

RELAZIONE RESPONSABILITA' MEDICA: Nuovi profili di tutela

Relazione: AVVOCATO FRANCESCA PAOLA QUARTARARO

Profili civilistici della responsabilità medica secondo la legge Balduzzi

Oggi affronteremo una tematica sempre in continua evoluzione la responsabilità medica alla luce delle novità della Legge Balduzzi n. 189/2012.

Prima di andare a celare qual è l'intensione del legislatore di cogliere la portata di questa novella al di là di mera interpretazione letterale, è necessario porsi una domanda: **Cosa s'intende per colpa medica?**

A livello teorico la colpa medica non differisce dalla colpa di quella di qualsiasi altro professionista o persona, dunque, la deviazione da una regola di condotta, questa regola di condotta può essere rappresentata da una **norma di legge**, incolpa il Primario del reparto il quale non prende cura dei pazienti così come prescritto dal D.lgs. n. 502/1992, così come può essere rappresentata da un **provvedimento amministrativo**, incolpa il medico di turno il quale in violazione dell'ordine di servizio si assenti dall'ospedale in ora notturna, ma quel che più rileva può essere rappresentato da una **norma di comune prudenza**, che per i medici sono rappresentati dalle "legis artis" o "guidelines" o protocollo che dirsi si voglia, vale a dire le regole condivise dalla comunità scientifica in un determinato momento storico, dunque incolpa il medico che nell'esecuzione dell'intervento della terapia o della diagnosi non si attiene a queste regole.

Tale proposito necessita risponde ad un ulteriore domanda: **Chi ha l'onere di provare quali sono le linee guida a cui il medico si deve attenere?**

A tal proposito si distinguono due ipotesi:

1) Quando fra il medico ed il paziente viene stipulato un contratto, quindi parliamo del medico libero professionista si applicheranno le regola sui contratti, art. 1218 c.c. il quale stabilisce “*il debitore il quale non adempie esattamente alla propria prestazione deve risarcire il danno se **non prova che** ... l’inadempimento sia dipeso a causa a lui non imputabili*” , l’espressione “*se **non prova che***” si annida una inversione dell’onere della prova, in materia di contratti, dunque in materia di contratti non l’attore deve provare la colpa del convenuto, la quale si presume, ma deve essere quest’ultimo a dover provare o che inadempimento non vi fu, ovvero che pur essendovi stato inadempimento, questo non è dipeso da propria colpa. **Questa regola vale, anche nei rapporti fra paziente e medico quando costoro abbiano stipulato un contratto di prestazione d’opera professionale.**

2) Invece, nel rapporto fra paziente ed il medico pubblico dipendente, dipendente dell’azienda sanitaria, dipendente dell’azione ospedaliera, dipendente del Policlinico universitario, dov’è un contratto non v’è, infatti fino al 1999 fu assai contrasta in giurisprudenza se anche, alla domanda di risarcimento del danno proposta dal paziente nei confronti del medico pubblico dipendente dovessero applicarsi anche le norme sui contratti. A partire dal 1999 questi contrasti sono cessati a seguito la **Corte di Cassazione con senz. n.589/1999** nel rapporto fra medico e paziente anche quando fra i due sia mancata la stipula di un contratto si applichi **sempre le norme sui contratti, quindi l’art. 1218 c.c.**, per pervenire a questo risultato la Corte ha elaborato quella teoria divenuta famosa con il nome “la teoria del contatto sociale”, teoria abbastanza elaborata che se ridotta ai minimi termine suonerebbe così, nel rapporto tra medico e paziente anche quando manchi il contratto, il primo ha il dovere di portare a termine la prestazione iniziata, il secondo ha il diritto di pretendere che questa prestazione sia portata a termine, quindi questo rapporto giuridico avendo ad oggetto da un lato il diritto di pretendere dall’altro obbligo di eseguire la prestazione è un

rapporto giuridico che ha un contenuto identico a quello che scaturirebbe da un rapporto di contratto d'opera professionale. Identità di contenuto del rapporto, identità di disciplina giuridica, quindi applicabilità dell'art. 1218 c.c. anche al rapporto medico pubblico dipendente e paziente.

Per effetto di questa giurisprudenza, dunque, dal '99 in poi il paziente che intenda dolersi, dell'operato del medico pubblico dipendente, lo convenga in giudizio, **non avrà l'onere di provare la colpa del medico**, che sarà presunta, ma sarà onere del medico convenuto provare di non essere in colpa. **Per provare di non essere in colpa**, (mi riallaccio alla domanda originaria) il medico convenuto deve provare di aver osservato le linee guida (sono un mero parametro di valutazione della condotta tenuta dal medico), sarà questi a dover dimostrare l'esistenza, il contenuto e l'osservanza delle linee guida.

Cosa è cambiato dunque con l'introduzione del Decreto Baluzzi?

Il decreto legge n. 158/2012 convertito in legge n. 189/2012 noto come decreto Balduzzi ha costituito un tormento per gli interpreti poiché contiene una norma quasi inestricabile, l'art. 3 comma 1 nel quale si dice: ***“il medico che causa un danno al paziente, lesioni colpose, omicidio colposo con colpa lieve, non risponde penalmente quando si è attenuto alle linee guida”***, su tale questione è intervenuta la *Cassazione penale*, interpretandola nel senso che tale norma ha introdotto una *depenalizzazione* (non sarà da me oggetto di approfondimento in questa sede, poiché quello che interessa è il versante civilistico).

E' discutibile il ruolo creativo di tale innovazione giurisprudenziale, poiché l'art. 3 comma 1, prosegue e detta una disposizione anche per la responsabilità civile e dice, che un ***“medico che a causato un danno ma ha osservato le linee guide ed ha commesso il danno con colpa lieve non risponde in sede penale, fermo restando la sua responsabilità ai sensi l'art. 2043 c.c.”***

Questa norma crea due ordini di problemi:

A) Come interpretare il riferimento normativo di cui all'art. 2043 c.c.?

Ci siamo detti fino a poco fa, che per la Cassazione il medico risponde sempre a titolo contrattuale ovvero in base ad una responsabilità soggetta alle regole sui contratti, pertanto, il legislatore consapevole e non per dimenticanza, suggerire l'adesione ad un modello di responsabilità civile medica *adverso* al disegnato anteriormente al 1999, dunque è evidente che l'adesione ad un modulo siffatto contribuisce a realizzare la finalità diversa in quanto viene alleggerito l'onere probatorio del medico e viene fatto gravare sul paziente anche l'onere (non richiesto dall'art. 1218 c.c.). Secondo alcuni interpreti tra cui il Tribunale di Varese e Torino hanno cominciato a sostenere poiché per presumersi, che dato che il legislatore conosca lo stato della giurisprudenza, dunque sappia che la Corte di Cassazione applica le norme sui contratti alla domande risarcitoria proposte nei confronti del medico pubblico dipendente, questo riferimento all'art. 2043 c.c. **deve essere interpretato nel senso che, il legislatore abbia voluto porre fine a questa interpretazione e, quasi come una sorta di interpretazione autentica, stabilire il rapporto medico paziente non si applicano le norme sui contratti, ma art. 2043 c.c. che ha anche, come effetto quello di ridurre i tempi di prescrizione: non più dieci anni ma cinque.**

A me parrebbe accostandosi alle pronunce giurisprudenziali prevalenti e con tutto il rispetto tale interpretazione **non è condivisibile** per due ragioni:

una di carattere letterale, poiché è irragionevole pensare che il legislatore abbia voluto introdurre una riforma così epocale in materia di responsabilità medica con una norma ambigua, se l'avesse voluto farlo l'avrebbe detto "ore rotundo" no sotto metafora.

Il secondo argomento logico deduttivo, secondo cui la tesi dell'art. 3 comma 1 del decreto Baluzzi, intende applicare alla responsabilità del medico le norme sulla responsabilità aquiliana, è una norma che ha come soggetto grammaticale l'esercente della professione sanitaria, l'esercente della professione sanitaria non è solo il pubblico dipendente ma lo è anche il libero professionista, dunque a seguire l'interpretazione in contestazione, si perverrebbe per l'assurdo che dovrebbe rispondere a titolo di responsabilità aquiliana non solo il medico pubblico dipendente ma anche il medico libero professionista che ha stipulato un contratto con il paziente, se irragionevole è la conclusione a cui perveniamo ma corretto è l'iter logico che abbiamo seguito, in virtù dell'antico canone logico della "reductio ad surdum" irragionevole deve essere la premessa dalla quale siamo parti.

Dunque alla domanda originaria possiamo affermare, sotto il profilo della natura della responsabilità del medico, dopo il Decreto Balduzzi **nulla è cambiato**, in virtù della recente pronuncia giurisprudenziale *Cass. sez. 27391/2014*, la Corte di Cassazione ha detto più volte che dopo la Balduzzi nulla cambia sulla natura della responsabilità del medico, che rimane di tipo contrattuale. Ciò nonostante il richiamo della Balduzzi all'art. 2043 c.c.

Infatti *“l'art. 3, comma 1, del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, come modificato dalla legge di conversione 8 novembre 2012, n. 189, nel prevedere che l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve, **fermo restando, in tali casi, l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile, non esprime alcuna opzione da parte del legislatore per la configurazione della responsabilità civile del sanitario come responsabilità necessariamente extracontrattuale, ma intende solo***

escludere, in tale ambito, l'irrelevanza della colpa lieve" (Cass., 24 dicembre 2014, n. 27391).

Pertanto, responsabilità contrattuale o soggetta a norme contrattuali era prima, responsabilità contrattuale o soggetta a norme contrattuali è rimasta dopo.

B) Secondo problema è ben più grave, in virtù dell'art. 3 comma I riguarda **la quantificazione del danno**, in esso leggiamo “del fatto che il medico abbia osservato le linee guida ed abbia agito con colpa lieve il giudice ne tiene conto nella liquidazione del danno”.

Il primo problema riguarda se il medico ha osservato le linee guida, in colpa non può essere per definizione, salvo casi eccezionali, con particolari esigenze del caso specifico.

La seconda previsione più problematica dice che il Giudice deve tener conto della colpa del medico nella liquidazione del danno, si ricorda che nella liquidazione del danno, **si tiene unicamente conto della PERDITA**, non si tiene conto dell'intensità dolo, della colpa grave, della colpa lieve di chi quel danno l'ha causato.

Ad esempio: Se io perdo un orologio, perché mi viene sottratto colposamente o dolosamente il mio diritto rimane resta identico, ho diritto alla restituzione dell'orologio, non è che se mi viene rubato con dolo ho diritto ad risarcimento maggiore rispetto all'ipotesi in cui me lo sottraggono per colpa.

Dunque poiché l'interprete ha l'obbligo di interpretare la norma in modo coerente con l'ordinamento e con le altre norme esistenti, e poiché il principio fondamentale dell'ordinamento è che il risarcimento del danno e precisamente il “quantum” del risarcimento prescinde dalla gravità della colpa o dall'intensità del dolo, questa norma **non può essere intesa nel senso che il risarcimento deve essere diminuito quando il medico è in colpa lieve.**

Dunque a conclusione di quanto ci siamo detti fin qui, è che per effetto dell'introduzione del Decreto Balduzzi quale che siano state le intensioni del legislatore al riguardo, NULLA è cambiato, né nella quantificazione del risarcimento del danno causato dal medico, né nella qualificazione della natura della responsabilità medica.

Palermo, 1 ottobre 2016

Avv. Francesca Paola Quartararo