

## LA RESPONSABILITA' PROFESSIONALE MEDICA

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. Altrettanto il diritto e sotto certi aspetti, la civiltà. Non esistono, per fortuna più gli schiavi e non si configura più una pena corporale per il medico che sbaglia, pur restando sostanzialmente inalterato il concetto di responsabilità, graduato, però, a seconda di molteplici circostanze e di fattispecie medico-giuridiche.

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; non ultimi, la stessa evoluzione del concetto e delle funzioni della responsabilità civile e, purtroppo, anche l'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.

Con il sintagma “*responsabilità medica*” si intende quell'aspetto di tutela della salute del cittadino in relazione ai rischi che lo stesso corre allorché si sottopone ad un trattamento sanitario, intendendosi per tale qualunque attività volta a prevenire e curare il suo stato di malattia.

Le varie “*chiose*” sul tema da parte di Giurisprudenza e Dottrina permettono di stigmatizzare l'istituto in esame in modo esauriente e completo riconducendolo al rapporto medico - paziente. In effetti tutta la casistica giurisprudenziale ruota attorno a questo rapporto.

Gli obblighi fondamentali a carico del medico sono due: 1) Il primo, è quello di informare il paziente in modo chiaro ed esaustivo sulla natura e sui rischi dell'intervento; 2) il secondo, è

quello di eseguire una prestazione professionalmente corretta e diligente.

1) In riferimento all'obbligo di informazione, l'evoluzione giurisprudenziale si è significativamente modificata negli ultimi decenni veicolando da un principio normativo che ancorava la responsabilità medica all'esistenza del reato di lesioni personali a quello attuale che non prescinde dal dovere di informazione e che dalla violazione di questo fa discendere, a cascata, tutta una serie di responsabilità in capo al professionista.

Il fondamento normativo dell'obbligo di informazione lo si ancora 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<sup>a</sup> e 5<sup>a</sup> 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<sup>a</sup> e 4<sup>a</sup> 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. In tal senso, la Corte di Cassazione è stata chiarissima con una sentenza – modello, poi confermata da tutte le pronunzie successive: **la n. 10014 della III Sezione Civile Suprema Corte, di data 25.11.94:**

«Nel contratto di prestazione d'opera intellettuale tra il chirurgo ed il paziente, il professionista anche quando l'oggetto della sua prestazione sia solo di mezzi, e non di risultato, ha il dovere di informare il paziente sulla natura dell'intervento, sulla portata ed estensione dei suoi risultati e sulle possibilità e probabilità dei risultati conseguibili, sia perchè violerebbe, in mancanza, il dovere di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.) sia perchè tale informazione è condizione indispensabile per la validità del consenso, che deve essere consapevole, al trattamento terapeutico e chirurgico, senza del quale l'intervento sarebbe impedito al chirurgo tanto dall'art. 32 comma 2 della Costituzione, a norma del quale nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge, quanto dall'art. 13 cost., che garantisce l'inviolabilità della libertà personale con riferimento anche alla libertà di salvaguardia della propria salute e della propria integrità fisica, e dall'art. 33 della l. 23 dicembre 1978 n. 833, che esclude la possibilità di accertamenti e di trattamenti sanitari contro la volontà del paziente se questo è in grado di prestarlo e non ricorrono i presupposti dello stato di necessità (art. 54 c.p.)».

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, il quale è tenuto non già all'informazione preliminare ed una tantum, ma ad un costante aggiornamento della situazione, estrinsecandosi, molto spesso la tipologia delle sue operazioni in varie fasi, molto spesso cronologicamente distanti l'una dall'altra. Anche qui la **Suprema Corte** è stata esaustiva con la **sentenza n. 364 del 15.1.97**:

Nell'ambito degli interventi chirurgici condotti in "equipe", il medico non può intervenire senza il consenso informato del paziente, e, se le singole fasi assumono un'autonomia gestionale e presentano varie soluzioni alternative, ognuna delle quali comporta rischi diversi, il suo dovere di informazione si estende anche alle singole fasi e ai rispettivi rischi.

Il consenso, per essere valido ed efficace, deve essere prestato da persona capace o se minore od interdetto dal suo legittimo rappresentante legale; deve essere immune da vizi quali errore, dolo o violenza e, preferibilmente, deve essere estrinsecato con la forma scritta e se mancante, anche oralmente, ovvero tacitamente, nel senso di comportamenti da assumere la caratteristica della concludenza.

L'onere della prova del mancato assolvimento dell'obbligo di informazione completa ricade sul paziente. Chiarissima la **Suprema Corte** in tal senso con la **sentenza n. 10014 del 25.11.94**:

"Incombe sul paziente, che agisca in giudizio per ottenere l'affermazione di responsabilità del chirurgo estetico, l'onere della prova del mancato assolvimento del dovere di informazione da parte del professionista, ovvero che oggetto del contratto sia un determinato risultato".

2) Assolto correttamente l'obbligo di informazione, il medico deve ottemperare al secondo obbligo, quello di eseguire una prestazione professionalmente corretta e diligente. Detto obbligo si estrinseca nel rispetto scrupoloso e zelante delle regole di buona pratica sanitaria, di compiere qualunque attività anche ulteriore e non prevista necessaria al conseguimento del risultato e, non ultimo, di aggiornarsi costantemente 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 Corte 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; allorquando 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. Una pronunzia della **Suprema Corte Sezione II Penale** su tutte, quella emanata in data **23.08.94** che così recita:

"In materia di colpa professionale del medico quando l'evento venga addebitato a titolo di imperizia, la valutazione del giudice deve essere particolarmente larga nel ristretto ambito della colpa grave mentre se l'addebito si concreta in una condotta imprudente o negligente la valutazione del giudice deve essere effettuata nell'ambito della colpa lieve per la omissione della più comune diligenza rapportata al grado medio di cultura e capacità professionale, secondo i criteri normali e di comune applicazione, valevoli per qualsiasi condotta colposa"

Tutte le pronunzie in materia successive seguono pedissequamente questo indirizzo. Allineata la più recente e ormai cardine **sentenza n. 5945 della III Sezione Civile della Corte di Cassazione di data 10.5.00**:

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

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.

Quindi, se l'intervento è semplice, la non riuscita pone a carico del medico una responsabilità presunta in re ipsa e, se lo stesso spera di andare assolto, deve provare che l'insuccesso va ascritto a complicazioni imprevedibili insorte; se l'intervento è complesso la sua non riuscita non è sufficiente ad assurgere a responsabilità perché, in questo caso, il medico non è responsabile se prova che l'intervento era complesso, mentre il paziente se vuole ottenere la condanna del professionista deve provare che nonostante la complessità dell'intervento, l'insuccesso è ascrivibile esclusivamente ad imprudenza o negligenza del medico. Anche qui una pronunzia

completa della **Cass. Civ. Sez. III, la n. 5005 del 30.5.96:**

In materia di responsabilità professionale del medico - chirurgo, una volta provato dal paziente che l'intervento richiesto era di facile o routinaria esecuzione, incombe al professionista l'onere di provare - al fine di andare esente da responsabilità - che l'insuccesso dell'operazione non è dipeso da un difetto di diligenza propria.

3) Informato correttamente il cliente ed eseguito diligentemente l'intervento, il medico ha adempiuto alle obbligazioni rivenientigli dal contratto di prestazione d'opera professionale. Eccetto che per un caso: allorché 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 chirurgia plastica a finalità estetiche, da distinguersi da quella a scopo ricostruttivo, è ritenuta, erroneamente, di rilievo sociale inferiore. Apparentemente, gli interventi a scopo riabilitativo o curativo hanno un'oggettiva valenza sociale maggiore di quella meramente estetica ove il paziente mira esclusivamente a modificare la propria struttura corporea per ragioni - di qui ritenute inferiori - di mera apparenza o alterazione dello stato naturale, cioè voluttuarie. In quest'ultimo caso, si è a lungo ritenuto che l'obbligazione di risultato non fosse necessaria. In sostanza vi era una semplice obbligazione di mezzi. Altra parte della dottrina riteneva, invece, che in ogni caso, sia che si trattasse di intervento ricostruttivo - riabilitativo, sia voluttuario, il chirurgo plastico fosse obbligato ad una prestazione di risultato.

Oggi, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che in capo al chirurgo esista sia un'obbligazione di mezzi sia una di risultato, vuoi che l'operazione sia finalizzata a scopo terapeutico, vuoi che lo sia a scopo voluttuario. La gradualità della colpa, infatti, non può assumere una valenza diversa a seconda della finalità dell'intervento e se il professionista garantisce un risultato, questo deve essere raggiunto affinché l'operazione sia definita congrua. Il chirurgo estetico è tenuto, quindi, non ad una informazione preliminare ed "una tantum", ma ad un costante aggiornamento della situazione, estrinsecandosi, quindi, la tipologia delle sue operazioni in varie fasi, molto spesso cronologicamente distanti l'una dall'altra. Anche qui la **Suprema Corte** è stata esaustiva con la **sentenza n. 364 del 15.1.97:**

"Nell'ambito degli interventi chirurgici condotti in "equipe", il medico non può intervenire senza il consenso informato del paziente e se le singole fasi assumono un'autonomia gestionale e presentano varie soluzioni alternative, ognuna delle quali comporti rischi diversi, il suo dovere di informazione si estende anche alle singole fasi ed ai rispettivi rischi".

\* \* \*

Il consenso, come detto, assume un ruolo fondamentale in ogni caso ma specialmente quando il professionista è un chirurgo plastico.

Il consenso per essere valido ed efficace, deve essere prestato da persona capace o se minore od interdetto dal suo legittimo rappresentante legale; deve essere immune da vizi quali errore, dolo o violenza e, preferibilmente, deve essere estrinsecato con la forma scritta e se mancante, anche oralmente, ovvero tacitamente, nel senso di comportamenti da assumere la caratteristica della concludenza.

L'onere della prova del mancato assolvimento dell'obbligo di informazione completa ricade sul paziente. Chiarissima la **Suprema Corte** in tal senso con la **sentenza n. 10014 del 25.11.94**:

“Incombe sul paziente, che agisca in giudizio per ottenere l'affermazione di responsabilità del chirurgo estetico, l'onere della prova del mancato assolvimento del dovere di informazione da parte del professionista, ovvero che oggetto dell'intervento era il risultato e, quindi, il professionista non ha adempiuto puntualmente all'obbligo di informazione....”

Avendo in questi casi il professionista assunto un'obbligazione di risultato, è responsabile nei confronti del cliente per l'omesso conseguimento del risultato garantito, ma anche qui – la citata sentenza n. 10014/94 docet – l'onere della prova è a carico esclusivo del paziente.

\* \* \*

In conclusione, il medico ha necessariamente due obblighi e solo eventualmente tre. Ha sempre e comunque quello di informare il paziente e di eseguire la prestazione con perizia e diligenza. Solo allorquando assume l'obbligo di garantire un determinato risultato, ha l'ulteriore terzo obbligo di conseguirlo.

Assolto l'obbligo di informazione, non è esonerato da responsabilità per condotta negligente, così come, assolti entrambi, avendo promesso un risultato, non è esonerato da responsabilità, allorquando non lo raggiunge. Se il risultato promesso è raggiunto, ogni considerazione è irrilevante e (al limite) anche il non aver ottemperato ai primi due obblighi diviene un accertamento inutile.

L'onere della prova è riassunto secondo lo schema di seguito proposto.

TIPO DI INTERVENTO	MEDICO	PAZIENTE
<b>Semplice</b>	Deve provare che la mancata riuscita dell'intervento è dipesa esclusivamente da fatti imprevedibili ed eccezionali	Deve provare la sola natura semplice dell'intervento
	Deve provare solo la natura	Deve provare che, nonostante la

<b>Complesso</b>	complessa dell'intervento	natura complessa dell'intervento, la mancata riuscita è dipesa da negligenza o da imperizia del medico
<b>Garantito (risultato)</b>		Deve provare che il medico aveva garantito il risultato non raggiunto

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

Nella maggior parte dei casi, il medico risponde in via contrattuale, ex art. 1218 c.c. per l'inadempimento della prestazione. Risponde, invece, ex art. 2043 c.c., qualora non abbia alcun rapporto contrattuale col paziente, vale a dire quando presti soccorso a favore di un soggetto, a prescindere da qualsiasi richiesta da parte di costui; ovvero, nel caso in cui il paziente stipuli il contratto di cura con un terzo – ente presso il quale il medico svolge la sua attività. Importante una pronuncia della **Sez. III della Corte di Cassazione, la n. 2678 dell'11.3.98:**

In materia di colpa medica, la casa di cura privata può essere chiamata a rispondere del danno alla persona causato dalla colpa professionale del medico che ha eseguito l'intervento in due casi: a) a titolo di responsabilità indiretta ex art. 2049 c.c., ove sussista un vincolo di subordinazione tra la casa di cura ed il medico operante  
b) a titolo di responsabilità diretta ai sensi dell' art. 1218 c.c., qualora la casa di cura avesse assunto direttamente nei confronti del danneggiato, con patto contrattuale, l'esecuzione dell'intervento.

Oltre a questa scolastica, duplice bipartizione di responsabilità vi è l'ipotesi di concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: si versa in questa ipotesi quando il medico è autore di un fatto contemporaneamente qualificabile sia come fatto illecito ex art. 2043 c.c. sia come inadempimento contrattuale ex art. 1218 c.c.; può aversi inoltre concorso anche allorché la responsabilità contrattuale di un soggetto, l'ente ad esempio, concorre con quella extracontrattuale di altro soggetto ed il medico non legato da alcun contratto al paziente. In quest'ultimo caso, le due fattispecie, sebbene rispondenti a forme di concorso diverso, proprie ed improprie, saranno sceverate entrambe per valutare il concorso delle rispettive responsabilità in capo ai soggetti destinatari.

In conclusione, appare conveniente, per chi deve agire in giudizio, incardinare un'azione sia nei confronti del medico responsabile, sia dell'ente presso il quale è stato eseguito l'intervento.

\* \* \*

Chiamandosi in causa la responsabilità dell'ente, per la maggior parte dei casi pubblico, le

compagnie di assicurazioni sono chiamate a gestire la lite in forza delle polizze contratte con l'ente o con i sanitari stessi. Queste polizze contengono normalmente una clausola con la quale l'assicuratore assume la gestione della vertenza in sede stragiudiziale, civile e penale a nome dell'assicurato, incaricando, a proprie spese, legali e consulenti, escludendo giustamente quelli nominati dall'assicurato non designati dall'assicuratore; come sono escluse anche multe, ammende e spese di giustizia penale. La clausola in esame produce un patto di gestione della lite che fa onere all'assicuratore di curare gli interessi dell'assicurato con conseguente responsabilità in caso di inadempimento. L'obbligazione principale è quella contenuta nell'art. 1917 c.c. 1<sup>a</sup> c., concernente la rifusione da parte dell'assicuratore di tutto quanto l'assicurato debba pagare al terzo danneggiato, nonché quella accessoria consistente nel rimborso delle spese sostenute. Bisogna porre mente locale ai casi di incompatibilità, potendo versare alcuni professionisti in questo stato: sul piano sostanziale e deontologico, difendere contemporaneamente le ragioni di soggetti spesso in conflitto di interessi tra loro è oggettivamente inopportuno e grave.

Moralizzare gli addetti ai lavori per poi addivenire ad una vera e propria etica comportamentale di autodisciplina e di controllo appare opportuno, al pari di una previsione normativa che stronchi sul nascere ogni speculazione da parte di soggetti opportunisti ed arrivisti. Occorre che tutti noi legali, giudici, compagnie di assicurazioni, operatori in genere ci si attivi per un discorso etico autoregolamentativo comune per educare il cittadino a pretendere il giusto riconoscimento di un suo diritto lesa, ma non quello che non gli compete. Con la speranza che anche in questo campo, in attesa del secolare ritardo legislativo colmato dalla chiara giurisprudenza rigogliosamente prodotta, l'"entità uomo" in tutta la sua essenza possa ottenere un'equa riparazione, come diceva Gaio, alle ferite sofferte.