

MASS – MEDIA ALL'ATTACCO: MEDICI IN DIFESA

a cura degli avvocati Paolo Vinci e Salvatore Cataldo

Il codice di Hammurabi (Babilonia 1792-1750 a.C.) definiva *“il medico un sacerdote che doveva scacciare l'uno o l'altro dei sette demoni delle malattie”*; il chirurgo, invece, era un artigiano la cui perizia era finalizzata a ripristinare la situazione del soggetto leso mediante un intervento, appunto di chirurgia; con la conseguenza che il mancato raggiungimento dell'obbiettivo produceva una pena: il taglio delle mani, se il paziente era un uomo libero, una sanzione più lieve, se schiavo.

Dall'epoca di Hammurabi ad oggi la medicina ha fatto passi da gigante e lo scenario si è totalmente modificato. Negli ultimi dieci anni, l'aumento dei casi di responsabilità medica è cresciuto a dismisura, provocando il triplicarsi di controversie giudiziarie. Molteplici sono le cause del fenomeno, non ancora ben identificato da un'analisi di studio progettuale, ma alcuni fattori scatenanti il fenomeno si sono già delineati: l'aumento delle patologie curate dai sanitari, oggi anche le più gravi e quindi l'evoluzione dei mezzi di cura e diagnosi; l'attività di sensibilizzazione costante delle associazioni a difesa dei diritti del malato; la maggiore presa di coscienza dei propri diritti da parte del cittadino; l'allungamento della vita media dell'uomo; la pressione dei

mass – media; la stessa evoluzione del concetto e delle funzioni della responsabilità civile.

Occorre, poi, porre l'accento sull'istinto predatorio, poco apprezzabile sul piano morale e deontologico, di molti addetti ai lavori, che, in presenza di enti e compagnie assicurative tenute a risarcire ed in grado di soddisfare esigenze economiche, incardinano giudizi civili spesso infondati, quasi sempre dal *petitum* lievitato in modo esponenziale.

In particolare, tra le predette cause quella che crea il maggiore danno al medico, accusato ingiustamente, è la pressione dei *mass-media*: l'essere dato in pasto ai mezzi di comunicazione porta ad una perdita economica, maggiormente determinata dai minori introiti che lo stesso medico andrà a percepire nel lungo periodo in cui resterà in *osservazione*. E la durata dei processi penali e civili in Italia è un dato che non necessita di essere particolarmente pubblicizzato, in quanto noto anche ai non addetti ai lavori. In questo senso la Corte di Giustizia Europea *docet*, avendo in passato sistematicamente condannato lo Stato Italiano per la lungaggine dei suoi processi.

Se il medico, poi, è persona particolarmente sensibile o, in qualche caso, non è soggetto caratterialmente forte, non in grado di affrontare la perdita di credibilità sociale, può divenire vittima di particolari patologie fisiopsichiche che segneranno l'ulteriore corso della sua esistenza.

Gli obblighi che il medico deve assolutamente rispettare per difendersi da questo stato di fatto sono due: il primo, è quello di informare il paziente in modo chiaro ed esaustivo sulla natura e sui rischi dell'intervento; il secondo, è quello di eseguire una prestazione professionalmente corretta e diligente.

In riferimento all'obbligo di informazione, il fondamento normativo dello stesso si ritrova non solo nella Carta Costituzionale agli artt. 13 e 32, ma anche in numerose disposizioni normative, tra le quali l'art. 4 L. 26.6.67 n. 458 (trapianto del rene tra viventi), l'art. 14 L. 22.5.78 n. 194 (interruzione volontaria della gravidanza), art. 33 1[^] e 5[^] c. L. 23.12.78 n. 833 (istituzione del Servizio Sanitario Nazionale), art. 2 L. 14.4.82 n. 164 (rettificazione in materia di attribuzione di sesso) e più recentemente nell'art. 5, 3[^] e 4[^] c. L. 5.6.90 n. 135 (prevenzione e lotta contro l'AIDS) e artt. 29 e 34 Codice Deontologico della Federazione Nazionale dell'Ordine dei Medici e degli Odontoiatri approvato il 25.6.95 ed altre.

L'obbligo per il medico di informare il paziente preesiste alla conclusione del contratto di formazione d'opera professionale, trovando il proprio "*archè*" sia nella norma costituzionale sia nella legge ordinaria. L'informazione che il medico deve fornire al paziente deve contenere la natura e la portata dell'intervento, i rischi dello stesso, la percentuale verosimile di successo. In concreto, il paziente deve essere messo in condizioni di valutare i rischi prevedibili (quelli imprevedibili non hanno alcun rilievo, secondo l'antico principio giuridico del *quo plerumque accidit*) e le alternative praticabili.

La violazione dell'obbligo di completa informazione espone il medico a responsabilità, nell'eventualità di insuccesso dell'intervento. Vi sono casi nei quali il dovere di informazione in capo al professionista è più ampio, in quanto l'informazione deve essere più esaustiva, costante e completa (si pensi al chirurgo estetico).

Dopo aver correttamente informato il paziente, il medico deve ottemperare al secondo obbligo, quello di eseguire una prestazione professionalmente corretta e diligente. Esso si estrinseca nel rispetto scrupoloso e zelante delle regole di buona pratica sanitaria, nel compimento di qualunque attività anche ulteriore e non prevista necessaria al conseguimento del risultato e, non ultimo, in un aggiornamento costante per garantire al paziente un trattamento moderno e sicuro. Il medico è colposamente inadempiente quando spende una condotta imprudente, imperita e negligente, ovvero non osserva leggi, regolamenti, ordini o disciplina. Sebbene la responsabilità per colpa venga mitigata dall'art. 2236 c.c. (*“se la prestazione implica problemi tecnici di particolare gravità, il medico non risponde dei danni se non per dolo o colpa grave”*), la giurisprudenza di legittimità ha affermato che detta fattispecie non opera in tutte le ipotesi di colpa professionale, ma solo in quelle di colpa consistita in imperizia; allorché la cattiva riuscita della prestazione è dovuta, invece, ad imprudenza o negligenza, la ciambella di salvataggio dell'art. 2236 c.c. non opera ed il medico risponderà anche solo per colpa lieve. In sostanza, il professionista chiamato a risolvere un caso di particolare complessità è

responsabile solo per dolo o colpa grave; se l'intervento invece non è particolarmente difficile risponde secondo i canoni tipologici più lievi della colpa.

L'onere della discolta del sanitario è più ardua in sede contrattuale che in sede extracontrattuale, in quanto nel primo profilo egli deve dimostrare che l'inadempimento della prestazione sanitaria non è a lui imputabile (art. 1218 c.c.), ma a fattori imprevedibili ed inevitabili; in carenza delle prove di difesa la colpa sarà presunta, basta che il paziente dimostri che il contratto esiste e il suo legale potrà chiedere la risposta in solido dell'operatore e della struttura in cui egli opera. L'onere della prova si inverte in sede extracontrattuale in sfavore del paziente in quanto se questi ha subito un danno prima, durante e dopo un trattamento medico deve supportare con più rigosità le sue accuse e identificare i momenti, i modi e le cause precise dell'errore contestato.

Informato correttamente il cliente ed eseguito diligentemente l'intervento, il medico ha adempiuto alle obbligazioni che informano il contratto di prestazione d'opera professionale e che lo mettono al riparo da qualsiasi eventuale richiesta risarcitoria, eccetto che per un caso: allorquando ha garantito al paziente il conseguimento di un determinato risultato (si pensi alla chirurgia estetica e, sotto certi profili, anche agli interventi nell'ambito della medicina sportiva).

La più recente dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che in capo al chirurgo estetico esista sia un'obbligazione di mezzi che di risultato in costanza sia di

operazione a scopo terapeutico che a scopo voluttuario. La gradualità della colpa, infatti, non può assumere una valenza diversa secondo la finalità dell'intervento e se il professionista garantisce un risultato, questo deve essere raggiunto affinché l'operazione sia definita congrua.

Da queste brevi considerazioni sulla materia, emerge, naturale, una riflessione: la responsabilità professionale del medico è contrattuale o aquiliana?

Si risponde in via contrattuale, ex art. 1218 c.c., in caso di inadempimento della prestazione, si risponde in via extracontrattuale, ex art. 2043 c.c., qualora alla base non vi sia alcun rapporto contrattuale e l'obbligazione sorge in conseguenza della inosservanza del divieto del *neminem laedere*.

Se il rapporto giuridico tra il medico libero professionista che opera nel suo studio privato e il suo assistito è indiscutibilmente di natura contrattuale, non altrettanto acclarato è il rapporto tra medico ospedaliero o dipendente e paziente.

Un consolidato orientamento della Corte di Cassazione inquadra la responsabilità dell'ente ospedaliero e del medico-dipendente nell'ambito della responsabilità contrattuale.

In particolare, con una recentissima sentenza, n. 8826 del 13.04.2007, la Suprema Corte, sez. III, ha affermato che *“L'accettazione del paziente in una struttura (pubblica o privata) deputata a fornire assistenza sanitaria-ospedaliera, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto (v. Cassazione, 22390/06; Cassazione,*

12362/06; Cassazione, 9085/06; Cassazione, 1698/06) di prestazione d'opera atipico di ospedalità, essendo essa tenuta ad una prestazione complessa che non si esaurisce nella prestazione delle cure mediche e di quelle chirurgiche (generali e specialistiche) già prescritte dall'articolo 2 legge 132/68, ma si estende ad una serie di altre prestazioni, quali la messa a disposizione di personale medico ausiliario e di personale paramedico, di medicinali, e di tutte le attrezzature tecniche necessarie, nonché di quelle lato sensu alberghiere .

Ne consegue, a tale stregua, che **la responsabilità dell'ente ospedaliero ha natura contrattuale sia in relazione a propri fatti d'inadempimento (ad es., in ragione della carente o inefficiente organizzazione relativa alle attrezzature o alla messa a disposizione di medicinali o del personale medico ausiliario e paramedico, o alle prestazioni di carattere alberghiero) sia per quanto concerne il comportamento in particolare dei medici dipendenti**, trovando nel caso applicazione la regola posta dall'articolo 1228 c.c., secondo cui il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro (v. Cassazione, 12362/06).

Responsabilità per fatto dell'ausiliario o preposto che in realtà prescinde dalla sussistenza di un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato del medico con la struttura (pubblica o privata) sanitaria, essendo irrilevante la natura del rapporto tra i medesimi sussistente ai fini considerati, laddove

fondamentale rilevanza assume viceversa la circostanza che dell'opera del terzo il debitore originario comunque si avvalga nell'attuazione del rapporto obbligatorio.

...(omissis) La natura contrattuale della responsabilità del medico dipendente dell'ente ospedaliero verso il paziente è da questa Corte con consolidato orientamento fondata sul contatto sociale instaurantesi tra quest'ultimo ed il medico chiamato ad adempiere nei suoi confronti la prestazione dal medesimo convenuta con la struttura sanitaria (v. Cassazione, 9085/06; Cassazione, 1698/06; Cassazione, 19564/04).

Al riguardo, vale precisare, non si tratta di contatto sociale dal quale insorge, secondo quanto prospettato da una parte della dottrina, una obbligazione senza prestazione.

Nel contatto sociale è infatti da ravvisarsi la fonte di un rapporto che quanto al contenuto non ha ad oggetto la "protezione" del paziente bensì una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all'esercizio della propria attività nell'ambito dell'ente con il quale il paziente ha stipulato il contratto, ad essa ricollegando obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi emersi o esposti a pericolo in occasione del detto "contatto", e in ragione della prestazione medica conseguentemente da eseguirsi".

Per quanto concerne la questione del *quantum debeatur*, il Giudice deve considerare nella valutazione del danno che alcune nefaste conseguenze sono il frutto (amaro!) di precise scelte amministrative, in base alle quali la struttura sanitaria impone all'operatore

sanitario incombenze di ordine materiale notevolmente gravose e ripetute nel tempo o turni pesanti di lavoro.

In ipotesi di questo tipo ricorrono le condizioni previste dagli articoli 52, comma 2, del R.D. n. 1214 del 1934 e 83 del R.D. n. 2440 del 1923 per la riduzione dello addebito.

Milano - Viareggio, 22 settembre 2007

Avv. Paolo Vinci

Avv. Salvatore Cataldo