

TOMMASO FEOLA • MAURO ARCANGELI • LUIGI TONINO MARSELLA

Fondamenti medico-legali della  
**RESPONSABILITÀ  
PROFESSIONALE**

*Nuovi profili della Legge n. 24 del 17.03.2017:  
disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita,  
nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*



EDIZIONI MINERVA MEDICA

**TOMMASO FEOLA**

*Professore Associato di Medicina Legale i.q.*

**MAURO ARCANGELI**

*Ricamatore di Medicina Legale*

**LUIGI TONINO MARSELLA**

*Professore Associato di Medicina Legale*

ISBN: 978-88-7711-890-5

© 2017 – EDIZIONI MINERVA MEDICA S.p.A. – Corso Bramante 83/85 – 10126 Torino

*Sito Internet:* [www.minervamedica.it](http://www.minervamedica.it) / *e-mail:* [minervamedica@minervamedica.it](mailto:minervamedica@minervamedica.it)

---

I diritti di traduzione, memorizzazione elettronica, riproduzione e adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi microfilm e copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

I contenuti pubblicati nel volume sono di sola responsabilità dell'Autore e non sono garantiti dall'Editore, il quale non è responsabile della precisione o della veridicità di questi contenuti.

# PREFAZIONE

L'accusa di aver cagionato danni o peggio ancora la morte della persona assistita costituisce per qualsiasi Medico, prima ancora che un penoso fardello giudiziario, un momento di profonda sofferenza morale, tanto più penosamente vissuta, quanto più l'accusa venga ritenuta ingiusta. La migliore e più adeguata risposta da parte del professionista, nella malaugurata ipotesi di contenzioso giudiziario, è costituita da una difesa tecnica puntuale circa la condotta censurata e le scelte attuate. Si fa allora evidente, specie in considerazione del generale incremento delle vertenze sulla materia e delle novità legislative, quanto sia necessario, soprattutto oggi, avere dimistichezza con la medicina legale della responsabilità professionale. L'interesse non riguarda solo il medico e l'odontoiatra, ma il personale infermieristico, ostetrico, gli assistenti e i vari tecnici delle diverse branche della medicina e chirurgia. Sotto questo punto di vista sarebbe più corretto parlare di responsabilità sanitaria, ma il volume è soprattutto centrato sulla professionalità medica, dando spazio ai moderni orientamenti giurisprudenziali sulla materia. Sia subito chiaro che l'eventuale insuccesso tecnico della prestazione, di per sé considerato, non deve ritenersi sinonimo di responsabilità. Se le regole dell'Arte vengono puntualmente rispettate, il Medico dovrebbe restare fuori da ogni ipotesi di censura e di colpa. Ancor'oggi purtroppo nella pratica non sempre è così, ma a conferma che questo è l'orientamento giusto, cominciano ad esserci precisi riferimenti normativi<sup>1</sup> oltre che giurisprudenziali. Peraltro, anche nel malaugurato caso di errore, non deve ritenersi scontato che si tratti sempre di un errore colpevole, non scusabile, perciò censurabile e punibile. Non si dimentichi che in medicina una prestazione a rischio

zero non esiste e che in tutti gli studi casistici, anche di chirurghi o clinici famosi, accanto ai numeri che parlano di successi personali, vi sono percentuali di evoluzioni sfavorevoli o mortali.

Si deve riconoscere purtroppo che queste evenienze sono sempre possibili, che il terapeuta ha il dovere di curare bene, al meglio delle sue possibilità, attenendosi alle regole tecniche, ma non rientra nella sua sfera di signoria assicurare al paziente la salvezza dalla morte o la guarigione. Si ricordi a tale proposito l'antico aforisma, tuttora valido, concernente in generale la missione del medico: "Curare spesso, guarire qualche volta, consolare sempre". Sotto tal punto di vista, si capisce che deve ritenersi prudente il comportamento del professionista che eviti di ingenerare, già all'inizio della relazione con l'assistito, attese da parte di quest'ultimo francamente eccessive, specie se alimentate da illusorie speranze o dalla enfaticizzazione mediatica dei progressi della medicina e della tecnologia moderna.

Mantenersi costantemente aderenti alla realtà, alle concrete possibilità d'assistenza e di successo, costituisce per ogni sanitario un dovere che attiene prima di tutto alla sua stessa onestà professionale. Peraltro tanto più forti sono le eventuali aspettative del paziente circa la guarigione o il successo della prestazione, tanto maggiori, nella malaugurata ipotesi di insuccesso, pure incolpevole, saranno le delusioni e le reazioni da parte di chi le subisce.

In merito si è giustamente rilevato che "in una cultura in cui non solo non si accetta la morte, ma neppure se ne fa esperienza, ogni decesso non è mai disgiunto da un'accusa esplicita o da un sospetto implicito nei confronti del medico, a cui si è conferita una *fiducia acritica e illimitata* che

1 V. Legge 8 novembre 2012, n.189 (cosiddetta Legge Balduzzi) e nuovo Ddl sulla responsabilità medica.

sottintende una presunta onnipotenza. Mentre la medicina non è onnipotente, e come ogni scienza sperimentale e non esatta, non può procedere che per prove ed errori”<sup>2</sup>. Anzi proprio l’incessante avanzamento del sapere scientifico porta talora a sovvertire tesi, orientamenti dottrinali e pratici consolidati, ritenuti del tutto corretti e inoppugnabili<sup>3</sup>, magari fino a qualche anno prima, con la conseguenza che talune pratiche, terapie o procedure, nel volgere di poco tempo, potranno essere considerate rischiose se non proprio certamente dannose. Si capisce allora quale importanza abbia per ogni professionista tenersi al passo con i tempi mediante un puntuale costante aggiornamento, osservando criteri di diagnosi e cura in linea con quelli accreditati dalla comunità scientifica. Deve però anche riconoscersi che le conoscenze mediche non appartengono al solo mondo delle scienze esatte: fondate cioè su principi di ordine esclusivamente matematico e deterministico o fisico. Esse sconfinano nel mondo delle scienze soggettive, di ordine psichico ed emotivo, con la conseguenza che talora determinate ‘evidenze’ sfuggono alla precisa traduzione in numeri e cifre, o alla valutazione in termini di mera causalità materiale o fisica. Perciò si è soliti affermare, e a ragione, che la Medicina non è il regno delle certezze e che ogni caso deve essere sempre considerato come caso a sé stante. Già gli antichi sostenevano: *aegroti lex suprema lex esto*, cioè la regola del comportamento deve essere sempre trovata con riferimento al caso concreto e alle specifiche capacità reattive e alla singolare storia dell’assistito<sup>4</sup>. E se questo è vero, si deve convenire che il buon medico non solo deve essere capace di offrire al malato il massimo della sua competenza professionale e della sua abilità tecnica, ma anche il massimo di attenzione, buon senso e capacità di giudizio. Non si dimentichi che il fondamento della responsabilità professionale è la libertà di coscienza, quindi la capacità di scegliere liberamente, perciò consapevolmente, tenendo conto delle concrete necessità del caso e della libera determinazione della persona assistita. Nel contempo a quest’ultima il medico deve essere anche capace di offrire: comprensione, ascolto, vicinanza, rispetto, disponibilità sia pure in un giusto equilibrio fra tempo per il lavoro e tempo per il riposo, scelte desiderate e scelte possibili, soluzioni sicure e altre rischiose, ecc. L’esercizio della Medi-

cina non può né deve risolversi nella mera espressione di cognizioni scientifiche e tecniche generalizzate, valide e applicabili in ogni caso, ma deve essere intesa e praticata come ‘arte’, poiché consiste nel curare o meglio ‘prender-si cura’ dell’assistito, di quell’assistito, considerato nella sua complessità e unicità di persona<sup>5</sup>, nella sua sintesi di desideri e di necessità, di espressioni e di vissuti, nel suo essere singolare e nel contempo centro di relazioni sociali, familiari, parentali, amicali, professionali, lavorative ecc. Il medico deve rispettare la dignità della persona che assiste, cioè il complesso dei valori di cui ciascuno è portatore, con obblighi che vanno dunque ben oltre il rispetto dell’altrui integrità fisica. Nel rapporto con l’assistito il professionista deve fare appello alle proprie capacità di intuito, di empatia, oltre che alle proprie capacità tecniche e critiche, garantendo ad ogni assistito la più scrupolosa tutela degli inalienabili diritti riconosciuti ad ogni individuo dal nostro ordinamento, rispettarne la volontà, la sensibilità, l’emotività, la personalità. È su queste basi che il medico potrà ottenere quella fiducia che è elemento essenziale della relazione di cura e godere di quel rispetto da cui potrà scaturire la compliance dell’altro alle sue prescrizioni. L’esercizio dell’arte deve essere fondato pertanto non solo sulla competenza tecnico-professionale ma sulla autenticità della relazione umana e dialogica con il proprio assistito, sulla cordialità e sul costante assoluto rispetto della altrui persona e del suo proprio sistema di valori. Sulla base di quanto detto si capisce che il dovere di munirsi del preventivo valido consenso da parte dell’assistito, costituisce, a ragione, l’ineludibile punto di partenza di qualsiasi prestazione medica. Questa deve essere in ogni caso fondata sull’incontro, sulla alleanza, la comunicazione, la gentilezza, non sulla burocrazia o sull’imposizione autoritaria o l’arroganza, e nemmeno sulla prevalente intenzione di difendersi da eventuali accuse future (cd. Medicina difensiva), ma sull’adesione a principi morali di onestà, di lealtà, di impegno e di competenza tecnica nella costante puntuale osservanza delle leggi dello Stato, del codice deontologico, dei dettami della propria coscienza e nel rispetto assoluto della vita e della dignità della persona umana.

*Gli Autori*

2 U. Galimberti. Ma davvero in tutti gli episodi di malasanità sono sempre responsabili dottori e ospedali? La Repubblica D., anno 17°, n.786 del 7 aprile 2012, p.218.

3 Basti a tal proposito ricordare a mero titolo d’esempio quanto è avvenuto nel trattamento dell’ulcera gastro-duodenale, dell’infarto miocardico, ecc.

4 A ragione Edmund D. Pellegrino, medico e filosofo della medicina, scrive: “la medicina è in realtà la più umanistica tra le scienze naturali e la più scientifica tra le scienze umane” *Humanism and the Physician*, University of Tennessee Press, Knoxville 1979, 117-129.

5 È evidente che nel presente lavoro si esamineranno esclusivamente i problemi della responsabilità medica, nei diversi ambiti, ma con specifico riferimento a quelli derivanti dalla relazione di diagnosi e cura col proprio assistito. Si ometterà quindi la disamina di fattispecie penali quali la configurabilità dei delitti contro la Pubblica Amministrazione (peculato ex art. 314 c.p., corruzione impropria ex art. 318 c.p., corruzione propria ex art. 319 c.p., abuso d’ufficio ex art. 323 c.p., rivelazione ed utilizzazione di segreti di ufficio ex art. 326 c.p., delitti contro l’Amministrazione della giustizia (omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale ex art. 361 c.p., omissione di referto ex art. 365 c.p. e favoreggiamento personale ex art. 378c.p.), delitti contro la persona (omissione di soccorso ex art. 593 c.p., rivelazione di segreto professionale ex art.622 c.p.), nonché dei delitti di falso documentale (falso ideologico in atto pubblico ex art. 479 c.p. e falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità ex art. 481 c.p.), ecc.

# INDICE

## Capitolo 1

### FACOLTÀ DI CURARE, GOVERNO DELLA SALUTE E PROFESSIONI SANITARIE

1. Rapporto medico-paziente	1
2. Art. 32 della Costituzione	3
3. Carta Europea dei diritti del malato	7
4. Fondamenti della facoltà di curare	8
5. Atto medico	9
6. Discrezionalità del medico nell'esercizio dell'Arte	12
7. Discrezionalità del medico nella giurisprudenza	13
8. Principio di autonomia	13
9. Obiezione di coscienza	14
10. Principio di beneficiabilità	15
11. Principio di non-maleficenza	16
12. Teoria del doppio effetto	17
13. Principio di solidarietà	17
14. Principio di giustizia	17
15. Principio di equità	18
16. Responsabilità professionale: generalità e riferimenti normativi	18
17. Professione di medico-chirurgo	21
18. Qualifiche giuridiche del medico	23
19. Aggiornamento professionale	25
20. Professioni sanitarie	27
21. Esercizio abusivo della professione medica	28
22. Medicine non convenzionali (MNC)	30
23. Caso Di Bella	32
24. Governo della salute e livelli di responsabilità	34

25. SSN e danni da sangue infetto	37
26. Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità	39
27. Centri regionali per la gestione del rischio clinico e la sicurezza delle cure	39
28. Istituzione del garante regionale per il diritto alla salute	40

## Capitolo 2

### CONSENSO DELL'AVENTE DIRITTO E REQUISITI DI VALIDITÀ

1. Consenso informato	41
2. Consenso informato nella Convenzione di Oviedo	42
3. Requisiti per la validità giuridica del consenso	42
4. Consenso e verità dell'informazione	51
5. Diritto di non sapere e di delegare a terzi l'informazione dovuta	52
6. Stato di necessità	53
7. Art. 5 c.c.	54
8. Attività dissuasiva del medico	56
9. Trattamenti sanitari obbligatori a carattere coattivo	56
10. Trattamenti sanitari obbligatori, a carattere non coattivo	58
11. Accertamenti Sanitari Obbligatori nel sistema di sicurezza sociale	60
12. Consenso alle cure e amministrazione di sostegno	60
13. Diritto di rifiutare le cure	62

14. Rifiuto di cure salvavita	64	6. Commissione Parlamentare di inchiesta sugli errori in campo sanitario	104
15. Accanimento terapeutico	66	7. Emersione dell'errore, logica e finalità della "No blame culture"	104
16. Cure palliative e terapia del dolore	68	8. Monitoraggio degli errori	106
17. Prova del consenso	69	9. Errori latenti, errori di sistema	107
18. Due sentenze storiche: Eluana Englaro e Piergiorgio Welby	73	10. Documento FNOMCEO sugli errori medici e di sistema (2007)	109
19. Facoltà di curare del medico nelle scelte di fine vita	78	11. Evitabilità e prevenibilità dell'errore	110

### Capitolo 3

#### CONTENZIOSO MEDICO-PAZIENTE: RAGIONI DELLA CRESCITA

1. Numeri in crescita del contenzioso	80	15. Errori tecnici e EBM ( <i>Evidence Based Medicine</i> )	114
2. Presunzione di onnipotenza della Medicina moderna	81	16. Wise medicine e Choosing Wisely	115
3. Carente conoscenza del codice di deontologia professionale	83	17. Tecnica dei cinque perché	115
4. Burocratizzazione del rapporto medico-assistito e logiche di mercato	84	18. Infallibilità della medicina e <i>criterio ex iuvantibus</i>	116
5. Inadeguatezza del risk management aziendale	86	19. Comunicare l'errore all'assistito	117
6. Ruolo talora negativo dei mass media	87	20. Errore sul consenso	118
7. Cultura del biasimo	88		
8. Sfiducia del cittadino e perdita di autorevolezza del terapeuta	88		
9. Consapevolezza del cittadino dei propri diritti e garanzie costituzionali	88		
10. Attività di sensibilizzazione compiuta dalle associazioni di difesa dei diritti del malato	89		
11. Intolleranza per i costi di attività socialmente utili, ma svolte in modo incongruo	89		
12. Divergenze parallele nella giurisprudenza penale e civile sulla responsabilità medica	90		
13. Salute come bene di consumo	91		
14. Frivolous lawsuit	92		
15. Importanza delle "non technical skill" (NTS)	93		
16. Conclusioni	93		

### Capitolo 4

#### ERRORE PROFESSIONALE

1. Significato e valutazione medico-legale dell'errore	95	15. Evento avverso, errori e incident reporting	135
2. Tipologie di errori	97	16. Scheda di segnalazione spontanea di evento avverso	136
3. Diagnosi clinica e diagnosi autoptica	99	17. Eventi sentinella	139
4. Diagnosi di laboratorio e diagnosi clinica	101	18. Technology management	139
5. Errore di diagnosi e sentenza Cass. Pen. sez. IV n. 13127 del 1° aprile 2016	102	19. Dispositivi medico-chirurgici e rischio clinico	140
		20. Rischio clinico e terapie farmacologiche	142

### Capitolo 5

#### RISCHIO CLINICO

1. Rischio clinico e codice deontologico	119
2. Rischio e stato anteriore dell'assistito	120
3. Triage e tempestività del trattamento	121
4. Norme in materia di gestione del rischio clinico	124
5. Clinical Risk Management	125
6. Piano annuale di Risk Management	127
7. Unità di Risk Management e norme vigenti	128
8. Comitato di valutazione dei sinistri	128
9. Identificazione dei rischi	129
10. Rischio, pericolo, danno	129
11. Rischi endogeni e rischi esogeni	131
12. E.B.M. ( <i>Evidence-Based Medicine</i> ) e gestione del rischio	132
13. Riduzione del rischio clinico: applicazione dei PDT, PDTA e PIC	133
14. Linee guida	133
15. Evento avverso, errori e incident reporting	135
16. Scheda di segnalazione spontanea di evento avverso	136
17. Eventi sentinella	139
18. Technology management	139
19. Dispositivi medico-chirurgici e rischio clinico	140
20. Rischio clinico e terapie farmacologiche	142

21. Governo del rischio e Infezioni nosocomiali	143	11. Dovere di comportarsi con prudenza e censura dell'imprudenza	200
22. Sicurezza delle cure	146	12. Orientamenti giurisprudenziali sull'imprudenza del medico	201
23. Sottovalutazione del rischio operatorio e omicidio colposo	147	13. Dovere di comportarsi con diligenza	202

## Capitolo 6

### RAPPORTO DI CAUSALITÀ MATERIALE

1. Accertamento della responsabilità professionale	149	17. Posizione di garanzia del medico. Doveri di protezione e controllo	210
2. Causalità clinica	150	18. Il rispetto della posizione di garanzia non vale da sé solo a dirimere il problema della colpevolezza	211
3. Causalità giuridico-materiale e art. 40 c.p.	151	19. Posizione di garanzia della struttura sanitaria	212
4. Giudizio controfattuale	153	20. Posizione di garanzia e regole cautelari	213
5. Concorso di cause e art. 41 c.p.	154	21. Regole cautelari: contenuto e obblighi	214
6. Teoria della <i>conditio sine qua non</i>	156	22. Regole cautelari e nesso di rischio	216
7. Teoria della causalità adeguata	156	23. Regole cautelari, prevedibilità ed evitabilità dell'evento	216
8. Teoria della causalità umana	157	24. Posizione di garanzia del medico e diritto del paziente alla autodeterminazione	217
9. Teoria della sussunzione sotto leggi scientifiche	158	25. Errore sul consenso e danno senza colpa	217
10. Teoria probabilistica	160	26. Presunzione di colpa del medico: carente compilazione della cartella clinica	221
11. Teoria dell'aumento del rischio	161		
12. Probabilità logica e certezza processuale	161		
13. Stato anteriore dell'assistito	163		
14. Criteri di giudizio per l'ammissione del nesso causale	164		
15. Orientamenti giurisprudenziali sull'accertamento del nesso di causalità	171		
16. Concorso di cause umane e cause naturali	172		
17. Dottrina della <i>res ipsa loquitur</i>	173		
18. Cartella clinica	174		
19. Fascicolo Sanitario elettronico	177		

## Capitolo 7

### CAUSALITÀ SOGGETTIVA

1. Art. 43 c.p. e causalità soggettiva	179	1. Responsabilità professionale in sede penale e civile	223
2. Colpa generica e colpa specifica	181	2. Reato e fattispecie penale	224
3. Colpa propria e colpa impropria	182	3. Lesione personale volontaria e colposa	225
4. Accertamento e valutazione della colpa medica	182	4. Circostanze aggravanti della lesione personale	228
5. Dovere del medico di comportarsi con perizia e valutazione dell'imperizia	184	5. Ipotesi dolose nella responsabilità professionale del medico	228
6. Orientamenti giurisprudenziali sull'imperizia	185	6. Il nuovo articolo 590-sexies c.p.	229
7. Art. 2236 c.c.	187	7. Lesione personale del consenziente	229
8. Unicità del concetto di colpa professionale e discrezionalità del giudice	189	8. Omicidio preterintenzionale	230
9. Imperizia del medico e decreto Balduzzi: valore delle linee guida	190	9. Morte come conseguenza di altro delitto	231
10. Linee guida e giurisprudenza	192	10. Omicidio del consenziente	231
		11. Suicidio assistito	232
		12. Trattamenti medico-chirurgici nel fine vita: valutazione penalistica e deontologica	232
		13. Art. 610 c.p.: delitto di violenza privata	235
		14. Delitto di omissione di atti d'ufficio	236
		15. Sentenza Massimo	237
		16. Critiche alla sentenza Massimo e Sentenza Barese	238

## Capitolo 8

### RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE PENALE

17. Sentenza Firenzani e recupero orientamento Massimo	240	5. Natura della responsabilità e conseguenze processuali	276
18. Sentenza Volterrani	241	6. Decreto Balduzzi e ritorno alla responsabilità extracontrattuale?	277
19. Sentenza Caneschi	242	7. Critiche al Decreto Balduzzi	278
20. Sentenza Giulini	243	8. Sentenza del Tribunale di Milano, Sezione I civile, n. 9693 del 17 luglio 2014	279
21. Condanna del medico per lesione personale volontaria	244	9. Opposte conclusioni del Tribunale di Milano (sent. 13574/18 novembre 2014) sulla natura della responsabilità (contrattuale) del medico	279
22. Intervento chirurgico in assenza di finalità terapeutica e condanna del medico per omicidio preterintenzionale	245	10. Responsabilità extracontrattuale del medico ospedaliero: nuovi orientamenti della S.C. e del legislatore	280
23. Trattamento arbitrario, ma con evidenza di finalità terapeutica	247	11. Nuove norme sulla responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria	281
24. Farmaci off label e lesione personale colposa	247	12. Pluralità delle parti nel processo civile: norme sul litisconsorzio disposte dalla L. 28.2.2017	282
25. Sentenza Baltrocchi	248	13. Azione risarcitoria per cumulo delle responsabilità	282
26. Sentenza Franzese	250	14. Danno da perdita di prove (danno evidenziale)	283
27. Responsabilità professionale, certezza causale e coerenza logica	252	15. Causalità presunta	284
28. Criterio di alta credibilità logica nell'accertamento del nesso causale	255	16. Prestazione medica, risultato anomalo e inalterazione dello stato anteriore dell'assistito	285
29. Sentenza Montalto	257	17. Obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato	286
30. Dimissione intempestiva e responsabilità penale	259	18. Natura della obbligazione nella chirurgia estetica	288
31. Condotta omissiva, posizione di garanzia e responsabilità	260	19. Natura della obbligazione nella riabilitazione protesica in odontoiatria	290
32. Necessità di individuare il fondamento giuridico della posizione di garanzia del medico	262	20. Causalità soggettiva in responsabilità civile	291
33. Concorrenza della condotta attiva ed omissiva nel giudizio di colpevolezza	263	21. Relazione medico-paziente e principio di correttezza e buona fede	293
34. Condotta omicidiaria del malato di mente, posizione di garanzia e responsabilità penale dello psichiatra	264	22. Art. 1176 c.c. e diligenza qualificata	293
35. Caduta dal letto del paziente, posizione di garanzia e responsabilità penale del personale sanitario	266	23. Art. 2236 c.c.	295
36. Comportamento della vittima e attenuazione (o esclusione) della responsabilità penale del medico	267	24. Prova della speciale difficoltà	296
37. Dies a quo per la proposizione della querela e la prescrizione del reato	269	25. Valutazione della colpa: criterio di giudizio ex ante e non ex post	297

## Capitolo 9

### RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE DEL MEDICO IN SEDE CIVILE

1. Causalità materiale e causalità giuridica	271	26. Rilevanza del giudicato penale nel processo civile	298
2. Causalità materiale in R.C.	271	27. Danni risarcibili	299
3. Art. 1173 c.c., art. 2230 c.c. e natura della responsabilità (contrattuale o extracontrattuale)	273	28. Danno non patrimoniale	300
4. Responsabilità da contatto sociale	275	29. Danno biologico	303
		30. La nuova legge e le modalità del risarcimento: artt. 138 E 139 del codice delle assicurazioni private	306
		31. Danno tanatologico	308



32. Danno da perdita del rapporto parentale e danno da lutto	310	8. Équipe chirurgica a struttura orizzontale: rapporto anestesista-chirurgo	354
33. Danno esistenziale	311	9. Equipe chirurgica a struttura verticale: rapporto chirurgo-subordinato (es. specializzando)	356
34. Danno morale	313	10. Attività medica e attività infermieristica	359
35. Pregiudizio del diritto all'autodeterminazione e risarcimento del danno	314	11. Autonomia, rispetto al Medico, della posizione di garanzia dell'infermiere nei confronti dell'assistito	362
36. Lesione del diritto alla autodeterminazione: ipotesi risarcitorie e riferimenti giurisprudenziali	315	12. Infermiere, attività di triage e colpa	363
37. Errore di diagnosi e risarcibilità del danno non patrimoniale in assenza di danno biologico	317	13. Natura ed evidenza dell'errore nel lavoro di équipe e riflessi sul giudizio di responsabilità	364
38. Danno Patrimoniale	318	14. Dimenticanza di oggetti estranei nel corpo del paziente	364
39. Brevi note sulla incapacità lavorativa specifica	319		
40. Risarcibilità del danno futuro e rendita vitalizia	320		
41. Danno da perdita di chance	321		
42. Danno da perdita di doppia chance	322		
43. Onere della prova	323		
44. Spetta al medico la prova di avere agito secondo regola	325		
45. Responsabilità per esercizio di attività pericolosa	326		
46. Principio della vicinanza della prova	327		
47. Emendabilità e permanenza del danno	328		
48. Concause di lesione, concause di menomazione o di danno	328		
49. Danno iatrogeno	331		
50. Art. 2055 c.c: responsabilità solidale	332		
51. Concorso colposo dell'assistito nel determinismo del danno	333		
52. Danno per nascita indesiderata	334		
53. Prescrizione del diritto al risarcimento del danno	338		
54. Danni lungo-latenti	339		
55. Nota sul ricorso per Cassazione	340		

## Capitolo 10

### ÉQUIPE MEDICA E RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE

1. Il lavoro in équipe	342	1. Malpratica e malasanità	367
2. Ripartizione dei compiti e responsabilità	343	2. Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231 e responsabilità penale delle persone giuridiche	369
3. Posizione di garanzia del professionista	344	3. Attività organizzative aziendali e responsabilità dirigenziali	371
4. Attività primaria: norme e responsabilità	345	4. Ipotesi di responsabilità penale e doveri degli organi di vertice aziendali e degli organi di governo regionale	371
5. Culpa in eligendo e in vigilando, culpa in agendo e culpa in ommittendo	349	5. Doveri del Direttore sanitario	372
6. Principio dell'affidamento	350	6. Responsabilità della struttura per disservizi organizzativi	373
7. Cooperazione nel delitto colposo	352	7. Responsabilità della struttura sanitaria e unità di risk management	374
		8. Responsabilità della struttura per disservizi tecnologici	375
		9. Responsabilità della struttura in sede civile	376
		10. Responsabilità contrattuale dell'ente per fatto degli ausiliari	379
		11. "Obbligo di custodia" e danni da caduta del paziente	379
		12. Omissione di misure igieniche precauzionali e contrasto delle malattie infettive	380
		13. Doveri del medico di fornire informazioni sulla sicurezza delle cure	382
		14. ASL e medico convenzionato	382
		15. Responsabilità della struttura per ritardo delle cure	383
		16. Obblighi di sicurezza e protezione dei pazienti	384
		17. Obbligo di tutelare la privacy dell'assistito	385

## Capitolo 11

### RESPONSABILITÀ DELLA STRUTTURA SANITARIA

18. Diritto di accesso del paziente ai documenti amministrativi	386	10. Notifica ed esecutività del procedimento disciplinare	405
19. Obbligo di trasparenza dei dati	387	11. Sanzioni disciplinari	405
20. Relazione obbligatoria consuntiva sugli eventi avversi e le iniziative di contrasto attuate	387	12. Sospensione ope legis	405
		13. Radiazione dall'Albo	406
		14. Commissione CCEPS	406

## Capitolo 12

### RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA DEL MEDICO E DANNO ERARIALE

1. Definizione	388
2. Costituzione e responsabilità dei dipendenti pubblici	389
3. Responsabilità amministrativa e responsabilità civile	391
4. Corte dei Conti	392
5. Elementi costitutivi della responsabilità amministrativa	393
6. Concetto di colpa grave	394
7. Causalità materiale nel giudizio di responsabilità amministrativo-erariale	396
8. Medico putativo	396
9. Danno risarcibile	397
10. Graduabilità della responsabilità e riduzione dell'addebito	397
11. Obbligo della struttura sanitaria e dell'assicurazione di comunicare al professionista l'inizio del giudizio di responsabilità	398
12. Casi in cui si è riconosciuta l'esistenza di responsabilità per colpa grave	398
13. Stipula di polizze assicurative per la responsabilità civile professionale (R.C.)	399
14. Diritto di rivalsa	399
15. Conseguenze della condanna sulla carriera del professionista	399

## Capitolo 13

### RESPONSABILITÀ DEONTOLOGICA E SANZIONI ORDINISTICHE

1. Responsabilità deontologica	400
2. Adempimenti dell'Ordine	401
3. Giudicato penale e giudizio disciplinare	401
4. Potere sanzionatorio dell'Ordine	402
5. Oggetto del procedimento disciplinare	402
6. Notizia del comportamento antideontologico e iter del procedimento	403
7. Istruttoria preliminare	403
8. Fase dibattimentale	404
9. Camera di Consiglio	404

15. Ipotesi passibili di sanzioni disciplinari nell'esercizio della professione	407
16. Prescrizione dell'azione disciplinare	407

## Capitolo 14

### RESPONSABILITÀ MEDICA: MEDIAZIONE E CONCILIAZIONE DELLA CONTROVERSIA

1. Mediazione e conciliazione	408
2. Tentativo obbligatorio di conciliazione	410
3. Art. 696-bis codice di procedura civile. Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite	410
4. Art. 696 Codice di procedura civile. Accertamento tecnico e ispezione giudiziale	410
5. Attività e disciplina della mediazione	411
6. Organismi di mediazione e mediatori	412
7. Requisiti e compiti del mediatore	412
8. Mediazione delegata dal giudice o 'Mediazione giudiziale'	413
9. Posizione della compagnia assicuratrice del medico nella procedura di mediazione	414
10. Assenza di una delle parti alla procedura di mediazione	414
11. Svolgimento della procedura di mediazione	415
12. Doveri di riservatezza del mediatore e segreto professionale	416
13. Esiti della procedura di mediazione	416
14. Interrogativi del Medico convocato in una procedura di mediazione	416

## Capitolo 15

### PERIZIA E CONSULENZA TECNICA IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE

1. Perizia e CTU	417
2. Definizione e Metodo	418
3. Perizia come mezzo di prova	419
4. Art. 62 del codice deontologico. Attività medico-legale	420
5. Rispetto dei diritti della persona e rispetto delle norme del codice deontologico	421
6. Doveri di soddisfare le esigenze di giustizia	422



6. Art. 6. Responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria	475	14. Art. 14. Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria	481
7. Art. 7. Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria	475	15. Art. 15. Nomina dei consulenti tecnici d'ufficio e dei periti nei giudizi di responsabilità sanitaria	482
8. Art. 8. Tentativo obbligatorio di conciliazione	477	16. Art. 16. Modifiche alla legge 28 dicembre 2015, n. 208, in materia di responsabilità professionale del personale sanitario	483
9. Art. 9. Azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa	477	17. Art. 17. Clausola di salvaguardia	483
10. Art. 10. Obbligo di assicurazione	479	18. Art. 18. Clausola di invarianza finanziaria	484
11. Art. 11. Estensione della garanzia assicurativa	480		
12. Art. 12. Azione diretta del soggetto danneggiato	480	<b>Bibliografia</b>	<b>485</b>
13. Art. 13. Obbligo di comunicazione all'esercente la professione sanitaria del giudizio basato sulla sua responsabilità	481	<b>Indice analitico</b>	<b>499</b>

# FACOLTÀ DI CURARE, GOVERNO DELLA SALUTE E PROFESSIONI SANITARIE

CAP.  
1

## 1. RAPPORTO MEDICO-PAZIENTE

In origine esisteva una **medicina ieratica, magica o “sacerdotale”** (*priestly*): l'uomo non conosceva nulla sul meccanismo delle malattie; il suo destino era rimesso nelle mani della natura o degli dei, e semmai di chi fosse stato in grado di decifrarne i segni. In assenza di cognizioni scientifiche, l'arte del guarire si risolveva nel seguire rituali particolari più che agire secondo regole di conoscenze. I primi medici costituivano una vera e propria casta sacerdotale e nella loro ristretta cerchia si tramandavano i segreti dell'Arte. L'antica medicina egizia è un esempio di medicina sacerdotale. Si deve ad **Ippocrate di Kos** (460-370 a.C.)<sup>1</sup> il merito di avere laicizzato e umanizzato la figura del Medico, raducando l'esercizio dell'Arte su fondamenti razionali ed etici. Si è tramandato nei secoli il famoso Giuramento, che da lui prende il nome, con principi che sono rimasti attuali sino quasi ai nostri giorni: divieto di pratiche abortive; di somministrare farmaci rischiosi o non sufficientemente noti e tanto meno farmaci mortali; rispetto del segreto professionale; onestà del comportamento nel lavoro e nella vita privata;<sup>2</sup> rispetto per i Maestri e i colleghi; disponibilità all'insegnamento e alla trasmissione dell'Arte; beneficiabilità dei trattamenti;<sup>3</sup> rispetto delle proprie competenze<sup>4</sup>, assunzione diretta delle responsabilità nelle scelte terapeutiche operate ecc. “Fa' tutto con calma – scriveva Ippocrate – e con ordine, nascondendo al malato, durante il tuo intervento la maggior parte delle cose. Dà gli ordini oppor-

tuni con gentilezza e dolcezza, distrai la sua attenzione; a volte lo rimprovererai in modo conciso e severo, a volte gli farai coraggio con premura e abilità, senza comunicargli nulla di ciò che gli potrà succedere o del suo stato attuale; infatti molti ricorrono ad altri medici proprio perché è stata loro comunicata prima la diagnosi sullo stato attuale e sul decorso futuro della loro malattia”<sup>5</sup>. Appare chiara l'**etica paternalistica** cui è fortemente improntata l'intera **dottrina ippocratica**. Può sembrare per certi versi strano che mentre il corpo dottrinale, scientifico e tecnologico della Medicina sia profondamente evoluto nel corso dei successivi secoli, non sia invece mutato, per lungo tempo, il modello paternalistico della relazione di cura. Rodrigo de Castro<sup>6</sup>, medico del XVII sec., nel suo trattato *Medicus politicus* (1614) arrivava ad affermare che, come il Sovrano governa lo Stato e Dio governa il mondo, così è il medico a governare il corpo umano. È il medico, scriveva, ad essere padrone del sapere sulla vita, la morte e le malattie, sicché in materia di salute egli decide autonomamente il da farsi, avendo di mira il benessere del paziente; a quest'ultimo non resta altro che obbedire ai suoi precetti. Si può affermare che sino quasi all'epoca moderna il rapporto medico-paziente ha continuato a modellarsi sullo schema paternalistico, di stampo ippocratico, dandosi per scontato che la condotta del terapeuta fosse in ogni caso ispirata alla diligenza del buon padre di famiglia e finalizzata a guarire o migliorare lo stato di salute dell'assistito (**principio di benefienza**), scongiurando il conclamarsi di ulteriori mali

1 Anche Ippocrate era membro della casta degli Asclepiadi (che ripetevano il nome dal mitico Asclepio, dio della medicina).

2 Ἄγνως δὲ καὶ δσως διατηρήσω βίον τὸν ἐμὸν καὶ τέχνην τὴν ἐμήν.: con innocenza e purezza custodirò la mia vita e la mia arte.

3 Ἐς οἰκίας δὲ δόκσας ἂν ἐσίω, ἐσελεύσομαι ἐπ' ὠφέλειη καμινόντων, ἐκτὸς ἐὼν πάσης ἀδικίης ἐκουσίης καὶ φθορίας: In qualsiasi casa andrò, io vi entrerò per il sollievo dei malati, e mi asterrò da ogni offesa e danno volontario.

4 Οὐ τεμέω δὲ οὐδὲ μὴν λιθιῶντας, ἐκχωρήσω δὲ ἐργάτων ἄνδράσι πρήξιος τῆσδε. Non opererò coloro che soffrono del male della pietra, ma mi rivolgerò a coloro che sono esperti di questa attività.

5 Ippocrate. Sulla decenza XVI.

6 Rodrigo de Castro, *Medicus-politicus, sive de officiis medico-politicis tractatus, quatuor distinctus libris: in quibus non solum bonorum medicorum mores ac virtutes exprimuntur, malorum vero fraudes et imposturae deteguntur.*, Hamburg, ex Bibliopolio Frobeniano, 1614.

(principio di non maleficenza). Su questa impostazione, per oltre due millenni, il paziente ha continuato ad essere considerato incapace di decidere e intervenire sulle scelte e possibilità terapeutiche, essendo privo delle conoscenze tecniche specifiche, restando in definitiva in una posizione di evidente inferiorità rispetto al medico. E quest'ultimo decideva al posto del paziente, traendo legittimazione del suo agire dalle leggi dell'arte, dallo stato di necessità e dal cd. "privilegio terapeutico"<sup>7</sup>.

I grandi mutamenti culturali, sociali e giuridici verificatisi soprattutto nel corso del XX secolo, l'incessante progresso tecnico-scientifico nel campo delle scienze biologiche in generale, filosofiche, etiche e la diffusione informatica del sapere hanno finito col modificare profondamente anche il rapporto medico-paziente, determinando il progressivo, sebbene faticoso tramonto del modello paternalistico. Si è gradualmente affermato il principio di autonomia dell'assistito. Specie dopo le prime severe pronunce giurisprudenziali, che sanzionavano con condanne penali talora pesanti (v. caso Massimo nel capitolo sugli aspetti penalistici della responsabilità) il comportamento 'arbitrario' dei Medici, la relazione di cura è stata sempre più improntata al rispetto della decisione e delle volontà dell'assistito, con paletti sempre più marcati per il libero agire del medico. Al posto della sudditanza del paziente, si è iniziato a parlare di **alleanza terapeutica**. Ha acquistato un peso via via crescente il diritto del paziente di essere considerato come soggetto e protagonista della relazione di cura<sup>8</sup>, con il conseguente dovere da parte del medico di rendere preventivamente un'informazione completa, estesa ai rischi della prestazione e a quelli derivanti dalle decisioni dello stesso assistito, veritiera in ogni caso, astenendosi da qualsiasi atto o trattamento non espressamente consentiti. Al modello paternalistico si è sostituito un **modello contrattualistico**, fondato cioè sulla natura contrattuale dell'obbligazione che il medico contrae col suo assistito e sul diritto di quest'ultimo alla libera autodeterminazione. Tuttavia anche il modello contrattualistico ha subito un progressivo declino. In realtà il medico non può mai obbligarsi sul conseguimento del risultato e peraltro la relazione di cura non è mai assimilabile ad un vero e proprio contratto di compravendita e di mero acquisto di beni o servizi sul mercato della salute. Del resto la vita o la salute individuali non sono da considerare merci o beni di consumo che si possono acquistare e garantire secondo rigidi schemi contrattuali e valutazioni mercantili. È entrata in crisi anche la struttura dualistica della relazione di cura. Con l'istituzione del SSN (1988) compete allo Stato e oggi anche alle Regioni l'assetto istituzionale dei servizi e dell'assistenza sanitaria, l'emanazione delle

Leggi che governano l'amministrazione della salute sul territorio, ecc. Importante inoltre è il controllo sulla correttezza di tale amministrazione svolto dalla Magistratura. In definitiva anche la relazione terapeutica è diventata una relazione complessa. "Il medico viene sempre più caricato della responsabilità d'interessi multipli che includono il personale addetto all'organizzazione, gli ospedali, il mondo politico... le compagnie di assicurazione... Il medico, cui si richiede di farsi carico di un'attività che contenga i costi e di assumersi contemporaneamente anche il ruolo di manager, moltiplica i propri compiti mediante relazioni plurime e policentriche"<sup>9</sup>. Per la verità già pochi anni dopo l'istituzione del SSN, è apparsa sempre più chiara la necessità che il bene del paziente, la libertà e disponibilità del medico e l'esercizio concreto dell'arte dovessero in ogni caso fare i conti con i molteplici problemi della settorializzazione della Medicina, delle diverse e complesse esigenze territoriali e dell'organizzazione sociale e dei servizi assistenziali, nonché con altre problematiche, di natura extrasanitaria, soprattutto di ordine economico, che connotano la vita della collettività. Tutto questo ha comportato da parte sia dei medici sia degli assistiti il necessario rispetto di budget di spesa, di tempi d'attesa, di standard assistenziali, di selezione delle prestazioni assistenziali erogabili, di obblighi burocratici, di verifica della qualità dell'assistenza ecc.

Si tratta peraltro di esigenze che i Magistrati della Suprema Corte hanno così sintetizzato in una pronuncia: «il rapporto dell'utente con il S.S.N., nell'ambito del quale trova effettività il diritto alla salute (art. 32 Cost.) [...], viene a connotarsi dei tratti del diritto soggettivo pieno e incondizionato, **ma nei limiti e secondo le modalità prescelte dal legislatore** nell'attuazione della relativa tutela, ben potendo detti limiti e modalità essere conformati **dai condizionamenti che lo stesso legislatore incontra nella distribuzione delle risorse finanziarie disponibili**»<sup>10</sup>. Sia i Medici, sia gli assistiti sono chiamati dunque a tener conto dei problemi inerenti alla cosiddetta "equa allocazione delle risorse disponibili". E per meglio segnalare l'ulteriore evoluzione del modello non più diadico, ma complesso della relazione medico-paziente, taluni hanno parlato testualmente di "**Era della Burocrazia Parsimoniosa**"<sup>11</sup>. La burocratizzazione dell'attività assistenziale e la necessità da parte dei medici di prestare attenzione a finalità extra-cliniche (v. la cd. equa allocazione delle risorse disponibili nella erogazione dell'assistenza) hanno inciso negativamente sugli aspetti personalistici ed umanistici della relazione medico-paziente. L'assistito ha percepito di non essere più l'esclusivo centro di interesse dell'attività del medico, sostituendosi al vecchio comportamento da

7 E. Sgreccia: *Manuale di bioetica. Fondamenti ed etica biomedica*, Vol. I, Vita e pensiero, Milano, 2007, pp. 193 e segg. In pratica, quando vi sono fondati motivi per ritenere che la comunicazione al malato dei rischi connessi ad un trattamento chirurgico, o la rivelazione di una malattia a prognosi infausta, possa provocare reazioni psichiche gravi al paziente, il medico può limitare a suo giudizio l'informazione.

8 Il 1973 è l'anno in cui l'American Medical Association approva il 'Patient's Bill of Rights'.

9 CNB: Scopi, limiti e rischi della medicina. Roma 14 dicembre 2001.

10 Cass. civ. sez. III 27 marzo 2015, sent. n. 6243, (e C. Cost., sentenze n. 309 del 1999, n. 432 del 2005 e n. 251 del 2008).

11 Mark Siegler, consulente del *Center for Clinical Ethics* di Chicago, propose (1985) di suddividere la storia del rapporto medico-paziente in tre fasi. Dopo un primo periodo – durato millenni – denominato "Era del Paternalismo", aveva fatto seguito il secondo periodo, l'"Era dell'Autonomia", di breve durata perché rapidamente sostituito dal terzo periodo, designato come *Age of Bureaucracy*, detta anche *Age of Parsimony*. V. A. Fiori, D. Marchetti, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 2009, pp. 64 ss.



parte di quest'ultimo di stampo paternalistico, quello di tipo burocratico-impiegatizio dell'epoca moderna, con la conseguente anemizzazione della relazione sul piano umano ed emotivo. Tale deterioramento ha concorso a favorire il peggioramento della qualità della relazione medico-paziente, l'accentuarsi della burocratizzazione con il progressivo incremento **del contenzioso** nel caso di mancato conseguimento dei risultati tecnici attesi<sup>12</sup>. La conseguenza di tale stato di cose è stata l'adozione crescente da parte dei medici di strategie di Medicina difensiva con ulteriore aumento della spesa sanitaria globale e il relativo scadimento del fondamento fiduciario della relazione di cura.

**Allo stato attuale** l'alternativa possibile all'inaridirsi del rapporto medico-paziente (con la conseguenza di una visione tecnicistica e settoriale o iperspecialistica della professione), è soprattutto la **riscoperta dei valori umanistici**, degli ideali etici che sono in ogni caso alla radice della scelta di un lavoro così diverso dagli altri, il cui momento centrale resta l'incontro della persona del Medico con la persona malata o sofferente. La relazione terapeutica deve tornare ad essere l'incontro tra una fiducia da un lato (quella del paziente) e di una autentica coscienza professionale dall'altro; l'incontro leale di due persone libere, che tali restano durante tutta la durata del loro rapporto. Detta relazione deve essere fondata sul senso di responsabilità di ambedue i protagonisti, sulla cd. "alleanza terapeutica"<sup>13</sup>, sul rapporto dialogico, sulla disponibilità da parte del medico all'ascolto, sul rispetto puntuale da parte del medesimo degli obblighi in materia di facoltà di curare e consenso, inteso quest'ultimo come momento fondamentale dell'incontro con il paziente<sup>14</sup> e non come fonte di ulteriore appesantimento degli aspetti burocratici della relazione. Si è evidenziato da più parti che la prestazione del Medico non deve limitarsi al "to cure", ma aprirsi al

"to care", cioè prendersi cura<sup>15</sup> dell'assistito<sup>16</sup>. In tal senso si è auspicato il passaggio dalla relazione di cura alla relazione che cura. Torna utile ricordare sull'argomento alcune parole a suo tempo espresse da Karl Jaspers<sup>17</sup> che fanno riferimento in particolare alla dimensione umana della relazione in esame: "Il medico non è né tecnico né un salvatore, bensì... essere umano effimero, che realizza con l'altro, nell'altro e in se stesso la dignità e la libertà proprie di ogni essere umano e le riconosce come norme... Attraverso la relazione personale con i suoi malati, il medico perviene, nella sua sobrietà, all'esperienza umana..."<sup>18</sup>. È in quest'ottica che la perizia tecnica, la prudenza e la diligenza, la relazione empatica e dialogica con l'assistito, la partecipazione vigile del terapeuta alla sorte dell'assistito assumono il valore di qualità principali che il professionista deve mostrare di possedere nell'esercizio dell'Arte<sup>19</sup>. Risulta quindi fondamentale realizzare una buona corrente comunicativa con l'assistito, informarlo e agevolarne la partecipazione autentica sulle scelte tecniche ritenute più adeguate e sulle decisioni da assumere, le terapie da praticare, i rischi da affrontare ecc. Non v'è dubbio che per realizzare quanto detto sono necessari non solo iniziali buoni accordi pattizi, ma in primo luogo lealtà reciproca, buona fede, onestà, disponibilità, confidenza, capacità di comunicare e vicendevole rispetto. Un medico che nella sua attività si attiene a questi principi e alla gentilezza del comportamento verso l'assistito ben difficilmente andrà incontro a problemi di responsabilità professionale.

## 2. ART. 32 DELLA COSTITUZIONE

Questo articolo<sup>20</sup> afferma un principio basilare per la vita della collettività e cioè:

12 Sec. M. Rossetti (v. Quaderno del Massimario su Responsabilità Sanitaria e Tutela della Salute, Ufficio del Massimario, 2011, edito da Corte Suprema di Cassazione) nel passato: il medico era il dominus e operava per conto del paziente per il suo bene secondo scienza e coscienza, senza necessità del preventivo consenso; oggi: il dominus è il paziente, mentre il medico e il Servizio Sanitario Nazionale sono prestatori d'opera e di servizi, di cui egli si serve per tutelare la sua salute.

13 Pellegrino e Thomasma.

14 Un documento ufficiale del Comitato nazionale per la bioetica – "Informazione e consenso all'atto medico", del 1992 – descrive questa transizione con parole molto appropriate e pertinenti al tema della responsabilità: «Il consenso informato, che si traduce in una più ampia partecipazione del paziente alle decisioni che lo riguardano, è sempre più richiesto nelle nostre società. Si ritiene tramontata la stagione del paternalismo medico, in cui il sanitario si sentiva, in virtù del mandato a esplicare nell'esercizio della professione, legittimato a ignorare le scelte e le inclinazioni del paziente e a trasgredirle quando fossero in contrasto con le indicazioni cliniche in senso stretto». La transizione si gioca quindi tra il modello sacrale – rafforzato dalla concezione dell'etica medica liberale – e il modello moderno, dove al paziente spetta un ruolo attivo («partecipazione alle decisioni che lo riguardano», specifica il Comitato nazionale per la bioetica). Il consenso informato è il luogo critico dove si traduce questa nuova modalità di fare medicina pratica.

15 L'art. 3 del vigente codice deontologico afferma al 1° c.: "Doveri del medico sono la tutela della vita, della salute psico-fisica, il trattamento del dolore e il sollievo della sofferenza, nel rispetto della libertà e della dignità della persona, senza discriminazione alcuna, quali che siano le condizioni istituzionali o sociali nelle quali opera".

16 Vale il principio di unicità della persona e quindi di personalizzazione e individualizzazione dell'assistenza.

17 Grande filosofo esistenzialista e psichiatra tedesco del Novecento (1883-1969).

18 Jaspers, K.: *Ein Beispiel: ärztliche Therapie*, in: Jaspers: *Philosophie*, vol. 1, Berlin 1932, Heidelberg 1973, p.121- 129. V. anche: Jaspers K.: *Il medico nell'età della tecnica*. Raffaello Cortina ed., Milano 1991.

19 Scrive I. Marino a proposito del medico statunitense: "Il sistema è perverso. Il rendimento infatti non si valuta su quanti pazienti vengono curati e guariscono, ma sul numero di cartoncini verdi che si consegnano all'amministrazione alla fine del mese. Più numerose saranno le *billing cards* accumulate e più saranno cospicui gli incentivi economici legati allo stipendio, le promozioni, i fondi per la ricerca, ecc. Nessuno si chiede come stanno i pazienti, se sono guariti o se invece sono morti e alla fine chi si interessa di questi "dettagli" sono solo i malati e i loro familiari che, è comprensibile, non sviluppano un senso di empatia con questi medici, bravi ed esperti ma umanamente distanti, e sono pronti invece a denunciarli non appena viene a galla il benché minimo problema". (Marino I.R., *Credere e curare*, Giulio Einaudi Editore, Torino 2005). Quasi una anticipazione di ciò che potrà avvenire anche nel nostro Paese.

20 Ripreso dall'art.1 della Legge 833/1978, istitutiva del SSN: "la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività mediante il Servizio Sanitario Nazionale".

“La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti”<sup>21</sup>.

Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”<sup>22</sup>.

In definitiva il dettato costituzionale comporta obblighi evidenti:

A) anzitutto per lo Stato che in prima persona è onerato della tutela del diritto individuale<sup>23</sup> alla salute, in ogni suo aspetto considerata. L’ampiezza del concetto di salute deve essere adeguatamente compresa. La tutela di cui si parla deve essere globale e non settoriale. Non ha senso parlare distintamente di salute fisica, salute mentale, salute procreativa, salute sessuale, salute dentaria ecc. né solo parlare di salute riferendosi esclusivamente al versante biologico o somatico o solo di cura e non anche di prevenzione o riabilitazione. La tutela costituzionale riguarda il diritto alla salute della persona, intesa nella sua globalità, complessità e unitarietà. Sulla estensività del concetto si è scritto molto: basterà solo accennare a quanto è detto nel Preambolo della Costituzione dell’OMS (1946): “«Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity»”<sup>24</sup>. Si tratta dello stesso concetto poi ribadito nel 1978 ad Alma Ata, capitale del Kazakistan (allora una delle repubbliche dell’Unione Sovietica), quando l’Assemblea dell’Organizzazione Mondiale della Sanità in un documento ormai storico, ha solennemente affermato che “la salute, come stato di **completo benessere fisico, mentale e sociale** e non solo come assenza di malattia o infermità, è un diritto fondamentale dell’uomo e che l’accesso ad un più elevato stato di salute è un obiettivo

sociale di assoluta importanza, di interesse mondiale, che presuppone la partecipazione di numerosi attori socio-economici oltre che di quelli sanitari”<sup>25</sup>. Dette affermazioni sono state poi ribadite nella Carta di Ottawa del 1986 ove è detto che “*per raggiungere uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, un individuo deve essere capace di identificare e realizzare le proprie aspirazioni, soddisfare i propri bisogni, interagire con l’ambiente in modo positivo, pur nel continuo modificarsi della realtà circostante*”. La stessa Corte costituzionale, nell’affermare che il principio della integrale e non limitabile tutela risarcitoria del diritto alla salute riguarda prioritariamente e indefettibilmente il danno biologico in sé considerato, ha ribadito che quest’ultimo va riferito alla integralità dei suoi riflessi pregiudizievole rispetto a tutte le attività, le situazioni e i rapporti in cui la persona esplica se stessa nella propria vita: non soltanto, quindi, con riferimento alla sfera produttiva, ma anche con riferimento alla sfera spirituale, culturale, affettiva, sociale, sportiva e ad ogni altro ambito, al modo in cui il soggetto svolge la sua personalità e cioè a tutte le attività realizzatrici della persona umana nell’ambito della vita di relazione, lavorativa e non lavorativa (v. sentenze Corte Costit. numero 356 e numero 485 del 1991). La stessa Corte Costituzionale ha anche precisato che la tutela di quel diritto non è solo programmatica ma è immediatamente precettiva e il titolare, cioè l’individuo stesso, può pretenderla e farla valere, quando necessario, erga omnes<sup>26</sup>, cioè nei riguardi sia direttamente dello Stato sia di chi lo rappresenta (SSN, ASL, ecc.) sia nello stesso rapporto con Enti privati o con altri cittadini. Ancor’oggi l’ampiezza della tutela di cui all’art. 32 è oggetto di riflessione. Il diritto alla salute è ricompreso infatti tra i cosiddetti “nuovi” diritti della persona<sup>27</sup>,

21 L’onere dell’assistenza è un onere fiscalizzato. L’equità della fiscalizzazione, per quanto gravemente compromessa dai fenomeni di evasione, non deve arrecare pregiudizio alla globalità della tutela di cui è onerato lo Stato. Quando vi è impossibilità assoluta che il soggetto privato affronti con le proprie risorse economiche il costo dell’assistenza, della prevenzione e della riabilitazione, lo Stato ha l’obbligo di intervenire su tutto ciò che è necessario per la tutela del diritto in esame. Negli altri casi lo Stato interviene egualmente, ma è anche giusto che il soggetto partecipi secondo equità (v. il sistema dei ticket) a sostenere le spese del sistema assistenziale. È nell’ottica di garantire l’efficienza del sistema a livello Nazionale che si parla di “equa allocazione delle risorse” fra le varie Regioni, o a livello periferico fra le diverse Aziende, e a livello delle singole Aziende fra i diversi Dipartimenti e unità operative.

22 Legge 13 maggio 1978, n.180: “Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori”. G.U. 16 maggio 1978, n.133 (ripresa pressoché integralmente dalla L.833/78, istitutiva del SSN). Com’è noto la L. è molto precisa nel definire i limiti, le procedure, la revocabilità del trattamento sanitario obbligatorio.

23 Il significato di individuo è ancora più estensivo di quello di ‘cittadino’.

24 V. sito dell’OMS, www.who.int. Per i riferimenti storici e bibliografici v. Burci-Vignes, World Health Organization, The Hague-London-New York, Kluwer Law International, 2004.

25 ‘Alma Ata Declaration on primary health care’ Conferenza Internazionale sull’assistenza sanitaria primaria tenuta il 6-12 settembre 1978 ad Alma Ata. Si tratta di un concetto già espresso sia nella pur famosa definizione formulata dall’OMS nel 1949 all’atto della sua stessa costituzione, sia nel 1948 nella Dichiarazione Universale dei Diritti Umani (Nazioni Unite, 1948) dove all’articolo 25 è affermato: “Ogni persona ha diritto a un adeguato livello di vita che assicuri a lui e alla sua famiglia la salute e il benessere, inclusi il cibo, il vestiario, l’abitazione, l’assistenza medica e i servizi sociali necessari, e il diritto alla sicurezza in caso di disoccupazione, malattia, disabilità, vedovanza e vecchiaia”.

26 V. Corte Cost. sentenza n.184 del 1986. Nella ormai storica sentenza n°88/1979 la Corte ha affermato inoltre che chiunque subisca una lesione del diritto alla salute da parte di terzi (anche nel rapporto tra privati), a prescindere della compromissione della capacità reddituale, patisce un danno che è di per se stesso risarcibile.

27 È certo che per ogni persona la salute non si risolve solo nella sanità del corpo e della mente, concepite nella loro dimensione organica e funzionale (homo biologicus). L’interesse della collettività e dello stesso individuo per la tutela di quel diritto è che la persona possa realizzare appieno le potenzialità che le sono proprie al fine di espandersi liberamente e autenticamente nell’ambito della vita di relazione in genere (homo socius) e lavorativa in particolare (homo faber), nel rispetto delle leggi che regolano la dimensione coesistentiva, contemplate dall’ordinamento giuridico (homo iuridicus), nonché nel rispetto dei dettami morali della propria coscienza (homo dignus). Sull’argomento v. anche Cassano G. (a cura di): Nuovi diritti della persona e risarcimento del danno. Utet, Torino 2003.



con la conseguenza che in generale si perseguono obiettivi di una tutela sempre più completa ed esaustiva del diritto stesso, comprendendovi ovviamente anche la sicurezza delle cure che siano eventualmente necessarie all'individuo per preservarla o recuperarla; la tutela dell'integrità personale, la tutela dell'ambiente di vita e di lavoro, ecc. Ne derivano crescenti oneri e difficoltà per lo Stato che dovrà sostenere le spese necessarie per assicurare ai cittadini la gratuità e la globalità delle prestazioni assistenziali necessarie. Di conseguenza e considerando il solo ambito sanitario, i competenti organi amministrativi sono chiamati ad operare scelte talora difficili e discutibili (vedi sistema dei LEA, dei ticket, decreto appropriatezza<sup>28</sup>, ecc.) dovendo tener conto anche delle esigenze di bilancio dello Stato. Si parla, dunque, giustamente di diritto costituzionale "condizionato", con riferimento appunto alle risorse organizzative e finanziarie effettivamente disponibili, anche se detto bilanciamento non potrebbe mai implicare "una degradazione della tutela primaria assicurata dalla Costituzione a una puramente legislativa" (sent. Corte Cost. n. 455 del 1990).

Per la verità si sono anche avanzate critiche sull'enfaticizzazione e sull'eccessiva estensività del concetto di "salute", che avrebbe come conseguenza non secondaria una eccessiva medicalizzazione dei bisogni individuali. Ogni condizione di benessere incompleto, ogni deficit o intralcio alla realizzazione di quella efficienza ottimale, che dovrebbe garantirsi ad ogni individuo, rischia di percepirsi a livello personale come una condizione di malattia, richiedendo quindi un intervento di tutela della salute individuale, cioè un intervento da parte del SSN e in definitiva del medico<sup>29</sup>. Proprio ai fini di un'equa allocazione delle risorse, lo Stato ha cercato di limitare, con l'utilizzo del sistema dei LEA, dei ticket ecc. e successivamente con il DM 9.12.2015<sup>30</sup> l'incremento oltre misura della spesa sanitaria globale; ha cercato di scoraggiare l'accesso indebito da parte dei cittadini all'uso gratuito dei servizi e delle prestazioni, che talora si traduce in un vero e proprio abuso di farmaci o di esami di laboratorio o strumentali, o nell'accesso a volte non appropriato alle strutture e ai servizi del sistema assistenziale del SSN, ecc. La valorizzazione dei doveri di

solidarietà sociale, nel quadro di una perdurante crisi economica, impone che anche i cittadini svolgano un ruolo attivo, attraverso un uso appropriato delle risorse, nel garantire la generalizzazione e la effettiva realizzazione della tutela del diritto individuale alla salute così solennemente affermata nella nostra Carta costituzionale<sup>31</sup>. Non si dimentichi che si tratta di un diritto la cui tutela deve essere posta allo stesso livello della tutela di altri diritti pure fondamentali come il diritto alla eguaglianza<sup>32</sup>, alla solidarietà, alla dignità, alla sicurezza delle cure ecc.

B) Nella sua seconda parte, lo stesso articolo 32 stabilisce che l'agire dello Stato in materia di tutela della salute individuale, trova un limite insormontabile nella libertà del cittadino, che resta in ogni caso arbitro di qualsiasi decisione riguardi la sua persona fisica: accettarla, rifiutarla, interromperla, ritardarla, modificarla ecc.<sup>33</sup> Dunque, per quanto nell'articolo in esame non si affermi l'obbligo o il dovere dell'individuo a curarsi (fatta eccezione per l'ipotesi di cui alla legge 180/78), è da ritenersi sottinteso che la tutela del diritto alla salute richieda sempre da parte di ciascuno l'esercizio responsabile della propria autonomia e perciò anche della libertà di scegliere il proprio stile di vita, di tenere comportamenti corretti in materia sia di abitudini voluttuarie (v. abitudine al fumo, all'alcol, ecc.), sia in genere di regimi alimentari, di igiene ambientale, di prevenzione e cura delle malattie ecc. All'assunzione di responsabilità da parte dello Stato, del SSN e dei medici nella difesa della salute individuale e collettiva, dovrebbe corrispondere una maggiore coscienza sanitaria da parte degli stessi cittadini, il che richiede una educazione sanitaria più soddisfacente e un'attenzione maggiore per l'assunzione di stili di vita salutari. È indubitabile che ogni individuo, come parte costituiva dello Stato, debba ritenersi egli stesso, non solo diretto beneficiario di quella tutela il cui diritto è garantito dalla Costituzione, ma destinatario, almeno sul piano etico, del medesimo dovere che fa carico allo Stato: cioè fare uso razionale delle risorse disponibili, fare buon uso del sistema assistenziale, prevenire piuttosto che curare, combattere l'abuso di farmaci, evitare di medicalizzare oltre misura i bisogni individuali, ecc. La prima medicina per ogni cittadino dovrebbe essere

28 Decreto ministeriale 9 dicembre 2015 Condizioni di erogabilità e indicazioni di appropriatezza prescrittiva delle prestazioni di assistenza ambulatoriale erogabili nell'ambito del Servizio sanitario nazionale. (GU S.G. n.15 del 20.1.2016).

29 Si ricorda sull'argomento una assai divertente commedia di Jules Romains, andata in scena nel 1923 a Parigi: «Il Trionfo della Medicina», in cui il dottor Knoch, appena nominato medico condotto in un paesino di campagna, affermava: «La popolazione è sana soltanto perché non sa di essere malata».

30 Il DM 9.12.2015 è stato poi abrogato, per le critiche sollevate, dal D.P.C.M. 12 gennaio 2017 "Definizione e aggiornamento dei LEA..." (art. 64, c.2).

31 L'esigenza di uniformità nel godimento del diritto alla tutela della salute impegna lo Stato alla "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" (art.117, comma 2, lett. m), Cost.).

32 Art. 3: "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

33 Limiti alla libertà di fare della propria vita e della propria validità quel che si vuole (art. 13 della Costituzione) possono essere posti solo nella misura in cui ciò sia funzionale al dovere di rispettare il dettato di cui all'art. 5 del c.c. (v.) e alla salvaguardia di prevalenti diritti o ambiti propri dell'autonomia altrui.

quella di evitare stili di vita nocivi, concorrere per la propria parte alla salvaguardia della salubrità ambientale, privilegiare buone abitudini alimentari, ecc. Sia ben chiaro comunque, giova ripeterlo ancora, che nel nostro ordinamento non è previsto un vero e proprio 'dovere' del cittadino di curarsi o di prevenire le malattie, anche se da eventuali inottemperanze dovessero derivare maggiori oneri per lo Stato. Dalla lettura dell'art. 32 Cost. si evince che quello della salute costituisce un diritto di libertà del cittadino e non un obbligo imposto dalla legge, anche se resta inteso che lo Stato, essendo garante di quella tutela, ha anche interesse a far sì che le persone stesse facciano a loro volta buon governo di quel diritto individuale<sup>34</sup>. L'unica ipotesi in cui può ravvisarsi l'obbligo individuale di sottostare ad un trattamento sanitario va individuata nel caso in cui le condizioni cliniche del singolo costituiscono un effettivo pericolo per la salute o la incolumità propria<sup>35</sup> o altrui e più in generale per la salute pubblica. Per il resto ogni individuo è libero di tenere stili di vita propri, purché non illeciti; ha facoltà di esagerare ad libitum con il cibo, con il sesso, di non praticare sport ecc.; è libero di evitare di sottoporsi ad esami a scopi preventivi, di tenersi alla larga da medici e ambulatori, di evitare di praticare una qualunque attività fisica, di evitare di utilizzare a scopo ricreativo o di recupero delle proprie energie il proprio tempo libero; finanche di rifiutare eventuali cure quando siano invece necessarie, o di ricorrere alle cure mediche all'ultimo minuto quando il male è stato lasciato progredire sino agli stadi più gravi. Ad ulteriore dimostrazione che non esiste un dovere istituzionalizzato del cittadino di curarsi, basterà pensare al suicidio, che è il massimo gesto di negazione della vita e della salute, e che però non è contemplato in senso punitivo dal codice penale se non nella forma dell'istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.). Tutti i suaccennati comportamenti possono attuarsi senza sconfinare nell'area della illegittimità, poiché nel nostro Ordinamento la Costituzione garantisce ad ogni individuo: il diritto assoluto alla libertà personale. Ogni persona è libera di vivere, responsabilmente, secondo le proprie scelte e il proprio ordine di valori morali. Resta pertanto inoppugnabile il fatto che in ogni caso, accanto al diritto di ognuno alla salute e quindi di essere curato, esiste un altro diritto di pari valore, che è quello individuale di non essere obbligato a curarsi, cioè il diritto di rifiutare le cure o di astenersene.

Anche tale diritto, espressione della libertà del singolo, merita pieno rispetto da parte di chiunque e soprattutto da parte del medico. E questo vale anche nei casi in cui si tratti di rifiuto di un trattamento salvifico. È evidente che chi rifiuta, si assume anche la

responsabilità delle conseguenze che derivano da quel rifiuto, sempre che il rifiuto sia espresso in modo effettivamente libero e quindi consapevole. Il dovere del medico di considerare invalicabile il rifiuto delle cure da parte dell'assistito è in ogni caso imperativo e trova il suo fondamento in specifiche norme di rango costituzionale (art. 13, 2° comma dell'art. 32 Cost.). E se il cittadino con il suo rifiuto eventuale arreca un danno a se stesso vale l'antico principio secondo il quale: il danno che alcuno si arreca da sé non è danno in senso giuridico. *"Dovrebbe valere però anche il corollario di tale principio per cui «se il danno che Tizio si arreca soltanto da sé non è nullamente danno giuridico, (anche) il danno che egli subisce per propria parziale cagione è danno giuridico solo parzialmente»* (così A. De Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, 3a ed., Milano, 1979, p. 251, corsivi dell'Autore)<sup>36</sup>. Peraltro, se, come s'è detto, rispettare gli obblighi di prevenzione, tenere stili di vita adeguati, praticare attività fisica, sottoporsi a screening diagnostici, o decidere di iniziare tempestivamente determinate cure ecc. non costituiscono comportamenti imposti da norme coercitive, è pur vero che essi rappresentano stili di vita appropriati, cioè regole approvate e condivise dalla collettività. Se l'individuo disattende tali regole e non rispetta ad es. prescrizioni ricevute dal medico può concorrere, anche parzialmente, alla produzione di eventi per sé lesivi o dannosi, pregiudicare l'efficacia delle cure, limitarne i benefici attesi e incidere insomma negativamente sul risultato dei trattamenti. Ne segue che se davvero si vuole dare piena attuazione all'art. 32 della Costituzione, è necessario non solo potenziare il SSN e le istituzioni pubbliche e private deputate ad assicurare la tutela della salute, ma responsabilizzare e incentivare la stessa libera e consapevole partecipazione del singolo cittadino a farsi garante, per ciò che gli può competere, della sua stessa integrità personale e della sua salute.

Dunque ciascuno, nel suo proprio interesse, deve fare la sua parte: occorre che comprenda ad es. che è nel proprio interesse personale sottoporsi a periodici controlli, rispettare le prescrizioni dei medici, non abusare di farmaci, o non assumerli ad libitum e per scopi non terapeutici, osservare abitudini alimentari sane, contrastare condizioni di obesità o di magrezza eccessiva, evitare l'esposizione a fattori nocivi, tutelare la salubrità ambientale, prevenire piuttosto che curare, rispettare gli obblighi vaccinali, preservare l'ambiente di lavoro e di vita da inquinamenti, intervallare il lavoro con adeguati periodi di riposo ecc. Non si tratta solo di obblighi talora imposti da leggi, ma di doveri prima di tutto etici cui ciascuno è tenuto. È anche evidente che spetta al legislatore superare

34 A. Santosuosso: 1948-2008: Il Diritto alla salute alla luce dell'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e dell'art. 32 della Costituzione italiana. In: 1978-2008. Trent'anni di sanità tra bioetica e prassi quotidiana. Atti Convegno 20-22 Nov. 2008 (a cura di Laura Canavacci). Regione Toscana, 2010.

35 V. art. 2 L. 180/78: Accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori per malattia mentale.

36 M. Orlandi, Volenti non fit iniuria (auto-responsabilità e danno), in Riv. dir. civ., 2010, II, p. 339 ss.

la contraddizione dell'ordinamento giuridico che non può da una parte riconoscere all'individuo un diritto (quello alla tutela della salute e all'occorrenza di essere curato), dall'altra consentirgli di sentirsi libero anche di non curarsi, di non rispettare regole cautelari di condotta, scaricando sul sistema assistenziale e sulla responsabilità dei medici le conseguenze dannose o i più elevati rischi di insuccesso che da quella condotta scaturiscono. Vale la pena di ricordare a tal proposito che secondo quanto risulta dal resoconto stenografico della discussione in sede all'Assemblea Costituente circa l'art. 32, la partecipazione attiva da parte di ciascun individuo nella cura della propria salute veniva considerata un fattore decisivo ai fini di garantire la piena tutela del diritto in esame, al punto da prefigurare un vero e proprio "dovere di curarsi"<sup>37</sup>. Tale dovere stava a significare che la vita e la salute di ciascuno costituiscono non solo beni individuali, ma fondamento e premessa necessaria per il benessere della stessa società. "Un giovane padre di famiglia che rifiutasse una cura salvavita, lascerebbe senza sostegno e guida i figli minorenni; il titolare di un'impresa, la cui sussistenza dipende dalle sue capacità imprenditoriali, metterebbe economicamente a repentaglio il lavoro dei suoi dipendenti; un giovane ricercatore su cui l'università avesse fortemente investito in formazione, lascerebbe la società senza il suo prezioso contributo", ecc.<sup>38</sup>. In tal senso la salute veniva intesa dal legislatore costituente non un fatto esclusivamente privato ed individuale, ma interesse della collettività<sup>39</sup>. Da questa considerazione scaturiva in seno all'Assemblea il riferimento al "dovere di curarsi". Di esso però non si trova più riscontro nell'art. 32 della Costituzione, a dimostrazione ulteriore del preminente valore conferito alla libertà personale, cioè al diritto individuale di maturare ed esprimere liberamente, perciò anche consapevolmente e responsabilmente, le proprie scelte, ivi comprese quelle relative alle cure cui sottoporsi o da rifiutare. La non obbligatorietà giuridica del dovere di curarsi testimonia dunque la volontà del legislatore

di non attivare un sistema di controlli, prescrizioni, regole, divieti ecc. invasivi del modo di vivere delle persone e della loro libertà di decidere e operare scelte, secondo un proprio sistema di valori (fermo restando però il disposto di cui all'art.5 c.c., di cui poi si parlerà). La libertà individuale è insopprimibile sempre che non violi o leda la sfera dell'altrui libertà. Ma si dovrà pur sempre tenere nel debito conto, ove si discuta della responsabilità professionale del medico, del maggior impegno e delle eventuali maggiori difficoltà che eventualmente derivino al professionista dall'uso improprio che ciascuno ha fatto o fa della propria libertà di scelta: lo studio dello stato anteriore della persona deve costituire una premessa inderogabile nella definizione conclusiva di eventuali danni subiti dal cittadino. Se nell'art. 32 della Costituzione la connessione tra salute, benessere e autodeterminazione attribuisce alla persona interessata, e a essa soltanto, il potere riguardante il governo della vita, si deve convenire che è la persona stessa che può decidere a quale natura e grado di rischio esporre la propria vita e la propria salute. Di questo occorre tener conto sia nel corso della relazione di cura medico-paziente (diritto del paziente alla autodeterminazione) sia anche nel caso di un eventuale contenzioso: lo stato anteriore e le condizioni di maggior rischio cui l'individuo da se stesso si è esposto in conseguenza delle proprie scelte devono valere a considerare in modo più corretto il grado di effettiva difficoltà della prestazione tecnica, della cui erogazione è onerato il medico.

### 3. CARTA EUROPEA DEI DIRITTI DEL MALATO

La Carta è stata scritta nel 2002 su iniziativa di Active Citizenship Network<sup>40</sup>, in collaborazione con 12 organizzazioni civiche dei Paesi dell'Unione Europea<sup>41</sup>, di cui Cittadinanzattiva<sup>42</sup> per l'Italia. Essa proclama 14 diritti dei pazienti che, nel loro insieme, mirano a garantire un

37 "L'onorevole Merighi propose infatti un emendamento aggiuntivo al primo comma dell'articolo 32, in modo che la declaratoria della salute come interesse della collettività fosse seguita dal dovere dell'individuo di "tutelare la propria sanità fisica, anche per il rispetto della stessa collettività". L'onorevole Tupini osservò che tale principio si poteva considerare implicito nella formula che poi è stata approvata e così l'onorevole Merighi rinunciò all'emendamento" (V. Falzone, F. Palermo, F. Casentino, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Milano 1976, p. 114).

38 V. Fabrizio Turoldo: La sospensione dei trattamenti sanitari in Italia.

<http://www.fondazioneanza.it/em/gb/lasospensionedetrattamentisanitariinitalia.pdf>

39 "interesse della collettività" non significa però collettivizzazione del diritto in questione, che è e resta un inalienabile diritto dell'individuo. Ciascuno di noi ne è dunque pienamente titolare, e il diritto, in quanto attinente ad un bene primario, non può cedere nemmeno all'interesse della collettività. Sicché questa non può neppure imporre coattivamente la tutela al soggetto privato, salvo il caso in cui il soggetto sia incapace di provvedervi e non vi siano altre alternative oppure quando il mancato esercizio comprometta il diritto alla salute altrui. Pertanto l'interesse della collettività si deve intendere come bilanciamento di diritti di pari valore, garantiti dall'ordinamento, che possono entrare in virtuale conflitto tra di loro. In tal senso l'art.32 pone limiti alla attuazione del trattamento obbligatorio, facendo esplicito riferimento al rispetto della persona umana.

40 [www.activecitizenship.net](http://www.activecitizenship.net)

41 Apovita (Portogallo), Cittadinanzattiva (Italia), Confederación de Consumidores y Usuarios (Spagna), Danish Consumer Council (Danimarca), Deutsche Gesellschaft für Versicherte und Patienten e. V. (Germania), Fédération Belge contre le Cancer (Belgio), International Neurotrauma Research Organization (Austria), Irish Patients Association Ltd (Irlanda), KE.P.K.A (Grecia), Nederlandse Patiënten Consumenten Federatie (Paesi Bassi), The Patients Association (Regno Unito), Vereniging Samenwerkende Ouder-en Patiëntenorganisaties (Paesi Bassi).

42 [www.cittadinanzattiva.it](http://www.cittadinanzattiva.it)

“alto livello di protezione della salute umana” (articolo 35 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea) assicurando l’elevata qualità dei servizi erogati dai diversi sistemi sanitari dei Paesi afferenti all’Unione. La specificazione condivisa dei diritti in questione riflette i principi affermati dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, inserita nel Trattato di Lisbona<sup>43</sup>, che sono: **il diritto alla dignità, alla libertà, alla eguaglianza, alla solidarietà, alla cittadinanza, alla giustizia e alla salute.**

I 14 diritti dei pazienti, che sono una specifica proiezione di quelli fondamentali, sono stati così indicati.

1. **Diritto a misure preventive:** ogni individuo ha diritto a servizi appropriati per prevenire la malattia.
2. **Diritto all’accesso:** ogni individuo ha il diritto di accedere ai servizi sanitari che il suo stato di salute richiede. I servizi sanitari devono garantire eguale accesso a ognuno, senza discriminazioni sulla base delle risorse finanziarie, del luogo di residenza, del tipo di malattia o del momento di accesso al servizio.
3. **Diritto all’informazione:** ogni individuo ha il diritto di accedere a tutte le informazioni che riguardano il suo stato di salute, i servizi sanitari e il modo in cui utilizzarli, nonché a tutte quelle informazioni che la ricerca scientifica e l’innovazione tecnologica rendono disponibili.
4. **Diritto al consenso:** ogni individuo ha il diritto di accedere a tutte le informazioni che possono metterlo in grado di partecipare attivamente alle decisioni che riguardano la sua salute. Queste informazioni sono un prerequisito per la validità del consenso, necessario per ogni procedura e trattamento medico, ivi compresa la partecipazione alle sperimentazioni.
5. **Diritto alla libera scelta:** ogni individuo ha il diritto di scegliere liberamente tra differenti procedure ed erogatori di trattamenti sanitari sulla base di informazioni adeguate.
6. **Diritto alla privacy e alla confidenzialità:** ogni individuo ha il diritto alla confidenzialità delle informazioni di carattere personale, incluse quelle che riguardano il suo stato di salute e le possibili procedure diagnostiche o terapeutiche, così come ha diritto alla protezione della sua privacy durante l’attuazione di esami diagnostici, visite specialistiche e trattamenti medico chirurgici in generale.
7. **Diritto al rispetto del tempo:** ogni individuo ha diritto a ricevere i necessari trattamenti sanitari in tempi brevi e predeterminati. Questo diritto si applica a ogni fase del trattamento.
8. **Diritto al rispetto di standard di qualità:** ogni individuo ha il diritto di accedere a servizi sanitari di alta qualità, sulla base della definizione e del rispetto di standard ben precisi.

9. **Diritto alla sicurezza:** ogni individuo ha il diritto di non subire danni derivanti dal cattivo funzionamento dei servizi sanitari o da errori medici e ha il diritto di accedere a servizi e trattamenti sanitari che garantiscano elevati standard di sicurezza.
10. **Diritto all’innovazione:** ogni individuo ha il diritto di accedere a procedure innovative, incluse quelle diagnostiche, in linea con gli standard internazionali e indipendentemente da considerazioni economiche o finanziarie.
11. **Diritto a evitare le sofferenze e il dolore non necessari:** ogni individuo ha il diritto di evitare quanta più sofferenza possibile, in ogni fase della sua malattia.
12. **Diritto a un trattamento personalizzato:** ogni individuo ha il diritto a programmi diagnostici o terapeutici il più possibile adatti alle sue esigenze personali.
13. **Diritto al reclamo:** ogni individuo ha il diritto di reclamare ogni qualvolta abbia subito un maltrattamento o danno e di ricevere una risposta.
14. **Diritto al risarcimento:** ogni individuo ha il diritto di ricevere un risarcimento adeguato, in tempi ragionevolmente brevi, ogni qualvolta abbia subito un danno fisico, morale o psicologico causato dai servizi sanitari.

#### 4. FONDAMENTI DELLA FACOLTÀ DI CURARE

In molti testi di Medicina Legale il capitolo sulla responsabilità medica inizia proprio con una disamina della ‘facoltà di curare’. Il termine facoltà sta a significare la capacità del medico di poter esercitare legittimamente l’arte di curare, la cui fonte di giustificazione primaria sta nell’art.32 della Costituzione. L’attività medica è dunque in radice legittima proprio perché finalizzata alla salvaguardia di un diritto individuale assoluto, garantito dalla Costituzione. Il fondamento di tale legittimità è la beneficenza stessa dell’atto, sia essa potenziale che effettiva. Ma il termine di facoltà non significa affatto ‘diritto’ di esercitare. Il medico non ha diritto di curare: non può vantare alcuna signoria sul corpo dell’assistito. In tal senso facoltà non è equivalente neppure al termine ‘potestà’. E neppure vuol dire dovere di curare, poiché questo sussiste solo a decorrere dal momento in cui il Medico assume nei riguardi dell’assistito una posizione di garanzia<sup>44</sup>, giuridicamente definita, e sempre nei limiti stabiliti dall’ordinamento e dal valido consenso della persona. Prima di quel momento, il dovere di cui si parla è solo potenziale. Una volta che quella posizione viene a crearsi (tutela della salute, ex at. 32 Cost.), se la relazione di cura è priva di questo ponte (cioè del valido consenso dell’assistito), l’intervento eventuale del sanitario diventa arbitrario e

43 Il Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull’Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni è stato approvato il 13 dicembre 2007 ed è stato ratificato in Italia in data 8 agosto 2008 a seguito dell’emanazione della legge di autorizzazione alla ratifica del 2 agosto 2008, n. 130, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 185 dell’8 agosto 2008.

44 Si intende con questa dizione la posizione del medico che consente di ritenere punibili, anche a titolo concorsuale, quei comportamenti di omissione, in violazione dei propri doveri istituzionali verso l’assistito.

se ciononostante viene attuato (dunque, in assenza, o in dissenso o al di fuori dei limiti del consenso prestato o in presenza del rifiuto consapevole della persona assistita), diventa foriero per il medico di conseguenze di ordine penalistico, civilistico, amministrativo e deontologico. La 'facoltà di curare' è parte del più generale argomento della 'liceità o legittimità dell'agire medico' che si estende anche alle attività di prevenzione, diagnosi, riabilitazione, ecc. L'aspetto centrale di tale agire è la relazione, cioè il rapporto diretto del professionista con la persona dell'assistito, cui quella attività è diretta, al fine di preservarne la vita o la salute, quindi il benessere fisico e psichico, o anche per rispondere a questioni di ordine amministrativo o giuridico, ecc. Si capisce che oltre all'aspetto tecnico, il fondamento umanistico dell'arte medica è ineludibile: nessun'altra professione infatti implica il contatto fisico diretto tra persona e persona e l'intervento dell'uno (il medico) sul corpo dell'altro (l'assistito). Quale che sia la branca specialistica esercitata, l'interesse del medico nella sua attività di terapeuta, in definitiva il suo agire: è sempre finalizzato o rivolto alla totalità della persona assistita e alla presa in carico globale dei suoi problemi di salute. È naturale che la prima delle questioni da affrontare per chi svolge questa professione è quella di avere ben chiari i limiti di legittimità del proprio agire; comprendere ciò che è lecito fare o doveroso astenersi dal fare sulla persona dell'assistito. Ogni individuo ha infatti una sua sfera di intangibilità assoluta (fisica, psichica, morale), che non può essere superata da alcuno, se non con il libero consenso della persona stessa (v. art. 50 c.p.) e talora neppure in presenza di questo (v. art. 5 c.c.). Inoltre giova ripetere che la tutela del diritto alla salute (art. 32 Cost.) va di pari passo con quella del diritto di ognuno alla libertà personale. L'art. 13 della Costituzione è perentorio nell'affermare: "La libertà personale è inviolabile", concetto che viene poi ribadito come s'è già visto nel 2° comma dello stesso art. 32. Rispettare tale libertà è per il medico un dovere assoluto, sicché la responsabilità dello stesso verrà in rilievo in tutti quei casi in cui un determinato trattamento sanitario sia stato attuato pregiudicando i diritti di cui si è parlato, e in primo luogo in mancanza del consenso informato, oppure nel caso di consenso viziato o peggio ancora di dissenso o di rifiuto. L'unica eccezione a questa regola è costituita dall'art. 54 c.p. (stato di necessità), che solo può rendere legittima la libera iniziativa del medico, anche in assenza di valido consenso dell'avente diritto. Ma l'art. 54 c.p. stabilisce paletti ben precisi per-

ché il medico possa invocarne l'applicazione. Sia comunque chiaro che nei casi ordinari, il pur valido consenso del paziente non si erge, da sé solo, a fonte unica della liceità dell'atto medico. Ciò significa che il medico non è un esecutore cieco di una qualunque volontà del paziente (si ricordi in merito l'art. 5 c.c.). Vanno sempre rispettati i principi di beneficienza e di non maleficenza, il che presuppone in ogni caso una esatta preventiva definizione delle condizioni di rischio cui la persona assistita è esposta e della effettiva sicurezza delle cure e dei trattamenti che si ha in animo di attuare. E in ogni caso, nel rispetto dei presupposti illustrati, il medico resta libero di agire secondo il proprio giudizio e le proprie convinzioni, potendo, a tutela della propria libertà, utilmente invocare l'obiezione di coscienza<sup>45</sup>.

In definitiva, i fondamenti giuridici della facoltà di curare del medico possono essere così compendati.

1. **Possesso dei requisiti di legge (laurea, abilitazione, iscrizione all'Ordine).**
2. **Rispetto dell'art. 32 nonché degli artt. 2<sup>46</sup>, 3<sup>47</sup> e 13<sup>48</sup> della Cost. (tutela del diritto alla salute, del diritto all'autodeterminazione, alla libertà e alla dignità personale dell'assistito).** Il preventivo consenso alle cure espresso dall'assistito rappresenta, per ciò che concerne la gestione individuale della salute, la modalità di esplicazione dei diritti personalissimi di cui ciascuno è depositario e soprattutto della sua dignità e libertà. In tal senso il valore del consenso va ben oltre quello di rappresentare una causa di giustificazione dell'attività medica (art. 50 c.p.).
3. **Aderenza alle regole di buona pratica clinica (rapporto rischi-benefici<sup>49</sup> ex art. 5 c.c., beneficienza e sicurezza delle cure).**
4. **Rispetto delle norme deontologiche e dei dettami della propria coscienza.**
5. **Osservanza delle leggi, regolamenti, ordini e discipline inerenti l'esercizio dell'Arte.**

## 5. ATTO MEDICO

Si premette che il legislatore non ha ancora emanato alcuna norma che specifichi il fondamento di legittimità, le finalità, i limiti, le modalità di espressione, il significato stesso dell'atto medico. Tenuto conto del documento pubblicato sull'argomento dall'Unione Europea dei

45 V. codice di d.m. artt. 43, 44, 50.

46 Art. 2 Cost.: La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

47 Art. 3 Cost.: "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di religione, di opinioni politiche, personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori, all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese."

48 Art. 13 Cost. La libertà personale è inviolabile... (omissis).

49 L'Art. 4 della Dichiarazione universale sulla bioetica e sui diritti dell'uomo (2005), intitolato "beneficio e rischi" mette in rilievo come nell'applicare e nel far progredire il livello delle conoscenze scientifiche, la pratica medica e le tecnologie ad essa associate dovrebbero in ogni caso tendere alla massimizzazione dei benefici diretti e indiretti per i pazienti e alla minimizzazione di qualsiasi possibile rischio.



**Medici Specialisti** (UEMS 2009<sup>50</sup>), per Atto medico si comprendono “tutte le attività professionali, anche quelle di carattere scientifico, di insegnamento, di formazione, educative, organizzative, oltre che cliniche, chirurgiche e di utilizzo di tecnologie mediche, finalizzate a promuovere la salute, prevenire le malattie, effettuare diagnosi, prescrivere cure terapeutiche o riabilitative (o erogare prestazioni medico-legali) nei confronti di pazienti, individui, gruppi o comunità, nel rispetto delle norme giuridiche, etiche e deontologiche nazionali.” Si capisce quale sia l'importanza ma anche la difficoltà di stabilire i limiti, la portata e la natura di un concetto così complesso come quello in esame. In modo sintetico dovrebbe riservarsi detta definizione solo a quelle attività che possono essere compiute sotto diretta responsabilità del medico abilitato, da lui personalmente eseguite ovvero a quelle realizzate sotto la sua diretta supervisione e/o prescrizione<sup>51</sup> o controllo. In realtà, la definizione prima citata è stata da taluni criticata, per il fatto che “risulta non circoscritta all'atto ma circoscrivente praticamente l'intera attività medica in tutte le sue forme, con il risultato di far corrispondere “atto a medicina”, cioè una nozione ad un universo di nozioni... inoltre il concetto è definito praticamente in modo deontologico cioè tradotto non tanto in un dovere ma in una sorta di diritto, ovvero attraverso delle prerogative e dei poteri. Eppoi è aspecifica... tutte le attività professionali descritte non sono esclusive del medico ma comuni a tante altre professioni; “fornire assistenza diagnostica, terapeutica e riabilitativa” è un'espressione che ricorre in tanti profili professionali non medici. Insomma

la definizione non specifica il genere al quale appartiene l'atto medico.” (Cavicchi<sup>52</sup>). Alcuni Autori preferiscono definire l'atto medico elencando minuziosamente le diverse attività o prestazioni che vi rientrano; altri ancora distinguono fra atto e trattamento o prestazione medica, ma in conclusione non ne specificano i limiti e le finalità. Ferma restando la difficoltà di sintetizzare la complessità del concetto in una definizione concisa<sup>53</sup>, è evidente che in alcuni casi, sapere se una determinata prestazione costituisca un atto medico o non piuttosto un atto di sostegno, di umanità o di soddisfazione di un bisogno fondamentale della persona, o un atto non propriamente medico, può essere importante per valutare la congruità e legittimità di determinati comportamenti, la responsabilità delle eventuali conseguenze dannose e l'ascrivibilità delle stesse. A titolo esemplificativo pensiamo ad esempio al problema della nutrizione artificiale nel caso di pazienti che versino in uno stato vegetativo persistente. Se la nutrizione artificiale, pur essendo un atto indispensabile alla sopravvivenza, viene considerata non una prestazione tecnica (cioè un atto medico) che richieda una particolare competenza tecnica da parte di chi la esegue, ma un mero atto di umanità e di sostentamento, non c'è alcun bisogno che sia necessariamente il medico ad intervenire per continuare a praticarla o meno; se al contrario deve ritenersi un atto medico, sarà solo questo professionista ad assumersi personalmente la responsabilità di cessarla o meno, oppure, sarà suo obbligo munirsi del consenso del rappresentante legale (“l'aveute diritto”) dell'assistito, quando questi sia stato nominato<sup>54</sup> e adeguarsi ad esso. La stessa domanda

50 La prima Risoluzione sull'argomento: Definizione dell'Atto Medico) è stata emanata a conclusione del meeting di Monaco di Baviera dal Consiglio UEMS (Unione europea dei Medici specialisti) il 21-22 Ottobre 2005. La definizione è stata poi modificata dallo stesso Consiglio nei meeting di Budapest il 2-4 Novembre 2006 e di Bruxelles il 25 aprile 2009. Vedi: <https://portale.fnomceo.it/fnomceo/showItem.2puntOT?id=66922>.

51 “The medical act encompasses all the professional actions, e.g.scientific, teaching, training and educational, organisational, clinical and medico-technical steps, performed to promote health and functioning, prevent diseases, provide diagnostic or therapeutic and rehabilitative care to patients, individuals, groups or communities in the framework of the respect of ethical and deontological values. It is the responsibility of, and must always be performed by a registered medical doctor/physician or under his or her direct supervision and/or prescription.” UEMS Council Meetings: Munich on 21 & 22 October 2005; Budapest on 3 & 4 November 2006 and Brussels on 25 April 2009.

52 Cavicchi I. Medicina e sanità: snodi cruciali. Dedalo, Bari 2010 (v. anche: [www.fnomceo.it/fnomceo/downloadFile.dwn?id=77903&version=5](http://www.fnomceo.it/fnomceo/downloadFile.dwn?id=77903&version=5)).

53 Si può ad es. proporre la seguente definizione: Per atto medico si intende una prestazione tecnica, consistente in attività di prevenzione, diagnosi, terapia, riabilitazione medico-legale, avente per fine la difesa della vita e/o della salute individuale e/o collettiva, considerata nei suoi aspetti biologici, clinici, relazionali, sociali e giuridici, che per poter essere erogata richiede da parte di chi la esegue requisiti specifici stabiliti con legge dello Stato, nonché competenza, rispetto del codice deontologico, del proprio Ordine professionale, delle leggi dello Stato e del valido consenso dell'aveute diritto.

54 La tesi sostenuta dal CNB (Comitato Nazionale di Bioetica) nel parere su l'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente (30 settembre 2005) è che sarebbe legittimo imporre i trattamenti di alimentazione e idratazione in quanto non sono atti medici, ma in definitiva trattamenti ordinari (quindi non straordinari) praticabili anche a livello familiare (Nutrire o dissetare è diverso che curare). “Nutrizione e idratazione vanno considerati ‘atti dovuti’ eticamente in quanto indispensabili per garantire le condizioni fisiologiche di base per vivere... Anche quando l'alimentazione e l'idratazione devono essere forniti da altre persone ai pazienti in SVP per via artificiale, ci sono ragionevoli dubbi che tali atti possano essere considerati “atti medici” o “trattamenti medici” in senso proprio” (p. 2)”. La conseguenza immediata di considerare nutrizione e idratazione artificiali non come atti medici consiste nell'impossibilità di paragonare il loro prolungamento all'accanimento terapeutico. E così ancora si afferma: “Nella misura in cui l'organismo ne abbia un obiettivo benefico, nutrizione ed idratazione artificiali costituiscono forme di assistenza ordinaria di base e proporzionata (efficace, non costosa in termini economici, di agevole accesso e praticabilità, non richiedendo macchinari sofisticati ed essendo, in genere, ben tollerata). La sospensione di tali pratiche va valutata non come la doverosa interruzione di un accanimento terapeutico, ma piuttosto come una forma, da un punto di vista umano e simbolico particolarmente crudele, di “abbandono” del malato” (p. 3). In altri casi è invece evidente che l'alimentazione e l'idratazione, necessarie, al fine di preservare la vita, quando i pazienti hanno perso il riflesso della deglutizione, possono essere attuate solo mediante procedure cliniche che debbono ritenersi invasive (sondino nasogastrico; infusione endovenosa di liquidi). Una volta che queste procedure acquistano il significato di trattamento terapeutico, il medico è giuridicamente obbligato a rispettare il consenso dell'aveute diritto. In pratica come le persone possono rifiutare interventi potenzialmente salvavita quali la chemioterapia o la radioterapia nel caso del cancro, oppure le trasfusioni di sangue ecc., così possono rifiutare la nutrizione e la idratazione artificiali. Il valido rifiuto della persona assistita al trattamento medico e alla sua continuazione è invalicabile.