

A12



Vai al contenuto multimediale

Paolo Iannone

La responsabilità medica

Le novità della legge 24/2017

Prefazione di
Roberto Varricchio





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXVIII
Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.gioacchinoonoratieditore.it
info@gioacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-1106-2

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: febbraio 2018

*Ai miei genitori
che mi hanno sempre incoraggiato
e sostenuto negli studi*

Tutti parlano di rivoluzione giuridica in tema di responsabilità medica. Molti definiscono il passaggio dal contatto sociale all'illecito aquiliano come evoluzione legislativa, ma solo alcuni, nel mio modo di vedere, lo qualificano come mortale involuzione giuridica.

Paolo IANNONE

Indice

- 11 *Prefazione*
di Roberto Varricchio
- 13 *Introduzione*
- 21 **Capitolo I**
Il professionista sanitario
- 1.1. Nozione e caratteristiche giuridiche, 21 – 1.1.1. *La figura del professionista intellettuale*, 21 – 1.1.2. *Il sistema delle libere professioni in Italia*, 23 – 1.1.3. *La disciplina delle professioni nella Costituzione italiana*, 27 – 1.2. L'obbligazione del professionista, 32 – 1.2.1. *La natura dell'obbligazione assunta dal professionista*, 33 – 1.2.2. *La responsabilità sanitaria e la nascita della medicina difensiva*, 38.
- 45 **Capitolo II**
La responsabilità medica tra vecchi e nuovi scenari
- 2.1. La responsabilità medica nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale, 45 – 2.1.1. *La responsabilità del medico*, 46 – 2.1.2. *La responsabilità della struttura sanitaria*, 55 – 2.2. La legge Balduzzi: la frattura tra la giurisprudenza e il legislatore, 57 – 2.2.1. *La legge numero 189 dell'8 novembre 2012*, 57 – 2.2.2. *La responsabilità medica tra orientamenti precedenti e nuove prospettive*, 66 – 2.2.3. *Il filo conduttore comune tra la legge Balduzzi e la riforma Gelli-Bianco*, 74.

79 Capitolo III

La nuova responsabilità sanitaria

3.1. La riforma Gelli–Bianco, 79 – 3.1.1. *La legge numero 24 dell'8 marzo 2017*, 79 – 3.1.2. *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria*, 82 – 3.2. Dalla preminenza della giurisprudenza alla disciplina legislativa, 85 – 3.2.1. *Le prospettive post riforma: dal contatto sociale all'illecito aquiliano*, 87 – 3.2.2. *Le regole di accertamento del nesso di causa e il riparto dell'onere probatorio nella nuova responsabilità sanitaria*, 92 – 3.2.3. *Tecniche e strategie difensive alla luce della riforma*, 99.

105 Capitolo IV

L'errore medico

4.1. Il danno da nascita indesiderata, 105 – 4.1.1. *La responsabilità per omessa o tardiva diagnosi*, 105 – 4.1.2. *Soluzioni e prospettive dopo la pronuncia dei giudici di legittimità sul danno prenatale*, 109 – 4.2. La responsabilità degli operatori sanitari, 119 – 4.2.1. *Il danno da emotrasfusioni*, 120 – 4.2.2. *Il segreto professionale*, 126 – 4.2.3. *La violazione del consenso informato*, 131.

139 Capitolo V

Il danno risarcibile

5.1. Il danno alla persona, 139 – 5.1.1. *Il danno patrimoniale*, 139 – 5.1.2. *Il danno non patrimoniale*, 142 – 5.2. Il pregiudizio alla persona e altre voci di danno, 148 – 5.2.1. *La perdita di chance*, 148 – 5.2.2. *I danni punitivi*, 153 – 5.3. La tabella unica nazionale per il risarcimento del danno non patrimoniale, 157 – 5.3.1. *La legge numero 124 del 4 agosto 2017*, 158 – 5.3.2. *La percentuale di invalidità e il coefficiente moltiplicatore*, 161.

165 Conclusioni

171 Bibliografia

Prefazione

di ROBERTO VARRICCHIO*

Il libro di Paolo Iannone affronta uno dei temi più discussi negli ultimi anni nell'ambito del diritto civile.

L'ennesima riforma intervenuta in materia di responsabilità medica costringe, infatti, a riconsiderare la posizione lavorativa del professionista dipendente della struttura sanitaria.

L'autore, con illuminate argomentazioni giuridiche, affronta la delicata tematica in maniera esaustiva, analizzando, inoltre, le recenti novità normative successive alla riforma Gelli–Bianco. Analizza la legge 8 marzo 2017, n. 24, ma offre anche un'importante occasione di approfondimento scientifico, fornendo pregevoli spunti di riflessione giuridica.

I temi della auspicata introduzione della tabella unica nazionale per il risarcimento del danno non patrimoniale, nonché del riconoscimento delle sentenze straniere che danno cittadinanza nell'ordinamento italiano ai “danni punitivi” vengono anch'essi compiutamente trattati nel presente volume, collegati come sono alla più ampia e generale questione dei danni derivanti dalla *malpractice* sanitaria.

* Avvocato, docente incaricato, già dottore di ricerca (Ph.D) e cultore della materia all'Università degli Studi di Bari Aldo Moro, esperto di diritto del lavoro e responsabilità medica avendo pubblicato e relazionato in diversi seminari giuridici.

Il risultato che ne deriva è un'opera, che nella sua interezza, è destinata precipuamente alla didattica, in quanto ambisce a delineare l'evoluzione normativa e giurisprudenziale registratasi in materia di responsabilità medica e nei settori ad essa correlate, senza trascurare gli orientamenti dottrinali. Il presente lavoro di ricerca mira, infatti, ad illustrare la mappa normativa della nuova responsabilità sanitaria nella convinzione che ciò aiuti a far chiarezza sui doveri del medico e della struttura ospedaliera, nonché sui diritti dei pazienti, i quali dovranno interpretare la recente riforma, non come una sorta di imposizione dall'alto, ma come regola giuridica da rispettare per il semplice fatto di fare parte integrante di una comunità.

Di certo una comunità i cui dettami normativi sono in continua evoluzione (basti pensare al fatto che in pochi anni l'ambito della responsabilità medica ha visto affastellarsi fin troppe riforme), ma che si pone sempre più il problema di prevenire la spiccata tendenza alla c.d. "medicina difensiva", cercando di rendere idonea ed appropriata l'opera del personale medico alle esigenze ed ai diritti dei malati.

Valga — in ultimo — una banale quanto sacrosanta considerazione, per nulla avulsa da quanto sinora argomentato.

Intanto esistono le strutture sanitarie e con esse i medici in quanto — purtroppo — esistono i malati. Una qualsivoglia normativa che finisca per rendere minore o meno funzionale la tutela del paziente farebbe venir meno il senso stesso della funzione medica.

Proprio in tale ottica, l'Autore della presente monografia intende interrogarsi sulle finalità ultime della recente novella legislativa.

Bari, 11 ottobre 2017

Introduzione

I punti di criticità di una materia delicata e tra le più controverse del diritto civile fa convergere la discussione giuridica sul tema della responsabilità del professionista intellettuale nel rapporto con il cliente, laddove i motivi del dibattito sono molteplici. A tal fine risulta idoneo operare una scelta di metodo che prende avvio proprio dalla sua nozione sancita all'art. 2229 del codice civile. D'altronde, le professioni intellettuali sono connotate da una particolare diligenza impiegata dal soggetto, il quale svolge l'attività nel rispetto della piena autonomia con ampi poteri discrezionali, il cui contenuto tipico del rapporto tra professionista e cliente si contraddistingue per lo svolgimento di una specifica attività qualificata da un *quid pluris* rappresentato dal ruolo svolto dall'intelligenza e cultura del professionista stesso. Tale rapporto giuridico trova il suo equilibrio proprio sulla base della fiducia e affidamento dell'assistito, oltre che sull'aspettativa riposta nelle capacità professionali.

Di conseguenza, la finalità del presente volume è volta sia a verificare l'attuale stato dell'arte in tema di responsabilità medica, sia ad operare un'analisi critica degli istituti giuridici sottesi.

In tale prospettiva, l'evoluzione normativa e giurisprudenziale si muove di pari passo con i nuovi costumi che caratterizzano la società civile e contraddistinguono il rapporto di fiducia tra l'ammalato e l'esercente la professione sanitaria. Sul punto, i precedenti orientamenti dottrinali si

pongono a confronto con le nuove tendenze ed interpretazioni giuridiche. D'altronde, i profili di responsabilità che si innescano nel rapporto medico-paziente pongono una singolare ed interessante fattispecie di crocevia tra diritto pubblico e privato qualificando la multidisciplinarietà della materia in questione.

Tanto evidenziato giova altresì rilevare che le innovazioni tecnologiche hanno influenzato i tempi, le modalità e le tecniche con cui il libero professionista si interfaccia, anche nell'ambito della sua proposizione con il cliente. Oggi *social network* e *website* su *internet* condizionano domanda e offerta rendendo visibile e, in parte, trasparente, capacità e prestazioni professionali potenzialmente "qualificate" sul mercato, le quali ingenerano affidamento nella collettività. Difatti, la nuova tendenza di studi medici nel *world wide web* è rappresentata proprio dall'inserimento delle loro aree di attività professionali per i loro pazienti permettendo, a quest'ultimi, di conoscere le competenze specifiche in loro possesso, ma, dall'altra parte, si rende palese la necessità di approntare meccanismi di tutela dei diritti civili, in quanto i risvolti negativi oggi sono determinati dall'aumento delle truffe in *internet* ad opera di coloro che, dietro falsa identità, si qualificano come medici specialisti. Inoltre, l'aumento della consapevolezza sociale del problema riferito alla *medical malpractice* e l'estrema facilità di accesso a informazioni specialistiche hanno modificato l'interazione medico-paziente, al punto da indurre sempre più professionisti ad adottare comportamenti di "medicina difensiva" per tutelarsi nell'esercizio della propria attività lavorativa. Tale *modus operandi* incide sia sui costi sia sull'aleatorietà per l'ammalato, perché il trattamento sanitario non necessario viene qualificato come inappropriato.

Le nuove scoperte scientifiche in una società in continua evoluzione che vede la sua massima espressione nell'assicurazione professionale obbligatoria determinano una doverosa riflessione giuridica sulla responsabilità medica, poiché l'espansione dell'area dell'illecito trova, in parte, una sua giustificazione nella pluralità di prestazioni variegata per modalità e temporalità¹ che, talvolta, non si esauriscono in un'attività meramente individuale, bensì in trattamenti sanitari di *équipe*. Ciò posto, alle problematiche legate alla violazione delle regole giuridiche e tecniche, proprie dell'*ars medica*, si accompagnano le note questioni di carattere etico. Il tema del fine vita, amplificato dal "Caso Eluana Englaro", la cui vicenda processuale durata ben diciassette anni ha coinvolto l'opinione pubblica sul trattamento medico e il suo consenso informato, ancora oggi non perviene a soluzioni condivise.

A ben vedere, gli obblighi e i doveri che investono l'area di intervento del professionista saranno oggetto di attenta, nonché rigorosa analisi del presente contributo, il quale si propone di esaminare l'osservanza delle norme e dei rimedi posti dall'ordinamento.

Ne consegue che, secondo tale impostazione, il sistema della responsabilità civile del professionista risulta in continua evoluzione nell'ordinamento giuridico italiano.

Certamente esistono una varietà di lavori autonomi, ma il sistema della responsabilità civile professionale si presenta come un insieme unitario, ove le peculiarità delle diverse attività professionali costituiscono mere variabili. D'altronde, la presenza di una struttura unitaria permette di analizzare, sotto il profilo diacronico, l'evolversi degli

1. Ad es. visita medica, intervento chirurgico, consulenza, diagnosi, prescrizione di farmaci.

elementi strutturali che qualificano l'insieme partendo dall'osservazione delle differenze e delle diverse allocazioni nelle classificazioni più evolute, al fine di preconizzare nelle tipologie, non ancora avanzate o in un momento intermedio di sviluppo, i futuri progressi che tengano conto delle deformazioni topologiche di settore e che porteranno, nel momento conclusivo, ad un assestamento normativo dell'attività professionale in generale.

I mutamenti giurisprudenziali intervenuti nel settore delle professioni intellettuali danno una risposta lineare nell'ambito dell'*ars medica*. Al riguardo è stato perseguito solo uno dei due obiettivi della responsabilità civile: riparare il danno causato. Di conseguenza viene sostanzialmente realizzato, in misura sicuramente inferiore, la funzione di deterrenza, quale secondo obiettivo in materia, poiché l'introduzione di una sanzione punitiva può risultare utile a ridurre sensibilmente il contenzioso.

A ben guardare, la misura coercitiva prevista dal legislatore nell'ordinamento italiano è connotata dal carattere riparatore, ovvero il risarcimento del danno ha la funzione di porre rimedio alle conseguenze provocate dall'inosservanza del dovere giuridico.

Sul carattere punitivo della sanzione, invece, giova rammentare l'espressione latina usata dai romani *malum propter malum*, ovvero un male in cambio del male. L'attuazione pratica in diritto di tale accezione oggi risulta maggiormente presente nei Paesi di tradizione giuridica anglosassone di *common law*. Tuttavia, il carattere dei c.d. *punitive damages* è presente, seppur in *bonam partem*, anche nella tradizione giuridica occidentale di *civil law*. D'altronde, le vicende umane di fronte alla responsabilità del professionista risaltano le istanze punitive coltivate dal paziente, quale parte debole del rapporto, il quale oggi usufruisce di un regime di in-

formazioni impensabili rispetto al passato. All'uopo appare utile rilevare che il precedente utilizzo del termine *bonam partem* si riferisce alla sanzione giuridica dei Paesi di *civil law*, perché nei Paesi anglosassoni di *common law* il danno è punitivo, nonché doppiamente circoscritto, in quanto, oltre a punire il trasgressore evita la recidività dello stesso attraverso la totale privazione della libertà nell'illecito penale, ovvero, in un risarcimento del danno che ripristini lo *status quo ante* e mini, dal punto di vista economico, le risorse del danneggiante nell'illecito civile. In ogni caso la sanzione svolge una funzione preventiva, perché la minaccia della sua applicazione serve a dissuadere l'individuo dal violare il dovere giuridico e ad assicurarne il suo rispetto.

Ad ogni buon conto la predetta tesi giuridica prospettata fatica a trovare il suo riconoscimento nei Paesi di *civil law*, poiché per loro natura risultano ben lontani dai concetti di *deterrence*. Tuttavia, il 5 luglio 2017, i giudici di legittimità² hanno dato cittadinanza ai *punitive damages* nell'ordinamento italiano. Nello specifico le Sezioni Unite hanno affermato che i danni punitivi non sono più contrari all'ordine pubblico. Il via libera a tale forma risarcitoria proviene dal riconoscimento di tre sentenze pronunciate negli Stati Uniti d'America (U.S.A.) in una causa di risarcimento danni per incidente motociclistico. Ad ogni modo, la recente pronuncia giurisprudenziale non apre le porte ad un evento epocale, atteso che i danni punitivi fanno il loro ingresso mediante una mera rivisitazione del limite posto all'ordine pubblico interno.

Certamente emerge la volontà di fornire maggiori tutele all'interesse che viene protetto dalla norma violata e al tipo di conseguenza prevista dalla sanzione.

2. Cass. S.U., 5 luglio 2017, n. 16601.