

La responsabilità civile del ginecologo e della struttura ospedaliera

Enrico Quadri - Professore ordinario di Istituzioni di diritto privato, Università di Napoli "Federico II"

Premessa

La responsabilità nei confronti del paziente è stata coinvolta, in prima linea, in quel processo che ha caratterizzato l'intera materia della responsabilità civile, come conseguenza della centralità assunta dalla persona e dai suoi valori nelle valutazioni dell'ordinamento. Processo che, con formule divenute proverbiali, è stato definito di sostituzione dell'"idea di riparazione all'idea di responsabilità" e di "spostamento dell'attenzione dall'autore del danno alla vittima".

Quasi inevitabilmente, il campo della responsabilità medica, diffusamente visto quale "sottosistema" della responsabilità civile, ha assunto i connotati di una sorta di frontiera avanzata di quest'ultima, banco di prova, cioè, per nuove soluzioni, la cui emersione risulta qui favorita dal carattere peculiare e primario del valore la cui tutela è in discussione: la salute.

Tra quelli che sono stati definiti, a loro volta, "microsistemi" della responsabilità medica, un'attenzione del tutta particolare merita il settore della responsabilità in ginecologia ed ostetricia.

Depone in tal senso, innanzitutto, il peso, dal punto di vista quantitativo, del contenzioso che investe la pratica medica in questo settore. Nel

contesto del noto fenomeno della crescita esplosiva del contenzioso in tema di responsabilità medica, infatti, è stato rilevato come oltre un terzo di quello di legittimità - e presumibilmente, quindi, in misura maggiore quello di merito - abbia riguardato, negli anni più vicini, casi di responsabilità legati all'attività in ginecologia ed ostetricia.

Attenzione particolare, poi, è da ritenersi meritare il settore in esame della responsabilità medica in considerazione del suo peculiare oggetto. Investendo l'attività medica qui il processo procreativo, dalle condizioni per il concepimento al parto, con le relative conseguenze, essa si presenta quale attività, come è stato detto, "a doppio rischio", per la duplicità dei centri di interesse coinvolti: la donna, cioè, ed il nascituro.

Al rischio di danneggiare la salute della donna e del nascituro, si aggiunge, per l'operatore, inoltre, quello, di rilevanza crescente, connesso ad una c.d. "nascita indesiderata", nella diversità di situazioni cui, con una simile espressione, ci si intende riferire. Fattispecie di responsabilità, queste ultime, legate, da una parte, ai progressi scientifici nel campo della genetica e degli accertamenti (e possibili interventi) prenatali, dall'altra, all'evolversi della coscienza sociale ed alla conseguente evoluzione degli ordinamenti

giuridici nel senso della libertà dell'uso della propria capacità generativa.

Né si può mancare di sottolineare come l'incidere l'attività medica sulla vita già nelle sue fasi iniziali determini una tipologia di danni, il cui risarcimento, anche sotto il profilo dell'entità del relativo ammontare, è destinato a risentire in misura sicuramente maggiore che negli altri settori della tendenza ad assicurare un sempre più pieno ristoro del danno alla persona (e si allude, in particolare, agli sviluppi recenti in ordine alla risarcibilità del danno biologico, del danno non patrimoniale per lesione di "valori della persona costituzionalmente protetti", del danno morale c.d. riflesso).

Non a caso, gli attuali meccanismi risarcitori, in presenza dei peculiari fattori di rischio accennati, sono sospettati di dare luogo - soprattutto proprio in campo ginecologico ed ostetrico - ad un risultato di *overdeterrence*, con i relativi riflessi sul piano della promozione di una medicina "difensiva" e, addirittura, su quello della praticabilità stessa dell'attività professionale. Risultato, questo, del resto, da tempo oggetto di approfondita riflessione e di proposte d'intervento negli ambienti in cui il fenomeno ha avuto modo di farsi avvertire prima che da noi.

Unitarietà del rapporto di cura e delle conseguenti responsabilità

Il filo conduttore dell'evoluzione giurisprudenziale in materia è rinvenibile nello sforzo tendente a ricostruire il rapporto sanitario e le responsabilità che ne derivano in termini sostanzialmente unitari, quale che sia, cioè, il soggetto di volta in volta coinvolto, come controparte

del paziente, nel soddisfacimento delle sue esigenze di cura (si tratti, insomma, di medico libero professionista, ovvero di struttura pubblica o privata). E questo, evidentemente, in considerazione del carattere unitario dell'interesse del paziente, con le sue aspettative di un'efficiente tutela della salute, fondata su consapevole autodeterminazione.

Ormai unitaria risulta, così, la ricostruzione in chiave contrattuale del rapporto di cura, con i relativi riflessi sul piano delle responsabilità in materia. Dal rapporto tra paziente e medico libero professionista, una simile prospettiva contrattuale si è estesa pure al rapporto del paziente con strutture sia pubbliche che private. E, di recente, si è consolidata la soluzione nel senso di ritenere comunque concorrente, con quella della struttura, una responsabilità, sempre, appunto, di tipo contrattuale, del medico che sia entrato in "contatto" col paziente (Cass. 22 gennaio 1999 n.589).

Il processo normativo di integrazione e di adeguamento ad identici parametri della sanità pubblica e privata, ha indotto, poi, a far concludere, con riferimento alle case di cura private ed alla necessaria sopportazione del rischio imprenditoriale, che "nel caso di danni causati dall'insuccesso di un intervento, la casa di cura nella quale l'intervento è stato praticato risponde del danno causato dal chirurgo, anche nei casi in cui quest'ultimo non faccia parte dell'organizzazione aziendale della casa di cura" (Cass. 8 gennaio 1999 n.103, la cui impostazione è richiamata, di recente, da Cass., sez. unite, 1° luglio 2002, n.9556).

Piuttosto, è da rimarcare come la responsabilità della struttura, sia essa pubblica o privata, tenda ad assumere tratti peculiari, in relazione al

profilo organizzativo dell'attività sanitaria, fino a far ritenere gravante su di essa un vero e proprio dovere di buona organizzazione.

È da evidenziare, peraltro, come la rilevanza accordata al profilo organizzativo, ai fini del giudizio di responsabilità, abbia finito col configurare conseguenti non lievi oneri a carico degli operatori, soprattutto quando essi si collochino a livelli di vertice di una struttura.

Da una parte, così, si ritiene che ad essi competeva di approfondire uno sforzo adeguato per ovviare alle eventuali carenze organizzative della struttura, come, ad esempio, si è verificato con riguardo alla mancanza di strumenti necessari quali il cardiocografo (Cass. 16 maggio 2000 n.6318). Dall'altra, al medico si è fatto carico del delicato compito di apprezzare, appunto anche sotto il profilo delle dotazioni, l'idoneità dell'organizzazione in cui si trova ad operare, in relazione al tipo di intervento da effettuare, con la conseguente eventuale scelta del trasferimento del paziente in altra sede, "ove ciò sia tecnicamente possibile e non esponga il paziente stesso a più gravi inconvenienti" (da ultimo, Cass. 16 febbraio 2001 n.2335).

Criteri di valutazione della responsabilità e dovere di informazione

Circa la conformazione della sua responsabilità, è da tenere presente come il modello di professionista delineato dalla giurisprudenza tenda a collocarsi ad un livello sempre più elevato, in funzione dei progressi della scienza, così da ritenersi che il suo "bagaglio tecnico deve necessariamente comprendere la conoscenza di tutti i rimedi che non siano ignoti alla scienza ed alla

pratica medica" (Cass. 8 marzo 1979 n.1441).

Il peculiare regime previsto per i "problemi tecnici di speciale difficoltà" dall'art.2236 cod. civ., con la relativa limitazione di responsabilità del professionista al "caso di dolo o di colpa grave", è risultato, quindi, sostanzialmente emarginato, proprio in dipendenza dell'addotto "progresso della scienza e della tecnica" (Cass. 3 marzo 1995 n.2466). E gli stessi vantaggi derivanti al professionista dall'inquadramento - pur persistentemente riaffermato - della sua prestazione tra quelle oggetto di una obbligazione di mezzi sono venuti via via sfumando, anche in dipendenza del carattere sempre più discusso (pure nella stessa giurisprudenza: Cass. 8 agosto 1985 n.4394 e Cass. 6 febbraio 1998 n.1286) della dicotomia "obbligazioni di mezzi" e "di risultato". La "crisi" definitiva della dicotomia in questione in campo medico pare da ricollegare alla valorizzazione del "dovere di informazione". È, infatti, attraverso "l'obbligo del professionista di prospettare realisticamente la possibilità dell'ottenimento del risultato perseguito" che la qualificazione dell'obbligazione professionale in termini "di mezzi" non sembra più atta a dissimulare il fatto che la realizzazione del "risultato" sperato entri a far parte della prestazione promessa (Cass. 8 agosto 1985 n.4394). E tale iter logico è risultato chiarissimo, ad esempio, ai fini dell'affermazione della responsabilità in un'ipotesi di incollaggio delle tube, per "provocare la definitiva infertilità" della paziente (Cass. 10 settembre 1999 n.9617).

Proprio in relazione al "dovere di informazione", è appena il caso di ricordare come, nel campo della responsabilità medica, l'elemento di più marcata novità nell'esperienza degli ultimi anni sia sicuramente rappresentato, appun-

to, dalla centralità riconosciuta all'informazione, quale condizione di validità del consenso legittimante l'intervento medico.

La necessità del consenso - inutile se non adeguatamente informato - è stata ricondotta all'inviolabilità della libertà personale (di cui all'art.13 Cost.: Cass. 25 novembre 1994 n.10014 e Cass. 15 gennaio 1997 n.364) e l'omissione dell'informazione è considerata, di per se stessa, fonte di responsabilità per i riflessi pregiudizievole dell'intervento eseguito: indipendentemente, cioè, dalla ricorrenza di qualsivoglia colpa di tipo tecnico-professionale addebitabile al medico nella scelta e nell'esecuzione dell'intervento (Cass. 24 settembre 1997 n.9374). Ed è da sottolineare come anche la nostra giurisprudenza sia giunta (non diversamente, in precedenza, da quella francese), di recente, alla conclusione che gravi sul medico l'onere di provare di avere a ciò adempiuto "a prescindere dalla difficoltà dell'attività professionale prestata, essendo incondizionato il dovere medesimo" (Cass. 23 maggio 2001 n.7027).

Risulta evidente, in particolare, come la stessa scelta tra il parto per via vaginale od il parto cesareo rappresenti tipicamente una di quelle alternative, in relazione alle quali riveste un peculiare peso l'obbligo di informare "dei rischi e dei vantaggi specifici ... rispetto a determinate scelte alternative", onde operare "la scelta in relazione all'assunzione che il paziente ne intenda compiere" (Cass. 15 gennaio 1997 n.364).

Nesso di causalità ed oneri probatori

È tradizionale l'affermazione secondo cui sul paziente grava "l'onere di provare la difettosa o

inadeguata prestazione professionale, l'esistenza del danno ed il rapporto di causalità tra la difettosa o inadeguata prestazione professionale e il danno" (Cass. 18 giugno 1975 n.2439). Ma la linea di maggior favore per il paziente ha reso ben diversa, rispetto al passato, la portata, per lui, di una simile direttiva.

Ciò anche per quanto concerne la dimostrazione del nesso di causalità. Non solo, in materia civile, sembra continuare a dominare il criterio "probabilistico", per cui "nel campo biopatologico ... la ricorrenza del nesso causale tra un determinato antecedente e l'evento dannoso ben può essere affermata in base ad un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica, soprattutto quando manchi la prova della preesistenza, della concomitanza o della sopravvenienza di altri fattori determinanti" (Cass. 21 gennaio 2000 n.632). Ma, addirittura, la questione del nesso di causalità ha finito, talvolta, con l'essere attratta dalla operatività di quella presunzione di non diligente adempimento della prestazione medica, la quale, con riferimento agli "interventi di facile esecuzione", rappresenta l'indirizzo giurisprudenziale che più ha sconvolto i tradizionali equilibri in materia di responsabilità medica. Ciò col conseguente addossamento al medico dell'onere di provare "la esistenza e la efficienza eziologica di altri fattori, imprevisi, imprevedibili o comunque non superabili mediante la diligenza richiesta a lui operatore" (Cass. 16 novembre 1988 n.6220). Si allude a quell'indirizzo (inaugurato da Cass. 21 dicembre 1978 n.6141 e successivamente consolidatosi) con cui, appunto con riguardo agli interventi "di facile esecuzione" (che, peraltro, il progresso della scienza medica tende sempre più a configurare come regola), si è in-

teso valorizzare la presunzione di una “inadeguata o non diligente esecuzione”, fondata “sulla regola di comune esperienza ... e sull’aberrante risultato conseguito”, con la conseguenza di una inversione dell’onere della prova, la quale pone “l’incertezza degli esiti probatori in ordine all’esatto adempimento della prestazione professionale ... a carico del prestatore d’opera o della struttura in cui lo stesso è inserito” (Cass. 15 gennaio 1997 n.364) (con i riflessi - particolarmente gravi proprio nel settore qui in discussione - che ne derivano in caso di non identificabilità della causa del mancato esito positivo atteso).

Soluzione, questa, in larga misura corrispondente a quella cui si perviene, nell’esperienza straniera (non a caso espressamente richiamata anche dalla nostra giurisprudenza: Cass. 22 gennaio 1999 n.589), con formule come quelle della *res ipsa loquitur* o della prova *prima facie* e che sembra, invero, applicare correttamente, i principi generali in materia di distribuzione dell’onere probatorio, anche se, indubbiamente, nel senso di un accentuato favore per il paziente.

Prospettive

A porre rimedio al perverso e temuto intreccio tra responsabilità civile e penale, può certo contribuire - a prescindere da ipotetici interventi legislativi in campo penale, di non facile attuabilità per i sospetti atti a suscitare diffusamente - la recente tendenza della giurisprudenza penale a ridimensionare talune indubbe forzature nell’affermazione della responsabilità dell’operatore, come, in particolare, in tema di ricor-

renza del nesso causale (Cass., sez. unite, 10 luglio 2002, Franzese).

Sul piano della responsabilità civile, la ricerca di una via di uscita alle preoccupazioni dei professionisti - anche una volta esorcizzato, almeno entro certi limiti, il fantasma della devastante sanzione penale - non pare possa fondarsi che sulla valorizzazione dello strumento assicurativo, il quale ha consentito di realizzare sempre più avanzati equilibri tra l’esigenza di non lasciare senza riparazione la vittima del danno e quella di non rinunciare allo svolgimento ed al progresso di attività reputate di essenziale utilità per l’intera società.

Gli spesso denunciati difetti e limiti dell’assicurazione volontaria della responsabilità civile nel settore qui in discussione, indirizzano, quasi inevitabilmente, nel senso della possibile introduzione di un regime di obbligatorietà dell’assicurazione, via già percorsa in Francia con la legge n.2002-303 del 4 marzo 2002 (non disgiuntamente, peraltro, dall’introduzione di taluni opportuni meccanismi di solidarietà sociale).

Solo un simile regime (cui si riferiscono, non senza diversità di impostazione, anche talune proposte di intervento legislativo: p.d.l. n.3244, XII legislatura, Scalisi; d.d.l. n.864, XIII legislatura, Tomassini; d.d.l. n.108, XIV, legislatura, Tomassini), infatti, ovviamente in quanto assistito dalla previsione dell’azione diretta del danneggiato nei confronti dell’assicuratore, pare in grado di offrire a tutte le parti coinvolte un accettabilmente compatibile livello di tutela: per i pazienti, una riparazione sicura ed in tempi brevi; per i medici, i vantaggi della “spersonalizzazione” e “sdrammatizzazione” della vicenda risarcitoria; per gli assicuratori, l’allargamento della base di utenza, nonché l’armoniz-

zazione dei contenuti contrattuali e delle procedure risarcitorie.

Per massimizzare simili vantaggi, non potrebbe mancare la contestuale previsione di nuovi strumenti di composizione degli interessi in conflitto, atti, pure nell'interesse generale, a deflazionare il contenzioso. L'insufficienza di un arbitrato facoltativo ed i sospetti di illegittimità costituzionale nei confronti di un arbitrato obbligatorio, orientano, anche in materia, nella direzione di procedure obbligatorie di conciliazione presso appositi organismi (di composizione anche tecnica), con successivo eventuale arbitrato (facoltativo ma) specializzato, sul modello di quanto già previsto dall'art.10 della legge 18 giugno 1998 n.192, in materia di "subfornitura".

Per mettere al riparo da sospetti di illegittimità costituzionale, l'intervento dovrebbe - come, del resto, quello francese accennato - riguardare tutti coloro che esercitano l'attività sanitaria; contemplare misure atte a rimediare all'inadempiamento (o all'eventuale incapacienza) degli obblighi assicurativi con l'intervento di fondi di garanzia (secondo il modello delle già esistenti ipotesi di assicurazione obbligatoria); prevedere meccanismi di adeguata responsabilizzazio-

ne di chi esercita l'attività sanitaria (attraverso azioni disciplinari obbligatorie in sede di organismi professionali e nel quadro del rapporto di lavoro, nonché attraverso congrui aumenti dei premi a carico di chi abbia occasionato l'intervento dell'assicurazione, con relativa obbligatoria rivalsa nel caso di strutture).

Sembra, inoltre, imporsi, onde realizzare un'efficace sinergia di strumenti ed evitare accuse di settorialità dell'intervento, la promozione, allo stesso tempo, di auspicati - ed altrove già estesamente attivati - idonei meccanismi di controllo degli errori sanitari e di gestione dei relativi rischi, per perseguire, con la prevenzione, una sempre maggiore sicurezza dei servizi sanitari stessi.

Deve essere, in conclusione, chiaro come gli interventi in materia potranno presentarsi come accettabili e considerarsi realmente decisivi, solo se, nel rispondere alle istanze di chi esercita un'attività socialmente insostituibile, come quella medica, risulteranno comunque tali da conciliare, in un equilibrio il più possibile armonico, l'insieme delle esigenze e degli interessi, particolari e generali, che tendono qui a presentarsi, da sempre, in posizione antagonistica.