

SINTESI DELL'INTERVENTO DELL'AVV. PAOLO MARIOTTI SUL TEMA

La responsabilità sanitaria tra esigenze di cura del paziente e medicina difensiva

Premessa

Non c'è alcun dubbio – e lo evidenziano gli studi e le indagini effettuate negli Stati Uniti e nel nostro paese dall'Ordine dei Medici della Provincia di Roma e dal Centro Studi Federico Stella – che la causa principale del fenomeno della medicina difensiva sia riconducibile all'incremento del contenzioso tra medici e strutture da una parte e pazienti dall'altra e, soprattutto, all'aumento delle condanne nei confronti dei medici.

Le strade seguite dalla giurisprudenza

Nel lungo percorso che ha portato alla contrattualizzazione della relazione sanitaria (Cass. n. 577/2008), la giurisprudenza si è sempre mossa con un obiettivo preciso: rafforzare sempre più la tutela del paziente considerato il contraente debole del rapporto di cura ed assistenza sanitaria sia per la sua situazione di inferiorità cognitiva sia per la sua posizione di debolezza in considerazione della malattia o del timore di avere una malattia.

Per raggiungere questo obiettivo, la giurisprudenza ha seguito tre strade.

La prima è stata quella di espandere il diritto alla salute, diritto inteso oggi nella sua accezione più ampia di benessere fisico e psichico secondo la famosa definizione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità.

La seconda strada percorsa dalla giurisprudenza è stata quella di aver creato un modello di responsabilità sanitaria incentrato sulla struttura sanitaria pubblica o privata e sul contratto di assistenza con effetti protettivi nei confronti dei terzi il cui contenuto è stato reso sempre più ampio.

La terza strada percorsa dalla giurisprudenza per assicurare una tutela completa ai pazienti, è stata quella di aver posto sempre maggiore attenzione alla centralità dell'informazione e del consenso nella relazione sanitaria. Lo testimonia lo sviluppo degli obblighi informativi a carico di medici ed il diritto dei pazienti ad esprimere il consenso ai trattamenti terapeutici proposti.

Oggi, nel rispetto dei principi di libertà e autodeterminazione del paziente enunciati dalla giurisprudenza di merito e di legittimità (Cass. 15/09/2008 n. 23676) i medici sono destinatari di una serie di obblighi informativi che si sono estesi nel tempo e hanno soprattutto l'obbligo di acquisire il consenso informato dei malati attraverso un processo di comunicazione e di colloquio che nulla ha a che vedere con il "sistema per firme" oggi utilizzato.

Va detto, però, che la giurisprudenza ha esasperato il ruolo e la portata del consenso anche in relazione agli obblighi informativi.

Faccio solo qualche esempio.

In forza dei principi enunciati dalla Cassazione nella sentenza n. 9374 del 24/09/1997, i medici devono informare i pazienti di tutti i rischi che l'effettuazione di un intervento chirurgico comporta. Non solo i rischi prevedibili come aveva stabilito

una precedente sentenza del 1994 (la n. 364) ma anche quelli rari (nella fattispecie si trattava di un rischio dell'1%).E lo stesso principio è stato confermato dalla sentenza n. 2847 del 9 febbraio 2010. Con una decisione dello stesso anno (la n. 15968 del 2 luglio), la Cassazione è tornata sul tema affermando che il medico viene meno ai suoi obblighi se non informa i pazienti sulle modalità dell'intervento, sulla tecnica utilizzata e sulle possibili variazioni del programma operatorio.In pratica, afferma la Cassazione, si devono fornire al paziente tutte le informazioni scientificamente possibili come se tutti i malati fossero medici.

Com'è noto, poi, nel caso di interventi chirurgici che presentano varie fasi che assumono una propria autonomia gestionale, la Cassazione ha affermato che i pazienti hanno diritto di essere informati sui rischi legati a tutte le fasi dell'intervento (Cass. n. 364/1997). Da questo orientamento giurisprudenziale *contra medicum* è derivato il proliferare dei moduli di consenso informato che vengono fatti firmare in tutte le tappe della prestazione sanitaria nell'illusione che tale formalità metta al riparo medici e strutture da azioni legali.

La rilevanza del consenso informato si evidenzia anche da un altro principio enunciato dalla giurisprudenza di legittimità secondo il quale -ai fini della configurazione della responsabilità del medico per omessa o inesatta informazione – è del tutto irrilevante che il trattamento sanitario sia stato eseguito correttamente o meno .

Ciò che rileva per la giurisprudenza è che la prestazione sia stata eseguita in violazione dei principi enunciati dagli art. 2, 13 e 32 della Costituzione che tutelano la libertà di scelta e autodeterminazione della persona (Cass. n. 6444 del 14/3/2006).

La medicina difensiva

E' nel quadro di questa evoluzione giurisprudenziale che ha portato ad una tutela senza più limiti dei pazienti, che la medicina difensiva ha conquistato un proprio autonomo rilievo nel rapporto terapeutico.

E' evidente che i medici, in uno scenario nel quale:

- a) sono aumentate le richieste risarcitorie nei loro confronti;
- b) sono aumentate le condanne civili non solo per malpractice ma anche per la mancata acquisizione del consenso per la perdita di chance di guarigione;
- c) è aumentato il rischio di denunce.

non hanno avuto altra scelta se non quella di porre in essere una serie di comportamenti commissivi ed omissivi il cui scopo non è il bene del malato ma è quello di tutelarsi dal rischio di un contenzioso legale.

I dati che emergono dalle ricerche fatte dal Centro Studi Federico Stella dell'Università Cattolica di Milano con la consulenza della Società Italiana di Chirurgia e dall'Ordine Provinciale dei Medici Chirurghi di Roma nel 2008 e nel 2010 evidenziano che le pratiche difensive hanno raggiunto anche nel nostro paese livelli preoccupanti.

E questo vale sia con riferimento alla medicina difensiva positiva (la prescrizione di esami, visite specialistiche non necessarie) sia per la medicina difensiva passiva o negativa quando si evitano procedure diagnostiche od interventi chirurgici nei confronti di pazienti ad altro rischio.

Le conseguenze

Ma quali sono le conseguenze della medicina difensiva?

Le ricerche fatte nel nostro paese hanno evidenziato l'incidenza economica della medicina difensiva sul sistema sanitario. A me interessa evidenziare gli effetti negativi che questa logica ha avuto e potrebbe avere nel rapporto tra medico e malato.

Esaminando molte sentenze che hanno affermato la centralità dell'informazione nel rapporto medico-paziente emerge una eccessiva severità nel valutare i comportamenti dei medici, vengono affermati principi, richiami ed intimazioni completamente avulsi dalle circostanze, dalle difficoltà nelle quali si svolge l'opera dei medici nelle strutture complesse.

In molte sentenze vengono condannati i medici per la carente acquisizione del consenso per non aver informato il paziente della complicità intervenuta anche se indipendente da sua colpa. Nelle motivazioni si legge che il medico doveva provare per testi di aver informato il malato oppure che il CTU ha accertato che il modulo scritto non era adeguatamente dettagliato e, conseguentemente, deve essere affermata la sua responsabilità per la violazione del diritto all'autodeterminazione.

Aver esasperato il processo di acquisizione del consenso ha portato i medici a ritenere questa fase fondamentale del rapporto sanitario dove si dovrebbe esprimere l'alleanza terapeutica come un passaggio a rischio di ritorsione perché i medici sono consapevoli che ogni prestazione senza il consenso può trasformarsi in una vertenza giudiziaria e, quel che è peggio, in una condanna civile o penale.

Nella pratica clinica quotidiana, l'acquisizione del consenso informato è oggi affidata alla sottoscrizione di moduli scritti nei quali sono indicati i rischi legati ad un trattamento sanitario.

Il consenso, pertanto, paradossalmente, da istituto a tutela della libertà assoluta della persona, della sua dignità, del suo diritto all'autodeterminazione da baricentro del rapporto terapeutico si è trasformato in una formalità burocratica, in uno strumento di medicina difensiva a futura memoria per la difesa degli interessi dei medici.

La contrattualizzazione del rapporto medico-paziente

Il secondo effetto negativo dei comportamenti difensivi è rappresentato dal rischio che i medici, nel timore di un contenzioso, facciano riferimento nelle loro decisioni terapeutiche solo alla volontà dei malati.

Il rischio è quello di una trasformazione profonda della relazione medica fondata su una logica meramente contrattualistica nella quale i medici si configurano come portatori di mere abilità tecniche spendibili sul mercato.

E lo stesso vale per le strutture sanitarie pubbliche e private che, nel mercato della salute, si fanno concorrenza fra di loro perseguendo obiettivi di qualità sul piano clinico.

Questa visione del rapporto medico-paziente non è solo la conseguenza di un orientamento giurisprudenziale ma è soprattutto il frutto di un trend culturale molto

diffuso nel quale la medicina è vista non come una realtà amica ma come qualcosa che all'inizio ti vuole curare ma poi ti sfrutterà, ti utilizzerà, ti farà soffrire, farà sperimentazione su di te.

Questa visione contrattualistica si fonda sul presupposto che nella relazione sanitaria non ci sia nulla da condividere.

I medici devono prendere atto solo della volontà dei pazienti, non c'è un bene da condividere.

In realtà noi sappiamo che in determinati settori tra i quali la medicina, non si può fare riferimento solo ad un incontro delle volontà ma, almeno per certi atti, occorre riferirsi a criteriologie condivise.

La deresponsabilizzazione, la perdita di autonomia del medico

Un altro rischio conseguente alla diffusione di comportamenti difensivi è la deresponsabilizzazione dei medici, la graduale perdita della loro autonomia e del loro ruolo di garanti del malato.

Basti pensare alle richieste continue di consulenze specialistiche in ambito ospedaliero, nei Pronto Soccorso o nei Reparti anche quando non è necessario.

Oppure alla richiesta di effettuare una TAC per traumi cranici minori solo perché una sentenza del Tribunale di Milano aveva condannato i medici perché non avevano effettuato la TAC (questo, direbbe il Fiori, è un tipico caso di medicina dell'obbedienza giurisprudenziale).

Oppure basti pensare alla tendenza a seguire le linee guida in modo acritico senza adattare al caso concreto nella falsa illusione di evitare un contenzioso legale perché, come ha affermato la Cassazione con la sentenza n. 8254 del 2 marzo 2011.

Conclusioni

In conclusione occorre fare un cenno ad un tema molto delicato che riguarda il comportamento dei medici di fronte ai malati che non possono essere guariti.

Va chiarito, però, che mi riferisco ai malati per i quali la terapia proposta è ancora proporzionata posto che siamo tutti d'accordo che il medico non deve porre in essere un accanimento terapeutico.

Il rischio più grande della medicina difensiva è quello dell'astensionismo terapeutico. Il medico, di fronte a pazienti con malattie croniche, degenerative o malati di tumore, preferisce non intervenire per evitare il rischio di eventuali future azioni di malpractice nei suoi confronti.

Va detto e ribadito che questi pazienti hanno diritto ad essere curati, a non soffrire a non essere abbandonati e all'uso di risorse.

Ce lo dice la Costituzione agli articoli 2 e 3 perché i diritti inviolabili della persona non dipendono da un giudizio sulle condizioni esistenziali, non dipendono da un giudizio sulle qualità morali dell'individuo, non dipendono da un giudizio sulle capacità che la vita di una persona manifesti o dall'epoca di avanzamento della stessa, dipendono solo dalla sua esistenza in vita.

Non ha rilevanza o non dovrebbe averla se la persona ha un anno o cento anni, se è buona o è una carogna, se è libero o detenuto, se ha l'Alzheimer, la SLA o la

polmonite, i diritti inviolabili dipendono solo dalla sua esistenza in vita. Ebbene, c'è un orientamento culturale che tende a rappresentare la medicina come un'attività aggressiva, invasiva nei cui confronti bisogna difendersi e opporre il proprio diritto all'autodeterminazione, il diritto alla qualità della vita.

Il messaggio di questo trend culturale è quello di colpevolizzare i malati che non possono più essere guariti, che si trovano in condizione di grave precarietà esistenziale, che non possono essere più produttivi." Forse la società si aspetta da me un passo indietro, è inutile che io continui le mie cure nella condizione nella quale mi trovo."

E' questo il messaggio che arriva a questi malati per una loro uscita di scena.

Certo, c'è in gioco un delicatissimo problema di costi. Il risparmio che si otterrebbe nel non prestare più cure a determinati malati sarebbe elevato. Ma guai, guai, se dovessimo risolvere il problema delle risorse attraverso l'abbandono e la rottamazione dei malati che non possono più essere guariti. Se passasse questo messaggio, vorrebbe dire mettere al centro della società non più la persona come prevede la nostra Costituzione, ma solo valutazioni di natura economica

Una vittoria delle logiche di mercato sul diritto inviolabile più importante che abbiamo: il diritto alla vita.

Avv. Paolo Mariotti