



Anno II

2

2006

IN QUESTO NUMERO:

- **Avvocatura: riforme e controriforme**
- **La nostra inchiesta: I veterani dell'Avvocatura**
- **Giornata Europea della donna avvocato**
- **Medicina: Obbligazioni di mezzi o di risultati?**
- **Revocatoria fallimentare e concordato preventivo**
- **Profili di incostituzionalità**

**PERIODICO
DELL'ORDINE
DEGLI AVVOCATI
DI CALTANISSETTA**

RIVISTA

DELL'

AVVOCATURA



RIVISTA DELL' AVVOCATURA

Direttore Responsabile

Avv. Emanuele Limuti

Redazione

Avv. Giuseppe Iacona

Avv. Francesco Panepinto

Avv. Giuseppe Dacqui

Avv. Walter Tesauero

Avv. Renata Accardi

Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Caltanissetta,

Via Libertà n. 3 - 93100 Caltanissetta

Tel. 0934.591264

e-mail: rivistavvocatura@yahoo.it

Impaginazione e stampa:

Lito Art S.r.l. - Via Vespri Siciliani, 85

Caltanissetta - Tel. 0934.583074 - Fax 0934.542705

e-mail: lito.art@virgilio.it

Autorizzazione del Tribunale di Caltanissetta

n. 187 del 6 Aprile 2005

02/2006

Sommario

- Il Consiglio dell'Ordine
di G. IACONA p. 2
- L'editoriale
Riforme e controriforme
di E. LIMUTI p. 3
- La Camera Penale
di G. DACQUI p. 4
- Le nostre interviste:
- I "veterani" dell'Avvocatura
di L. BUTERA p. 6
- U.R.P.: al servizio del cittadino
di A. MASTROSIMONE E M. TESTAQUATRA p. 8
- Medicina: obbligazione di mezzi o di risultati?
di V. MILISENNA p. 10
- Ma noi non siamo mercanti... di diritto!
di S. TIMPANARO p. 13
- C.N.F.
Giornata Europea della donna avvocato
di B. GRIMALDI p. 15
- La nostra storia:
- Documenti: Intervento di S. E. Ettore Ferroni
Saluto dell'Avv. F. Trigona della Floresta
Saluto al Presidente Salvatore Cardinale p. 17
- Nel cassetto...
di F. SICILIANO p. 22
- In nome del popolo italiano
di F. TIMPANELLI p. 23
- Eva togata
di R. ACCARDI p. 24
- Commissione pari opportunità
di F. CARAPEZZA p. 25
- Ricordi|
Gli Avvocati Attilio Andaloro e Calogero Pecoraro p. 27
- Il diritto tra il serio e il faceto
di A. SAIA, A. GUCCIARDO, G. MAIENZA E F. TIMPANELLI p. 28
- Jurisverba p. 32

All'interno, Sezione di legislazione, giurisprudenza e dottrina a cura di *Marzia Maniscalco e Marcello Mancuso*
Articoli di *F. Giunta, O. Sferlazza, M. Maniscalco; C. Crapanzano, C. Ariosto, R. Lo Monaco*
Con la collaborazione di *M. Ambra*

MEDICINA: OBBLIGAZIONE DI MEZZI O DI RISULTATI?

La consuetudine vuole che si scriva su riviste scientifiche per “dare”, rappresentando formulazioni di pensieri, argomentazioni a supporto e quant’altro correlato.

Questa volta, a mio parere almeno, appare opportuno utilizzare il consesso scientifico che mi ospita, caratterizzato da fini giuristi, per il “bisogno” di avere.

Sì, ma avere cosa?

Avere lumi, avere pensieri, avere in ogni caso, almeno l’indicazione sulla strada da percorrere, evitando che nel fitto della foresta di cui andremo a dire, la “retta

via” venga ancora una volta tracciata da sentenze, seppur della Suprema Corte.

Sarebbe infatti auspicabile, almeno nel campo della salute (diritto-dovere di ogni cittadino), che, “ex ante”, fossero conosciuti diritti,

doveri e percorsi, piuttosto che derivarli da penose ed a volte toccanti vicende processuali, per altro coinvolgenti professionisti, che loro malgrado, si trovano a fare da rompighiaccio.

Veniamo allora alla domanda.

In campo medico il conseguimento di risultato è sempre un obbligo?

Sui banchi dell’università si è sempre insegnato che l’obbligo di risultati esiste, precisandone nel contempo l’ambito in cui tale obbligo alberga.

Si può affermare che:

1. è esente da scusanti l’obbligo di risultati in capo al professionista che deve indurre l’anestesia (condizione prodromica ma infungibile ai fini dell’esecuzione di un intervento chirurgico);
2. altrettanto dicasi del chirurgo plastico (per quanto dallo stesso prospettato), relativamente ai risultati di un intervento estetico/ricostruttivo;
3. non meno può dirsi dell’odontoiatra che, in tema di efficienza riacquisibile, dovrà garantire sia l’estetica che la funzionalità.

Sembrerebbe desumersi che, ad esclusione di quanto sopra citato, l’unico obbligo in capo al professionista

sia quello derivante dalla corretta applicazione di “mezzi”, concezione oggi inaccettabilmente restrittiva.

Correlando infatti i traguardi raggiunti in campo scientifico alle innegabili complessità della macchina più delicata del mondo (quale può essere considerata il corpo umano), probabilmente, dovremmo riportarci agli antichi saggi, riaffermando: in media stat virus.

Ma la “media” è una funzione appannaggio della matematica, scienza propugnatrice di certezza, per cui mal si confà alla medicina o meglio all’ars medica, che di certezze, ne offre certamente tante ma che, ancor oggi, soffre di una interminabile serie di dubbi.

Passiamo al vivo dell’argomento, ed all’uopo citiamo una sentenza che ha solleticato diversi, ma soprattutto autorevoli, animi scientifici.

La sentenza, emessa dal Tribunale di Monza in data 15 marzo 2006, è venuta in esito ad un processo scaturito da una richiesta di risarcimento per danno derivante da intervento medico non riuscito.

Appare anche opportuno riportare il sottotitolo utilizzato da una della maggiori organizzazioni sindacali mediche (ANAAO):

“Diagnosi da “failed back surgery” ovvero sindrome da intervento medico non riuscito. Nelle prestazioni mediche di routine l’oggetto dell’obbligazione, ossia il risultato utile che il creditore ha diritto di attendersi, non è più soltanto l’impegno conforme alle regole dell’arte del medico, bensì il risultato positivo che ci si attende da quel genere di operazione.”

Sarà la fretta, sarà il fatto che ormai si bada più all’essere che all’avere, ma penso sia corretto affermare che la maggior parte dei soggetti non avendo letto né gli atti processuali né le otto pagine della sentenza, si sia limitata ad acquisire la “massima”, traendone impressioni e soprattutto formulando e conseguentemente esternando giudizi, non suffragati da adeguate, complete, esaustive, ma soprattutto infungibili, basi di conoscenza, non dico giuridiche, ma almeno sull’accaduto.

I media, hanno aumentato il danno, infatti riportando una sintesi della “massima” che come tale è già succinta, hanno centrato l’attenzione solo “sull’obbligo di risultati”, fomentando, loro malgrado aspettative, che magari non avevano alcuna basi scientifiche su cui fondarsi.

Da queste poche righe si vede come la problematica proposta sia tutt’altro che trascurabile, specie se si riportano le conseguenze a quanto già oggi esiste.

Afferma Natale Callipari (Avvocato), che in Italia ogni anno, su otto milioni di ricoveri in strutture pubbliche, circa 320mila pazienti (il 4%) denunciano danni; le



richieste di risarcimento sono circa 150mila, di cui 12mila pendenti davanti ai Giudici.

Questa situazione, genera altissimi costi sociali sotto forma di oneri economici per il Servizio sanitario nazionale (Ssn), ma anche aggravio di lavoro per gli organi giudiziari, già sommersi dalla considerevole mole processuale.

L'Avv. Callipari aggiunge che ogni denuncia costa al Ssn circa 26.750 euro.

Guido Alpa (Professore ordinario di Istituzioni di diritto privato all'Università La Sapienza di Roma), sottolinea che questa situazione rischia, in concreto, di scoraggiare i medici, professionisti che vedono su di loro sospesa la scure rappresentata sia dal poter incorrere in sanzioni (a volte inaccettabilmente pesanti), ma soprattutto dal dover necessariamente affrontare il costo sempre più alto delle assicurazioni professionali.

Addirittura i costi sempre più alti raggiunti dalle assicurazioni, hanno indotto diverse U.S.L. ad andare avanti in "autoassicurazione" fatto che in concreto, nel caso di condanna, si traduce in ulteriori costi sociali non assolutamente controbilanciati dalla chiamata in causa dei professionisti condannati, la cui solvibilità, spesso si risolve nel "quinto" stipendiale.

Devesi infatti considerare che l'alea della responsabilità professionale non è sempre e solo in capo al "mago del bisturi" o al "fine e conosciuto diagnosta", rilevandosi lo stesso rischio anche in capo all'onesto professionista i cui guadagni sono solo ed esclusivamente quelli stipendiali. Questa la triste situazione venutasi a creare.

Appare allora d'obbligo riportare alcuni passi della citata sentenza, usandola solo ed esclusivamente al fine di generare la discussione sul concetto, evitando quindi di entrare nel merito di giudizi che fuorvierebbero il ragionamento per la non appropriatezza della sede non disgiunta dal mancato possesso, almeno del sottoscritto, di approfondita cultura giuridica.

Si riporta dalla sentenza:

"... Inoltre bisogna rilevare che la prestazione richiesta, in relazione alla tipologia di lesioni lamentata dall'attrice, può inquadrarsi nell'ambito delle prestazioni mediche di facile esecuzione (o di routine), il cui inadempimento è presumibile sulla base della prova da parte del paziente dell'esito peggiorativo dell'intervento.

L'intervento è "di facile esecuzione" quando viene effettuato tramite regole tecniche che, per comune consenso e consolidata sperimentazione, sono ormai acquisite alla scienza e alla pratica medica.

Qualora invece l'intervento sia di difficile esecuzione ("quando il caso concreto sia straordinario od eccezionale, sì da essere non adeguatamente studiato dalla scienza medica e sperimentato nella pratica (se non addirittura ignoto) ovvero quando nella scienza medica siano proposti e dibattuti diversi, ed incompatibili tra loro, sistemi diagnostici, terapeutici e di tecnica chirurgica, tra i quali il medico operi la sua scelta": così Cass. 26.3.1990, n. 2428, in Mass. F.I.) spetterà al paziente "provare con precisione e particolareggiatamente il modo di esecuzione dell'intervento operatorio nelle sue varie fasi, nonché, ove sia necessario, il modo di esecuzione delle prestazioni postoperatorie": ciò però, in

ossequio ai principi di distribuzione dell'onere della prova ormai invalsi nella giurisprudenza di Cassazione, sul presupposto che il medico provi che la prestazione implicava la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

Il significato dell'orientamento suddetto, al di là del richiamo a regole di diritto probatorio, è che nelle prestazioni mediche di routine l'oggetto dell'obbligazione, ossia il risultato utile che il creditore ha diritto di attendersi, non è più soltanto l'impegno conforme alle regole dell'arte del medico, bensì il risultato positivo che ci si attende da quel genere di operazione.

Di riflesso, l'onere probatorio gravante sul presunto responsabile non è dato semplicemente dalla prova della mancanza di colpa, ovvero dalla diligenza nell'espletamento dell'operazione; ex art. 1218 c.c., il medico o l'ente chiamato a rispondere dovrà provare l'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile, ossia il c.d. caso fortuito in senso lato, in difetto rimanendo a suo carico la causa rimasta ignota. Solo in caso di intervento di speciale difficoltà il medico sarà libero da responsabilità di sorta provando la corretta esecuzione da parte sua dell'intervento.

In queste poche righe è riportato tutto il nocciolo della questione; sicuramente la lettura ci porta a formulare la stessa domanda che si è formulato l'Estensore, ma la risposta dovrà necessariamente essere più articolata.

1. Quando l'intervento è da ritenere "difficile"?

L'Estensore della sentenza, a nostro avviso almeno, riserva troppo poco spazio alla spiegazione del "facile" o meglio della mancata "difficoltà", infatti stando a quanto ci è dato leggere, senza riserva mentale alcuna, troviamo che la "facilità" dell'intervento viene ascritta a: "inquadarsi nell'ambito delle prestazioni mediche di facile esecuzione (o di routine), il cui inadempimento è presumibile sulla base della prova da parte del paziente dell'esito peggiorativo dell'intervento.

Classificare non è certamente compito semplice, ma nella fattispecie, sembra scivolare nell'incompletezza; stando infatti a quanto chiunque ha modo di leggere, si ha modo di ritenere che le domande debbano sgorgare come da una fonte.

La prima domanda attiene allo stra-abusato termine "routine", infatti non ci dispiacerebbe conoscere qual è, nel campo medico, il giusto e corretto significato da associare a "routine".

Routine o rutinario è qualcosa che avviene o che si pratica regolarmente, e pertanto almeno tre caratteristiche possono essere ascritte ad un fatto rutinario da ritenere certamente: prevedibile - conoscibile - conosciuto.

La necessità di risposte non si placa, infatti, stando a quanto ci è dato leggere nella specificazione dell'Estensore:

"L'intervento è "di facile esecuzione" quando viene effettuato tramite regole tecniche che, per comune consenso e consolidata sperimentazione, sono ormai acquisite alla scienza e alla pratica medica."

ci piacerebbe conoscere il giudizio sulla "rutinarietà", che viene dato ad un trapianto cardiaco effettuato, per altro, in un centro specializzato in trapianti:

a) sicuramente trattasi di pratica chirurgica conosciuta in

quanto effettuata centinaia e centinaia di volte;
b) sicuramente trattasi di pratica chirurgica di consolidata sperimentazione;
c) sicuramente le regole tecniche alla base di quella procedura, sono ormai acquisite e si potrebbe anche dire “universalmente digerite” dalla pratica medica.
Seguendo la ferrea logica classificativa derivante da quanto sopra esposto, il trapianto cardiaco appare essere innegabilmente classificabile come un intervento routinario e sicuramente di “non difficile esecuzione”. Sicuramente trattasi di paradosso, infatti nessun soggetto di buon senso sarebbe disposto ad inquadrare un trapianto cardiaco, come “intervento di facile esecuzione”.

Si è voluto citare il paradosso proprio per esaltare la estrema difficoltà dell'inquadrare una procedura, che seppur conosciuta e sperimentata, nella sua intima essenza nulla ha di facile.

Purtroppo, il “discutibile” non si è esaurito, infatti a proposito dell'intervento difficile si legge:

Qualora invece l'intervento sia di difficile esecuzione ("quando il caso concreto sia straordinario od eccezionale, sì da essere non adeguatamente studiato dalla scienza medica e sperimentato nella pratica (se non addirittura ignoto) ovvero quando nella scienza medica siano proposti e dibattuti diversi, ed incompatibili tra loro, sistemi diagnostici, terapeutici e di tecnica chirurgica, tra i quali il medico operi la sua scelta": così Cass. 26.3.1990, n. 2428, in Mass. F.I.)

Per come evidenziato, a mio parere almeno, se non andava assolutamente bene l'inquadramento lessicale sulla “facilità” di un intervento, ancor meno trova ristoro nella realtà dei fatti la spiegazione che ci viene data sull'intervento di “difficile esecuzione”.

Viene infatti annotato che l'intervento deve essere “straordinario od eccezionale, non studiato dalla scienza medica, non sperimentato nella pratica, ignoto, ovvero quando la scienza medica abbia preso posizioni contrastanti o incompatibili in materia”.

Ancora una volta si appalesa come, anche la figura del “buon padre di famiglia” e non solo il “professionista”, avrebbe non poche difficoltà a connotare la superiore descrizione come un intervento “difficile”, sarebbe infatti molto più semplice, spontaneo e forse anche maggiormente aderente alla realtà collocare un'azione si descritta come “eccezionale”, se non addirittura più vicina al caso unico e fors'anche irripetibile.

Compriamo a questo punto un piccolo sforzo traslando in nostro se nell'animus di un professionista che si accosta al letto operatorio, non conoscendo il metro di giudizio di quella che, non appare arduo definire una “prova d'esame”, spesso senza appello.

Per la fortuna della stragrande maggioranza dei malati, i medici non leggono “routinariamente” sentenze, però ascoltano la televisione e leggono i giornali.

Considerato che chiunque può avere necessità di cure, poniamoci qualche ulteriore e forse anche più interessante domanda:

1. Quale atteggiamento ci si deve attendere dal professionista che quotidianamente si accosta al letto chirur-

gico?

2. Cosa si riuscirà a dire, al di là della mera problematica giudiziale, se quel professionista inizia a mettere in essere atteggiamenti da medicina difensiva?

3. Chi risponderà dei costi sociali ed umani della medicina difensiva che tra probabilità, percentuali, linee guida differenti ed a volte in contrasto, interpretazioni giudiziarie, consenso consapevole ed informato e quant'altro, troverà sempre mille rinvii per potersi insinuare, sine pena per il professionista ma con correlata carenza di cure per il malato?

Come ben si vede la complessità della materia, invece che dipanarsi, diviene sempre più simile ad una nebbia che man mano si infittisce.

Forse, possiamo chiamare in aiuto la stessa connotazione del nostro ordinamento giuridico, infatti in Italia, a differenza dei paesi anglosassoni dove il “precedente” assume un significato a volte perentorio, vige il regime del Civil Law, che nel campo della malpratica medica si traduce nell'esame attento ed approfondito “caso per caso”.

Il classificare, assimilare, sistematizzare, inquadrare e quant'altro, per quanto scientificamente adottato, tende innegabilmente a sovrapporre, fatto che in tema di giudizi medico-scientifici, dovrebbe assolutamente evitarsi, in quanto la innegabile complessità della materia, se non trattata “caso per caso” finisce con il minimizzare, o con il soffocare se non addirittura con il nascondere quelle “sfumature”, spesso in grado di generare la “differenza”.

Non può per altro essere trascurato che il “giudizio” viene sempre fornito “ex post”, sulla rappresentazione di atti che, per quanto completi, non saranno mai la “reale” rappresentazione dei fatti.

Considerato allora che “qualunque” essere umano può diventare “vittima” o può “beneficiario” della corretta messa in opera di un atto medico (non necessariamente chirurgico), considerati gli altissimi costi sociali derivanti sia dall'instillare false speranze in chi “pensa di aver subito un torto” cui si va a contrapporre il pericolo “attuale” e non aleatorio che la medicina difensiva divenga sempre più dilagante, penso che sia divenuta improcrastinabile una seria, attenta, esaustiva e non interpretabile legislazione in materia.

Quest'ultima notazione sull'intervento legislativo finalizzato a mettere ordine nel settore, viene sottolineata dal Prof. Alpa.

L'Osservatorio sulla responsabilità del medico sta muovendo i primi passi per fare da supporto con dati certi, all'agognata riforma legislativa che coinvolgendo equamente gli interessi di: Medici, Pazienti, Strutture sanitarie, Personale paramedico e Mondo assicurativo, possa giungere ad un riordino del settore cui potersi ispirare nell'esternazione di una professionalità acquisita attraverso anni di studi e non scevra dell'esperienza accumulata al letto del malato. -

Dott. Vito C.M. Milisenna

Resp. U.O. Dipartim. di Med. Legale - Az. Osp.

S.Elia

Caltanissetta