058 - Cass. 11 gennaio 2008 n. 577**).

Responsabilità ed equiparazione di struttura pubblica e privata

Non è stato sempre così: in passato si è sostenuto che la struttura pubblica, erogando un servizio pubblico, non potesse rispondere contrattualmente, operando invece in regime di supremazia rispetto al paziente: del resto il rapporto con la persona ricoverata trarrebbe “origine da un atto amministrativo e mai da un contratto” (ex. multis Cass. n. 31/79). Ergo : **Resp. aquiliana**
Ricadute negative di tale impostazione sul paziente: onere della prova, prescrizione e, **all'epoca - secondo taluni - risarcimento del danno non patrimoniale.**

Graduale spostamento verso la resp. **Contrattuale. SEGUE:**

Resp. contrattuale (anche) della struttura pubblica.

“L'accettazione del malato nell'ospedale rappresenta il momento di perfezionamento di un **contratto d'opera professionale** nell'ambito del quale la struttura si obbliga ad eseguire le prestazioni necessarie a mezzo dei propri dipendenti“. (Cass. n. 1716/79).

La responsabilità della casa di cura pubblica (quale **macroiatra**, stipulante un contratto d'opera prof. per ciascun malato accolto) si MODELLA ed appiattisce sulla responsabilità medico professionale del singolo medico incaricato della presa in cura del paziente

Resp. contrattuale (anche) della struttura pubblica.

Superamento del modello che concepiva la responsabilità dell'ente in chiave speculare a quella del medico dipendente: **dal contratto di prestazione intellettuale a quello di SPEDALITA', o di assistenza sanitaria. SEGUE**



pubblica.

Il processo fu senza dubbio influenzato dai mutamenti intervenuti sul piano normativo, a cominciare dal D.lgs. **502/1992** e succ. mod. che trasformò le unità sanitarie locali da <<*strutture operative dei comuni, singoli o associati*>> (ex art. 15 L. 833/1978) in **vere e proprie** <<*aziende con personalità giuridica pubblica e autonomia imprenditoriale*>>, **dotate di una potestà di <<autorganizzazione>> mediante <<atto aziendale di diritto privato>>** e tenute ad informare <<la propria attività a criteri di efficacia, efficienza ed economicità>> (art. 3, commi 1 bis e 1 ter D.lgs. 502/1992 e succ. mod.).

Resp. contrattuale (anche) della struttura pubblica.

L'imprimatur della Cassazione:

Sezioni Unite n. 9556 del 2002 tra l'ospedale ed il paziente si instaura un <<complesso ed atipico rapporto>> nell'ambito del quale la struttura si impegna non solo <<alla fornitura di mere prestazioni di natura alberghiera>>, ma <<si obbliga alla messa a disposizione del personale medico ausiliario, di quello paramedico ed all'apprestamento dei medicinali e di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicanze>>.

.Segue

Resp. contrattuale (anche) della struttura pubblica.

Sezioni Unite n. 577 del 2008: *“Questa Corte ha costantemente inquadrato la responsabilità della struttura sanitaria nella responsabilità contrattuale, sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto autonomo ed atipicoa prestazioni corrispettive (da taluni definito contratto di ospedalità, da altri contratto di assistenza sanitaria) al quale si applicano le regole ordinarie sull'inadempimento fissate dall'art. 1218 c.c..”*

Resp. contrattuale (anche) della struttura pubblica.

Sezioni Unite n. 577 del 2008: “In virtù del contratto, la struttura deve quindi fornire al paziente una prestazione assai articolata, definita genericamente di **"assistenza sanitaria"**, che ingloba al suo interno, oltre alla prestazione principale medica, anche una serie di obblighi c.d. di protezione ed **accessori"**. **NB: PROTEZIONE ANCHE VERSO TERZI diversi dal PAZIENTE (MARITO DELLA GESTANTE E NASCITURO).**

***“In presenza di contratto di ospedalità, la responsabilità della struttura ha natura contrattuale, sia in relazione a propri fatti d'inadempimento sia per quanto concerne il comportamento dei medici dipendenti, a norma dell'art. 1228 c.c., secondo cui il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi, ancorché non alle sue dipendenze, risponde anche dei fatti dolosi o colposi dei medesimi. A questi fini è sufficiente che la struttura sanitaria comunque si avvalga dell'opera di un medico. Nè ad escludere tale responsabilità è idonea la circostanza che ad eseguire l'intervento sia un medico di fiducia del paziente, sempre che la scelta cada (anche tacitamente) su professionista inserito nella struttura sanitaria, giacché la scelta del paziente risulta in tale ipotesi operata pur sempre nell'ambito di quella più generale ed a monte effettuata dalla struttura sanitaria*”**

il riferimento ad un contratto atipico di spedalità poco chiarisce se non si specifica la disciplina applicabile a ciascuna delle prestazioni dedotte :

Dovere di protezione: servizi infermeristici, ristorazione, alberghieri, ecc. DOVERE DI DOTARSI DI ORGANIZZ. EFFICIENTE.

Nelle pronunzie giurisprudenziali poca attenzione al problema: il cuore della questione è sempre l'affermazione di un rapporto contrattuale **COMPLESSO** o misto (asoggettato genericamente alla disciplina dell'art. 1218), ma quasi mai si cerca di comprendere se le singole e diverse prestazioni di cui si compone hanno o meno disciplina autonoma.

All'albergo, ad es., si applica la disciplina alberghiera?

Regione Lombardia - REPORT Sinistri 2008: L'INCIDENZA DEGLI INCIDENTI NON MEDICALI

- **Il Costo dei Sinistri**

Il costo complessivo dei risarcimenti ammonta a **205,3 milioni** di euro per eventi generatisi nelle **29 Aziende Ospedaliere**, **oltre 10,9 milioni di euro** per eventi accaduti nell'ambito delle **15 ASL**, **oltre 12,7 milioni di euro** per le **6 FONDAZIONI**, per un totale di **oltre 229 milioni di euro liquidati**.

L'importo medio liquidato (26.000 euro nel 2008) è pari ad oltre **30.000 euro** per le richieste danni inerenti **aziende ospedaliere**, potendo variare da una media di 400 euro per i **furti**, a oltre

11.000 euro per le **cadute**, ad oltre 40.000 euro per gli errori diagnostici e chirurgici, ad oltre 50.000 euro per gli errori terapeutici; è pari in media ad oltre **21.000 euro** (valore costante con quello del 2008).

REGIONE LOMB. E DIRETTIVE PER L'IMPLEMENTAZIONE DI SISTEMI DI PREVENZIONE ADL RISCHIO DI CADUTE. (2010)

CONTRATTO DI SPEDALITA' (RESP SANITARIA) E MEDIAZIONE CONCILIATIVA

SEGUE:



L'art. 5 comma 1 D.Lgs. 28/2010 distingue tra procedimento di **mediazione facoltativo e obbligatorio**

Obbligatorio



Facoltativo



Controversie in materia di:

Condominio

Diritti reali

Divisioni

Successioni ereditarie

Patti di famiglia

Locazione

Comodato

Affitto di aziende

Risarcimento del danno derivante dalla
circolazione dei veicoli e natanti

Responsabilità medica ?

**Responsabilità da diffamazione con il mezzo
della stampa o con altro mezzo di pubblicità**

Contratti assicurativi, bancari e finanziari

**tutte le restanti controversie civili e
commerciali**

Mediazione e CLAUSOLA CONCILIATIVA

Qualche riflessione

L'esperienza non obbligatoria Francese : LES CRCI - compiti di gestione della relazione, prima di tutto.

Art. 5 co. 5

5. Fermo quanto previsto dal comma 1 e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, **se il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedono una clausola di mediazione o conciliazione e il tentativo non risulta esperito, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della **domanda di mediazione** e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo il giudice o l'arbitro fissa la successiva udienza quando la mediazione o il tentativo di conciliazione sono iniziati, ma non conclusi. La domanda e' **presentata davanti all'organismo indicato dalla clausola**, se iscritto nel registro, ovvero, in mancanza, davanti ad un altro organismo iscritto, fermo il rispetto del criterio di cui all'articolo 4, comma 1. In ogni caso, le parti possono concordare, successivamente al contratto o allo statuto o all'atto costitutivo, l'individuazione di un diverso organismo iscritto.**

Clausola di mediazione o conciliazione

Le parti possono inserire all'interno di un contratto una clausola di mediazione.

Tale clausola ha l'effetto di **rendere obbligatorio** convenzionalmente l'esperimento di un tentativo di mediazione **facoltativo per legge**

Ovvero

Di individuare convenzionalmente l'organismo da adire, nei casi già obbligatori per legge.

LA CLAUSOLA CONCILIATIVA

ALCUNE QUESTIONI APERTE:

È vincolante?

E' Vessatoria?

FORO DEL CONSUMATORE? “L'azienda ospedaliera pubblica non riveste la qualità di Professionista, alla stregua della nozione fissata dall'art. 3 lett. c) del codice del cons.. perchè l'azienda sanitaria pubblica (anche se oramai sostanzialmente configurabile come un soggetto privato e non pubblico, gestito con criteri manageriali, com'è per la A.S.L.), quando eroga la prestazione non agisce nell'esercizio di un'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale, non potendo l'attività che ha permesso di eseguire la prestazione a favore dell'utente considerarsi espressione di attività di quel genere per l'assorbente ragione che il suo svolgimento deve avvenire senza il necessario rispetto del principio di economicità, atteso che comunque l'erogazione del servizio deve essere assicurata anche se cagiona perdite.

Cassazione - Sezione terza - ordinanza 15 gennaio - 2 aprile 2009, n. 8093

Sulla pretesa vessatorietà della Clausola di mediazione o conciliazione

Non può sostenersi l'esistenza di un ORGANISMO DEL CONSUMATORE TERRITORIALMENTE COMPETENTE, come invece si afferma per il foro del consumatore, attraverso una interpretazione estensiva - ma ormai tralatizia - dell'art. 33 lettera U del Codice del Consumo

**Inapplicabilità dell'art. 33, comma 2,
lett. u, Cod. Cons. alle clausole di
mediazione**

*“Clausole vessatorie nel contratto tra professionista
e consumatore*

Art. 33.

**2. Si presumono vessatorie fino a prova contraria
le clausole che hanno per oggetto, o per effetto,
di:**

(...)

**u) stabilire come sede del foro competente sulle
controversie località diversa da quella di
residenza o domicilio elettivo del consumatore”**

**Il D.Lgs. 28/2010 non prevede alcunché in
tema di competenza territoriale**

Solo criterio cronologico:

Art. 4, primo comma, D.Lgs. 28/2010

“In caso di piu' domande relative alla stessa controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo presso il quale e' stata presentata la prima domanda. Per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data della ricezione della comunicazione”.

Quindi l'eventuale vessatorietà NON E' PRESUNTA ex art. 33 lett. u ma VA
VERIFICATA CASO PER CASO, in forza del principio generale di cui all'art.
33 comma 1 codice dle consumo

Articolo 33

Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore

1. Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, **determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.**

Non Vessatorietà (?) della clausola che stabilisca l'obbligo di rivolgersi ad una rete di organismi dislocati sul territorio nazionale ovvero che preveda una data conciliazione telematica (né depone in senso contrario l'art. 7 comma 4 del regolamento attuativo)

TESI DELLA NON VINCOLATIVITA'
SI SOSTIENE CHE

Se una parte viola la clausola, rivolgendosi ad un organismo di conciliazione diverso o sito in un luogo diverso rispetto a quella indicata nella clausola, **le uniche conseguenze che potrebbero derivare sarebbero di tipo contrattuale** (ferma la possibilità di sentir dichiarare dal giudice la vessatorietà della clausola, ove ne ricorrano le condizioni), per inadempimento di un'obbligazione contenuta all'interno dell'accordo.

Cionondimeno, l'espletamento del tentativo di conciliazione, risulterebbe idoneo a rendere procedibile la domanda proposta all'autorità giudiziaria.

Possibilità che **nel contratto venga prevista una penale** per l'inadempimento di tale obbligo.

Duplici teorie della penale:

1. Scatta al verificarsi del mero inadempimento
2. Scatta esclusivamente in presenza di uno specifico danno derivante dall'inadempimento

MA BEN POTREBBE PREVEDERSI CHE LA VIOLAZIONE DELLA CLAUSOLA DIALUGO AD UNA RESPONSABILITA' DI OGNI MAGGIOR DANNO DERIVANTE ALL'ASSICURATORE (O PIU' IN GENERALE ALLA PARTE CHE NE INVOCA L'APPLICABILITA').

Ciò AL FINE DI PORRE A CARICO, SIA PURE SU BASE NEGOZIALE, DELL'INADEMPIENTE TUTTE LE CONSEQUENZE DELLA MANCATA PARTECIPAZIONE DAVANTI AD UN MEDIATORE DIVERSO (SPESE ED ALTRE CONSEQUENZE PROCESSUALI).

***3) La NATURA DELLA
RESPONSABILITA' DEL MEDICO
DIPENDENTE DELLA (od operante
nella) STRUTTURA.***

Le suggestioni più risalenti (ancient regime):

**IN ASSENZA DI UN PREESISTENTE RAPPORTO TRA MEDICO E
PAZIENTE LA RESPONSABILITA' DEL PRIMO, QUALORA OPERI
NELLA STRUTTURA, E' DI TIPO AQUILIANO**

Ancien regime:

**AFFIANCAMENTO DI DUE REGIMI (CONCORSO
“SOGGETTIVO”):**

1) Responsabilità contrattuale della struttura (per il fatto del medico ex art. 1228, nei limiti in cui sia ravvisabile la responsabilità di quest’ultimo ex art. 2236 c.c. - all’epoca non era ancora compiutamente elaborata la tesi del “contratto di ospitalità”);

2) responsabilità concorrente extra contrattuale del medico.

Doppio regime, dunque e diverse regole prescrizionali, probatorie, sanzionatorie e risarcitorie:

- diverso riparto dell’Onere della prova (COME VEDREMO POI - Sezioni Unite 30 ottobre 2001 13533).

-prescrizione ordinaria o quinquennale;

- limitazione del risarcimento del danno ex art. 1225 c.c. ;

-Domanda di risoluzione, adempimento, annullamento...*ex contractu.*

BREVE DIGRESSIONE: CONCORSO OGGETTIVO DELLA RESP . CONTRATTUALE ED EXTRACONTRATTUALE (in capo ad un medesimo soggetto).

Il potenziale minor risarcimento in ambito contrattuale. (DANNO NON PATRIMONIALE ANTE SENTENZE di SAN MARTINO)

Il limite solo - endo contrattuale - della prevedibilità del danno ex art. 1225 c.c. Limite che a tutt'oggi RESIDUEREBBE.

Tutela minima risarcitoria del diritto inviolabile alla salute e non ammissibilità di un'area ristretta di ristoro (che non contempla dunque il danno non prevedibile). Di qui il potenziale ricorso, per differenziale, alla responsabilità aquiliana.

Ma esiste un danno imprevedibile da responsabilità medica ???

Dalla responsabilità aquiliana alla responsabilità da “contatto”

Si è sentita l'esigenza di SUPERARE la tesi della resp. Aquiliana per svincolare il paziente dalle più rigide griglie previste in ambito extracontrattuale.

MA QUALI LE STRADE PER CONSEGUIRE TALE RISULTATO?

- 1) **Contratto a favore del terzo?** Contratto per conto di chi spetta? (tesi criticate perchè il paziente farebbe valere sempre la responsabilità contrattuale della casa di cura di cui è parte, come parte) **CRITICA DEBOLE!**
- 2) Tesi della natura contrattuale **ex art. 28 costituzione** (diretta responsabilità dei pubblici funzionari -critica e insufficienza per le case di cura private)

TESI DEL CONTATTO SOCIALE (**cassazione 22 gennaio 1999 n. 589**)- responsabilità negoziale da contatto. IL MEDICO risponde a titolo CONTRATTUALE per il solo fatto di prendere in carico il paziente, pur potendo non essere obbligato a farlo.

Rapporto negoziale in assenza di accordo contrattuale espresso.

PROTEZIONE DEL DANNEGGIATO e TUTELA DEL SUO AFFIDAMENTO

“L’Obbligo del medico è un obbligo senza prestazione al confine tra contratto e tort” (CASTRONOVO)

Tale tesi esprime in modo paradigmatico la progressiva erosione delle solide distanze tra il mondo aquiliano e quello contrattuale

**LA TESI PARE CORRETTA NON SOLO, O NON TANTO, SOTTO IL
PROFILO DELLA TUTELA DELLE ESIGENZE DI AFFIDAMENTO DEL
PAZIENTE
BENSI'**

**CONSIDERANDO L'IMPOSSIBILITA' DI CONSIDERARE LA
PRESTAZIONE DEL MEDICO SOLTANTO IN CHIAVE AQUILIANA
OVVERO PATOLOGICA, MUOVENDO DALLA PROSPETTAZIONE DI UN
DANNO INGIUSTO (CHE POTREBBE NON ESSERCI) .**

**ED INVERO L'ESERCIZIO DELLA PROFESSIONE MEDICA, VI
SIA UN CONTRATTO O MENO, IMPONE COMUNQUE AL
MEDICO L'OSSERVANZA DELLE REGOLE DI CONDOTTA E
DI RESPONSABILITA' DI CUI AGLI ARTt. 1176 e 2236 c.c.
(in questo senso del resto Cass. 589 de 22 gennaio 1999)**

**TESI DELLA NON RICONDUCIBILITA' ALL'AMBITO
AQUILIANO Di FATTISPECIE CONTRADDISTINTE
DALL'ESISTENZA DI OBBLIGHI SPECIFICI TRA RESP: E
DANNEGGIATO (E gli illeciti omissivi?)**

Codice civile - art. 1176

(Diligenza nell'adempimento)

Nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia.

Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata.

Codice Civile - art. 2236

(Responsabilità del prestatore di opera)

Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave.

L'inquadramento della responsabilità medica

PROTEZIONE DEL DANNEGGIATO

Il fatto che l'esercente di una attività professionale debba conformarsi a standards di diligenza da valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata dimostra come una volta iniziata la prestazione - al di là della stipula di un contratto - il professionista sia **tenuto ad "ademperla"** secondo canoni operativi che **non variano a seconda del fatto che vi sia un accordo formale o meno.**

Tale obbligo, temperato dalla regola di cui all'art. 2236 c.c., pacificamente applicabile al professionista anche in assenza di contratto formale, induce nel paziente un **affidamento** e presuppone una intesa tacita in ordine agli standards della prestazione richiesta al medico.

PROTEZIONE DEL DANNEGGIATO

ELEMENTI DI CONSENSUALITA'.

Vi è dunque una sorta di consenso implicito ed ontologico del paziente (diverso dal consenso informato, che se è indice della negoziabilità potrebbe anche non esserci senza che la sua mancanza trasformi l'obbligazione in extracontrattuale).

LE RICADUTE DELLA NATURA CONTRATTUALE DELLA PRESTAZIONE MEDICO SANITARIA

Prescrizione, MA SOPRATTUTTO
ONERE DELLA PROVA

Cassazione civile sez. un.

Data: 30 ottobre 2001

Numero: n. 13533

LA PROVA CUI E' TENUTO IL CREDITORE:

Orientamento *ante* SS.UU.13533/2001 :

Si affermava che, in materia di obbligazioni contrattuali, l'onere della **prova dell'inadempimento** incombesse sul creditore, che è tenuto a dimostrarlo, oltre al contenuto della prestazione stessa, mentre il debitore, solo dopo tale prova, **fosse** tenuto a giustificare l'inadempimento attribuitogli

Si osservava che: “nella azione di adempimento il fatto costitutivo è il titolo, costituente la fonte negoziale o legale del diritto di credito, sicchè la prova che il creditore deve fornire, ai sensi dell'art. 2697, comma 1, deve avere ad oggetto soltanto tale elemento. Al contrario, nella azione di risoluzione, la domanda si fonda su due elementi: il titolo, fonte convenzionale o legale dell'obbligazione, e **l'inadempimento dell'obbligo**, sicchè la prova richiesta al creditore deve riguardarli entrambi, trattandosi di fatti costitutivi del diritto fatto valere, ai sensi dell'art. 2697, comma 1.”

LA PROVA CUI E' TENUTO IL CREDITORE:

Orientamento *DELLE* SS.UU.13533/2001 :

SI deve rilevare la difficoltà per il creditore di fornire la prova di non aver ricevuto la prestazione, e cioè di fornire la prova di un fatto negativo; il creditore che deduce di non essere stato pagato avrà serie difficoltà ad individuare, come oggetto di prova, fatti positivi contrari (poiché negativa non sut probanda) idonei a dimostrare tale fatto negativo; al contrario, la prova dell'adempimento, ove sia avvenuto, sarà estremamente agevole per il debitore, che di regola sarà in possesso di una quietanza (al rilascio della quale ha diritto: art. 1199 c.c.) o di altro documento relativo al mezzo di pagamento utilizzato.

LA PROVA CUI E' TENUTO IL CREDITORE:

Orientamento delle SS.UU.13533/2001 :

Si rivela quindi conforme all'esigenza di non rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto del creditore a reagire all'inadempimento, senza peraltro penalizzare il diritto di difesa del debitore adempiente, fare applicazione del principio di riferibilità o di vicinanza della prova, ponendo in ogni caso l'onere della prova a carico del soggetto nella cui sfera si è prodotto l'inadempimento, e che è quindi in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore, sia questa diretta all'adempimento, alla risoluzione o al risarcimento del danno, fornendo la prova del fatto estintivo del diritto azionato, costituito dall'adempimento.

LA PROVA CUI E' TENUTO IL CREDITORE:

Orientamento *DELLE* SS.UU.13533/2001 :

In conclusione, deve affermarsi che il creditore, sia che agisca per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, **mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte**: sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento.



- Applicazione del principio al campo della responsabilità MEDICA. SS.UU. 577/2008 Segue

applicando questo principio all'onere della prova nelle cause di responsabilità professionale del medico **ha ritenuto che gravasse sull'attore (paziente danneggiato che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria) oltre alla prova del contratto, anche quella dell'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie nonchè la prova del nesso di causalità tra l'azione o l'omissione del debitore e tale evento dannoso, allegando il solo inadempimento del sanitario. Resta a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento, cioè di aver tenuto un comportamento diligente** (Cass. n. 12362 del 2006; [Cass. 11.11.2005, n. 22894](#); [Cass. 28.5.2004, n. 10297](#); [Cass. 3.8.2004, n. 14812](#)).

IL DICTUM DELLE SS.UU 11 gennaio 2008 n. 577

Il punto relativo alla prova del nesso di causalità non può essere condiviso, nei termini in cui è stato enunciato, poichè esso risente implicitamente **della distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato, che se può avere una funzione descrittiva, è dogmaticamente superata, quanto meno in tema di riparto dell'onere probatorio dalla predetta sentenza delle S.U. n. 13533/2001** (vedasi anche S.U. 28.7.2005, n. 15781).



CRITICA DELLA DISTINZIONE TRA OBBLIGHI DI MEZZI E DI RISULTATO

In realtà, in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile, sicchè molti Autori criticano la distinzione poichè in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo, come l'impegno che il debitore deve porre per ottenerlo.

Sotto il profilo dell'onere della prova, la distinzione (talvolta costruita con prevalente attenzione alla responsabilità dei professionisti intellettuali e dei medici in particolare) veniva utilizzata per sostenere che mentre nelle obbligazioni di mezzi, essendo aleatorio il risultato, sul creditore incombesse l'onere della prova che il mancato risultato era dipeso da scarsa diligenza, nelle obbligazioni di risultato, invece, sul debitore incombeva l'onere della prova che il mancato risultato era dipeso da causa a lui non imputabile.

Si è affermato che il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c. in materia di responsabilità contrattuale (in conformità a criteri di ragionevolezza per identità di situazioni probatorie, di riferibilità in concreto dell'onere probatorio alla sfera di azione dei singoli soggetti e di distinzione strutturale tra responsabilità contrattuale e da fatto illecito) **è identico, sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione, ex art. 1453 c.c., sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale, ex art. 1218 c.c., senza richiamarsi in alcun modo alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato.**

ritengono queste S.U. che l'inadempimento rilevante nell'ambito dell'azione di responsabilità per risarcimento del danno nelle obbligazioni così dette di comportamento non è qualunque inadempimento, ma solo quello che costituisce causa (o concausa) efficiente del danno.

Ciò comporta che l'allegazione del creditore non può attenersi ad un inadempimento, qualunque esso sia, ma ad un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno.

Competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è proprio stato ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno.

Nella fattispecie, quindi, avendo l'attore provato il contratto relativo alla prestazione sanitaria (ed il punto non è in contestazione) ed il danno assunto (epatite), allegando che i convenuti erano inadempienti avendolo sottoposto ad emotrasfusione con sangue infetto, competeva ai convenuti fornire la prova che tale inadempimento non vi era stato, poichè non era stata effettuata una trasfusione con sangue infetto, oppure che, pur esistendo l'inadempimento, esso non era eziologicamente rilevante nell'azione risarcitoria proposta, per una qualunque ragione, tra cui quella adottata dell'affezione patologica già in atto al momento del ricovero.

DAL PARTICOLARE AL GENERALE: il problema della causa ignota.

Consenso informato

“Il consenso informato è l’accettazione volontaria da parte di un paziente al trattamento che gli viene proposto da un medico. Il presupposto essenziale del consenso è l’informazione adeguata (compiuta ed idonea in ordine al trattamento sanitario da effettuare ed ai rischi che ne possono derivare), fornita dal medico al paziente (“informed consent”)”

FONTE: http://www.ordinemediciroma.it/OMWeb/Files/Documenti/Info_99.pdf

Consenso informato

Secondo quanto previsto dall'articolo 32 della Costituzione: *“nessuno può essere obbligato d'un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”*.

Tale principio trova piena sintonia con quanto disposto dall'articolo 13 della medesima Carta relativamente all'inviolabilità della libertà personale

Consenso informato

“Va premesso, in linea generale, che l’attività medica trova fondamento e giustificazione, nell’ordinamento giuridico, non tanto nel consenso dell’avente diritto (art. 51 c.p.), come si riteneva in passato, poiché tale opinione contrasterebbe con l’art. 5 c.c., in tema di divieto degli atti di disposizione del proprio corpo, ma in quanto essa stessa legittima, volta essendo a tutelare un bene costituzionalmente garantito, quale è quello della salute. Dall’autolegittimazione dell’attività medica, (...), non può tuttavia trarsi la convinzione che il medico possa, fuori da taluni casi eccezionali (...), intervenire senza il consenso, ovvero, a fortiori, malgrado il dissenso del paziente. **La necessità del consenso si evince, in generale, dall’art. 13 Cost. il quale sancisce l’inviolabilità della libertà personale, nel cui ambito deve ritenersi inclusa la libertà di salvaguardare la propria salute e la propria integrità fisica (...). Ma è soprattutto rilevante in materia l’art. 32 Cost., per il quale “Nessuno può essere sottoposto a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge (la quale) non può in nessun caso violare i limiti imposto dal rispetto della persona umana.”**

(Cassazione Civile, Sent. n. 7027 del 23-05-2001).

Consenso informato

Secondo l'art 5 della convenzione di Oviedo del 4 Aprile 1997 (Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina):

“Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato”.

Consenso informato

Sono numerosi gli esempi di norme dedicate alla necessità di un consenso informato da parte del paziente prima di procedere all'intervento

(v. L. 833/1978, L. 458/1967, L. 194/1978, ecc.)

Consenso informato

“Il consenso deve essere inquadrato nella categoria dei negozi giuridici. Ne consegue che esso, per essere valido, deve essere immune da qualsiasi vizio della volontà (errore, dolo, violenza)”

FONTE: CONVERSANO, Il Consenso informato, 2011, 597

Consenso informato

“Il consenso deve essere presente sia nella fase di formazione del consenso, sia nella fase antecedente e in quella di esecuzione del contratto, riconducibile (come in altri settori) alla clausola generale di buona fede del nostro ordinamento civilistico ex artt. 1175, 1337, 1375”

FONTE: CHINDEMI, cit., 244

Consenso informato

La corretta informazione al paziente è obbligazione contrattuale?

“Circa la natura di tale obbligo deve precisarsi che, superato l’orientamento giurisprudenziale secondo il quale il suo mancato assolvimento darebbe luogo a responsabilità di natura precontrattuale (Cass. n. 10014/94), esso deve più correttamente inquadrarsi negli obblighi di natura contrattuale. Infatti l’attività professionale medica si qualifica come prestazione complessa che comprende una fase diagnostica e una terapeutica, ed è proprio successivamente al primo contatto medico-paziente che si colloca l’obbligo di informazione, volto ad ottenere la partecipata adesione del paziente alla terapia e ai trattamenti propostigli.

Dunque, la violazione del dovere di informazione da parte del medico dà luogo a un’ipotesi di inadempimento contrattuale, e precisamente a inadempimento dell’obbligazione accessoria di informazione (Cass. 7027/2001)”.

Consenso informato

Per concludere: il consenso è valido solo se il paziente riceve da parte del medico una informazione completa, professionale e dettagliata.

Il “consenso” deve essere conseguire ad una specifica e chiara informazione da qui l’endiadi “consenso informato”.

Va da sé che non avrebbe senso parlare di un consenso “disinformato”: in questo caso non si avrebbe neppure consenso.

Consenso informato

“L'attività medico-chirurgica, per essere legittima, presuppone il "consenso informato" del paziente, giacché il paziente non solo deve poter scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma può anche eventualmente rifiutare la terapia e decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale”.

(Cass. SS.UU. 37077/2008)

Consenso informato

A chi spetta di acquisire il consenso?

Il consenso del paziente deve essere acquisito dal medico che deve seguire l'attività medica. Nel caso in cui l'intervento venga eseguito da una équipe, la raccolta del consenso spetta al responsabile dell'équipe.

FONTE:

http://www.ambulatorio.com/area_pubblica/vademecum_della_salute/diritti_e_doveri/il_consenso_informato/1456.htm

Consenso informato

Chi deve acconsentire?

Il consenso deve essere rilasciato dal **diretto interessato**.

Si tratta di una manifestazione di volontà personale, che in situazioni normali non può essere delegata ad altri.

La persona alla quale viene richiesto deve avere capacità di intendere e di volere.

In caso di **incapace**, il consenso deve essere richiesto al rappresentante legale (tutore o curatore).

Nel caso di un **minorenne**, il consenso è rilasciato da chi ne esercita la potestà (genitori o tutore legalmente designato).

FONTE:

http://www.ambulatorio.com/area_pubblica/vademecum_della_salute/diritti_e_doveri/il_consenso_informato/1456.htm

Consenso informato

Il modulo da sottoporre alla firma del paziente deve riportare almeno le seguenti informazioni:

- indicare i dati anagrafici e le generalità del paziente;
- dare atto che il paziente sia capace o meno di comprendere la lingua italiana e sia in grado o meno di leggere il modulo; nell'ipotesi negativa avvalersi di un interprete che dovrà anche sottoscrivere il modulo dando atto dell'attività svolta dall'interprete
- verificare se il paziente sia soggetto maggiorenne e capace, sia minorenni, interdetto ovvero incapace di autodeterminarsi, o sottoposto ad amministrazione di sostegno;
- specificare la diagnosi di ingresso e quelle successivamente (in ipotesi) accertate;

Consenso informato

Il modulo da sottoporre alla firma del paziente deve riportare almeno le seguenti informazioni/2:

- dare atto se il paziente abbia già ricevuto o meno altre informazioni all'interno della struttura e/o precedentemente; verificare e dare atto, in definitiva, del livello delle conoscenze già acquisite dal paziente sino al quel momento, ma sempre con riferimento al suo stato di salute. Si segnala la prassi adottata da alcune aziende ospedaliere che consegnano, sin dal primo contatto tra il medico/struttura ospedaliera ed il paziente (momento della prima visita o momento del ricovero) materiale informativo avente ad oggetto la specifica patologia lamentata dal paziente. Questa prassi di per sé non costituisce idonea informazione. In tal caso è indispensabile verificare l'effettiva lettura e comprensione (dandone atto) delle informazioni ricevute, tenendo conto del livello culturale del paziente. Mai le informazioni non possono mai essere date al paziente solo con supporto cartaceo.
- dare oralmente (ed eventualmente avvalendosi anche di supporti audio-visivi) tutte le informazioni al paziente in relazione alla specifica patologia e alle ben individuate modalità di intervento come già descritto nel paragrafo sub. 2. E' opportuno che tutte le informazioni rese siano riprodotte nel modulo che abbia ad oggetto la specifica patologia del paziente ed indichi, fra l'altro, le alternative terapeutiche e le possibili complicanze ecc.

Consenso informato

Il modulo da sottoporre alla firma del paziente deve riportare almeno le seguenti informazioni/3:

- dare atto delle eventuali patologie che con più probabilità possano essere scoperte durante l'esecuzione dell'intervento; documentare tutte le ulteriori informazioni fornite e il consenso o il dissenso manifestato circa le prestazioni sanitarie ipotizzate.
- dare atto nel modulo che il paziente abbia espressamente rifiutato in tutto o in parte – specificando quale- di ricevere le informazioni. Anche in questo caso è necessario il consenso alla prestazione sanitaria.
- dare atto dell'eventuale rifiuto di cure specificando se tale rifiuto segua o meno alle informazioni già ricevute salve le problematiche relative al pericolo di vita

Consenso informato

Il modulo da sottoporre alla firma del paziente deve riportare almeno le seguenti informazioni/4:

- dare atto che il paziente abbia manifestato la volontà che tutte le informazioni siano rese ad un terzo delegato; in tal caso far specificare se il consenso alla prestazione debba essere manifestato dal terzo o dal paziente medesimo.
- far specificare al paziente se desidera o meno che il suo stato di salute sia portato a conoscenza di eventuali terzi, in tal caso specificandone i nominativi;
- informare il paziente che può in qualsiasi momento revocare il proprio consenso alla prestazione sanitaria salvo che l'atto non sia più arrestabile ovvero in caso di pericolo di vita

Consenso informato

Il modulo da sottoporre alla firma del paziente deve riportare almeno le seguenti informazioni/5:

- indicare ora e data di consegna del modulo. La data non può precedere immediatamente l'intervento e deve comunque consentire al paziente di riflettere sulle informazioni ricevute e sul consenso;
- indicare il nominativo di eventuali testimoni: personale infermieristico e prossimi congiunti del paziente;
- allegare il “modello di consenso informato” alla Cartella Clinica.

FONTE:Cfr. ACOI Associazione Chirurghi Ospedalieri Italiani, Il consenso informato istruzioni per l'uso

Consenso informato

Su chi ricade la prova dell'avvenuta o delle mancata informazione?

“Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento”.

FONTE: Banca dati Giuffrè e anche ACOI Associazione Chirurghi Ospedalieri Italiani, Il consenso informato istruzioni per l'uso

Consenso informato

Come deve comportarsi il medico in presenza di paziente minorenne, interdetto o inabilitato?

“Allorché si tratti di minore, interdetto o inabilitato, il consenso agli interventi diagnostici e terapeutici, nonché al trattamento di dati sensibili, deve essere espresso dal rappresentante legale. In caso di opposizione da parte del rappresentante legale al trattamento necessario e indifferibile a favore di minori o di incapaci, il medico è tenuto a informare l'autorità giudiziaria”.

(Art. 30, 5° comma Codice di Deontologia Medica)

FONTE:Cfr. ACOI Associazione Chirurghi Ospedalieri Italiani, Il consenso informato istruzioni per l'uso

Consenso informato

Le uniche eccezioni all'obbligo del consenso informato sono:

- le situazioni nelle quali la persona malata ha espresso esplicitamente la volontà di non essere informata;
- le condizioni della persona siano talmente gravi e pericolose per la sua vita da richiedere un immediato intervento *di necessità e urgenza* indispensabile. In questi casi si parla di *consenso presunto*;
- i casi in cui si può parlare di *consenso implicito*, per esempio per quelle cure di routine, o per quei farmaci prescritti per una malattia nota. Si suppone, infatti, che in questo caso sia consolidata l'informazione ed il consenso relativo;
- in caso di rischi che riguardano conseguenze atipiche, eccezionali ed imprevedibili di un intervento chirurgico, che possono causare ansie e timori inutili. Se, però, il malato richiede direttamente questo tipo di informazioni, il medico deve fornirle;
- i Trattamenti Sanitari Obbligatori (TSO),
- le vaccinazioni obbligatorie, sono stabilite nei programmi nazionali di salute pubblica.

Consenso informato

EMERGENZA TERAPEUTICA

“Allorché sussistano condizioni di urgenza e in caso di pericolo per la vita di una persona, che non possa esprimere, al momento, volontà contraria, il medico deve prestare l’assistenza e le cure indispensabili”.

(Art. 35 Codice di deontologia Medica).

Consenso informato

Sino a che punto si estende l'obbligo di informazione?

“Nell’ambito degli interventi chirurgici, in particolare, il dovere di informazione concerne **la portata dell’intervento, le inevitabili difficoltà, gli effetti conseguibili e gli eventuali rischi**, sì da porre il paziente in condizione di decidere sull’opportunità di procedervi o di ometterlo, attraverso il bilanciamento di vantaggi e rischi. **L’obbligo si estende ai rischi prevedibili e non anche agli esiti anomali, ai limiti del fortuito**, (...), non potendosi disconoscere che l’operatore sanitario deve contemperare l’esigenza di informazione con la necessità di evitare che il paziente, per una remotissima eventualità, eviti di sottoporsi anche ad un banale intervento. (...)”

(Cassazione Civile sez. III, 15-01-1997 e Cass. n. 10014/1994).

FONTE: ACOI Associazione Chirurghi Ospedalieri Italiani, Il consenso informato istruzioni per l’uso

Consenso informato

Sino a che punto si estende l'obbligo di informazione/ 2?

“L'obbligo di informazione si estende, inoltre, ai rischi specifici rispetto a determinate **scelte alternative** (...). Sotto altro profilo è noto che interventi particolarmente complessi, specie nel lavoro in équipe, ormai normale negli interventi chirurgici, presentano, nelle **varie fasi, rischi specifici distinti**. Allorché tali fasi assumano una propria autonomia gestionale, e diano luogo, esse stesse, a scelte operative diversificate, ognuna delle quali presenti rischi diversi, **l'obbligo di informazione si estende alle singole fasi ed ai rispettivi rischi.**”

(Cassazione Civile sez. III, 15-01-1997 e Cass. n. 10014/1994).

FONTE: ACOI Associazione Chirurghi Ospedalieri Italiani, Il consenso informato istruzioni per l'uso

Consenso informato

L'obbligo di informare comprende anche l'informazione relativa al medico o all'equipe che effettuerà l'intervento sanitario?

“Allo stato non vi è obbligo giuridico di fornire anche questa informazione (...) Se il paziente o il suo rappresentante legale, però, lo richiedono è necessario completare l'informazione anche in tal senso e darne atto nel modulo sottoscritto dal paziente”

FONTE: ACOI Associazione Chirurghi Ospedalieri Italiani, Il consenso informato istruzioni per l'uso

Consenso informato

Esiste il diritto del paziente al rifiuto di cure?

“Il medico deve attenersi, nel rispetto della dignità, della libertà e dell'indipendenza professionale, alla libertà di curarsi liberamente espressa dalla persona. (...). In ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace di intendere e di volere, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona”.

(Art. 34, 1° e 4° comma Codice di Deontologia Medica).

FONTE: ACOI Associazione Chirurghi Ospedalieri Italiani, Il consenso informato istruzioni per l'uso

Consenso informato

Se il paziente presta il consenso solo per una parte di intervento proposto dal medico, quest'ultimo può eseguire solo "l'intervento parziale" per il quale il paziente ha prestato il consenso?

“In nessun caso il medico dovrà accedere a richieste del paziente in contrasto con i principi della scienza e coscienza allo scopo di compiacerlo (...)”. (Art. 12, 6° comma Codice di Deontologia Medica).

“Esempio: Un paziente deve essere sottoposto ad un intervento chirurgico nel corso del quale potrebbe verificarsi la necessità di praticare un'emotrasfusione. Il paziente acconsente all'intervento principale ma, essendo Testimone di Geova, rifiuta di sottoporsi all'eventuale emotrasfusione, benché tale scelta ne potrebbe determinare la morte. Ove l'intervento affrontato senza la possibilità di praticare l'eventuale emotrasfusione sia giudicato contrario alle *leges artis*, il medico è tenuto ad astenersi dall'intervenire”.

Consenso informato

Che cosa deve intendersi per emergenza terapeutica?

È una situazione clinica a fronte della quale la mancata esecuzione di un determinato intervento provocherebbe la morte del paziente o un significativo aggravarsi delle sue condizioni.

FONTE:Cfr. ACOI Associazione Chirurghi Ospedalieri Italiani, Il consenso informato istruzioni per l'uso

Consenso informato

In caso di esito infausto e in mancanza di consenso vi è responsabilità penale del medico per lesioni volontarie o omicidio preterintenzionale?

Pur se l'attività medico-chirurgica, per essere legittima, presuppone il "consenso informato" del paziente, è da escludere che dall'intervento effettuato in assenza di consenso o con un consenso prestato in modo invalido possa di norma farsi discendere la responsabilità del medico a titolo di lesioni volontarie ovvero, in caso di esito letale, a titolo di omicidio preterintenzionale. Ciò in quanto il sanitario, salve situazioni anomale e distorte (nelle quali potrebbe ammettersi la configurabilità di tali reati: per esempio, nei casi in cui la morte consegua a una mutilazione procurata in assenza di qualsiasi necessità o di menomazione inferta, con esito mortale, per scopi esclusivamente scientifici), si trova ad agire, magari erroneamente, ma pur sempre con una finalità curativa, che è concettualmente incompatibile con il dolo delle lesioni.

(Cass. SS.UU. 37077/2008)

Consenso informato

In caso di esito fausto e in mancanza di consenso vi è responsabilità penale colposa del medico?

La valutazione del comportamento del medico, sotto il profilo penale, quando si sia in ipotesi sostanziato in una condotta (vuoi omissiva, vuoi commissiva) dannosa per il paziente, non ammette un diverso apprezzamento a seconda che l'attività sia stata prestata con o in assenza di consenso. Cosicché il giudizio sulla sussistenza della colpa non presenta differenze di sorta a seconda che vi sia stato o no il consenso informato del paziente. Con la precisazione che non è di regola possibile fondare la colpa sulla mancanza di consenso, perché l'obbligo di acquisire il consenso informato non integra una regola cautelare la cui inosservanza influisce sulla colpevolezza: infatti, l'acquisizione del consenso non è preordinata a evitare fatti dannosi prevedibili (ed evitabili), ma a tutelare il diritto alla salute e, soprattutto, il diritto alla scelta consapevole in relazione agli eventuali danni che possano derivare dalla scelta terapeutica in attuazione di una norma costituzionale (art. 32, comma 2). In realtà, in un unico caso la mancata acquisizione del consenso potrebbe avere rilevanza come elemento della colpa: allorché, la mancata sollecitazione di un consenso informato abbia finito con il determinare, mediatamente, l'impossibilità per il medico di conoscere le reali condizioni del paziente e di acquisire un'anamnesi completa (si pensi, alla mancata conoscenza di un'allergia a un determinato trattamento farmacologico o alla mancata conoscenza di altre specifiche situazioni del paziente che la sollecitazione al consenso avrebbe portato all'attenzione del medico). In questo caso, il mancato consenso rileva non direttamente, ma come riflesso del superficiale approccio del medico all'acquisizione delle informazioni necessarie per il corretto approccio terapeutico.

(Cass. SS.UU. 37077/2008)

Consenso informato

e in ambito civile?

Il danno da violazione del diritto all'autodeterminazione può essere liquidato qualora, senza richiedere alcun consenso alla terapia, venga praticata una trasfusione non necessaria, se risulta (in base alla cd. prova controfattuale, secondo il criterio della preponderanza dell'evidenza) che il paziente, qualora informato chiaramente e completamente sui rischi che poteva correre, non avrebbe accettato (nel caso di specie si trattava di una emotrasfusione in conseguenza della quale il paziente aveva poi contratto il virus della HIV).
(Cass. SS.UU. 9315/2010)

Consenso informato

E' possibile una responsabilità civile del medico per mancata informazione anche in caso di esito fausto dell'operazione?

“La violazione del diritto all'autodeterminazione dell'ammalato comporta la risarcibilità del danno non patrimoniale che ne è derivato, anche se l'intervento terapeutico era necessario ed è stato correttamente eseguito; ma se il cliente del medico lamenta anche la lesione alla salute per il mancato consenso dovrà dimostrare che, messo al corrente dei rischi collegati, avrebbe rifiutato di sottoporsi all'intervento”.

(ex multis Cass. 2847/2010)

CAUSALITA' E LESIONI AGGRAVATE DA DANNO IATROGENO.

Esempio: lesioni da incidente stradale aggravate da errato trattamento sanitario (danno iatrogeno).

CASSAZIONE 4 giugno 2001 n. 7507 . Esprime Due principi cardinali:

- 1) **ALLA FATTISPECIE SI APPLICA L'ART. 2055 c.c. in base al quale: Se il fatto dannoso è **imputabile** a più persone tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno (*salvo regresso pro quota*). E il fatto dannoso va considerato non dalla prospettiva dei co/danneggianti (ciascuno dei quali potrebbe sostenere l'autonomia della propria condotta, quale autonomo fatto dannoso) ma dal punto di vista del danneggiato (per il quale il danno - fatto dannoso è unico);**
- 2) **L'imputabilità del fatto dannoso a ciascun coautore (ed in particolare al primo danneggiante) non è esclusa dal fatto dell'altro: L'ERRORE DEL SANITARIO NON E' CAUSA AUTONOMA ED INDIPENDENTE - di per sé sola sufficiente ad aver prodotto il danno - rispetto al fatto del primo agente ma al contrario si inserisce perfettamente nella catena causale originata dalla iniziale azione offensiva.**

**APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DELLA CAUSALITA' EFFICIENTE EX ART. 41
cp. SEGUE**

Segue: equivalenza delle concause.

Ai fini della causalità materiale nell'ambito della responsabilità aquiliana la giurisprudenza e la dottrina prevalenti, in applicazione dei principi penalistici, di cui agli [artt. 40 e 41 c.p.](#), ritengono che un evento è da considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (ed. teoria della condicio sine qua non). **Il rigore del principio dell'equivalenza delle cause, posto [dall'art. 41 c.p.](#), in base al quale, se la produzione di un evento dannoso è riferibile a più azioni od omissioni, deve riconoscersi ad ognuna di esse efficienza causale, trova il suo temperamento nel principio di causalità efficiente, desumibile dal secondo comma [dell'art. 41 c.p.](#), in base al quale l'evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all'autore della condotta sopravvenuta, solo se questa condotta risulti tale da rendere irrilevanti le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto ([Cass. 19.12.2006, n. 27168](#); [Cass. 8.9.2006, n. 19297](#); [Cass. 10.3.2006, n. 5254](#); [Cass. 15.1.1996, n. 268](#)).**

La responsabilità del primario e l'attività di gruppo.

Nelle attività di gruppo la regola ordinaria dovrebbe essere che ciascuno risponde dell'inosservanza delle attribuzioni del settore che gli è stato affidato, nel rispetto della separazione dei ruoli



Regola che non può essere accettata come principio generale in quanto la suddivisione dei compiti, nei moderni sistemi di organizzazione del lavoro, viene articolata in modo che ci sia sempre un reciproco interscambio di esperienze e di controllo.



RESPONSABILITA' DEL PRIMARIO

D.P.R. n. 128 del 27.03.1969, art. 7

(Attribuzioni dei primari, aiuti, assistenti)

L'organizzazione sanitaria dell'ospedale si articola in divisioni, sezioni e servizi speciali. La divisione è diretta da un primario, coadiuvato da aiuti e da assistenti. Il primario vigila sull'attività e sulla disciplina del personale sanitario, tecnico, sanitario ausiliario ed esecutivo assegnato alla sua divisione o servizio, ha la responsabilità dei malati, definisce i criteri diagnostici e terapeutici che devono essere seguiti dagli aiuti e dai assistenti, pratica direttamente sui malati gli interventi diagnostici e curativi che ritenga di non affidare ai suoi collaboratori, formula la diagnosi definitiva, provvede a che le degenze non si prolunghino oltre il tempo strettamente necessario agli accertamenti diagnostici ed alle cure e dispone la dimissione degli infermi, è responsabile della regolare compilazione delle cartelle cliniche, dei registri nosologici e della loro conservazione, fino alla consegna all'archivio centrale; inoltre, tramite la direzione sanitaria, le denunce di legge; pratica le visite di consulenza richieste dai sanitari di altre divisioni o servizi; dirige il servizio di ambulatorio, adeguandosi alle disposizioni ed ai turni stabiliti dal direttore sanitario; cura la preparazione ed il perfezionamento tecnico-professionale del personale da lui dipendente e promuove iniziative di ricerca scientifica; esercita le funzioni didattiche a lui affidate.

... segue ...

L'aiuto collabora direttamente con il primario nell'espletamento dei compiti a questo attribuiti; ha la responsabilità delle sezioni affidategli e coordina l'attività degli assistenti; risponde del suo operato al primario.

L'aiuto sostituisce il primario in caso di assenza, impedimento o nei casi di urgenza. Tra più aiuti della stessa divisione o dello stesso servizio la sostituzione del primario spetta all'aiuto con maggiori titoli.

L'assistente collabora con il primario e con l'aiuto nei loro compiti; ha la responsabilità dei malati a lui affidati; risponde del suo operato all'aiuto e al primario; provvede direttamente nei casi di urgenza.

In caso di assenza o di impedimento dell'aiuto, le sue funzioni sono esercitate dall'assistente con maggiori titoli o dall'assistente di turno.

Ai fini delle sostituzioni di cui ai commi precedenti, l'amministrazione, all'inizio di ogni anno, formula per ciascuna divisione o servizio e in relazione ai titoli posseduti da ciascun aiuto o assistente, da valutarsi in conformità ai criteri stabiliti dalla legge per i rispettivi concorsi di assunzione, la graduatoria dei predetti sanitari.

La direzione sanitaria, sentiti i primari interessati e il consiglio dei sanitari, assicura la continuità dell'assistenza medica per divisione o gruppi di divisioni affini con la organizzazione di un servizio di guardia e, per casi particolari, di pronta disponibilità adeguata ai bisogni ed alle peculiarità delle prestazioni nonché al tipo ed all'organizzazione dell'ospedale.

Occorre chiedersi se il rapporto tra primario, aiuti ed assistenti sia o meno inquadrabile nell'ambito dell'art. 2049 c.c. con riferimento alla responsabilità aquiliana, e nell'omologa disposizione dell'art. 1228 c.c. rispetto alla responsabilità contrattuale

“In tema di responsabilità del primario ospedaliero per i danni derivanti a neonato da difettosa assistenza nelle varie fasi del parto, se è vero che costui non può essere chiamato a rispondere di ogni evento dannoso che si verifichi in sua assenza nel reparto affidato alla sua responsabilità, non essendo esigibile un controllo continuo ed analitico di tutte le attività terapeutiche che vi si compiono, tuttavia, la "responsabilità del malato" che gli attribuisce l'art. 7 d.P.R. 27 marzo 1969 n. 128, e, in particolare, la pratica sui degenti, prevista dalla stessa norma, degli "interventi diagnostici e terapeutici che ritenga di non affidare ai suoi collaboratori" gli impongono la puntuale conoscenza delle situazioni cliniche che riguardano i degenti, a prescindere dalle modalità della acquisizione di tale conoscenza (con visita diretta o interpello degli altri medici ed operatori sanitari), e la "vigilanza sull'attività del personale sanitario" implica quantomeno che il primario si procuri informazioni precise sulle iniziative intraprese dagli altri medici (o che questi intendono intraprendere) cui il paziente sia stato affidato, ed indipendentemente dalla responsabilità degli stessi, con riguardo a possibili, e non del tutto imprevedibili, eventi che possono intervenire durante la degenza del paziente in relazione alle sue condizioni, allo scopo di adottare i provvedimenti richiesti da eventuali esigenze terapeutiche. In tale quadro, anche la contingente mancanza di un'apparecchiatura necessaria, per quanto non imputabile al primario, non lo esime dal dovere di adottare, o controllare che siano adottati, i possibili accorgimenti sostitutivi, e di informare la paziente del maggior rischio connesso ad un parto che si svolga senza l'ausilio di detto strumento, e ciò anche in assenza, nella legislazione nazionale, di uno standard di riferimento degli strumenti di cui una struttura sanitaria pubblica deve necessariamente disporre. (Nella specie, i giudici di merito, con valutazione ritenuta corretta dalla S.C., avevano posto a carico di un primario della divisione di ostetricia di un ospedale le irreversibili menomazioni a carico del sistema nervoso centrale cagionate ad un neonato a seguito di grave asfissia al momento della nascita, addebitandogli la carenza di controlli, ed in particolare di un monitoraggio continuo - dovuta anche alla indisponibilità di un cardiografo - durante il ricovero della partoriente e durante le varie fasi del parto, colposamente non accelerate in relazione alle particolarità del caso, determinate dalla immaturità del feto ed alla rottura anticipata della membrana)”.

[Cass. Civ. n. 6318 del 16.05.2000]

La giurisprudenza successiva si è uniformata ai principi ora enunciati ...

“Il primario ospedaliero non può essere chiamato a rispondere di ogni evento dannoso che si verifichi, in sua assenza, all'interno del reparto affidato alla sua responsabilità, non essendo dal medesimo esigibile un controllo continuo e analitico di tutte le attività terapeutiche ivi attuate. Tuttavia, il suo dovere di vigilanza sull'attività del personale sanitario implica, quantomeno, che egli si procuri informazioni precise sulle iniziative intraprese (o che stiano per essere intraprese) dagli altri medici, cui il paziente sia stato affidato, ed indipendentemente dalla responsabilità degli stessi, con riguardo a possibili, e non del tutto imprevedibili, eventi che possono intervenire durante la degenza del paziente in relazione alle sue condizioni, allo scopo di adottare i provvedimenti richiesti da eventuali esigenze terapeutiche”.

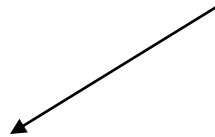
[Cass. Civ. n. 4058 del 25.02.2005]

LA RESPONSABILITA' DELL'EQUIPE CHIRURGICA

Pericolo notevole di fraintendimenti in ordine alla ricostruzione delle responsabilità individuali

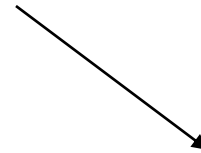


Tendenze interpretative oscillano in due versanti opposti



Rigoristico

Il mancato accertamento di responsabilità individuali comporterebbe la responsabilità solidale di tutto il gruppo



Garantistico

Non può affermarsi la responsabilità collettiva solo perché non è stata acquistata la prova dell'impossibilità individuale

“In materia di colpa professionale di équipe, ogni sanitario è responsabile non solo del rispetto delle regole di diligenza e perizia connesse alle specifiche ed effettive mansioni svolte, ma deve anche conoscere e valutare le attività degli altri componenti dell' équipe , in modo da porre rimedio a eventuali errori posti in essere da altri, purché siano evidenti per un professionista medio, giacché le varie operazioni effettuate convergono verso un unico risultato finale. (Nella specie, la Corte ha condiviso il ragionamento del giudice di merito che aveva ritenuto corresponsabili della morte di una partoriente, avvenuta nel corso di un intervento di parto cesareo, i due anestesisti, cui era stata addebitata l'effettuazione erronea, nel corso dell'anestesia generale, delle manovre di intubazione che avevano determinato l'evento letale; in particolare, evidenziando che anche il secondo doveva ritenersi responsabile, per non essersi avveduto della prima manovra di intubazione eseguita dall'altro, onde aveva provveduto a effettuare altra manovra di intubazione, parimenti erronea, in tal modo partecipando attivamente alle fasi dell'intervento da cui era derivata la morte della paziente)”.

[Cass. Pen. n. 33619 del 12.07.2006]

Corso di Alta formazione in Diritto e
Tecnica delle Assicurazioni.



UNIVERSITÀ
CARLO
CATTANEO

.....
e sono riservati

“In tema di colpa medica, non possono ritenersi esenti da responsabilità i componenti di una ”équipe” operatoria i quali, ad intervento chirurgico eseguito, aderendo ad una prassi che rimetteva esclusivamente al personale infermieristico l’incombenza di provvedere alla ”conta dei ferri”, non si siano curati di verificare che nessuno di detti ferri risultasse mancante e non abbiano quindi potuto rendersi conto che uno di essi (nella specie, una pinza Kelly, scivolata nelle anse intestinali a seguito di accidentale rottura di una delle estremità) era rimasto nel corpo del paziente; fatto, questo, dal quale erano poi derivate complicanze che avevano accelerato la morte del medesimo paziente, già portatore di patologia ad esito presumibilmente infausto”.

[Cass. Pen. n. 39062 del 26.05.2004]

Si è poi esclusa la responsabilità del chirurgooperatore in caso di scioglimento anticipato dell'èquipe ...

“La circostanza dello scioglimento dell'èquipe operatoria, che abbia a verificarsi quando ancora l'intervento deve essere completato da adempimenti di particolare semplicità, esclude l'elemento della colpa per negligenza in capo al medico che ha abbandonato anticipatamente l'èquipe, sempre che non si tratti di intervento operatorio ad alto rischio e l'allontanamento sia giustificato da pressanti ed urgenti necessità professionali”.

[Cass. Pen. n. 22579 del 6.04.2005]

“In tema di colpa medica, nell'attività chirurgica di equipe tutti i soggetti partecipanti sono tenuti a esercitare il controllo sul buon andamento dell'intervento chirurgico e in particolare tutti i soggetti intervenuti all'atto operatorio devono partecipare ai controlli volti a fronteggiare il frequente e grave rischio di lasciare nel corpo del paziente oggetti estranei, conseguendone che non è neppure consentita la delega delle proprie incombenze agli altri componenti, perché ciò vulnererebbe il carattere plurale, integrato, del controllo, che ne accresce l'affidabilità. E ciò vale, in generale, per tutte le fasi dell'intervento chirurgico in cui l'attività di équipe è corale, riguardando quelle fasi dell'intervento chirurgico in cui ognuno esercita e deve esercitare il controllo sul buon andamento dello stesso. Diverso discorso deve farsi, invece, per quelle fasi in cui, distinti nettamente, nell'ambito di un'operazione chirurgica, i ruoli e i compiti di ciascun elemento dell'équipe, dell'errore o dell'omissione ne può rispondere solo il singolo operatore che abbia in quel momento la direzione dell'intervento o che abbia commesso un errore riferibile alla sua specifica competenza medica: l'anestesista, per intendersi, non potrà certo rispondere dell'errore del chirurgo, come questi non risponderà di una inidonea somministrazione di anestetico da parte del primo. (Da queste premesse, relativamente a un addebito di lesioni colpose in danno di un paziente cui, durante un intervento chirurgico, era stata negligenzemente dimenticata nell'addome una pezza laparatomica, è stato rigettato il ricorso presentato dall'aiuto chirurgo, il quale sosteneva che del fatto dovesse rispondere il primario che aveva eseguito personalmente l'atto operatorio)”.

[Cass. Pen. n. 36580 del 18.06.2009]