

Medicina attiva o medicina difensiva: una *vexata quaestio*

Carlo Cincotti
Avvocato, Foro di Napoli

La sentenza della Corte di Appello di Catania 1748/13, letta in parallelo con l'arresto 16724/2012 della Cassazione, rende non più procrastinabile l'obbligatorietà della sottoscrizione del consenso informato da parte di coloro che si iscrivono ad una facoltà di medicina e chirurgia. I giovani devono sapere che saranno ritenuti responsabili delle loro eventuali manchevolezze, della cosiddetta "colpa di equipe", di eventuali errori o omissioni di colleghi anche se con diverse specializzazioni, delle deficienze delle strutture sanitarie nelle quali andranno ad operare e di quant'altro la giurisprudenza creativa li riterrà responsabili in quanto medici.

Di fronte alla brutale non corrispondenza tra evento sperato e risultato ottenuto tutti i medici che a qualsiasi titolo hanno partecipato all'evento ne saranno responsabili anche se a nessun titolo avrebbero potuto evitare l'evento stesso. Ora queste parole non devono sembrare una captatio benevolentiae verso chi ospita questo articolo e non lo vogliono essere.

IL PUNTO

Chi tocca i fili muore

La Corte di Appello di Catania considera in pari responsabilità un ecografista che ha effettuato un esame su di una gestante alla 32 settimana con altri ecografisti che hanno seguito la gestazione dall'inizio. Condanna altresì i tre ecografisti per l'errore commesso poiché detto errore era evitabile se compiuto con "accuratezza e con attrezzature adeguate". Gli ecografisti, dipendenti del Ssn, non hanno possibilità di incidere sulle scelte delle attrezzature né possono rifiutarsi di operare con apparecchiature obsolete. Non è accettabile che non si siano svolti esami sulle attrezzature e che non si sia operata alcuna differenziazione tra coloro che avrebbero potuto evitare l'evento e l'ecografista che entra in scena alla 32 settimana. Ripudiamo il criterio "chi tocca i fili muore" ed aborriamo l'idea che l'operatore sanitario, spaventato dall'andazzo giurisprudenziale, ponga al primo posto dei suoi pensieri, invece che i pazienti, i modi con cui evitare azioni di responsabilità.

Le conseguenze che possono derivare da un presunto errore medico sono impreviste e imprevedibili. E allora, non sarebbe più giusto obbligare i giovani che intendono iscriversi a una facoltà di medicina e chirurgia a sottoscrivere un consenso informato che illustri loro le possibili conseguenze cui andranno incontro in quanto medici?

È questa la provocazione lanciata dall'avvocato Cincotti a margine delle sue riflessioni su una recente sentenza della Corte d'Appello di Catania che ha condannato tre medici, due ecografisti e una ginecologa, al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali patiti in conseguenza di una "nascita diversa da come desiderata" per omessa diagnosi di spina bifida aperta



Preliminarmente chi scrive è personalmente vicino a chi subisce un danno da *malpractice* medica e reputa che accadimenti come quello che ha generato la sentenza della Corte di Appello di Catania sono da biasimare oltremisura e che occorre l'impegno costante di politici e operatori del diritto perché certe cose non abbiano più ad accadere. Proprio perché si auspica e si desidera che la Sanità sia quella con la "S" maiuscola e la Giustizia sia quella con la "G" maiuscola non si può permettere di sparare nel mucchio, non ci si può ridurre ad affrontare una rissa da strada.

Tutti responsabili...a pari titolo

Perché venga fatta Giustizia occorre tracciare una netta linea di demarcazione tra la fornitura "alberghiera" e la prestazione professionale sanitaria. Occorre, in altre parole, che si separi l'errore medico dal malfunzionamento delle macchine. La stessa CtU afferma che "è ben possibile la diagnosi della patologia anche solo attraverso l'esame ecografico se lo stesso è condotto con attrezzature adeguate e con accuratezza". Ma la Corte di Appello dell'adeguatezza delle attrezzature se ne disinteressa e colpevolizza l'operatore di scarsa accuratezza. Poi va oltre, condannando un secondo operatore di struttura pubblica per una ecografia effettuata alla trentaduesima settimana e che, volendo dare la massima serenità alla paziente, la invita e rifare l'esame con macchinari migliori e di differente sensibilità.

La Condanna della Corte si abbatte anche sulla ginecologa della paziente che si è affidata alle risultanze degli specialisti, confortata anche dal dosaggio ematico dell'alfafetoproteina. La ginecologa, in quanto titolare del rapporto terapeutico con la gestante non poteva non sapere (fa nulla che nulla di anormale risultava dalle varie indagini), dunque... responsabile in concorso a pari titolo con gli altri colleghi medici. A pari titolo anche l'azienda ospedaliera titolare dei macchinari.



Se continuasse questa tendenza ad ampliare i casi di risarcimento, ad aumentare i soggetti da risarcire e le quote dei risarcimenti, il sistema si avvia ad un loop senza uscita... L'unico suggerimento che da avvocato mi sentirei in coscienza di dare è quello di non far nulla e, se si è costretti a far qualcosa, usare le tecniche difensive più estreme

Giustizia chirurgica o macelleria sociale?

Come si può considerare giusta o almeno accettabile una sentenza che mette sullo stesso piano azienda ospedaliera e operatori sanitari? Considera ugualmente responsabili ecografisti e ginecologi per errata diagnosi. Accomuna in *pejus* un ecografista che ha effettuato la diagnosi, quando era ancora possibile l'interruzione volontaria della gravidanza, con un differente ecografista che ha effettuato la diagnosi alla trentaduesima settimana. Altro che giustizia chirurgica, si tratta di macelleria sociale. Il problema, come solito, è a monte: quando si ha infondato timore che la paura di responsabilità personali possa incidere negativamente sullo svolgimento di un'attività, le scelte del Legislatore si sono improntate a trasferire la responsabilità ad un differente e più alto livello rispetto al piano individuale, salvo rivalsa. Ad esempio, se un individuo si reputa leso dall'attività di un magistrato può agire verso lo Stato. In caso di condanna dello Stato quest'ultimo può agire in rivalsa nei confronti del magistrato. Sia per la condanna dello Stato che per la rivalsa vi sono limiti molto ben

precisi. Gli insegnanti di scuole statali non possono essere evocati in giudizio se qualcuno dei loro studenti, sotto la loro diretta sorveglianza, cagioni un danno a terzi. Il danneggiato chiamerà in casa l'amministrazione, facendo sempre salva la rivalsa di quest'ultima verso l'insegnante. Per i medici questo non accade.

Il ritorno alla responsabilità aquiliana

La paura di rispondere in via principale per danni causati da apparecchiature non conformi od obsolete, come nel caso che qui ci occupa, di voler continuamente ridurre i budget, di voler condividere eventuali responsabilità e risarcimenti con i medici e le loro assicurazioni ha portato all'emanazione del cosiddetto "Decreto Balduzzi" che lascia sempre i medici esposti direttamente e in prima persona alle richieste di risarcimento. Il legislatore tra il voler combattere la cd. medicina difensiva e il contenimento della spesa pubblica ha scelto quest'ultima via.

Se oggi il decreto Balduzzi art. 3 d.l. 158/2012 ha rimesso la responsabilità medica nell'alveo della cd. responsabilità aquiliana, superando la teoria del "contatto sociale" producendo un differente onere probatorio. Secondo le Sezioni Unite della Cassazione (13533/2001) il paziente doveva solo provare l'inadempimento del sanitario, mentre quest'ultimo avrebbe dovuto provare l'esatto adempimento. Una *probatio* diabolica dove la non corrispondenza tra i desideri del paziente e quanto realmente accaduto rendeva, di fatto, impossibile ogni difesa. Adesso l'onere di provare l'erro-

re del sanitario spetta al paziente ed appare censurabile la sentenza in parola dove non tiene in minimo conto questa *overruling*. Anche i tempi di prescrizione si dimezzano in sede di responsabilità extra contrattuale. Ancora la sentenza in parola appare censurabile circa la determinazione del danno, il Tribunale, prima, e la Corte di Appello, poi, hanno diviso e moltiplicato le voci di danno fino a farle raggiungere il numero desiderato. La libera determinazione del giudice trova un limite nell'*arbitrium* e fortunatamente oggi nella legge. Infatti, il già citato art. 3 D.l. 158/2012 comma 3 fissa i limiti del risarcimento da responsabilità medica ponendo dei paletti poco elastici, e ciò non può che far piacere a coloro che come lo scrivente non gradiscono una giurisprudenza *ad personam* ma una "universale". Ulteriore limite da creare sono i soggetti indennizzabili, se è vero, come è vero, che da un cd. errore medico possono derivare conse-

guenze impreviste ed imprevedibili, proprio per questo è necessaria una limitazione dei soggetti da indennizzare.

Medicina difensiva: l'ultima spiaggia?

Se continuasse questa tendenza ad ampliare i casi di risarcimento, ad aumentare i soggetti da risarcire e le quote dei risarcimenti, il sistema si avvia ad un loop senza uscita. L'unico suggerimento da avvocato che mi sentirei in coscienza di dare è quello di non far nulla e, se si è costretti, a far qualcosa usare le tecniche difensive più estreme. Appare evidenti che l'inattività o la medicina difensiva non possono essere la soluzione, ma solo una provocazione. L'inattività e/o la medicina preventiva si combattono tutti insieme, l'amministrazione aumentando gli stanziamenti e le risorse così da essere sempre più al passo con i tempi e le innovazioni tecnologiche, le società scientifiche e gli ordini professionali, ciascuno nel proprio ruolo, garantendo aggiornamenti professionali e informazioni utili, la magistratura smettendo di "sparare nel mucchio" e condannando con durezza i responsabili avendo, al contempo, anche il coraggio di assolvere gli innocenti, per non creare ulteriori vittime. **Y**



Detergente eutrofico igienizzante intimo

Uso esterno flacone da 250 ml



Lavanda Vaginale

Uso interno
5 flaconi da 140 ml



Novità



Gel intimo idratante eutrofico igienizzante

Uso esterno
tubetto da 30 ml

