



Disponibile online all'indirizzo www.sciencedirect.com

SciVerse ScienceDirect

journal homepage: www.elsevier.com/locate/itjm



EDITORIALE

Il giudice e il medico: presente e futuro del contenzioso sulla responsabilità professionale

Judicial intervention in the medical profession: present and future regulation of disputes concerning professional liability

Nei listini della borsa del diritto, il titolo “responsabilità professionale” continua a essere segnalato in continuo e forte rialzo, alimentando un profondo senso di disagio nella classe medica in generale e in alcune specializzazioni in particolare (chirurghi, ginecologi, radiologi ecc.), il cui effetto più preoccupante (ma forse sarebbe meglio dire: devastante) è il ricorso alla pratica della medicina “difensivistica”, nella sua duplice forma di rinuncia a prestare la propria opera in situazioni di rischio clinico, suscettibili di strascichi giudiziari, e di prescrizione in via cautelativa di accertamenti diagnostici e interventi terapeutici, il più delle volte non strettamente necessari, se non addirittura inutili.

L'esistenza di un vistoso contenzioso in materia di responsabilità professionale non solo è enfatizzato dai mass-media, sempre pronti a porre in massimo risalto mediatico le vicende di “malasanità”, ma è realmente e oggettivamente in crescita esponenziale, a riprova dell'influenza che l'insuccesso medico, vero o presunto che sia, finisce per esercitare sulla vita dei pazienti e dei loro familiari.

L'aumento di questo tipo di contenzioso si deve al fatto che, rispetto al passato, i giudici sono diventati molto più sensibili e attenti nei confronti del cosiddetto “evento avverso” che colpisce il paziente, data la mancanza di norme giuridiche di riferimento sull'atto medico. Non facili da introdurre del resto, sia perché il dibattito giuridico in questo settore si misura sempre più spesso con questioni ideologiche e di deontologia clinica (come dimostrano le vicende del “testamento biologico” e della procreazione assistita), sia perché è diffuso il timore che l'opinione pubblica possa interpretare la previsione di una disciplina legislativa speciale dell'attività medica come la ratifica di una sorta di impunità, che introduce esclusioni o limitazioni a favore del medico, in contrasto con il principio generale di uguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione.

Ciò serve a spiegare perché il tema della responsabilità medica trovi la sua disciplina preminente nell'elaborazione giurisprudenziale (o, se si preferisce, nel “diritto giurisprudenziale” o “diritto vivente” come siamo abituati a chiamarlo noi giuristi), che, specie in sede di legittimità, gioca un ruolo determinante, poiché non si limita alla decisione delle singole fattispecie esaminate, ma si spinge a enunciare principi di carattere generale, in ossequio alla funzione nomofilattica propria della Cassazione.

Non è un mistero che, in mancanza di precisi criteri legali di orientamento, il capitolo della responsabilità medica abbia risentito per lungo (troppo) tempo di indirizzi giurisprudenziali discontinui, passando da una preconcepita indulgenza valutativa nei confronti del medico a una severità eccessiva, al punto di lambire non poche volte i confini della responsabilità oggettiva: facendo perdere di vista la complessità e i rischi che comporta l'esercizio dell'attività medica e provocando le giuste rimostranze dei medici, costretti a inseguire disorientati la varietà (e non poche volte l'opinabilità) di alcune interpretazioni della giurisprudenza. Basti pensare alla *diversità di atteggiamento valutativo* della giurisprudenza di legittimità nel settore penale, che fa registrare decisioni ispirate a equità e ragionevolezza connotate dal grande merito di aver rimediato ad alcune asprezze di giudizio proprie del passato (com'è avvenuto con la nota sentenza Francese delle Sezioni Unite Penali del 2 luglio 2002), e nel settore civile, nel cui ambito si è venuto delineando invece, in una sorta di crescendo rossiniano, un approccio decisamente sfavorevole alla posizione del medico.

In tempi recenti, accantonata la “storia infinita” del danno non patrimoniale come categoria onnicomprensiva al cui interno non è possibile ritagliare ulteriori sottocategorie se non con una valenza meramente descrittiva (Sezioni Unite, 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975), il

tema della responsabilità medica si è avviato verso approdi più equi e soddisfacenti e, quindi, verso una più razionale ed equilibrata definizione della cornice generale e dei principali punti di disciplina sulle singole questioni sul tappeto. A cominciare dalla configurabilità della responsabilità medica e della struttura sanitaria come *contrattuale*, con importanti conseguenze sul piano dei criteri di imputazione della colpa e del riparto dell'onere della prova tra medico e paziente, del nesso di causalità e del ruolo del consenso informato al trattamento medico; fino ad arrivare al ripudio della vecchia distinzione tra prestazioni di facile esecuzione (o routinarie) e prestazioni implicanti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e al ridimensionamento di una dicotomia classica come quella tra "obbligazioni di mezzi" e "obbligazioni di risultato".

Non poche novità si registrano anche nella giurisprudenza, sia civile sia penale, sul consenso informato, a cominciare dalla valorizzazione della sua portata costituzionale, che tende a configurarlo come lo strumento per assicurare un più ampio potere di governo del proprio corpo e della propria salute: un governo che si è gradualmente spinto fino al rifiuto delle cure mediche, così da rendere ancora più complessa e compatta l'alleanza che deve instaurarsi tra il medico e il paziente in vista della terapia e della cura, perché in questa alleanza entrano in gioco "non solo la pretesa a essere curati e il dovere di curare, ma anche la pretesa di poter contribuire a identificare la cura e le terapie a cui essere sottoposti".

Sul fronte della tutela del consenso, la Corte di Cassazione ha ribadito che il disvalore penale della condotta medica si deve polarizzare sulla lesione dell'integrità fisica del paziente, sicché il trattamento medico eseguito arbitrariamente (cioè senza aver acquisito prima il consenso), ma *in conformità delle regole dell'arte e con esito fausto* non espone il medico ad alcuna responsabilità penale, né per il delitto di violenza privata né per quello di lesioni personali (Cassazione, Sezioni Unite, 18 dicembre 2008, Giulini).

Sulla soluzione adottata – che in pratica è quella realistica della necessità di una tutela diretta del consenso – hanno influito, quali criteri di valutazione ermeneutica, il *principio di offensività* e quello di *tassatività* della fattispecie (della serie: se non c'è stata lesione dell'integrità fisica del paziente non può esserci reato, a prescindere dalla prestazione o meno del consenso). Il profilo più interessante di questa sentenza è però un altro e ha un sapore vagamente avveniristico: ed è quello di posto in evidenza per la prima volta nella giurisprudenza il carattere di *extrema ratio* della tutela penale in materia di responsabilità professionale del medico "a fronte di eventuali meccanismi sanzionatori alternativi che operano sul terreno civilistico-risarcitorio o anche

amministrativo-disciplinare". Da qui la conferma che la più recente giurisprudenza di legittimità intende risparmiare il più possibile al diritto penale un contenzioso quanto mai spinoso e delicato com'è quello dell'acquisizione del consenso informato, che pone spesso notevoli difficoltà nella ricostruzione del fatto, lasciandolo al diritto civile e a quello disciplinare, nel cui ambito, peraltro, viene già trattato e discusso da tempo.

Si sente ripetere che il futuro del contenzioso in ambito sanitario sarà rappresentato dall'utilizzo su ampia scala della mediazione introdotta dal D.Lgs. n. 28 del 2010 come forma alternativa di risoluzione delle controversie tra medico e paziente. A onta delle perplessità sollevate da più parti, indubbiamente le nuove norme che costituiscono il "cuore" della mediazione potrebbero fornire una risposta soddisfacente alle spinte deflative che si manifestano in questo delicato settore, ove l'elaborazione del conflitto tra le parti coinvolte impone *in primis* l'esplorazione attenta dei loro bisogni e dei loro interessi comuni, superando le rispettive posizioni contrapposte. Su questo fronte il giudice ha troppo spesso una visione parziale della controversia che è chiamato a dirimere, dovuta alla necessità incombente di ridurre il numero e la durata delle udienze. Si sa che nel settore medico i problemi nascono di frequente, più che da un reale errore del medico, da una cattiva comunicazione medico-paziente, che potrebbe essere recuperata grazie alla mediazione su basi nuove e diverse da quelle su cui è portato a fondarsi il giudice.

Al momento, però, la mediazione stenta a decollare. Eppure la flessibilità dello strumento, favorendo la composizione delle controversie in modo semplice, rapido e informale, è in grado di offrire alle parti coinvolte (medici, pazienti, assicuratori, aziende sanitarie, avvocati) plurime vie d'uscita, consentendo alla mediazione di dimensionarsi rispetto a contrasti che la logica del processo potrebbe non riuscire a mettere completamente a fuoco. Anche se forse è la meno valorizzata, la pacificazione è sicuramente la più importante funzione che la mediazione è chiamata ad assolvere dal punto di vista antropologico e culturale, perché essa guarda avanti e agisce sul rapporto complessivo tra le parti, mirando a far riscoprire, attraverso il raggiungimento di un accordo, le virtù del consenso e della negoziazione paritaria.

Staremo a vedere.

Giorgio Santacroce
Presidente della Corte d'Appello di Roma
E-mail: g-m.santacroce@mclink.it