



RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE/ I criteri giurisprudenziali per risarcire i pazienti

# Viaggio nel gorgo risarcimenti

Analisi-denuncia sulle lesioni patrimoniali ed extrapatrimoniali: è caos

Come viene risarcito oggi il danno patrimoniale? Sul tema, l'indirizzo giurisprudenziale sostanzialmente è analogo a quello di qualche lustro fa. È bene espresso nella costante giurisprudenza della terza sezione della Cassazione: «Nell'ipotesi di liquidazione di danni alla persona che si proiettano con caratteristiche di permanenza nel futuro, il giudice del merito deve necessariamente procedere alla determinazione del quantum debeat per attraverso calcoli di probabilità (...); pertanto, il giudice o ricorrerà puramente e semplicemente al criterio equitativo di cui agli artt. 2056 e 1226 Cc ovvero applicherà le tabelle di capitalizzazione approvate con Rd 9 ottobre 1922, n. 403, ovvero, ancora, contempererà l'uno e l'altro criterio» (Cass. civ., III sez., 9170/1994). Analoghi concetti si leggono in altre sentenze della Cassazione.

Attualmente, nel silenzio della medicina ufficiale e nella carenza di una legislazione che riesca a mettere ordine, sono due i criteri principali seguiti dai giudici di merito per la liquidazione del danno patrimoniale: a) la quantificazione tabellare di cui all'art. 4 della legge 39/1977, un dato normativo che consente di superare ogni incertezza e che si concretizza nella nota formula: «coefficiente ed per guadagno medio annuo per

In Italia si registrano 25mila vertenze l'anno per malpractice. Si prognostica con oggettivi dati alla mano che nei prossimi vent'anni l'80% dei medici subirà almeno una denuncia per malpractice. Perché tutto questo?

Non c'è dubbio che ormai si sia definitivamente rotto il patto sociale fra medico e paziente. Riveste perciò una logica ed essenziale preminenza la «exata complexitas» del risarcimento del danno, sia patrimoniale sia extrapatrimoniale.

Il danno patrimoniale si qualifica quale «danno-conseguenza» e sussiste solo quan-

do si accerti la lesione patrimoniale patita ovvero un pregiudizio futuro in chiave patrimoniale. Il danno di compromissione di reddito, sia che si articoli in inabilità temporanea sia in danno permanente, in tanto esiste, in quanto sussistano, contemporaneamente, due circostanze:

a) una concreta diminuzione del reddito da parte del danneggiato (denuncia patrimoniale), ovvero la possibilità che la lesione patita in futuro importi una diminuzione del reddito rispetto a quello che l'individuo potrebbe produrre senza quella data lesione (danno futuro), ovvero la concreta probabi-

lità che l'evento possa aver frustrato nel danneggiato una probabilità concreta di reddito (danno da perdita di chance).

b) la riduzione della capacità lavorativa specifica.

Il danno patrimoniale si concretizza quindi nella coeva esistenza di due presupposti: la perdita o la riduzione della capacità lavorativa specifica e la conseguente, provata e/o documentata, riduzione del reddito.

pagina a cura di  
Paolo Vinci  
Avvocato

percentuale di diminuita capacità lavorativa specifica diviso cento», al cui risultato, poi, si opera uno scarto: via del 20%; b) il calcolo equitativo.

Per ciò che attiene il danno extrapatrimoniale, particolare attenzione merita la sentenza 184/1986 della Corte costituzionale, la quale, delineando tre grandi voci di danno (il danno biologico, morale e patrimoniale), stravolse l'universo risarcitorio, apportando una vera e propria rivoluzione culturale con la istituzione della nuova figura del «danno biologico» o «danno alla salute».

Nasceva per la prima volta la necessità di distinzione concettuale tra danno biologico e danno patrimoniale. Il primo diventava un danno ineliminabile e sempre risarcibile; non a caso, definito dai giuristi «danno

evento»; il secondo, veniva a essere risarcito, a partire da quel momento, solo se ricorrente in concreto dopo rigorosa prova; veniva perciò definito «danno conseguenza». Ma era un patto estremamente sofferto. Lo stesso danno morale, pur esso «danno evento», era riconosciuto in tutte le ipotesi in cui il fatto lesivo veniva ricondotto a una condanna colposa, al combinato disposto degli artt. 185 Cp e 2059 Cc.

Dottrina e giurisprudenza, tuttavia, spingevano da tempo verso una globale e poliedrica rivisitazione dell'intera materia del danno risarcibile e in particolare modo di quello del danno extrapatrimoniale. In particolare, le sentenze della Cassazione n. 7281-7282-7283 del 12 maggio 2003 riconoscono i danni non patrimoniali anche nelle

ipotesi di «colpa civilisticamente presunta» da cui l'autore del danno non si è liberato, sempreché il fatto, ricorrendo la colpa (provata), sarebbe qualificabile in astratto quale reato. Alcuni giorni dopo, le sentenze n. 8827-8828 del 31 maggio 2003 danno una configurazione all'art. 2059 Cc completamente più ampia riconoscendo la risarcibilità di tutti i danni alla persona non patrimoniali, indipendentemente dalla sussistenza di un reato. Il dogma del combinato disposto degli artt. 2059 Cc e 185 Cp era definitivamente infranto.

Con le sentenze del maggio 2003, la Cassazione in primo luogo aveva imposto una chiara lettura costituzionale all'art. 2059 Cc, il quale comunque usciva sotto certi aspetti infranto, dopo il monito della Consulta, avendo evitato l'abrogazione

da qualche parte auspicata. La Corte, invece, aveva imposto una sua lettura costituzionale che si veniva a estrinsecare mediante una lettura aggiornata che conduce a un contenuto più ampio del danno non patrimoniale che inglobi tutte le varie voci. Si trasmigrava così da una lettura restrittiva a una elastica e più ampia, scevra completamente dalla «condicio sine qua non» del fatto reato. La Consulta, comunque, aveva posto il limite del «rango costituzionale» degli interessi lesi, stroncando sul nascere qualunque speculazione sui piccoli danni (si pensi ai colpi di frusta) e sulle costanti aggressioni delle quali le compagnie di assicurazione sono spettatrici, a volte vittime, a difesa delle quali, come per i medici ingiustamente accusati di malpractice, occorre che con

estrema fermezza ci si attivi e si professi, creando un vero e proprio «fronte del Piave».

La fase giurisprudenziale successiva ai chiaroscuri dell'estate 2003 è stata di assoluta aderenza a quel diktat della Consulta, come se tutti gli organi giudicanti della Penisola, di merito o di legittimità, si fossero posti in devota subiezione di quel rivoluzionario provvedimento (ripeto, un po' supino rispetto alle precedenti pronunce del maggio da parte della Cassazione, queste sì veramente innovative).

La stessa Corte costituzionale, con provvedimenti successivi ha letteralmente blindato il concetto espresso con la sentenza 233/2003. L'intervento autorevole, nazionale, finalmente, il sistema del danno non patrimoniale, riconducendolo a tre specifiche tipologie, uniche e assolute:

- 1) il danno biologico;
- 2) il danno morale soggettivo derivante da reato, consistente nel perturbamento dello stato d'animo sofferto dalla vittima in conseguenza del fatto illecito;
- 3) il danno non patrimoniale quale conseguenza di una lesione di «interessi di rango costituzionale».

Null'altro! Al di fuori di questo, a mio parere si brancola nel buio e riconoscere un altro diritto extrapatrimoniale vuol dire non applicare diritto e men che mai giustizia.

## Pesa l'assenza di una normativa dedicata

# Consenso informato in cerca d'autore

Non diversamente da quanto accade da tempo all'estero, anche in Italia è divenuta affermazione ricorrente - fino a essere accolta dal codice di deontologia medica, sia nella versione del 1995 (art. 31), sia in quella del 1998, ove è sancito che «il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso informato del paziente (...)» (art. 32) - che la legittimità del trattamento medico dipende dal «consenso informato» del paziente.

Potrebbe il «consenso informato» alla base del rapporto tra medico e paziente equivale a rovesciare quella che è stata definita come la concezione «tradizionale» dell'attività medica. Nella nuova prospettiva, infatti, i doveri del medico vengono subordinati ai diritti del paziente, in primis alla sua libertà di autodeterminazione terapeutica, quale aspetto del diritto di ciascuno a disporre dei suoi beni personali e finanche della sua stessa vita. Il «consenso informato» mira cioè a porre al centro dell'attenzione del medico non tanto, o non soltanto, la malattia, ma la persona bisognosa di cure; cosicché, ai doveri di informazione del medico corrisponde oggi la figura del malato partecipe, che può considerare l'informazione come un suo diritto inalienabile.

Si comprende allora che, mentre la subordinazione dell'attività terapeutica alla semplice approvazione dell'assistito mirava a garantire unicamente contro il pericolo, estremo e poco realistico, di terapie

coattivamente imposte dal medico, il requisito del «consenso informato» intende scongiurare altresì che, sospinto dalla necessità di una cura, il paziente accetti il trattamento in assenza di una chiara e consapevole rappresentazione del rapporto tra i possibili costi e gli sperati benefici della terapia.

Come che sia, è noto che in Italia manca una disciplina organica del «consenso informato». In mancanza di una norma specifica dalla quale promani la liceità del consenso all'atto medico, in dottrina sono state elaborate diverse prospettazioni circa la sua natura giuridica: vera e propria causa di giustificazione valida per qualsiasi trattamento sanitario; presupposto-limite necessario per la liceità di un'attività giuridicamente autorizzata; requisito ordinario imprescindibile di liceità che risulta, se non l'elemento scriminante, condizione necessaria per la validità del trattamento.

Acquisito dunque che l'attività medica può ritenersi legittimamente esercitata solo in presenza di un consenso adeguatamente informato del paziente, occorre stabilire quali sono i requisiti di validità del consenso del paziente allo scopo di verificare se e quando esso possa dirsi formato e idoneo a essere recepito. Volendo tentare una rapida elencazione di massima dei requisiti su cui vi è maggiore condivisione, può dirsi che il consenso deve essere:

- facta conclusiva e non è sufficiente se tacito, pur non occorrendo formule sacramentali; è comunque preferibile che avvenga per iscritto, non solo perché in tal modo, in caso di contestazione, il medico è in grado di dimostrare agevolmente la sussistenza del consenso, ma anche perché, verosimilmente, risulterà di maggior semplicità l'apprendimento, da parte del paziente, delle numerose informazioni che il medico è tenuto a fornire;

- personale: essendo espressione di autodeterminazione terapeutica, non appare ammissibile alcuna forma di rappresentanza, cosicché non può che provenire dalla persona che ha la disponibilità giuridica del bene protetto, vale a dire il paziente, nessuna efficacia giuridica potendo essere riconosciuta alla volontà di terzi o degli stessi familiari (tranne che nell'ipotesi di esercizio della tutela o della potestà dei genitori, rispettivamente per il paziente incapace e per il paziente minorenni);

- consapevole: nel momento in cui viene espresso, il paziente deve essere capace di intendere e di volere; sul punto rileva ricordare che in dottrina taluno esprime forti dubbi sulla validità del consenso anche allorché lo stesso risulti formato in presenza di sofferenza acuta;

- libero: deve essere immune da coazione, inganno o errore; e non deve essere contrario all'ordine pubblico e al buon costume; in ogni caso, il consenso non è insindacabile né è traducibile in arbitraria volontà di fare del proprio corpo ciò che si desidera; è, invece, un consenso finalizzato alla preservazione o al recupero della

vita, oltreché del benessere fisico e psichico;

- preventivo: deve precedere l'avvio del trattamento ed è suscettivo di revoca, con la precisazione che, se non vi è dubbio che la revoca sia sempre vincolante quando interviene prima che abbia inizio il trattamento, più problematica appare la validità della revoca che sopraggiunge durante lo svolgimento dello stesso: in quest'ultimo caso, infatti, può accadere che la revoca del consenso, magari dettata dalle sensazioni di dolore procurate dalla terapia, non corrisponda all'intima volontà del paziente e soprattutto determini una situazione di rischio per la sua salute, addirittura maggiore di quella in cui questi versava prima che avesse inizio l'attività medica;

- specifico: deve riferirsi a uno specifico scopo, vale a dire unicamente alla prestazione che viene prospettata al paziente, il che vuol dire, innanzitutto, che un intervento diverso da quello consentito non è legittimo, salvo che nei limiti in cui venga a configurarsi una situazione riconducibile allo stato di necessità.

Il medico deve fornire al paziente tutti gli elementi comparativi che gli permettano di effettuare la scelta: il quantum di informazione doverosa va individuato cioè attraverso un criterio finalistico che esalta la funzione strumentale dell'informazione rispetto alla consapevole autodeterminazione terapeutica. Comunque, af-

finché l'informazione possa dirsi completa è sufficiente che il paziente sia stato messo al corrente di quegli elementi del quadro clinico necessari o anche solo utili per una sua scelta ragionevole; il medico non ha l'obbligo, invece, di assecondare richieste di spiegazione su dati meramente tecnici che, attenendo esclusivamente alle modalità esecutive della terapia, non presentano alcuna incidenza sui fattori di rischio e di successo del trattamento medico.

In conclusione, va sottolineato che la mancanza di uno specifico corpus riferito alla problematica del «consenso informato» rende particolarmente difficoltosa l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio idoneo a bilanciare l'interesse del paziente ad assumere decisioni consapevoli circa la sua salute e l'interesse del medico di non vedersi di fatto sottratta

quell'autonomia decisionale a volte fondamentale nell'esercizio della sua attività, onde evitare la trasformazione di uno strumento di garanzia del malato in un boomerang capace di condizionare l'an e il quomodo dell'attività medica, spesso in pregiudizio proprio di chi di quella tutela dovrebbe beneficiare. Sarebbe, quindi quanto mai opportuno un intervento legislativo che, prevedendo una disciplina ad hoc, sollevi la dottrina e la giurisprudenza dallo sforzo di adattare (la sovente datata e anacronistica) frammentaria normativa vigente in tema di attività medica alle nuove esigenze maturate negli ultimi decenni.

## La dottrina deve «interpretare»

## Ma occorre un corpus organico