

Giuseppe Draetta - Fabrizio Montagna

VOLUME 2

La responsabilità professionale dell'odontoiatra



Moltiplicativa

G. Draetta - F. Montagna

La responsabilità professionale dell'odontoiatra

RESPONSABILITÀ CIVILE E PENALE
DISPOSITIVI MEDICI DIFETTOSI

VOLUME 2

Collana Malpratica

Giuseppe Draetta - Fabrizio Montagna

**La responsabilità professionale
dell'odontoiatra**

RESPONSABILITÀ CIVILE E PENALE
DISPOSITIVI MEDICI DIFETTOSI

volume 2

copertina: Sigismondo Spina

*Tutti i diritti sono riservati per tutti i Paesi.
Nessuna parte del presente volume può essere riprodotta, tradotta o adattata
con alcun mezzo (compresi i microfilm, le copie fotostatiche e le memorizzazioni
elettroniche) senza il consenso scritto dell'Editore*

ISBN 978-88-95180-21-2

© 2008 Lingomed

	Presentazione	5
1	Responsabilità penale	7
2	Abusivismo e prestanomismo	20
3	Responsabilità civile	27
4	Responsabilità nel trattamento di équipe	44
5	Responsabilità per dispositivi medici difettosi	56
6	Postfazione	65
7	Bibliografia	68



Collaboratori

Giovanni Cannavò

*Specialista in medicina legale e delle assicurazioni,
Presidente della Associazione medico-legale Melchiorre Gioia*

Marco Brady Bucci

Odontoiatra

Daniele Manfredini

Odontoiatra, UOS disordini craniomandibolari, Università di Padova

Luigi Mastroberbato

*Specialista in medicina legale e delle assicurazioni
Professore a contratto scuola di specializzazione in medicina-legale,
Università di Bologna, Messina e Camerino*

Emilio Nuzzolese

*Odontoiatra, Professore a contratto clinica odontoiatrica Università di Spalato (Croazia),
vice presidente Società Italiana di Odontoiatria Legale e Assicurativa (SIOLA)*

Maria Sofia Rini

Odontoiatra

Mario Provvionato

*Specialista in medicina legale e delle assicurazioni,
libero docente in odontoiatria e protesi dentale*

Giuseppe Carserà

Specialista in medicina legale e delle assicurazioni

Alessandro De Introna

Specialista in medicina legale e delle assicurazioni

Massimo Ferrero

Specialista in odontostomatologia, dirigente servizio di odontoiatria, Ospedale di Aosta

Giorgio Borea

*Specialista in odontostomatologia e ortognatodonzia,
Professore ordinario in odontoiatria e protesi dentaria*

Si ringraziano per la collaborazione i membri del direttivo della Società Italiana di Odontoiatria Legale e Assicurativa per la revisione dei testi, e suggerimenti della casistica.

Prefazione

La Società Italiana di Odontoiatria Legale e Assicurativa nasce nel 2007, affiliata alla Società Medico-Legale Melchiorre Gioia per rispondere, nello specifico settore, al crescente interesse inerente le tematiche medico-legali, assicurative e giurisprudenziali inerenti le professioni sanitarie.

La logica e le finalità poste alla base del progetto della SIOLA consistono nella promozione di una cultura interdisciplinare, mediante il confronto tra esperienze concrete e dottrinali di sanitari e giurisperiti.

L'evoluzione giurisprudenziale richiede ai consulenti rigorose e aggiornate conoscenze in tema di contraddittorio, conciliazione e valutazione del danno, per migliorare l'efficienza del sistema in termini di durata e di costi.

In quest'ottica l'obiettivo principale consiste nel promuovere il confronto tra esperti su temi di attualità di medicina legale, scienze forensi e giurisprudenza; per incontrare le necessità lavorative specialistiche di odontoiatri e di medici-legali, che si trovino a ricoprire ruoli di consulenti presso Tribunali, Compagnie di Assicurazione e Autorità Giudiziarie, ponendosi come riferimento culturalmente indipendente per il confronto interprofessionale.

In questo senso, ampio spazio viene dedicato all'aggiornamento e al dibattito interdisciplinare, in materia di recenti evoluzioni scientifiche, cliniche e giurisprudenziali, in grado di influire sugli aspetti valutativi; formazione che intende basarsi su concrete basi statistiche medico-legali e giurisprudenziali.

Al fine di incidere su un più vasto ambito culturale e professionale, l'Associazione si rivolge ai professionisti impegnati nell'attività clinica, per approfondire i principi etici e sociali, costantemente elaborati dalla dottrina giuridica e medico-legale, che inevitabilmente influenzano la dinamica del rapporto odontoiatra-paziente, sino alla scelta delle opzioni cliniche, all'amministrazione dello studio e alle procedure di risk management.

Diversi studi dimostrano come l'aumento del contenzioso in odontoiatria dipenda dalla ripetizione di pochi errori tecnici ricorrenti, facilmente identificabili e in parte prevenibili.

L'estensione dei sistemi di qualità in sanità pubblica e privata condiziona l'acquisizione di concetti di governo clinico e di gestione del rischio, nell'ottica di un aumento di efficacia ed efficienza del sistema.

Il percorso di formazione, prevalentemente di tipo addestrativo, condiziona le difficoltà degli odontoiatri nell'adeguarsi in minor misura a emergenti paradigmi scientifici, ma in maggior misura ai subentranti cambiamenti di ruoli e di modelli teorici di rapporto fiduciario.

Per questi motivi è opportuno ripensare il ruolo della professione odontoiatrica alla luce delle mutate richieste e sensibilità sociali, da cui derivano inevitabili ricadute sul diritto positivo e sull'etica odontoiatrica.

Per perseguire i propri obiettivi, l'associazione dispone di diversi strumenti:

- ▶ un sito internet (www.siola.eu);
- ▶ una rivista scientifica, Tagete-Archives of legal medicine e dentistry;
- ▶ un calendario di eventi distribuiti sul territorio nazionale e un congresso nazionale, incentrati su problematiche di attualità.

Con piacere abbiamo colto questa opportunità in collaborazione con l'Abbott, industria da sempre sensibile alle problematiche della professione; per proporvi questa raccolta di articoli tratti dalla nostra rivista, nella speranza che vi risultino utili alla prassi clinica professionale.

Giovanni Cannavò - Fabrizio Montagna



1 Responsabilità penale

”

Se ora sei accusato ingiustamente, stai pagando per qualche nefandezza passata.

Il paziente che si ritenga colposamente danneggiato, per una terapia odontoiatrica ritenuta insoddisfacente o errata, di regola sceglie la tutela civilistica; ma, proprio perché si versa in tema di delitti per lesioni personali, non può escludersi il ricorso alla tutela penale.

A prescindere da questioni di carattere sistematico e considerando il “diritto penale vivente”, cioè gli aspetti pratici emergenti dai casi tratti dalla prassi giurisprudenziale, emerge un dato significativo e tranquillizzante sulla sporadica presenza del diritto penale nel settore.

Di frequente riscontro risultano le querele per lesioni personali in concorso formale con il reato di abuso di professione (artt. 81, 356 c.p.), mentre sporadiche risultano ipotesi diverse di responsabilità professionale (Tabella 1-4).

Il timore dell’odontoiatra risiede nella possibilità che le eventuali conseguenze di danno al paziente diano luogo, preliminarmente o parallelamente alla richiesta civilistica di risarcimento danni, a un procedimento penale.

Tabella 1.

Responsabilità penale

- ▶ Abuso di professione
- ▶ Lesioni personali
- ▶ Omissione di soccorso
- ▶ Omicidio
- ▶ Violazione del segreto professionale
- ▶ Violazione delle norme di sicurezza sul lavoro
- ▶ Violenza privata
- ▶ Omissione di referto e denuncia
- ▶ Falsità in atti

Tabella 2.

Segnalazione all'autorità giudiziaria*Omissione di referto (art. 365 c.p.) multa**Omissione di denuncia (art. 361 c.p.) multa*

Oggetto della segnalazione:

- ▶ **Delitti contro la vita**
(omicidio)
- ▶ **Delitti contro l'incolumità individuale**
(lesioni volontarie oltre 20 giorni, colpose per infortuni e malattie del lavoro)
- ▶ **Delitti contro l'assistenza familiare**
(abuso, maltrattamenti)
- ▶ **Delitti contro la libertà personale**
(sequestro, violenza sessuale di gruppo)

Tabella 3.

Falsità in atti

- ▶ **Falsità materiale**
commessa da pubblico ufficiale in atti pubblici (art. 476 c.p.)
- ▶ **Falsità ideologica**
commessa da pubblico ufficiale in atti pubblici (art. 479 c.p.) reclusione 1-10 anni
- ▶ **Falsità ideologica**
commessa da persone esercenti servizio di pubblica necessità (art. 481 c.p.) reclusione fino a 1 anno o multa
- ▶ **Falsità in scrittura privata**
(art. 485 c.p.) punito qualora ne faccia uso o permetta ad altri di farne uso
- ▶ **Omissione o rifiuto d'atti d'ufficio**
(art. 328 c.p.) reclusione 6-24 mesi

Tabella 4.

Segreto professionale (art. 622 c.p.)

- ▶ Non punibilità per trasmissione e rivelazione per giusta causa
- ▶ Perseguibile a querela
- ▶ Reclusione fino a 1 anno o multa fino a 516,46 €
- ▶ Protezione dei dati personali DL 196/2003 (sanzioni amministrative e penali)

A questo riguardo si deve tenere presente che in sede civile i criteri di giudizio tendono a tutelare maggiormente gli interessi del cittadino danneggiato, attraverso la presunzione di colpa e l'inversione dell'onere della prova, orientamenti da cui deriva un'elevata alea di soccombenza del professionista.

Invece, in sede penale l'accertamento è più rigoroso e garantista per il sanitario, l'onere della prova spetta sempre all'accusa e si applica il beneficio del dubbio a favore dell'imputato.

Individuare la responsabilità penale del medico nel verificarsi del fatto lesivo, significa individuare un comportamento (omissivo o commissivo), senza il quale il danno non si sarebbe verificato, al di là di ogni ragionevole dubbio (*conditio sine qua non*).

Il criterio "al di là di ogni ragionevole dubbio" implica che tra il comportamento individuato e il fatto lesivo deve sussistere un nesso di causalità certo o almeno una correlazione statistica prossima al 100%, ampiamente documentabile da esperienze precedenti (Tabella 5).

Nel procedimento penale, l'onere della prova ricade sulla Procura della Repubblica e fino alla sentenza definitiva il medico si presume innocente.

Criteri così stringenti si rendono ovviamente necessari dal momento che, nel corso di un processo penale, sono in gioco la libertà personale e l'onorabilità professionale di chi viene accusato.

Tabella 5.

Orientamenti in responsabilità penale

Responsabilità soggettiva

- ▶ Teoria condizionalistica
- ▶ Rigorosità del nesso causale
- ▶ Onere probatorio sull'accusa (PM)
- ▶ Graduazione della colpa

Aspetti del procedimento penale

- ▶ Procedibilità d'ufficio o a querela
- ▶ Prescrizione dei termini di querela (90 giorni)
- ▶ Costituzione di parte civile (termini, interruzione del procedimento civile)
- ▶ Modello accusatorio (parità tra Pm e accusato)
- ▶ Sanzioni (ammenda, multa, arresto, reclusione)
- ▶ Provvisionale (risarcimento demandato in sede civile)
- ▶ Efficacia della sentenza in altri giudizi (non automatica)
- ▶ Patteggiamento e giudizio abbreviato (riduzione della pena)

Le sanzioni per lesioni colpose sono costituite da pene rappresentate da multe (artt. 17, 24 c.p.) di importo non elevato, in assenza di pene accessorie; in tal modo la vera pena diviene l'effetto psicologico del processo e il costo delle spese legali.

Scelta della sede penale

Per la loro peculiarità, le prestazioni odontoiatriche errate integrano il delitto di lesioni personali colpose procedibili a querela della persona offesa (art. 590 c.p.) e solo eccezionalmente gli estremi dell'omicidio colposo (art. 589 c.p.) procedibile d'ufficio.

Ciononostante può accadere, in taluni casi sporadici, che la sede penale sia ritenuta dal paziente (o più esattamente dal legale) uno strumento idoneo per ottenere più celermente giustizia; ovvero per ottenere una sollecita definizione transattiva della controversia, per la immediata negoziabilità che la remissione di querela comporta ai fini dell'estinzione del reato (art. 152 c.p.).

Il diritto alla querela può essere esercitato entro tre mesi dal momento in cui il titolare del relativo diritto si sia reso conto delle connotazioni necessarie per l'integrazione del reato (art. 124 c.p., Cassazione Penale, sezione V, 7 novembre 1984).

L'aumento del contenzioso civile, nonostante la possibilità di configurazione di un illecito penale, è una scelta che trova svariate motivazioni:

- ▶ la prescrizione dell'azione civile, trattandosi di responsabilità contrattuale, è decennale;
- ▶ la lunghezza del procedimento, una volta iniziato, non mette a repentaglio la possibilità di ottenere un risultato utile eventualmente a carico degli eredi;
- ▶ nel procedimento civile viene chiamata in causa dal convenuto la compagnia assicurativa, con possibilità più concrete di trattative;
- ▶ trattandosi di responsabilità contrattuale per prestazione d'opera intellettuale (art. 2230 c.c.), si parte dalla presunzione di colpa (art. 1218 c.c.);
- ▶ l'azione di risarcimento si può accompagnare all'azione di risoluzione del contratto (art. 1453 c.c.) con conseguente obbligo di restituzione del corrispettivo pagato al sanitario (art. 1458 c.c.), aspetto interessante in quanto spesso elevato nella prestazione odontoiatrica.

Il procedimento penale è formato da diverse fasi (Tabella 6 e 7), che si susseguono, tuttavia con maggior celerità nei confronti del processo civile.

Tabella 6.

Indagini preliminari nel procedimento penale

- ▶ Querele entro 3 mesi dal fatto (completa conoscenza)
- ▶ Iscrizione nel registro delle notizie di reato
- ▶ Indagini preliminari (PM)
- ▶ Misure cautelari (GIP)
- ▶ Informazione di garanzia
- ▶ Indagini difensive (art. 391 bis c.p.)
- ▶ Consulenza tecnica del PM
- ▶ Incidente probatorio
- ▶ Archiviazione o rinvio a giudizio (GIP)

Tabella 7.

Processo penale

- ▶ Udiienza preliminare (PM, GIP)
- ▶ Citazione diretta del PM per reati puniti con multa o pene inferiori a 4 anni
- ▶ Sentenza di non luogo a procedere o decreto che dispone giudizio (GUP)
- ▶ Riti alternativi (patteggiamento, giudizio abbreviato)
- ▶ Costituzione di parte civile
- ▶ Dibattimento (cross examination)
- ▶ Perizia medico-legale
- ▶ Condanna o assoluzione
- ▶ Proposizione di appello
- ▶ Ricorso in cassazione

Del resto alla celerità del processo penale si contrappone lo svantaggio del ritardo del risarcimento, interesse primario della parte, poiché:

- ▶ il danno (art. 185 c.p.) non viene quasi mai quantificato, ma demandato in sede civile, potendo essere riconosciuta una provvisoria;
- ▶ la costituzione di parte civile sospende o preclude un eventuale processo civile sino all'esito del processo penale (art. 75 c.p.p.);
- ▶ l'efficacia della sentenza penale in altri giudizi non è automatica (art. 654 c.p.p.);
- ▶ il patteggiamento non costituisce affermazione di responsabilità (art. 444 c.p.p.) e non ha alcuna concreta utilizzabilità in favore della tesi accusatoria in un successivo procedimento civile.

Nesso di causalità

Nella giurisprudenza penale predomina la teoria condizionalistica (o della condicio sine qua non) che si basa su presupposti estensivi e severi: viene considerata causa dell'evento ogni condizione, o antecedente, in assenza del quale l'effetto non si sarebbe prodotto.

In tal modo cause e concause sono equiparate (principio dell'equivalenza delle cause) e sono punite le concause sia dipendenti dall'azione del colpevole, che indipendenti, come ad esempio situazioni anatomiche o stati patologici propri del paziente (artt. 40, 41 c.p.).

Le cause sopravvenute, per poter escludere il nesso causale, devono essere uniche, ed esclusive, cioè: indipendenti dall'azione del colpevole; eccezionali, impreviste e imprevedibili; inserirsi nella successione causale in modo da escludere il fatto preesistente, rappresentando un *quid novi*. Il sistema penale rifugge dalla teoria dell'aumento del rischio e il giudice tende a pervenire a un accertamento rigoroso del nesso di causa nel caso concreto; eventualità percorribile nei reati commissivi. Ma poiché la medicina è per definizione una scienza probabilistica, il giudice deve valorizzare, se del caso, anche il dato probabilistico, soprattutto nelle ipotesi omissive nelle quali più ardua è la ricostruzione controfattuale della vicenda.

Proprio in questa direzione, in riferimento alla più generale responsabilità del medico, nel 2002 le Sezioni Unite Penali, sono intervenute per dirimere un contrasto interpretativo venutosi a creare all'interno della IV Sezione della Corte di Cassazione Penale, in merito alla ricostruzione del nesso causale tra condotta omissiva ed evento. In alcune sentenze si era affermato che non sarebbe stato più sufficiente, come per il passato, la dimostrazione, in ordine all'azione impeditiva dell'evento, di una *“seria e apprezzabile probabilità di successo”* anche con ridotti coefficienti di probabilità; ma si sosteneva un orientamento di senso opposto, secondo il quale, per giungere alla affermazione della penale responsabilità, occorreva la prova che il comportamento alternativo dell'agente avrebbe impedito l'evento con un *“elevato grado di probabilità prossimo alla certezza”*.

La Suprema Corte ha inferito che, data la natura induttiva dell'accertamento giudiziale, se si pretendesse una rigorosa spiegazione causale secondo criteri di utopistica certezza assoluta, si finirebbe con il frustrare gli scopi preventivo-repressivi del diritto e del processo penale. La precisazione comporta sul piano logico il corollario in cui la certezza cede il passo al concetto della *“ragionevole credibilità logica”* e l'alto grado di credibilità razionale si identifica con la certezza processuale nei reati omissivi.

Graduazione della colpa e onere della prova

Nel procedimento penale, l'onere della prova spetta sempre all'accusa che deve dimostrare il nesso di causalità e il comportamento del professionista qualificabile in termini colposi; il processo di tipo accusatorio (non più inquisitorio) prevede il confronto tra le parti, in modo da formare il libero convincimento del giudice che deve motivare i criteri adottati e l'esistenza del fatto attraverso l'apprezzamento di indizi gravi, precisi e concordanti (art. 192 c.p.p.).

La nozione di colpa ha una valenza unitaria all'interno dei due rami dell'ordinamento giuridico, nei quali sussiste una coincidenza di presupposti per la ricostruzione del nesso di causa giuridico-materiale (artt. 40, 41 c.p.) e psichico (artt. 42, 43 c.p.) in tema di responsabilità.

In sede penale viene trasposta la norma civile che prevede la graduazione della colpa, con aggettivazioni tipo lieve o grave, per commisurare il grado di perizia esigibile alle difficoltà tecniche del trattamento nella risoluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà (art. 2236 c.c.).

Mentre per le ipotesi di imprudenza e negligenza, vige il principio che afferma della "colpa per assunzione" si intraprenda un lavoro impegnativo sapendo di non disporre di adeguata preparazione (Tribunale di Verona 15/1189, Lazzaretti e Veronesi).

La giurisprudenza penale prevalente prevede che la valutazione del grado della colpa, limitatamente alla perizia, possa essere utilizzato dal magistrato solo per graduare l'entità della sanzione, ma non per stabilire la presenza di responsabilità, sempre ritenuta esistente anche per colpa minima in base alla disciplina dell'elemento soggettivo del reato ex art. 43 c.p. (Tribunale di Bologna n. 1093 del 14/7/2000; Cassazione Penale 29/9/1997 e 22/2/1991).

Lesioni personali

Le lesioni personali sono i delitti contro l'incolumità individuale con cui più frequentemente l'odontoiatra può venire a contatto, sia in tema di referto durante la visita ambulatoriale di un traumatizzato, che nella prospettiva più concreta di ipotesi di responsabilità professionale.

Le lesioni possono essere classificate in base all'intenzione (in dolose e colpose) e in base alla gravità, che tiene conto della durata della malattia e delle aggravanti biologiche (Tabella 8):

Tabella 8.

lesioni personali colpose

- ▶ **Lievissime** (inferiori a 20 gg, assenza di aggravanti biologiche)
- ▶ **Lievi** (20-40 gg, assenza di aggravanti biologiche) reclusione fino a 3 mesi o multa fino a 309,00 €
- ▶ **Gravi** (oltre 40 gg, aggravanti biologiche, ad es. indebolimento d'organo) reclusione 1-6 mesi o multa 123,00 / 619,00 €
- ▶ **Gravissime** (oltre 40 gg, aggravanti biologiche, perdita d'uso di un organo) reclusione 3-24 mesi o multa 309,00 / 1.239,00 €
- ▶ **Omicidio colposo** (art. 589 c.p.) reclusione da 6 mesi a 5 anni

- ▶ lievissime, con durata di malattia inferiore a 20 giorni, sempre procedibili a querela tanto le dolose che le colpose (art. 582 c.p.);
- ▶ lievi con durata di malattia tra 20 e 40 giorni, procedibili a querela se colpose, d'ufficio se dolose (art. 590 c.p.);
- ▶ gravi con durata della malattia superiore a 40 giorni, oppure indipendentemente dalla durata della malattia in presenza di aggravanti biologiche previste dall'art. 583 c.p. (pericolo per la vita della persona offesa, incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un periodo superiore ai 40 giorni, indebolimento permanente di un organo o di un senso); procedibili d'ufficio se dolose o se colpose, ma commesse con violazione delle norme per la tutela della salute sul lavoro (art. 590 c.p.);
- ▶ gravissime con malattia di durata non determinabile, certamente o probabilmente insanabile, oppure indipendentemente dalla durata della malattia se vi è la presenza di aggravanti biologiche (perdita di un senso, di un arto, di un organo o del loro uso, della capacità di procreare, permanente e grave difficoltà della favella, deformazione permanente o sfregio del viso); procedibili come le lesioni gravi (art. 583 c.p.).

Infine va ricordata l'originalità del concetto di organo in medicina legale, sovrapponibile in medicina alla definizione di apparato, cioè costituito da un complesso di strutture che hanno un significato organo-funzionale autonomo.

A parte, vanno ricordate le aggravanti non biologiche, come l'uso di armi o di sostanze corrosive (art. 585 c.p.) che aggravano la pena ma non interferiscono sulla valutazione medico legale.

Durata della malattia

Il concetto di malattia in ambito medico-legale è importante in quanto in assenza di malattia non sussiste il delitto di lesioni personali.

La dottrina è arrivata ad elaborare il seguente concetto di malattia accettato dalla giurisprudenza (Cassazione Penale, sezione IV, 16 marzo 1971):

“Modificazione peggiorativa dello stato anteriore a carattere dinamico, estrinsecatesi in un disordine funzionale apprezzabile (di una parte o dell'intero organismo) che determina una effettiva limitazione della vita organica e, soprattutto, della vita di relazione e richiede un intervento terapeutico, per quanto modesto”

(C. Gerin).

I tre caratteri della malattia (peggioramento dello stato anteriore, ripercussione funzionale, evolutività) permettono di inferire alcune riflessioni. Il delitto non sussiste quando l'azione, sia pur illecita, non produca un peggioramento e un odontoiatra che, con la sua prestazione migliori lo stato di salute del soggetto, non potrà essere accusato di lesioni personali.

La malattia è un fenomeno evolutivo con un inizio, una durata, un termine; e, inoltre, contraddistinta da una progressione verso la guarigione (restituito ad integrum), la stabilizzazione (in postumi o esiti), la cronicizzazione o la morte. Da cui si inferisce che una cicatrice o un'edentulia non costituiscono periodo di malattia, in quanto sono condizioni stabilizzate e non più dinamiche.

La malattia non è la lesione anatomica in sé, ma la ripercussione funzionale, per cui un'ecchimosi non ha ripercussioni funzionali e non ha rilevanza nel prolungare la condizione di malattia.

Aggravanti biologiche

L'importanza delle aggravanti nelle lesioni personali gravi è evidente considerando che la pena è proporzionata alla durata della malattia e alla gravità del danno e non alla gravità dell'azione.

Peraltro, in tema di responsabilità professionale odontoiatrica si tratta di regola di lesioni personali colpose classificabili come lievi o gravi.

Per indebolimento permanente d'organo (art. 583 c.p.) si intende qualsiasi alterazione apprezzabile di organo o di funzione che:

- ▶ sia rilevabile clinicamente;
- ▶ non emendabile spontaneamente;
- ▶ determini un peggioramento nella vita quotidiana.

Per quanto riguarda l'indebolimento permanente della funzione masticatoria, le pronunce giurisprudenziali della Suprema Corte appaiono informate, in genere, a un particolare rigore.

Tali interpretazioni giuridiche sono, peraltro, difformi dai risultati delle ricerche cliniche che indicano come scarsamente influenti sulla capacità masticatoria le situazioni in cui siano stati persi sino a cinque denti posteriori o la presenza di arcate riaccurciate.

Il maggior pregiudizio funzionale che deriva al soggetto leso da una preesistenza viene valutato a sfavore del reo o al massimo è indifferente al tipo di imputazione; per cui ai fini del concetto di indebolimento permanente è del tutto irrilevante che quell'organo fosse già indebolito (Cassazione Penale, sezione IV, 13 febbraio 1978).

Il concorso doloso del danneggiato, cioè la volontà di aggravare il danno, costituisce circostanza attenuante (art. 62 c.p.); è importante che ci sia la volontà, mentre non è sufficiente la sola colpa.

Il requisito cronologico della permanenza richiede che vi sia una situazione stabile e non più emendabile spontaneamente e ha rilevanza nulla il fatto che i postumi siano emendabili con un intervento chirurgico o con l'applicazione di protesi (Cassazione Penale, sezione I, 25 gennaio 1986, sezione V, 2 novembre 1989 e sezione II, 11 gennaio 1996).

La perdita anche di un solo dente riduce la potenzialità funzionale dell'organo masticatorio (Cassazione Penale sezione II, 11 gennaio 1996 e sezione V, 2 novembre 1989, sezione II, 11 aprile 1984).

La perdita di uno o più denti costituisce indebolimento della masticazione quando la diminuzione numerica dei denti si traduce in un apprezzabile menomazione della funzione (Cassazione Penale, sezione I, 25 gennaio 1986).

In base ad alcune pronunce della Suprema Corte il riconoscimento dell'aggravante può essere condizionato dal momento in cui la lesione viene esaminata:

“In tema di lesioni personali non è ravvisabile l'aggravante di cui al n. 2 dell'articolo 583 c.p. qualora la persona offesa volontariamente si sia sottoposta a speciali trattamenti terapeutici che abbiano dato esito favorevole rispetto all'indebolimento di un organo, originariamente come permanente e successivamente rimosso a seguito di quei trattamenti”

(Cassazione Penale, sezione V, 2 novembre 1989).

In questo senso nel caso di avulsione dentaria, per cui sia stato inoltrato referto considerando la presenza di indebolimento permanente, una efficiente riabilitazione successiva potrebbe dare motivatamente luogo all'esclusione dell'aggravante nel corso di una seconda visita

peritale; tenendo comunque presente che esistono protesizzazioni che escludono l'aggravante e altre che non modificano il capo di imputazione, come ad esempio una protesi mobile nei confronti di una fissa.

Per malattia che metta in pericolo la vita della persona offesa si intendono situazioni: attuali e non potenziali basate sulla effettiva gravità della condizione clinica (la prognosi riservata non si identifica con il pericolo di vita) e indipendenti dalla durata del pericolo e dalla durata della malattia (Cassazione Penale, sezione I, 1 febbraio 1965).

L'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni comprende le attività lavorative e ricreative e può essere anche solo parziale, come il periodo di convalescenza e riabilitazione successivi al termine della durata della malattia (Cassazione Penale, sezione V, 20 ottobre 1983).

CASO 1 – Implantologia. Errato posizionamento di fixtures, sinusite mascellare

In presenza di atrofia mascellare avanzata veniva proposto ed iniziato un progetto di riabilitazione fissa; che non veniva terminato per la comparsa di una serie di difficoltà: l'impossibilità di protesizzazione di impianti disposti orizzontalmente; la perdita di due impianti; la comparsa di sinusite mascellare bilaterale.

Si tratta di un errore cognitivo di valutazione diagnostica delle condizioni ossee (negligenza), a cui consegue un errore operativo per imprudenza e imperizia inescusabili.

La natura dell'errore emerge dal confronto con la corretta condotta, che sarebbe consistita in interventi di incremento osseo seguiti da implantologia differita.

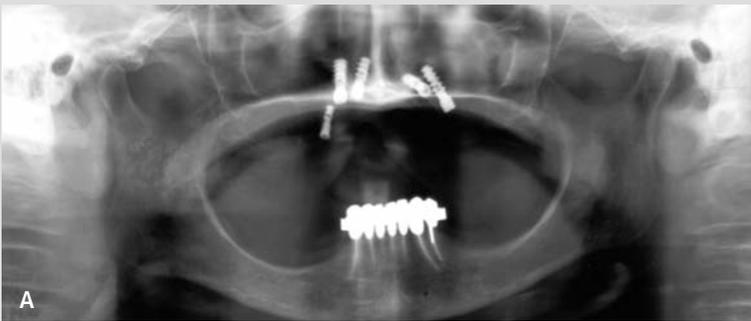


Figura A: Situazione radiologica al momento della sospensione delle cure

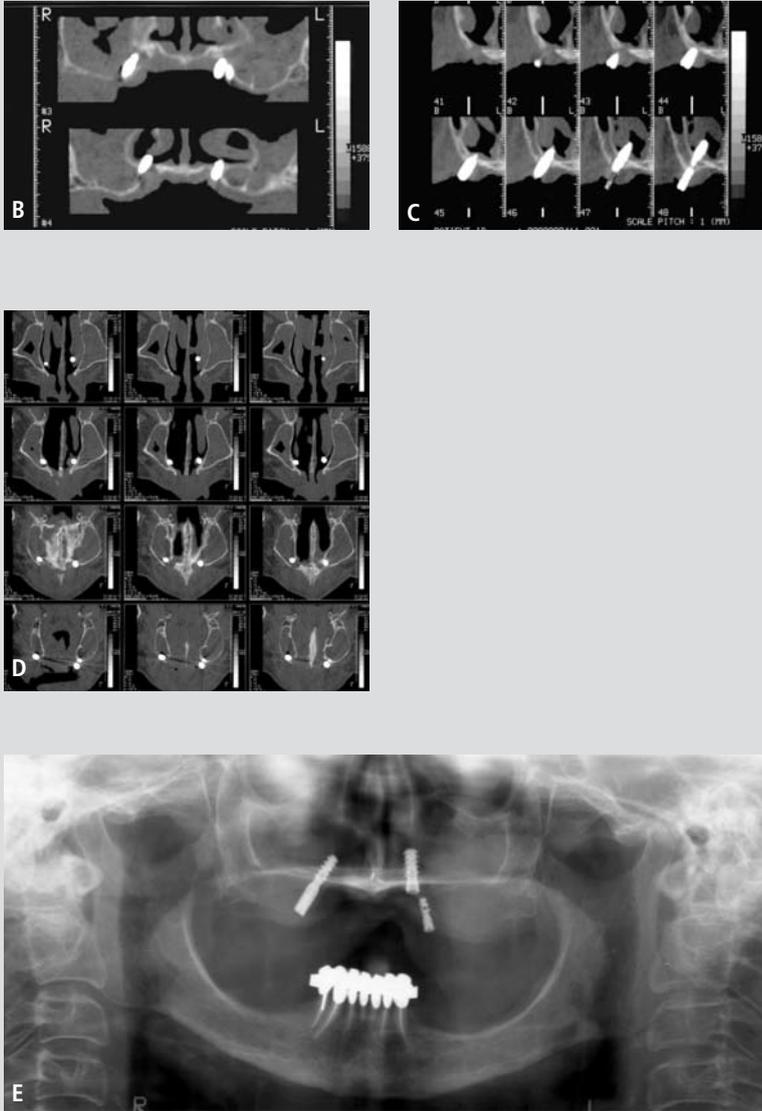


Figura B-E: Situazione radiologica al momento della visita medico-legale, in cui si era verificata la perdita di due dei cinque impianti ed era presente sinusite mascellare bilaterale



Figura F-H: Situazione endorale al momento della visita medico-legale

2

Abusivismo e prestanomismo

”

Un sacco di gente confonde una memoria corta con una coscienza pulita.

L'esercizio abusivo della professione è un argomento su cui sono consultabili numerosi elaborati dottrinali, massime e estratti di sentenze, ma sul quale le numerose domande che vengono usualmente poste dagli odontoiatri, dimostrano una incompleta percezione del problema.

In questo articolo si è cercato di rispondere sinteticamente alle domande più frequenti dividendo il profilo dell'esercente abusivo e del prestanome.

È obbligatoria la segnalazione all'autorità giudiziaria? Quali sono le sanzioni e le conseguenze dirette e indirette? Quali le prospettive future in tema di repressione di questo reato?

Esercizio abusivo di professione

La questione deve essere posta sotto il profilo del reato previsto dall'art. 348 c.p. (Tabella 9).

L'oggetto giuridico, ovvero la ragione per cui viene elevata l'incriminazione, è l'interesse dello Stato a proteggere il buon andamento della Pubblica Amministrazione, in relazione al legittimo esercizio di professioni intellettuali, definite protette in quanto è prevista la necessaria iscrizione in appositi albi (art. 2229 c.c.).

Tabella 9.

Art. 348 c.p. (esercizio abusivo della professione)

- ▶ Chiunque abusivamente esercita una professione, per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato, è punito con la reclusione fino a 6 mesi o con la multa.

La giurisprudenza ha confermato, attraverso diverse sentenze, che il reato è indipendente dalla correttezza o dall'esito propizio della terapia; per la realizzazione è sufficiente un solo atto occasionale; anche l'atto gratuito è illecito; il consenso del paziente (art. 50 c.p.) non vale a rendere lecita la condotta in quanto si tratta di reato in cui il soggetto passivo è lo Stato.

Sul piano concreto il problema può presentarsi in diverse situazioni:

- ▶ soggetto privo di laurea in odontoiatria;
- ▶ medico chirurgo immatricolato dopo l'anno accademico 1985 o tra il 1980 e il 1985 non abilitato;
- ▶ dottore in odontoiatria non abilitato, perché non abbia eseguito l'atto amministrativo che accerta l'idoneità tecnica (esame di stato) o la procedura amministrativa (iscrizione all'albo);
- ▶ odontoiatra o medico chirurgo abilitato sottoposto a sospensione o interdizione dall'esercizio professionale;
- ▶ odontoiatra di paese extracomunitario, per cui non esista un riconoscimento pattizio di reciprocità dei rispettivi titoli.

Segnalazione all'autorità giudiziaria

L'abusivo esercizio di una professione è un reato contravvenzionale, procedibile d'ufficio (art. 50 c.p.p.), e l'obbligo di segnalazione varia in relazione alla diversa qualifica giuridica del sanitario:

- ▶ gli esercenti un servizio di pubblica utilità non sono tenuti alla segnalazione, essendo la norma di riferimento l'art. 365 c.p., attinente l'obbligo di referto solo per i delitti (cioè i reati più gravi) in cui si sia prestata la propria opera;
- ▶ i pubblici ufficiali e gli incaricati di pubblico hanno l'obbligo di denuncia per tutti i reati (contravvenzioni e delitti) perseguibili d'ufficio, essendo sufficiente la notizia (artt. 361, 362 c.p.).

La differenza d'obbligo tra privato e sanitario con incarico pubblico deriva dall'orientamento del vecchio codice che tendeva a reprimere i reati attraverso i rappresentanti ufficiali dello Stato.

L'odontoiatra chiamato in veste di consulente tecnico d'ufficio, riveste le funzioni di pubblico ufficiale e quindi è gravato dall'obbligo di denuncia al Pubblico Ministero, se nel procedimento emerge un fatto che possa configurare un reato perseguibile d'ufficio (art. 331 c.p.p.).

Peraltro, il Codice Deontologico pone l'obbligo di segnalare all'Ordine situazioni di esercizio abusivo, di cui il sanitario venga a co-

noscenza (art. 13 c.d.); poiché Ordini e Collegi professionali rivestono la qualità di enti pubblici, hanno l'obbligo di denunciare all'autorità giudiziaria l'esercente abusivo ai fini delle eventuali indagini (art. 331, 332 c.p.p.).

Pur potendo, quindi il professionista inoltrare un esposto come privato, appare preferibile la segnalazione all'ordine.

Sanzioni, conseguenze e profili processuali

L'esercizio abusivo della professione è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa da 103 a 516 euro (art. 348 c.p.).

Le conseguenze sul piano civilistico sono sostanzialmente due:

- ▶ l'assenza del diritto alla retribuzione per la prestazione effettuata da persone non iscritte all'albo professionale (art. 2231 c.c.), principio la cui applicazione determina la nullità del contratto d'opera;
- ▶ la mancanza di copertura assicurativa in caso di responsabilità professionale, in quanto non sono manlevabili danni derivati da atti vietati dal codice penale o comportamento doloso dell'assicurato.

Per quanto riguarda i profili processuali, va ricordato che la funzione del precetto penale è volta a tutelare la normativa sull'abilitazione professionale e non il danno concreto alla salute del cittadino. La giurisprudenza di legittimità (Cassazione 10/8/88, Lupi e 30/10/98, Marazzi) riconosce agli ordini professionali e alle associazioni di categoria la capacità di costituirsi parti civili nei procedimenti per abusivismo. Cioè a dire che lo stato è parte lesa del reato e gli ordini e le associazioni sono patrimonialmente danneggiate per lo sviamento della clientela.

Invece, per il paziente la querela non è uno strumento idoneo a ottenere più celermente il risarcimento, visto che nel procedimento penale il danno viene quasi sempre demandato in sede civile (riconoscendo eventualmente una provvisoria) anche in presenza di costituzione di parte civile. Del resto, anche in ambito civilistico, è da segnalare che il paziente, ricorso all'abusivo consapevolmente, corre il rischio che il danno venga risarcito in forma minore, riconoscendo un concorso di profili di colpa.

In questa direzione si è espressa la sentenza del Tribunale di Savona del 30 Giugno 1994 n. 318, che riduceva del 20% il danno risarcibile all'attore.

Prestanomismo

Questo tema rappresenta la connivenza da parte di odontoiatri e il favoreggiamento dell'esercizio abusivo, mediante copertura delle attività terapeutiche svolte da soggetti non legittimati.

Il prestanomismo è vietato in modo esplicito dal codice penale come concorso di persone nel reato di esercizio abusivo della professione (artt. 110, 348 c.p.).

L'ipotesi più frequentemente si realizza a carico di figure professionali che prestano attività di collaborazione con profili diversi:

- ▶ l'odontotecnico eccede il compito a cui è autorizzato quando interviene direttamente sul paziente (art. 11 RD 1334/1928); sussiste, inoltre, il divieto di utilizzare denominazioni o termini impropri che possano ingenerare equivoci sul contenuto dell'esercizio dell'attività (art. 22 RD 1334/1928);
- ▶ l'assistente dentale supera le mansioni dirette a facilitare l'azione dell'odontoiatra, qualora svolga qualsivoglia attività terapeutica o le funzioni proprie dell'igienista dentale;
- ▶ l'igienista dentale esorbita le competenze specifiche, quando esegua attività terapeutiche o diagnostiche proprie dell'odontoiatra;
- ▶ lo studente in odontoiatria non è legittimato ad eseguire atti terapeutici, al di fuori del percorso formativo in strutture non universitarie.

Nella pratica giudiziaria risulta difficile la prova del concorso in reato, perché occorre o una denuncia del paziente (che avviene in genere per lesioni) o una sorpresa in flagranza da parte della polizia giudiziaria. In tali casi non appare credibile la prevedibile difesa del sanitario, perché l'utilizzo abusivo dell'attrezzatura non può essere ignorata dal titolare dello studio. Occorre, perciò, per un'attività di polizia giudiziaria tempestiva, una denuncia preferibilmente da parte degli ordini professionali competenti.

Sanzioni e conseguenze

Sanzioni penali a parte, le conseguenze sul piano civilistico sono sostanzialmente le seguenti (Tabella 10 e 11):

- ▶ l'assenza del diritto al corrispettivo per la prestazione effettuata;
- ▶ l'assenza di copertura assicurativa per danni;
- ▶ la sospensione o l'interdizione dalla professione.

Tabella 10.

Abusivismo e prestanomismo

- ▶ Assenza del diritto al compenso
- ▶ Inassicurabilità
- ▶ Sanzioni penali
- ▶ Sanzioni disciplinari

Tabella 11.

Abuso di professione e consenso

- ▶ Denuncia obbligatoria all'OdM
- ▶ Reclusione fino a 6 mesi o multa 516,00 € (art. 9, L 175/92, art. 348 c.p.)
- ▶ Interdizione per 12 mesi dall'esercizio professionale per esercenti professioni sanitarie (art. 8, L 175/92)
- ▶ Contravvenzione per vendita di attrezzature a non abilitati (art. 9, L175/92)
- ▶ Mancanza di retribuzione per la prestazione (art. 2231 c.c.)
- ▶ Mancanza di copertura assicurativa
- ▶ Concorso del paziente e riduzione del risarcimento (20-30%)

La Legge n.175/92 tratta di repressione dell'esercizio abusivo delle professioni sanitarie (oltre che di pubblicità sanitaria); con l'intento di porre un argine al fenomeno del prestanomismo:

- ▶ prevede l'interdizione dalla professione a seguito della sentenza di condanna, per un periodo non inferiore a un anno (art. 8, 1° comma) per il sanitario che agevoli l'esercizio abusivo;
- ▶ riconosce agli ordini professionali la facoltà di promuovere ispezioni presso gli studi degli iscritti ai propri albi provinciali (art. 8, 2° comma);
- ▶ commina una contravvenzione per chi ceda o fornisca attrezzature di competenza medica o odontoiatrica, a chi non più iscritto al relativo albo professionale (art. 9); ammenda pari al valore dei beni forniti ed elevabile fino al doppio in caso di recidiva.

Le sanzioni disciplinari previste dal Codice Deontologico, arrivano, in base alla gravità dell'infrazione, sino alla sospensione per sei mesi dall'esercizio professionale.

Si ricorda che il patteggiamento inibisce l'applicazione di pene accessorie, ma non le sanzioni disciplinari (sentenza Cassazione n. 4667/1998) e che sussiste autonomia del giudice disciplinare nell'u-

tilizzare prove raccolte nel processo penale, senza essere vincolato dalla valutazione del magistrato penale.

Particolarmente efficace appare l'uso, in sede di indagini penali, del sequestro preventivo dei locali e degli strumenti sanitari, su iniziativa del Pubblico Ministero e decreto del Giudice per le Indagini Preliminari.

Considerazioni e prospettive

La pratica giudiziaria dimostra che la sanzione penale (art. 348 c.p.) non è tale da dissuadere l'abusivismo da parte di persone non legittimate alla professione; perché i riti alternativi previsti dal nuovo codice di procedura penale (patteggiamento, decreto penale di condanna) consentono di ottenere sanzioni miti, con detrazioni da un terzo alla metà della pena, privi di sanzioni accessorie e che non possono poi fare stato in campo amministrativo.

D'altro canto la mitezza della pena è conseguenza della funzione del reato, volto a tutelare la normativa sull'abilitazione professionale e non il danno concreto alla salute del cittadino.

Sotto questo profilo occorre incrementare l'entità delle sanzioni amministrative che prevedano importi economicamente più elevati, unitamente al sequestro e alla confisca dei beni strumentali.

La logica introdotta dal Codice Deontologico e dalla legge n. 175/1992 si dimostra, invece, efficace nella prevenzione del prestanomismo, stanti i riflessi economici dell'interdizione temporanea dalla professione degli odontoiatri conviventi.

Diviene, in tal modo, comprensibile l'apparente paradosso che, nella pratica legale, vede professionisti prestanome più propensi alla risoluzione transattiva, anche accollandosi i maggiori costi, nei confronti della resistenza opposta da esercenti abusivi.

CASO 2 – Chirurgia orale, protesi. Abuso di professione

La formazione di fistola oro-nasale a seguito di estrazione di canino incluso rappresenta complicanza e non errore, situazione che risulta priva, quindi, di responsabilità.

Nel caso in esame, terminata dall'odontoiatra la chirurgia, la protesi veniva eseguita dall'odontotecnico, che non teneva in considerazione la lesione. L'intervento a lembo per la chiusura della comuni-

cazione necessitava della rimozione della protesi e il cambiamento del profilo dei tessuti gengivali richiedeva il rifacimento del manufatto.

Da tale situazione derivava una prestazione incongrua e la necessità di transare stragiudizialmente per evitare sequele penali, civili e ordinarie a carico del sanitario titolare dello studio.



Figura A-B: Situazione al momento della visita medico-legale, che evidenzia la fistola oro-nasale non trattata

3 Responsabilità civile

”

Non si trova in nessuna parte della Bibbia o del Nuovo Testamento la frase “se credi in me, non avrai nessun problema con la giustizia.

Ray Charles, musicista

Il concetto di responsabilità civile attiene al singolo, in particolare al patrimonio e all'integrità fisica: il responsabile deve risarcire la persona lesa o gli aventi diritto (per esempio i genitori nel caso di un minore, oppure i superstiti) con una somma equivalente al danno patito.

Tra odontoiatra e paziente sussiste un contratto, che ha forza di legge tra le parti: è fonte di obbligazioni, per cui il sanitario ha il dovere di curare correttamente ex art. 1176 c.c., pena la risoluzione del contratto ex art. 1453c.c. (Tabella 12 e 13), mentre il paziente di collaborare; può essere sciolto solo per mutuo consenso o cause ammesse dalla legge (artt. 1321, 1372 c.c.).

Se il paziente ritiene che l'odontoiatra abbia fornito la prestazione in modo incompleto o errato (responsabilità contrattuale) può rivolgersi al giudice per ottenere risarcimento.

Tabella 12.

Art. 1176 c.c. (diligenza nell'adempimento)

- ▶ Nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata

Tabella 13.

Art. 1453 c.c. (risolubilità del contratto per inadempimento)

- ▶ Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento (1176 ss., 1454) o la risoluzione del contratto (1455, 1878, 1976), salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno (1218, 1223, 1517, 1479, 1480, 1489, 1492, 1497, 1867, 2286, 2652, n. 1)

Secondo i principi di presunzione di colpa e di inversione dell'onere della prova, tipiche delle responsabilità contrattuale, spetterà all'odontoiatra dimostrare la correttezza del proprio operato oppure l'impossibilità per cause a lui non imputabili ex art. 1218 c.c. (Tabella 14).

Tabella 14.

Art. 1218 c.c. (responsabilità del debitore)

- ▶ Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta (1176, 1181, 1197) è tenuto al risarcimento del danno (1123 ss.), se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità (1256 ss.) della prestazione derivante da causa a lui non imputabile

L'art. 1227 del Codice Civile, comma 2, introduce il “concorso del fatto colposo del creditore”; in base al quale se viene dimostrato un comportamento negligente da parte del danneggiato (il paziente avrebbe potuto evitare o limitare ulteriori danni seguendo le prescrizioni, ma non lo ha fatto), il risarcimento può essere ridotto in misura proporzionale. Il sanitario risponde anche per responsabilità extracontrattuale o aquiliana, per qualsiasi “fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto” ex art. 2043 c.c. (Tabella 15 e 16).

Tabella 15.

Responsabilità civile**Responsabilità contrattuale****Responsabilità extracontrattuale** (*resp. per contratto sociale, resp. contrattuale*)**Risarcimento**

- ▶ Danno biologico permanente e temporaneo
- ▶ Danno emergente (*spese per cure immediate, rifacimenti futuri*)
- ▶ Invalidità lavorativa (*lucro cessante*)
- ▶ Danno morale
- ▶ Danno esistenziale

Tabella 16.

Art. 2043 c.c. (risarcimento per fatto illecito)

- ▶ Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto (1438), obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno (2947; 185, 198 c.p.)

Le premesse indispensabili per configurare la responsabilità sono le seguenti:

- ▶ azione dolosa (volontaria) o colposa (negligenza, imprudenza, imperizia, inosservanza di leggi, ordini e regolamenti); si tratta del nesso di causalità psicologico;
- ▶ realizzazione di un danno ingiusto, cioè conseguente a un illecito o reato;
- ▶ presenza di nesso di causalità materiale ininterrotto tra azione e danno; l'evento deve rappresentare la causa efficiente che conduce alla lesione naturalmente, con un rapporto diretto causa-effetto.

Nel caso dei reati commissivi indotti dall'operato dell'odontoiatra, l'orientamento della giurisprudenza è divenuto sempre più intransigente, pretendendo dal sanitario sempre la massima diligenza e prudenza, anche nei casi di particolare complessità e senza proporzionare l'imperizia al grado medio di preparazione dei sanitari di pari posizione professionale.

È questo il concetto unitario di colpa seguito prevalentemente dagli attuali orientamenti, e che non tiene conto quindi di variabili personali come l'anzianità di laurea, il background professionale, il tipo di intervento eseguito.

Molto più delicato e insidioso è il riconoscimento del nesso di causalità nel caso di reati omissivi, in cui si tratta di dimostrare che il mancato intervento del sanitario ha modificato in misura determinante le probabilità del soggetto di non incorrere nell'evento lesivo verificato: "non impedire un evento che si aveva l'obbligo di impedire equivale a causarlo" (art. 40 c.p.).

L'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali, in ambito civilistico, si è nel tempo orientata nel senso di una maggiore severità nel valutare il comportamento di sanitari, attraverso un concetto di colpa più rigoroso a migliore tutela del cittadino.

L'affermazione è particolarmente vera nel corso delle prestazioni odontoiatriche, soprattutto se di elezione e con finalità intermedie di

tipo terapeutico ed estetico, come ad esempio la protesi, per le quali può configurarsi un'alta vincolatività di risultato, in armonia con la prevedibilità di risultato e i minori margini di giustificazione determinati dall'evoluzione tecnica del settore.

L'applicazione del principio di presunzione di colpa in caso di insuccesso e la effettiva difficoltà di dimostrare il corretto adempimento da parte dell'odontoiatra, sembrano determinare uno scolorimento del concetto di colpa e generano la sensazione di verità processuali difformi dalla realtà clinica.

Disorientamento che può essere in parte superato, studiando e cercando di comprendere le motivazioni dell'evoluzione degli attuali orientamenti giurisprudenziali e la loro inevitabile influenza sulla prassi clinica quotidiana e futura.

Nesso di causalità

La responsabilità professionale e il diritto al risarcimento si fondano su quattro pilastri: la capacità di agire o imputabilità; la realizzazione di un evento pregiudizievole per la salute e/o il patrimonio di terzi; il nesso di causalità materiale (artt. 40, 41 c.p.); il nesso di causalità psichico (artt. 42, 43 c.p.).

Relativamente al nesso di causalità materiale, la giurisprudenza prevalente aderisce alla teoria della causalità adeguata, ammettendo l'esistenza di un rapporto causale ragionevolmente credibile; quando, senza l'azione dell'antecedente, l'evento non si sarebbe prodotto, in base a criteri di regolarità statistica (*id quod plerumque accidit*) o di probabilità scientifica.

Sul piano logico la certezza cede il passo al concetto della ragionevole probabilità, stante la natura prevalentemente induttiva dell'accertamento giudiziale e il fatto che se si pretendesse una rigorosa spiegazione causale di tipo deterministico, secondo criteri di utopistica certezza assoluta, si finirebbe col frustrare gli scopi del diritto in settori centrali per la tutela dei beni primari.

Recenti sviluppi giurisprudenziali confermano la ricerca della completa tutela del creditore (paziente) anche in assenza della dimostrazione del nesso causale; facendo emergere la possibilità per il danneggiato di procedere non tanto alla richiesta per il risarcimento del danno, ma per la perdita di opportunità o di possibilità di successo (perdita di chances) dovute alla condotta colposa del danneggiante (Sentenza n. 4400 del 4/3/2004/ della III Sezione civile della Corte di Cassazione).

Il nesso di causalità psichico è rappresentato dalla involontaria violazione di doverose regole generali o specifiche di condotta per colpa generica per imperizia, imprudenza o negligenza (Tabella 17) o colpa specifica per inosservanza di leggi regolamenti, ordini e discipline:

- ▶ **imperizia** è l'insufficiente preparazione tecnica, inettitudine nell'esercizio, la mancata consapevolezza della propria scarsa preparazione; aspetto che apre la discussione sul problema dell'aggiornamento;
- ▶ **imprudenza** è rappresentata dall'avventatezza di colui che non si fa carico di un possibile pericolo verificabile o che compie un atto privo di nozioni tecniche; considerazione da cui deriva il dovere di valutare l'obbligo di astensione o di affidamento a uno specialista;
- ▶ **negligenza** consiste nella superficialità, deficienza o omissione di attenzione; atteggiamento che rappresenta una violazione dell'obbligo di vigilanza;
- ▶ **inosservanza di leggi regolamenti, ordini e discipline** è la trasgressione di norme e indicazioni appositamente formulate per regolamentare le specifiche attività; aspetto che risulta direttamente collegato al dibattito sulle linee guida.

Tabella 17.

I tre criteri fondamentali di giudizio dell'operato medico (nesso di causalità psicologico)

▶ **PRUDENZA**

Condotta con cui si rispettano le regole ordinarie che impongono di agire con cautela e di assumere le misure necessarie per non causare danno.

▶ **DILIGENZA**

Condotta che esprime attenzione, cura e sollecitudine.

▶ **PERIZIA**

Condotta che rispetta quanto prescritto dalle conoscenze tecnico-scientifiche ordinarie.

Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale

La responsabilità contrattuale origina tra due soggetti che stipulano un contratto: il debitore (odontoiatra) si obbliga a dare la prestazione e il creditore (paziente) ha diritto di ricevere la prestazione (Tabella 18).

Tabella 18.

Responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.)

Presupposto

La inadempienza contrattuale ovvero la mancata esecuzione di una prestazione esatta.

Riferimento

Uno standard di esecuzione inappuntabile per diligenza e abilità tecnica, quindi superiore alla media.

Attenuazione

I casi di elevata complessità non possono, per definizione, costituire attenuante, dal momento che dal sanitario che ha assunto l'onere dell'impegno professionale si attende il massimo delle capacità tecniche.

Onere della prova

A carico di chi lamenta il danno. Basta dimostrare la "res ipsa loquitur":

- ▶ peggioramento dello stato di salute;
- ▶ elevata probabilità che tale peggioramento non si sarebbe verificato qualora l'atto medico fosse stato compiuto secondo le regole dell'arte;
- ▶ assenza di altre cause evidenti di peggioramento;
- ▶ inaccessibilità della spiegazione dell'evento peggiorativo a chi lamenta il danno e accessibilità di tale spiegazione al medico in quanto depositario della conoscenza della materia e delle prove del fatto avvenuto.

A carico del sanitario. Il medico deve provare:

- ▶ l'esattezza della propria prestazione;
- ▶ il non esercizio di una "attività pericolosa" (art. 2050 c.c.) ossia l'aver adottato tutte le misure idonee a evitare il danno;
- ▶ la "imprevedibilità e la inevitabilità" dell'evento dannoso, come fatto da lui non dipendente, ovvero il caso fortuito.

Prescrizione

10 anni

Rilevanza

Civile (art. 2043 c.c., cosiddetta "responsabilità civile")

I termini di prescrizione della responsabilità sono decennali dal momento in cui il paziente viene a conoscenza che il danno possa essere riconducibile a responsabilità di terzi (art. 2946); cognizione che avviene normalmente a mezzo di parere medico-legale, la cui data di redazione diventa il termine decorrenziale.

L'insuccesso terapeutico, una volta dimostrato dal paziente, fa scattare la presunzione di colpa e l'inversione dell'onere della prova.

La responsabilità extracontrattuale si ravvisa quando un danno consegue a una condotta colposa, in assenza di un incarico diretto affidato dall'interessato all'autore.

Si basa sulla violazione del principio "neminem laedere" (art. 2043 c.c.) o responsabilità aquiliana (Tabella 19).

Il creditore deve fornire la prova del danno, della condotta colposa e del rapporto causale (art. 2697); il termine di prescrizione per far valere il diritto al risarcimento è quinquennale (art. 2947 c.c.).

Il ricorso alla responsabilità extracontrattuale è eccezionale in odontoiatria, dove è prettamente contrattuale o tutt'al più mista, e riguarda i casi di:

- ▶ prestazioni di emergenza in cui il paziente non sia in grado di esprimere un parere;
- ▶ prestazioni ordinarie di odontoiatri dipendenti di strutture sanitarie.

Alcune sentenze hanno introdotto recentemente il principio della responsabilità "contrattuale".

Orientamento, mutuato dalla dottrina tedesca, secondo cui anche il rapporto tra paziente e sanitario dipendente da una struttura (pubblica o privata), abbia natura contrattuale, ancorché non fondato sul contratto, ma sul contatto sociale.

Presunzione di colpa e ripartizione dell'onere probatorio

Il sanitario è un debitore qualificato a cui è richiesto un grado di diligenza media, che va valutato avendo come riferimento un professionista della stessa capacità (art. 1176 c.c.); situazione che comporta il rispetto di tutte le regole che costituiscono la conoscenza della professione (Cassazione 4852/99, 5945/00, 6386/01, 3492/02)

Vi è presunzione di colpa a carico del debitore ogni volta venga accertato un risultato peggiorativo delle condizioni del paziente (Cassazione civile n. 08470 del 18/10/94).

Tabella 19.

Responsabilità extracontrattuale (art. 2043 c.c.)

Presupposto

Il **“danno ingiusto”** (ossia la lesione di un interesse meritevole di protezione secondo l'ordinamento giuridico) ossia la colpa (imperizia, prudenza, negligenza) nonché il **dolo**.

Riferimento

Prestazione inadeguata in ordine alla preparazione media dei sanitari in eguale posizione professionale.

Attenuazione

Prestazione implicante problemi **tecnici di speciale difficoltà** (art. 2236 c.c.) ossia riferentisi a casi clinici non studiati a sufficienza o ancora dibattuti o affrontabili con impostazioni diverse e tra loro incompatibili.

Onere della prova

Grava interamente su chi lamenta il danno. Egli deve indicare in quale atto il medico non si è attenuto alle regole dell'arte conosciute e praticate da un professionista medio e/o quali altre scelte avrebbe dovuto compiere.

Prescrizione

5 anni

Rilevanza

Sia civile (art. 2043 c.c., cosiddetta “responsabilità civile”) che penale (art. 42 c.p., cosiddetta “responsabilità penale”), costituendo le lesioni personali un fatto previsto dalla legge come reato.

Determinazione del risarcimento

Il risarcimento deve comprendere sia il danno emergente che il lucro cessante derivati direttamente dall'inadempimento (art. 1233 c.c.). In mancanza di prova sul preciso ammontare del danno, il giudice può procedere a una valutazione equitativa (art. 1226 c.c.). In caso di concorso colposo del danneggiato il risarcimento è diminuito: vengono esclusi i danni che lo stesso avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (art. 1227 c.c.).

La presunzione di colpa realizza una ripartizione dell'onere probatorio sfavorevole all'odontoiatra, secondo concorde giurisprudenza (Cassazione civile n. 6141 del 21/12/78; Cassazione civile n. 364 del 30 Aprile 1996-15 Gennaio 1997; Corte di Cassazione, Sezione terza Civile, sentenza 28 Maggio 2004 n. 10297).

Il creditore (paziente) in giudizio deve solo provare:

- ▶ l'esistenza del contratto (fonte negoziale del diritto);
- ▶ l'insorgenza o l'aggravamento di patologie dopo l'intervento (peggioramento nei confronti dello stato anteriore).

In tal modo si riversa sull'odontoiatra (debitore) l'obbligo di dimostrare l'assenza di colpa, fornendo le prove:

- ▶ dell'idoneità o del corretto adempimento della prestazione;
- ▶ che gli esiti peggiorativi dipendono da eventi imprevedibili e non evitabili con l'ordinaria diligenza professionale.

Questa situazione tipica della responsabilità contrattuale (denominata impropriamente inversione dell'onere della prova) trova giustificazione anche nell'impossibilità del paziente di accedere alle prove di colpa, ben più accessibili al professionista per il solo fatto della contiguità con i diversi operatori e collaboratori che si contribuiscono alle cure.

Presunzione di colpa e inversione dell'onere della prova sono elementi che hanno, in definitiva, finito per rendere il regime probatorio della responsabilità contrattuale, prossimo, se non del tutto sovrapponibile, a quello della responsabilità per obbligo di risultato.

Per l'odontoiatra, il non essere in grado di fornire la prova dell'aver ben operato e non dimostrare che il fatto non sia a lui non imputabile, comporta l'accoglimento della domanda risarcitoria, in quanto fondata su responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.).

Situazione che si è determinata nella prassi, anche in presenza di consulenze tecniche d'ufficio favorevoli al sanitario, per la sola mera incertezza degli esiti probatori in ordine all'esatto adempimento (Cassazione n. 364/1997).

Ne consegue l'importanza della redazione e archiviazione della documentazione (cartella clinica, radiografie) per dimostrare la dovuta diligenza e perizia nell'adempimento della prestazione o la mancanza di collaborazione del paziente (art. 1227 c.c.).

Obbligo di mezzi e di risultati

La professione odontoiatrica presuppone un contratto di prestazione d'opera intellettuale (artt. 2229-2238 c.c.) caratterizzato dai seguenti aspetti:

- ▶ impiego di capacità intellettive e culturali rispetto l'uso di lavoro manuale;
- ▶ discrezionalità del prestatore d'opera nella esecuzione;
- ▶ compimento di un'attività indipendentemente dal risultato.

Ulteriore motivazione dell'obbligo di mezzi in ambito medico, è rappresentata dall'aleatorietà del risultato, che è condizionata non solo dall'azione corretta del sanitario, ma anche dalla reattività biologica del paziente.

Ne consegue che il mancato raggiungimento del risultato utile non costituisce di per sé inadempimento, né determina responsabilità; ma può costituire danno conseguente alla indiligente prestazione (Cassazione 10297/97, 2836/03).

Il concetto di mezzi, per i quali l'odontoiatra si obbliga, può essere definito come un complesso di nozioni tecniche e scientifiche (linee guida, prassi clinica consolidata) caratterizzate da una costante evoluzione; della quale la condotta aggiornata del sanitario deve tenere conto.

Benché il sanitario non sia obbligato ad attenersi ai protocolli suggeriti, il derogarvi, salvo motivate ragioni, può talora costituire, se non certo la prova, perlomeno l'indizio di una imperizia per insufficiente aggiornamento.

Questo approccio al problema appare, oggi, tendenzialmente superato da un diverso e più rigoroso orientamento, che, attento ai continui progressi tecnici e scientifici, ha portato a ridurre entro limiti sempre più ristretti l'alea del risultato.

Attualmente si tende a considerare, alla stregua di obbligazioni di risultato, le prestazioni sanitarie che presentano caratteristiche tali da ridurre al minimo l'incertezza:

- ▶ interventi di elezione accuratamente controllabili;
- ▶ prestazioni strettamente tecniche;
- ▶ consenso informato vincolato al risultato prospettato;
- ▶ prestazioni di facile esecuzione.

Per le prestazioni di facile esecuzione viene ad operare il principio della "res ipsa loquitur" intesa come evidenza circostanziale che crea

una deduzione di negligenza (Cassazione Civile, sentenza n. 6141/78; Tribunale di Genova 15 aprile 1993).

L'evoluzione della giurisprudenza di merito mostra segni di apertura verso il vincolo del risultato, in particolari ipotesi quando il professionista abbia espressamente garantito il risultato positivo.

Si deve tenere presente che la giurisprudenza ritiene diverso il rapporto tra medico e paziente nel caso si persegua la guarigione da un'infermità (ripristinare la funzione masticatoria) in cui sussiste un obbligo di mezzi; dal caso di finalità prevalentemente estetiche nel quale si parla di vincolo del risultato. Pur risultando difficile in odontoiatria operare una netta distinzione tra finalità estetiche e funzionali, spesso coesistenti nella prestazione protesica, sussiste, se non un vincolo di risultato, almeno un obbligo più rigoroso di diligenza e informazione nelle prestazioni con dichiarate finalità estetiche.

Nelle prestazioni qualificate in termini di vincolatività del risultato, si vedrà di norma trasferito sull'operatore sanitario, indipendentemente dal regime contrattuale o extracontrattuale, l'onere di provare la non routinarietà della prestazione.

Da segnalare, infine, che in passato alcune isolate interpretazioni, dottrinali e giurisprudenziali, paragonarono la prestazione, limitatamente alla fornitura di presidi protesici, come contratto d'opera (artt. 2222-2228 c.c.), in cui l'attività lavorativa si identifica con l'opus stessa e quindi con obbligo di risultato (Sentenza del Pretore di Modena, sezione staccata di Reggio Emilia del 9 luglio 1993).

Problemi tecnici di speciale difficoltà

L'eccezione che esclude la punibilità per danni derivati per colpa lieve nella soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, riguarda esclusivamente comportamenti relativamente imperiti (art. 2236 c.c.). Non sono, invece, contemplabili i casi di negligenza e imprudenza che risultano sempre inescusabili; a maggior ragione nei casi complessi che richiedono maggiore scrupolosità.

La disposizione trova applicazione sia nella responsabilità contrattuale che extracontrattuale (Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 15 marzo 1975, n. 1001).

L'onere probatorio è invertito a favore dell'odontoiatra e grava sul paziente che dovrà dimostrare (sentenza Sezioni Unite della Cassazione n. 13533/01):

- ▶ la sussistenza del nesso di causalità tra atto odontoiatrico e danno;
- ▶ l'errore da parte dell'odontoiatra;

- ▶ la colpa grave, vale a dire un errore grossolano, frutto di ignoranza dei principi basilari e incompatibile col minimo di conoscenze richieste a un odontoiatra abilitato all'esercizio professionale.

Da parte sua il professionista deve dimostrare solo che l'intervento richiedeva la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà (Corte di Cassazione, Sezione terza Civile, Sentenza 28 maggio 2004 n. 10297 e conformi Cassazione 1127/98, 4852/99, 2044/00, 2335/01).

L'evoluzione concorde della giurisprudenza ha ristretto di molto il campo di azione dell'art. 2236, modificando i concetti di speciale difficoltà e colpa grave.

Attualmente il punto nodale non è più posto sulla difficoltà intrinseca del trattamento, quanto sulla condivisione della conoscenza da parte della comunità scientifica; quindi un errore incorso in un intervento difficile, ma ben noto, è censurato anche per colpa lieve.

Per speciale difficoltà si intendono quei casi che implicano problemi tecnici nuovi, non adeguatamente studiati o sperimentati secondo concordi sentenze della suprema corte (Corte di Cassazione civile 2439/75, 6220/88, 2428/90, 4152/95, 11440/97, 4852/99).

In conclusione risulta che il rigetto della responsabilità è confinato a casi sporadici ed eccezionali e, quindi, di fatto il sanitario risponde sempre, perdendo l'art. 2236 integralmente la funzione garantista che l'ordinamento gli aveva primitivamente affidato.

A completamente si riportano alcuni sintetici schemi sulle fasi giudiziali in ambito civile, ricordando che i tempi medi sono nell'ordine di alcuni anni per ogni grado di giudizio, con rilevanti e conseguenti oneri di soccombenza.

Tabella 20.

Fase stragiudiziale civile

- ▶ Diffida del paziente (lettera raccomandata)
- ▶ Denuncia alla Compagnia Assicurativa (lettera raccomandata RR)
- ▶ Nominare un avvocato (clausola tutela legale, conflitto di interessi in polizza RC)
- ▶ Trattativa della Compagnia Assicurativa (gestione della lite, restituzione dell'indebitato?)
- ▶ Conciliazione (transazione) o causa statale

Tabella 21.

Giudizio civile

ATP

Atto di citazione

Inviare atto a compagnia e legale

Comparsa di costituzione e risposta

- ▶ esporre i fatti
- ▶ produrre documenti e prove
- ▶ indicare testi
- ▶ chiamare in causa terzi
- ▶ domanda riconvenzionale per danni

Prima udienza di trattazione (art. 183 c.p.)

Attività istruttoria

- ▶ audizione testimoni
- ▶ interrogatorio formale attore e convenuto
- ▶ esame documenti
- ▶ CTU medico-legale

Comparsa conclusionale

Memoria di replica

Sentenza (provvisoriamente esecutiva)

CASO 3 – Implantologia. Parodontopatia cronica, sinusite mascellare

Paziente affetta da parodontopatia cronica severa, veniva trattata dall'odontoiatra curante con protesi, estrazioni e implantologia nell'arco di diversi anni. Riferiva di avere corrisposto cifre cospicue per le prestazioni, di soffrire di sinusite mascellare da diversi anni, solo recentemente diagnosticata con TC in prescrizione del medico di base che aveva evidenziato un corpo estraneo endosinusale.

L'esame clinico nel corso della visita medico-legale evidenziava sinusite mascellare da dislocazione di impianto nel seno mascellare, protesi provvisoria superiore e definitiva inferiore, perimplantite e parodontite severa diffusa.

La cartella clinica del professionista riportava la mancata correzione di parcella e la sospensione delle terapie in fase intermedia, stante la risposta negativa alle prime terapie parodontali e implantari. Decideva di optare per una terapia di attesa in accordo con la paziente, stante il rifiuto nei confronti di una riabilitazione mobile. In giudizio veniva confermata la responsabilità professionale per la sinusite mascellare, ma veniva consistentemente ridotta la richiesta at-tore di risarcimento per altri addebiti. La decisione era presa in base alla dimostrazione positiva di decisione terapeutica condivisa, preesistenza patologica (parodontopatia) e alle difficoltà terapeutiche (parodontite refrattaria) desunte dalla cartella clinica diligentemente custodita dal sanitario.



Figura A: Situazione intermedia alle cure

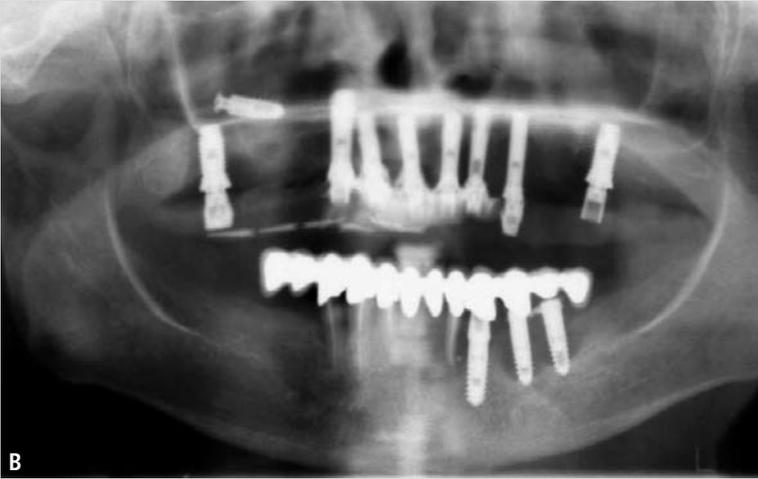


Figura B-C: Situazione al momento della sospensione delle cure contestate, a un anno di distanza dalla prima radiografia. Risultano evidenti la perimplantite, la parodontopatia, la sinusite iatrogena da corpo estraneo.

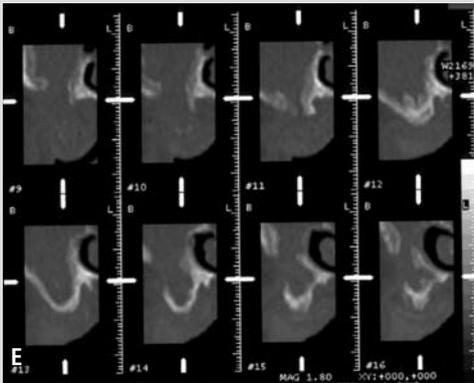
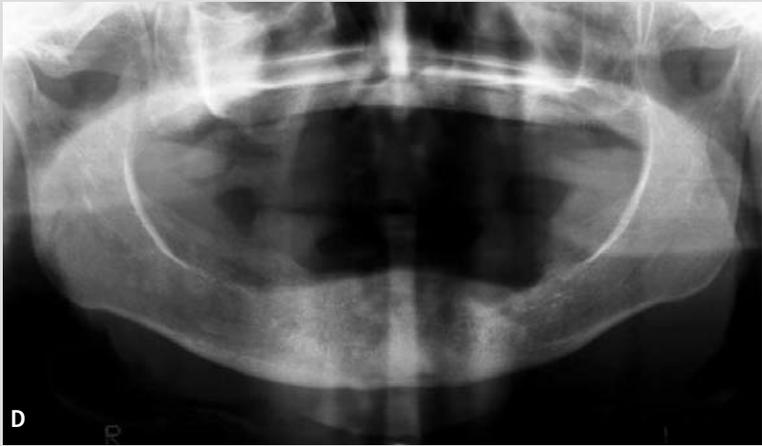


Figura D-F: Ortopantomografia e tomografia computerizzata al momento della visita medico-legale, a distanza di 1 anno dalla precedente radiografia

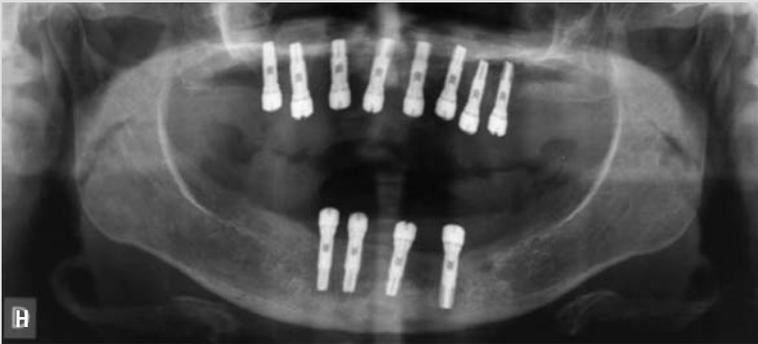


Figura G-O situazione della riabilitazione eseguita da un successivo curante a distanza di alcuni anni dai fatti contestati

4 *Responsabilità nel trattamento di équipe*

”

*Errare humanum est.
Dare la colpa a qualcun altro ancora di più.*

Sempre più oggi la libera professione ha perso quel carattere di individualità che sino a pochi anni or sono l'ha caratterizzata, con l'introduzione di elementi che introducono un esercizio articolato dell'attività per l'ingresso di nuove figure professionali (igienista dentale), per l'approfondimento richiesto nelle singole branche di specializzazione e per esigenze organizzative di strutture complesse che portano all'istituzione di associazioni tra professionisti e società di servizi.

Contestualmente, l'eventualità di danno alla persona, introduce il difficile tema della responsabilità di gruppo o per fatto altrui, incentrato sulla ripartizione dei compiti e sulle responsabilità differenziate di ciascun sanitario intervenuto nel trattamento d'équipe.

La giurisprudenza, usualmente citata, riguarda in prevalenza i rapporti tra il capo-équipe e i suoi collaboratori e le soluzioni date dai giudici sono sostanzialmente da ritenere legate al caso concreto e non ispirate a univoci parametri teorici a carattere generale. Ne risultano giudizi talora contrapposti, che motivano responsabilità esclusive o solidali dei sanitari intervenuti.

Non infrequentemente si produce uno iato tra analisi medico-legale e esito del giudizio, quando sulla base dello stesso elaborato peritale, che intende a scagionare alcuni componenti dell'équipe, il magistrato maturi motivata e opposta convinzione, che si traduce in imputazione e condanna penale o responsabilità civile e accoglimento della richiesta risarcitoria.

Dottrina giuridica

La giurisprudenza, usualmente citata, riguarda in prevalenza i rapporti tra il capo-équipe e i suoi collaboratori e la dottrina giuridica segue tre differenti indirizzi (Tribunale penale di Verona n. 861 del 12 Febbraio 1992).

Il primo sostiene l'obbligo del capo-équipe nel prevedere e prevenire la condotta colposa di collaboratori e personale; risponde dell'errore altrui per omissione di controllo e sorveglianza (principio di non affidamento).

Il secondo indirizzo risolve il rapporto in chiave di affidamento, secondo cui il capo-équipe ripartisce i compiti (e relative responsabilità) tra i collaboratori per competenza ed essi rispondono del loro operato; il dirigente dovrebbe allertarsi solo quando verrebbe meno l'aspettativa di un corretto comportamento dei subalterni.

Il terzo indirizzo comprende i precedenti ed è più aderente alla realtà clinica e al carattere personale della responsabilità penale, prevedendo (Tabella 22):

- ▶ obbligo di controllo e sorveglianza del capo-équipe, cui, per definizione, spetta gerarchicamente di coordinare e dirigere le prestazioni dei collaboratori;
- ▶ responsabilità di ciascuno dei componenti dell'équipe per la corretta esecuzione dei compiti a lui istituzionalmente affidati (principio dell'affidamento);
- ▶ obbligo di sorveglianza e controllo sull'operato altrui a carico di tutti i membri qualora si verificano circostanze fattuali e concrete che facciano prefigurare l'errore; l'obbligo dovrebbe essere prescritto per modalità ed estensione e poi concretamente valutato alla luce di tali compiti.

Tabella 22.

Indirizzi in dottrina nel trattamento di équipe

- ▶ **Principio di affidamento**
(responsabilità soggettiva)
- ▶ **Principio di non affidamento**
(responsabilità oggettiva)
- ▶ **Principio di reciprocità di controllo**
(corresponsabilità)

Ambito civile e penale

In ambito penale, secondo il principio della responsabilità personale e soggettiva (art. 27 cost.), ogni componente dell'équipe deve rispondere del proprio comportamento.

Nel concorso di persone in reato o concorso di cause indipendenti (art. 110 c.p.) si tratta di una pluralità di reati caratterizzati da plurime e differenti condotte, non collegate da un rapporto soggettivo, nonostante l'unicità dell'evento criminoso.

Nella cooperazione nel delitto colposo (art. 113 c.p.), il reato è unico e attribuito a più condotte collegate sotto il profilo causale e psichico, le azioni dei singoli perdono la loro individualità e costituiscono un fatto unico (Tabella 23).

Non è escluso, tuttavia, che il soggetto venga giudicato responsabile, oltre che per lesioni derivate da azioni proprie, anche per aver previsto e impedito il fatto:

- ▶ il capo-équipe per avere incaricato personale non competente o non avere vigilato a dovere l'assistente;
- ▶ il collaboratore per avere disatteso a sua volta l'obbligo di vigilare sull'operato del capo-équipe e di altri membri della squadra.

In sede civile operano, invece, altri criteri rispetto al diritto penale, rivolti più alla tutela del danneggiato, garantendo comunque il risarcimento (Tabella 24). Basti pensare agli articoli del codice civile sulla responsabilità per fatto degli ausiliari (art. 1228 c.c.), sostituto del mandatario (art. 1717 c.c.), responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte (art. 2048 c.c.), responsabilità del datore di lavoro e dei committenti (art. 2049 c.c.) e soprattutto la responsabilità solidale (art. 2055 c.c.).

In pratica, l'efficiente difesa del singolo professionista, indipendentemente dal ruolo nell'équipe e dall'ambito giuridico, consiste nella dimostrazione dell'estraneità ai fatti o nel difetto di legittimazione passiva, cioè dell'identità della persona del convenuto contro la quale la legge concede all'attore la potestà di agire in giudizio.

Tale obiettivo può essere ottemperato dimostrando: la correttezza del proprio operato materiale e assenza di errore inescusabile; l'autonomia operativa di altri sanitari intervenuti; l'impossibilità di prevedere e percepire l'errore altrui e quindi di prevenirlo, considerando che l'obbligo di sorveglianza è reciproco, da parte del collaboratore subordinato, dello specialista con autonomia operativa e del capo-équipe.

Tabella 23.

Responsabilità penale nel trattamento di équipe

Art. 110 c.p.

- ▶ concorso di persone in reato

Art. 113 c.p.

- ▶ cooperazione nel delitto colposo

Tabella 24.

Responsabilità civile nel trattamento di équipe

Art. 1228 c.c.

- ▶ responsabilità per fatto degli ausiliari

Art. 1717 c.c.

- ▶ sostituto del mandatario

Art. 2048 c.c.

- ▶ responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte

Art. 2049 c.c.

- ▶ responsabilità del datore di lavoro e dei committenti

Art. 2055 c.c.

- ▶ responsabilità solidale

Équipe

L'équipe semplice (gruppo, squadra) presuppone una sinergica attività assistenziale di più persone addestrate a lavorare insieme, con rapporto di subordinazione gerarchica nei confronti di un capo-équipe, cui spetta la direzione del gruppo con funzione di controllo e vigilanza (Tabella 25).

Il professionista può avvalersi sotto la propria responsabilità di sostituti e ausiliari (art. 2232 c.c.), entro le loro competenze e con il consenso dall'assistito; egli è responsabile per danni ingiusti arrecati

Tabella 25.

Équipe o squadra o gruppo

Capo-équipe

- ▶ Responsabilità "per colpa in eligendo", "vigilando", "educando" per sostituti e ausiliari subordinati

dal dipendente o dall'odontoiatra incaricato di una parte del trattamento e provvisto di minore esperienza o qualifica.

Si tratta in buona sostanza di responsabilità oggettiva del titolare dello studio per l'operato dei suoi collaboratori, in quanto soggetto che contrae l'obbligazione con il paziente, garantendo a questo un corretto operato non solo da parte sua, ma anche da parte delle altre figure professionali che operano sotto la sua supervisione e controllo diretto.

Si possono ravvisare a carico del capo-équipe profili di colpa per avere scelto con poca cura i collaboratori, che risultino quindi inadatti alle mansioni cui sono adibiti (*culpa in eligendo*), per carenze nell'istruzione dei collaboratori sulle mansioni da svolgere (*culpa in educando*), per mancato controllo sul loro operato (*culpa in vigilando*).

Del resto, al collaboratore non spetta un dovere di subordinazione cieca e assoluta, ma è soggetto a sua volta all'obbligo di vigilare sul capo-équipe in merito alla congruenza, liceità e legittimità degli ordini e disposizioni. In caso contrario il subordinato ha non solo il diritto, ma il dovere di dissentire, onde evitare il coinvolgimento nella responsabilità.

L'orientamento giurisprudenziale in ambito civile tende, quindi, a trasferire nel settore privatistico quel modello assistenziale che è proprio del modello ospedaliero (DPR n. 761/79), dove si sancisce l'obbligo da parte del capo-équipe di prevedere, e quindi di impedire, il comportamento imprudente o negligente o imperito degli altri partecipanti l'attività sanitaria.

Tale soluzione mira a tutelare in misura massima il paziente, ritenuto parte debole nel rapporto contrattuale, per il quale sarebbe gravoso risalire con una ricerca a cascata su tutti i soggetti che almeno teoricamente possono avere avuto un ruolo nell'insuccesso, laddove una definitiva chiarificazione può essere proposta con maggiore efficacia dal protagonista principale.

Équipe multidisciplinare

L'équipe multidisciplinare o polispecialistica è formata da professionisti di pari esperienza e qualificazione, ma con diverse competenze, che possono essere anche presuntivamente superiori a quelle dello stesso titolare dello studio o del terapeuta principale (Tabella 26).

Tabella 26.

Équipe multidisciplinare

Capo-équipe e ausiliari con autonomia operativa

- ▶ Responsabilità soggettiva
- ▶ Corresponsabilità (obbligo di reciproca sorveglianza)

Ogni specialista collabora all'esecuzione dello stesso piano diagnostico e terapeutico, nello stesso studio o in sedi diverse, apportando il suo specifico contributo nell'assistenza limitatamente al proprio campo, in condizioni di autonomia operativa.

Il principio dell'affidamento si basa sulla ripartizione dei compiti e l'attribuzione di funzioni e competenze autonome ai membri; giustifica l'aspettativa che essi agiscano in modo conforme ai propri doveri e rispondano per quanto attiene la sfera di propria competenza.

In generale, quindi, vale il principio che ognuno risponde per la quota di danno derivata dalla parte di lavoro affidata e di cui è direttamente responsabile.

Tale impostazione del problema non è, però, estensivamente applicabile potendosi presupporre ipotesi di responsabilità per l'operato di collaboratori, non gerarchicamente subordinati, in alcune situazioni:

- ▶ nel caso di prestazioni così strettamente correlate, da non consentire una agevole specificazione di ciò che attiene al singolo componente dell'équipe e un'organica suddivisione delle competenze e responsabilità individuali;
- ▶ nel caso in cui un odontoiatra non richiami l'attenzione del collega che sta commettendo un errore percepibile.

Di fatto quando la pluralità di interventi da parte di più operatori, concorra allo stesso errore e non si riesca a individuare chi effettivamente causò il danno, in ambito civile tutti i componenti dell'équipe medica, multidisciplinare o polispecialistica, che hanno contribuito alla prestazione, dovranno rispondere in solido per responsabilità contrattuale.

Direzione sanitaria

Nelle strutture complesse, rappresentate da ambulatori poli o multispecialistici, è necessaria la nomina di un direttore sanitario la cui competenza e responsabilità, non attiene tanto al controllo della corretta esecuzione tecnica delle singole prestazioni sanitarie, quanto agli aspetti organizzativi e strutturali: autorizzazioni ed esercizio in conformità alla normativa per locali, attrezzature e personale; adempimenti amministrativi; verifica della sicurezza e valutazione dei rischi dell'ambiente di lavoro; rapporti con il personale dipendente e i collaboratori liberi professionisti; acquisto e manutenzione di strumenti e materiali; organizzazione e coordinamento di tempi e spazi di lavoro; rappresentanza legale.

Ne consegue che il direttore sanitario risponde, in ipotesi di danno alla persona, per responsabilità extracontrattuale riconducibile a errori del personale dipendente e alle insufficienze organizzative e strutturali dell'ambiente di lavoro (materiali, attrezzature, locali), mentre l'errore materiale pende in capo al terapeuta.

Peraltro, in casi di esercizio articolato dell'attività, non è infrequente rilevare situazioni in cui siano indistintamente citati in giudizio tutti i componenti dell'équipe sanitaria, per questioni di opportunità e convenienza o difficoltà della parte di identificare un singolo interlocutore.

Titolare dello studio e subordinato

Lo studio monoprofessionale rappresenta l'esempio comune di équipe semplice, o squadra, in cui si individua la figura del capo-équipe nel titolare dello studio.

Il rischio per il titolare di essere convenuto in giudizio, per responsabilità di gruppo o fatto altrui, per le obbligazioni che gli derivano dai diversi ruoli:

- ▶ terapeuta principale o esecutore di interventi marginali (in fase diagnostica e di finalizzazione) in collaborazione paritaria con altri specialisti;
- ▶ direttore sanitario per inefficienze organizzative e strutturali del lavoro ed errori del personale dipendente;
- ▶ capo-équipe e direttore di collaboratori con minore qualifica, che operano sotto la sua diretta supervisione e controllo;
- ▶ titolare di contratto d'opera intellettuale che deriva dall'incarico di cura ricevuto personalmente dal paziente;

- debitore dell'obbligazione, come dimostrato dall'emissione di fatturazioni comprensive, senza distinzione, di prestazioni di collaboratori subordinati e dotati di autonomia operativa.

Per la responsabilità non è necessario esista un rapporto di lavoro permanente e subordinato dimostrato da un contratto; in quanto è sufficiente che l'analisi delle modalità di lavoro siano sufficienti a concretizzare in astratto un rapporto di subordinazione.

In questo senso l'electio o l'incarico nei confronti di un collaboratore con minori qualifiche e capacità è sufficiente a far sorgere l'obbligo di vigilare e dirigere del titolare dello studio come datore di lavoro o committente (Corte di Cassazione, sezione I, sentenza n.1255/77).

All'opposto la chiamata in giudizio o l'azione di regresso sul collaboratore subordinato, può trovare accoglimento nel caso sia dimostrato che: applicate le doverose cautele in vigilando e in eligendo, non fosse possibile prevedere o prevenire l'evento (quindi colpa grave); nel caso il paziente richieda personalmente e unicamente al praticante la prestazione sanitaria (Tribunale di Novara, 12 aprile 1966).

Collaborazioni paritarie

L'équipe multidisciplinare può configurarsi in collaborazioni poli-professionali operanti nella stessa struttura complessa (più spesso ambulatori gestiti da associazioni di professionisti o società di servizi) o in studi monoprofessionali, dove il paziente sia inviato per consulenza o per una fase specifica della terapia. Possono derivarne profili di responsabilità esclusiva o congiunta (solidale).

In caso di collaborazioni paritarie tra specialisti, dotati di autonomia operativa, non può essere invocata come causa di giustificazione l'incompetenza in una specifica branca (ad esempio ortodonzia, parodontologia, implantologia, protesi); poiché si presuppone una condivisione delle informazioni di base, che rappresentano patrimonio culturale comune di tutti gli esercenti la professione (alla stregua di sottospecializzazioni).

In presenza di terapia errata il consulente (sostituto del mandataro) risponde per propri errori derivati dalla propria iniziativa, mentre il titolare del trattamento risponde per scelta errata della persona o nel caso abbia impartito istruzioni errate o condiviso il trattamento.

La richiesta di consulenza specialistica non solleva da responsabilità il sanitario che ha richiesto il consulto, qualora lo stesso concordi con il tipo di diagnosi o terapia, potendone derivare quadri di responsa-

bilità esclusiva o congiunta con il consulente (Corte di Cassazione n. 551/81).

Nelle società di servizi, i contratti atipici che offrono beni strumentali e servizi necessari all'espletamento dell'attività professionale, non costituiscono fonte di legittimazione passiva e l'eventuale presenza di rapporto subordinato deve essere dimostrata in concreto (Tribunale di Crema, sentenza 4/12/97).

Nel caso di forme di associazione tra più odontoiatri, i singoli professionisti devono essere singolarmente identificabili (L. 1815/39); vi è l'orientamento a intendere come capo-équipe il sanitario a cui il paziente ha affidato l'incarico del rapporto fiduciario, in veste di responsabile primo dell'assistenza programmata, a cui spetta la gestione complessiva della salute dell'assistito (regolatore di intervento, regia del caso).

Nei casi di responsabilità di équipe multidisciplinare la difesa può chiamare in giudizio gli altri sanitari obbligati in solido o esercitare un'azione di regresso in un procedimento diverso; azione di cui può giovare il debitore solidale che ha pagato l'intero debito, contro i suoi condebitori, onde ripetere da essi la loro quota di debito (art. 2055 c.c.). L'onere della prova grava sull'odontoiatra che propone domanda di regresso contro colleghi (ausiliari), dimostrando il mancato rispetto delle direttive impartite; in mancanza di tale prova la domanda di regresso viene rigettata (Tribunale di Varese, 5 novembre 2001).

CASO 4 – Implantologia. Perimplantite tardiva —

In ambito ospedaliero, ai fini di una riabilitazione implantoprotesica, venivano eseguiti innesti multipli di osso prelevato da cresta iliaca per correggere una diffusa atrofia alveolare mandibolare.

Uno dei componenti dell'équipe dopo sei mesi iniziava la riabilitazione, che terminava a distanza di un anno con la protesizzazione definitiva nel proprio studio privato.

Radiografie eseguite a 1 e 5 mesi dal termine delle cure evidenziavano un grave riassorbimento osseo e a distanza di 18 mesi le implantoprotesi mandibolari risultavano irrimediabilmente compromesse, per riassorbimento degli innesti ossei.

Erano convenuti in causa sia l'équipe dell'istituto ospitaliero, che il professionista privato per risarcimento danni.

L'interpretazione medico-legale era di perimplantite precoce, individuando responsabilità per negligenza per mancata verifica del riassorbimento osseo (probabilmente già in atto) con esami radiologici e

clinici durante le fasi terapeutiche prima di ultimare la riabilitazione.

Imprudenza veniva prospettata anche per accelerazione dell'osteolisi conseguente a un numero insufficiente di impianti (perimplantite tardiva da sovraccarico), con sfavorevole rapporto corona radice, in assenza di gengiva aderente.

In questa direzione si ritenne che una rimozione precoce di impianti e protesi avrebbe permesso di salvaguardare l'osso innestato, riducendo il danno.

Il giudizio escludeva la presenza di responsabilità di équipe, riconoscendo l'iniziale osteolisi come complicanza; mentre individuava responsabilità in capo al professionista singolo per imprudenza e imperizia.

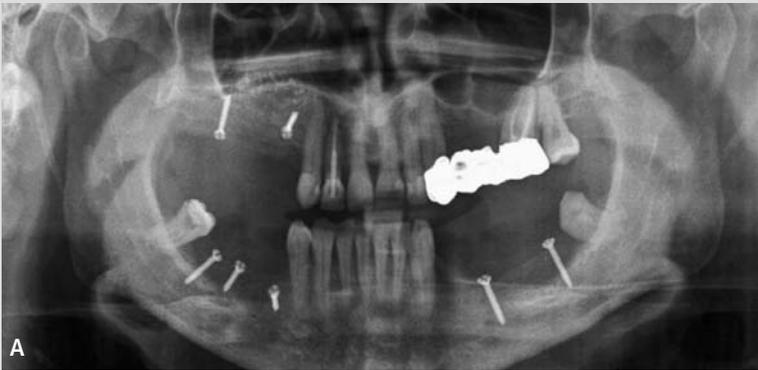


Figura A: Ortopantomografia dello stato anteriore le cure contestate, con atrofia alveolare corretta con innesti di osso autologo prelevato da cresta iliaca.

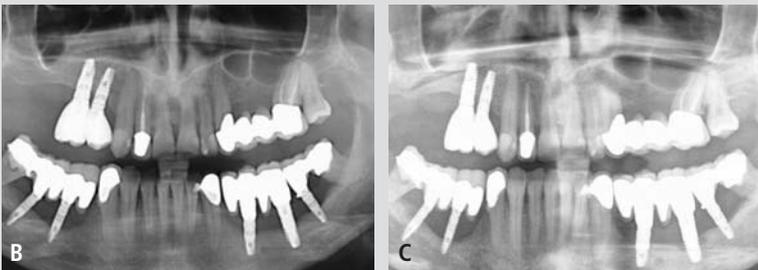


Figura B-C: Grave riassorbimento osseo evidenziato a 1 e 5 mesi dal termine della riabilitazione eseguita a 1 anno dall'innesto osseo



Figura D-G: Situazione endorale al momento della visita medico-legale

CASO 5 – Chirurgia orale. Cicatrice del labbro —

Nel corso di un intervento di chirurgia orale, per estrazione dei denti del giudizio inclusi, si surriscaldava il manipolo a causa di malfunzionamento, causando una ustione dell'emilabbro sinistro; che esitava in una cicatrice con deformazione del vermiglio.

Il profilo di responsabilità veniva come colpa dell'équipe:

- ▶ per negligente manutenzione dello strumentario a carico del titolare dello studio, in qualità di dirigente sanitario;
- ▶ imprudente utilizzazione da parte del consulente in chirurgia orale, che avrebbe dovuto verificare il malfunzionamento e sostituire l'attrezzatura.



Figura A-C: Esito cicatriziale del vermiglio a carico dell'emilabbro inferiore sinistro

5

Responsabilità per dispositivi medici difettosi

”

*Un buon capro espiatorio vale quasi quanto una soluzione.
Prima nega poi negozia.*

Dispositivo medico è qualsiasi strumento, apparecchio, impianto, sostanza o altro prodotto, destinato dal fabbricante a essere impiegato nella diagnosi, prevenzione, controllo, terapia o attenuazione di una malattia o handicap, studio, sostituzione o modifica dell'anatomia o di un processo fisiologico (art. 1 D.Lgs 46/97).

In ambito odontoiatrico i dispositivi medici sono suddivisibili in tre categorie: dispositivi fabbricati in serie, dispositivi su misura e dispositivi fabbricati in serie e adattati in studio.

Questo articolo riguarda il complesso problema della responsabilità civile, quando al paziente derivi un danno dall'uso di materiali che si rivelino inadeguati per caratteristiche di produzione o fabbricazione dipendenti dall'industria dentale e dal laboratorio odontotecnico o dalla messa in servizio da parte dell'odontoiatra (Tabella 27).

Tabella 26.

Dispositivi medici difettosi



Non sono invece trattate le sanzioni penali e amministrative previste per inadempimento degli obblighi posti dal D.Lgs 46/97 (obbligo di informazioni relativo a incidenti e divieto di messa in servizio di dispositivi non conformi). Sanzioni la cui applicazione procede indipendentemente dall'ipotesi di reato (art. 590 c.p. Lesioni personali colpose) o richiesta di risarcimento danni (art. 2050 c.c. Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose).

Responsabilità del produttore e del venditore —

I dispositivi fabbricati in serie dall'industria comprendono materiali dentali, strumentari e attrezzature, che per essere commercializzati devono soddisfare i requisiti essenziali previsti dalla normativa e recare la marcatura CE.

Il DPR n. 224/88 (Responsabilità del produttore) regola la responsabilità oggettiva del fabbricante per danni causati da prodotti a costruzione industriale difettosi. In caso di danno la responsabilità sussiste se il fabbricante non provi che:

- ▶ il difetto non esistesse al momento dell'immissione sul mercato, ma sia sorto per lavorazioni successive;
- ▶ le conoscenze scientifiche non permettessero di evidenziare al momento della costruzione e commercializzazione i rischi e l'inefficienza del prodotto;
- ▶ l'aver fabbricato una sola componente e che i difetti siano riconducibili a lavorazioni e assemblamenti successivi.

Rimangono, invece, escluse le situazioni di responsabilità dell'insuccesso ascrivibili a inadeguata condotta del professionista, quali: la scelta di materiali non in regola con la legislazione o la inadeguata utilizzazione di materiali conformi, secondo modalità diverse dalle indicazioni fornite del produttore, per un adattamento personale del sanitario.

Ove il danno sia la conseguenza di tale iniziativa nulla potrà eccepirsi nei confronti del produttore e del fornitore del materiale, restando a carico del sanitario l'onere di dimostrare l'irrilevanza del suo comportamento nella provocazione del danno. Nel qual caso si ritornerebbe a discutere di una tipica responsabilità professionale per prestazione intellettuale.

Con riferimento ai rapporti che legano l'odontoiatra, odontotecnico e le ditte produttrici, in relazione a prodotti difettosi, assumono di necessità rilievo i riferimenti normativi (DPR 224/88, D.Lgs

24/2002) che hanno introdotto nel nostro codice civile gli artt. 1519 bis e ss. (Della vendita dei beni di consumo).

Le norme tendono ad affermare l'equiparazione del produttore (definito come fabbricante o importatore) e del venditore.

Nello specifico campo va individuato: il consumatore nell'odontoiatra o nell'odontotecnico; il produttore nella ditta fabbricante o importatrice; il venditore nella rete di vendita. La normativa mira a tutelare in misura massima il consumatore ritenuto giustamente parte debole nel rapporto contrattuale (Tabella 28):

- ▶ il venditore ha l'obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita ed è responsabile per difetti di conformità (art. 1519 ter, quater c.c.);
- ▶ il venditore finale è responsabile dei difetti imputabili al produttore e ha diritto di regresso nei confronti di soggetti parte della stessa catena distributiva (art. 1519 quinquies c.c.);
- ▶ il venditore è responsabile per difetti manifesti entro due anni dalla consegna. Il consumatore decade dai diritti se non denuncia il difetto di conformità entro due mesi dalla data in cui ha scoperto il difetto. Salvo prova contraria si presume che i difetti di conformità, che si manifestano entro sei mesi dalla consegna, esistessero già a tale data. L'azione diretta a far valere i difetti si prescrive in 26 mesi (art. 1519 sexies c.c.).

Tabella 28.

Dispositivi medici difettosi

Responsabilità del produttore e del venditore

- ▶ difetti di conformità
- ▶ responsabilità del venditore
- ▶ diritto di regresso sulla catena distributiva
- ▶ responsabilità per 2 anni dopo commercializzazione
- ▶ decadenza 2 mesi dalla scoperta
- ▶ prescrizione 26 mesi

Responsabilità dell'odontotecnico

Dispositivi medici su misura eseguiti nel laboratorio odontotecnico consistono in qualsiasi dispositivo fabbricato appositamente, sulla base della prescrizione scritta, di un odontoiatra debitamente qualificato, e indicante, sotto la responsabilità del medesimo, le caratteristiche

specifiche della progettazione del dispositivo e destinato a essere utilizzato per un determinato paziente. Sono costituiti da protesi e apparecchi ortodontici costruiti in laboratorio odontotecnico.

Il fabbricante (odontotecnico), iscritto in un apposito registro presso il Ministero della Sanità, deve redigere la dichiarazione di conformità (allegato VIII D.Lgs n. 46/1997); che equivale alla marcatura CE e rappresenta l'evidenza oggettiva che sono stati rispettati i requisiti essenziali previsti dalla legge.

Il rapporto tra odontoiatra e odontotecnico è un contratto di prestazione d'opera (art. 2222 Contratti d'opera) con cui il tecnico si obbliga a costruire la protesi commissionata senza difetti, in rapporto alla capacità media (art. 1176 c.c.).

Per quanto attiene la prescrizione (art. 2226 c.c. Difformità e vizi dell'opera): per difetti noti o riconoscibili alla consegna, l'accettazione tacita o espressa dell'odontoiatra libera l'odontotecnico della responsabilità per difetti della protesi; difetti evidenziatisi successivamente devono essere contestati entro otto giorni dalla scoperta pena la decadenza; la responsabilità si prescrive entro un anno dalla consegna (Tabella 29).

Tabella 29.

Dispositivi medici difettosi

Responsabilità dell'odontotecnico

- ▶ Difetti tecnici di costruzione
- ▶ Responsabilità entro 1 anno dalla consegna
- ▶ Accettazione tacita
- ▶ Decadenza 8 giorni dalla scoperta
- ▶ Prescrizione 1 anno

La prescrizione, che non segue comunque regole inderogabili, deve essere eccepita dalle parti e può essere rigettata dal magistrato applicando termini decennali (art. 2946 c.c. Prescrizione ordinaria).

Le condizioni necessarie per l'ipotesi di responsabilità dell'odontotecnico sono le seguenti, potendo emergere dall'analisi concreta situazioni di corresponsabilità solidale (art. 2055 c.c.) e concorso nel fatto colposo del creditore (art. 1227):

- ▶ presenza di difetti di lavorazione odontotecnica causa dell'insuccesso (materiali privi di marchio CE o conformi ma utilizzati in modo inadeguato rispetto alle indicazioni del produttore);
- ▶ impossibilità di riconoscimento dell'errore da parte dell'odontoiatra alla consegna (esclude l'accettazione tacita);

- ▶ assenza di altre cause riferibili a prodotti industriali difettosi, errori dell'odontoiatra (progettazione, preparazione, controllo, messa in servizio), incuria del paziente (colpa del creditore);
- ▶ limite temporale entro i termini di decadenza e prescrizione.

Responsabilità dell'odontoiatra

La responsabilità dell'odontoiatra nella messa in servizio di dispositivi medici fabbricati in serie o su misura prevede l'obbligo di verificare la conformità CE.

In particolare nella realizzazione di dispositivi su misura si estende attraverso le diverse fasi di lavorazione tra studio e laboratorio (D.Lgs 46/97):

- ▶ preparare l'apparato stomatognatico e la dentatura;
- ▶ rivolgersi esclusivamente a laboratori odontotecnici iscritti in un apposito registro presso il Ministero della Sanità;
- ▶ redigere una prescrizione, necessaria e indispensabile, conservata dal fabbricante (odontotecnico) per almeno 5 anni;
- ▶ valutare i rischi tecnici, relativi alla fabbricazione secondo la prescrizione, eventualmente evidenziati con relazione scritta dall'odontotecnico;
- ▶ decidere se procedere nella fabbricazione, in base a considerazioni cliniche, o modificare il progetto iniziale;
- ▶ controllare le singole fasi di lavorazione e il manufatto finito;
- ▶ applicare il dispositivo sul paziente con le eventuali istruzioni.

In questo modo l'odontoiatra trasferisce su di sé, in via presuntiva, la responsabilità dell'insuccesso, che può dipendere da errori dell'odontotecnico o difetti di fabbricazione industriale.

Il professionista si vedrà necessariamente chiamato in causa in quanto debitore in un contratto di prestazione d'opera intellettuale, il cui corrispettivo è comprensivo dei costi del materiale (Tabella 30).

Tabella 30.

Dispositivi medici difettosi

Responsabilità dell'odontoiatra

- ▶ Eventi negativi per errore
- ▶ Prescrizione ordinaria (10 anni)

In tale situazione sussistono le condizioni di legittimazione passiva del professionista per essere convenuto in giudizio e la facoltà di integrare il giudizio o di agire in regresso su chi avrà individuato essere il reale responsabile dell'insuccesso per difetto del materiale tra i fornitori, produttori e collaboratori.

In tema di responsabilità medica trovano applicazione il principio di inversione dell'onere della prova (cioè di avere correttamente operato) e i termini di prescrizione ordinaria, decennale dal momento in cui viene evidenziato il danno (art. 2946 c.c.).

Tale soluzione mira a tutelare in misura massima il paziente (consumatore, cliente) ritenuto giustamente parte debole nel rapporto contrattuale, per il quale sarebbe estremamente gravoso risalire con una ricerca "a cascata" su tutti i soggetti che teoricamente possono avere avuto un ruolo nell'insuccesso.

Mentre una definitiva chiarificazione del perché vi sia stato insuccesso può essere proposta con maggiore efficacia dall'odontoiatra, nei confronti del produttore o dei collaboratori tecnici intervenuti.

Un problema a parte è rappresentato dai dispositivi fabbricati con metodo di fabbricazione in serie, che siano successivamente adattati o assemblati per un'applicazione diretta sul paziente; comprendono apparecchi ortodontici, protesi provvisorie in resina, placche antologiche. Non sono considerati dispositivi su misura (art. 2, 1° comma, lettera d, D.Lgs 46/97) e non ricadono nella fabbricazione di un dispositivo medico su misura a fini commerciali. Rientrano nell'insieme della prestazione sanitaria, rimanendo, quindi, in caso di errori forieri di danno, materia esclusiva di responsabilità professionale dell'odontoiatra.

Considerazioni

In tema di responsabilità professionale odontoiatrica il problema di insuccessi per difetti di dispositivi medici riconducibili a responsabilità dell'industria produttrice o del laboratorio odontotecnico attiene prevalentemente i campi della protesi e dell'implantologia.

La giurisprudenza tutela il paziente-cliente-consumatore con l'applicazione di diversi principi: inversione dell'onere della prova, obbligo di risultato o di "res ipsa loquitur" nei casi di facile e prevedibile esecuzione, criteri probabilistici nella determinazione del nesso di causalità. Per il professionista è presente la possibilità di integrare il giudizio o agire in regresso verso altri soggetti potenzialmente responsabili.

Nella pratica raramente si assiste a tale sviluppo processuale stanti l'imprevedibilità dell'esito e l'aumento delle spese legali conseguente all'allungamento dei tempi e della complessità del giudizio. Situazioni che dipendono da molteplici fattori come la difficoltà di distinguere a posteriori errori sovrapposti determinati da soggetti diversi; il limitato vantaggio nel riconoscimento di una responsabilità in solido (che nei casi dubbi rappresenta l'esito più probabile) a fronte del ridotto valore delle controversie odontoiatriche; la differenza tra i termini decadenza e prescrizione per la responsabilità del produttore e prestatore d'opera nei confronti del professionista (a sfavore di quest'ultimo).

Va, comunque, ritenuto che l'acquisizione di una conoscenza approfondita dei problemi giuridici e clinici, rappresenti un indispensabile ausilio per indirizzare una corretta indagine.

Caso 6 - Implantologia. Frattura di impianti —

Una paziente affetta da III classe scheletrica e parodontopatia accettava un preventivo di riabilitazione per l'arcata mascellare con sovrappotesi supportata da quattro impianti e barra rotazionale.

Venivano posizionati 4 impianti di diametro 3,3 mm, in assenza di complicanze o errori chirurgici; ma nel corso delle prove cliniche, in diverse sedute si verificava la frattura di tutte le fixtures, prima che la protesi fosse consegnata e sottoposta a carico masticatorio.

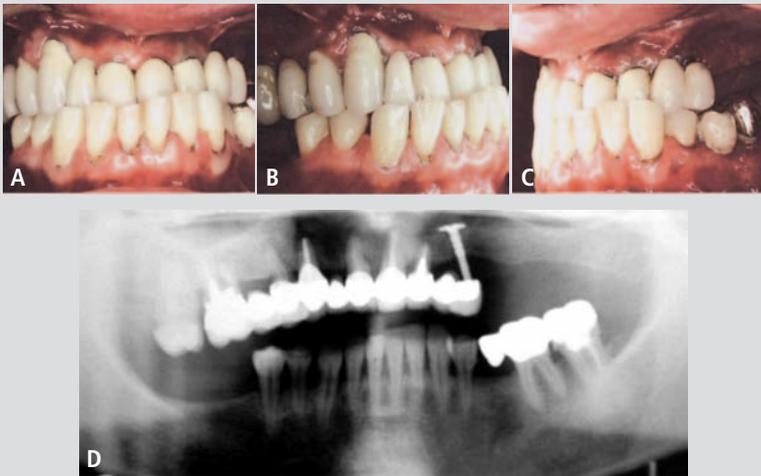


Figura A-D: Situazione orale iniziale

La paziente conveniva in giudizio il professionista e quest'ultimo chiamava in causa la ditta produttrice dei dispositivi implantari.

L'esame degli impianti evidenziava uno spessore di 0,3 mm nel punto critico dell'impianto, dove terminava la cavità di alloggiamento per l'esagono interno e per la vite di fissazione.

Per tale motivo veniva individuata responsabilità del produttore in relazione a errata progettazione e costruzione del dispositivo medico, privo delle caratteristiche strutturali di resistenza.

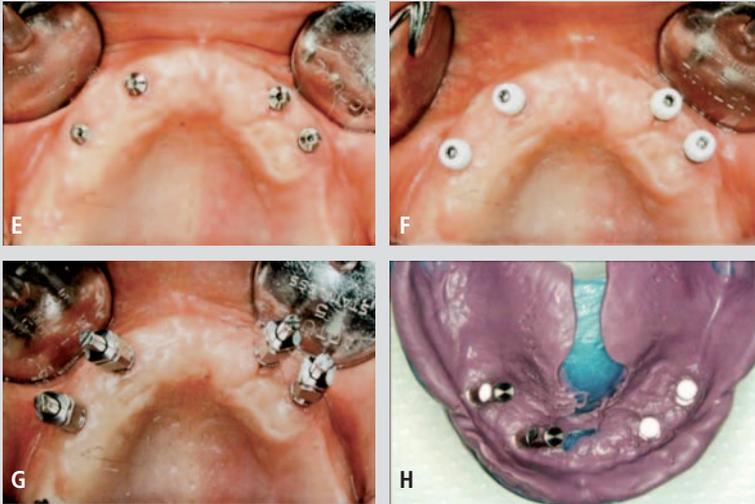


Figura E-H: Fase delle impronte per la riabilitazione protesica



Figura I-M: Frattura della prima fixture nel corso delle prove cliniche

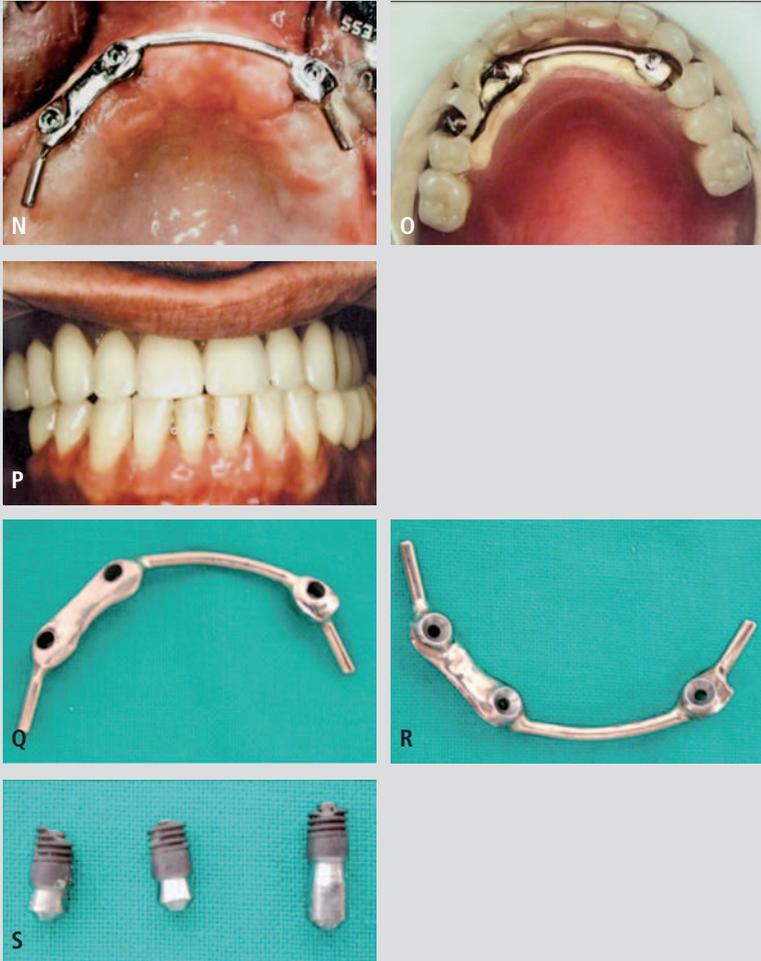


Figura N-S: Frattura delle restanti 3 fixtures nel corso della prova estetica

6 Postfazione

”

Esperienza è il nome che ciascuno dà ai propri errori.

Oscar Wilde (Lady Windermere's Fan, 1892, atto III)

L'esperienza è quella cosa che otteniamo il momento immediatamente successivo a quello in cui ci sarebbe servita.

“Sarebbe meglio ci spiegassero cosa serve in pratica, piuttosto che teorizzare cosa non fare!”. Commento casuale che sintetizza la discrasia tra pubblico e relatori: un grammo di pratica vale più di una tonnellata di astrazione.

Se parlassimo per chi ascolta e ci chiedessimo quali siano i consigli essenziali in tema di prevenzione del contenzioso, ne emergerebbe una lista breve.

Del resto è semplice rendere le cose complicate, ma difficile renderle semplici.

Il primo suggerimento consiste nel compilare e archiviare cartelle cliniche e radiografie. L'impresa è ardua, visto che è più facile rinunciare alle buone abitudini che alle cattive. Ma consideriamo che in giudizio civile si soccombe, in base a sentenze emesse su presupposti probabilistici del tipo “è più probabile che non”, spesso per incapacità di dimostrare la correttezza del proprio operato in assenza di documenti.

Il secondo consiglio è prevenire quei pochi errori, che le casistiche dimostrano essere ripetitivi: lesioni del nervo mandibolare per estrazione dei denti del giudizio e in implantologia; infiltrazioni di corone per deficitarie chiusure marginali; pilastri di protesi costituiti da denti con lesioni endodontiche, parodontali o impianti non osteointegrati; terapie ortodontiche incomplete e recidive.

Vale a dire che la vita non è costellata da successioni di errori, ma dagli stessi che si ripetono all'infinito.

Si può escludere l'intelligenza per buona parte del tempo, ma non in modo permanente; il consiglio è attivarla in quei pochi momenti, in cui si concretizza il maggior rischio.

Il terzo avvertimento è capire che la frequenza degli errori è l'essenza del risk management: uno, due o tre contenziosi possono capitare a tutti nell'arco delle vita; ma, se sono ravvicinati, facciamo un esame di coscienza per accertarci di non avere perso il contatto con la professione o, quel che è peggio, con la realtà.

Confrontiamoci con alcuni profili caricaturali: anziani che non smettono di lavorare, perché non saprebbero cosa altro fare (quando è il momento di ritirarsi?); presuntuosi opulenti di mezza età, demotivati e inaggiornati (hanno perso fame e passione!); periodi difficili per motivi seri o per crisi di identità da andropausa.

Infine noi, incolpevoli vittime di inevitabili distrazioni.

Il grado di colpa è direttamente proporzionale all'intensità delle giustificazioni e delle proclamazioni di innocenza e per imparare dagli errori bisogna prima rendersi conto di averli commessi.

Il quarto avvertimento consiste nel sapere gestire i conflitti (attenti ai pazienti difficili e non parlate con un idiota, la gente potrebbe non vedere la differenza) tra le mura dello studio e passare agli specialisti la gestione del contenzioso. Il punto di passaggio è segnato dalla raccomandata del paziente o dell'avvocato, oltre questo limite non alberga ragionevolezza e giustizia. È meglio pagare un esperto, che ringraziare un incapace. L'ignoranza della legge non impedisce a un avvocato, che ha perso la causa, di riscuotere la parcella. L'assicurazione, poi, copre tutto tranne quel che succede.

L'ultimo monito è di natura psicologica, visto che la professione seleziona personalità con tratti ossessivo-compulsivi, perfezionisti e narcisisti, che mal sopportano critiche e contrarietà. Modificazioni caratteriali, entro certi limiti pregi e necessità, indotte da un tipo di lavoro che si svolge in isolamento e che richiede di essere imprenditori e artigiani (diffidiamo degli artisti), oltre che sanitari.

Evitiamo di giustificarci, perché anche se siamo paranoici, non significa che tutti ce l'abbiano con noi e se tutto ci viene incontro forse siamo finiti sulla corsia sbagliata.

È normale soffrire di reazioni adattive per giorni o settimane, quando si rimane invischianti in una lite; ma è opportuno un po' di fatalismo per evitare di scivolare in disturbi cronici dell'umore o in burn-out.

Chi rimane annichilito dal rischio di sbagliare, non faccia il medico o il dentista, perché questi sono i rischi della professione.

In questa commedia le conclusioni sono il punto in cui ci si stanca di pensare.

Con misura non priviamoci dei nostri errori, che sono il sale della vita: senza fumo, vino e donne non avremo una vita più lunga, anche se ci sembrerà lunghissima.

Il resto è una questione di parametri di giudizio; un alcolizzato, per esempio, non è altro che una persona che beve più del suo medico. Cattivo dentista è chi sa meno di noi; buon dentista è chi ci equivale; ottimo dentista è chi ci supera in qualcosa.

Del resto, si sa che non necessita intelligenza per eccellere facendo una sola cosa.

Fabrizio Montagna

1. Dodson TB. Discussion: Frequency of Trigeminal Nerve Injuries Following Third Molar Removal. *Journal of Oral and Maxillofacial Surgery*, Published by Elsevier Inc. Vol. 63, Issue 6, pg 736, New York – Stati Uniti, 2005
2. El-Bialy T, El-Shamy I, Graber TM. Repair of orthodontically induced root resorption by ultrasound in humans. *American Journal of Orthodontics & Dentofacial Orthopedics, American Association of Orthodontists* Published by Elsevier Inc, Vol. 126, Issue 2, pg 186-193, New York-Stati Uniti, 2004
3. Givol N, Gershtansky Y, Halamish-Shani T, Taicher S, Perel A, Segal E. Perianesthetic dental injuries: analysis of incident reports. *Journal of Clinical Anesthesia* Published by Elsevier Inc, Vol. 6, Issue 3, pg. 173-176, New York-Stati Uniti, 2003
4. Manfredini D, Brady Bucci M, Montagna F, Guarda-Nardini L. L'Elettromiografia dei muscoli masticatori non è utile in ambito medico legale. *Tagete-Archives of Legal Medicine and Dentistry*, Tagete, n. 2, Pisa, 2008
5. Manfredini D, Brady Bucci M, Montagna F, Nuzzolese E. Lesione del nervo alveolare inferiore e necrosi della mucosa palatina in implantologia. Case Report. *Tagete-Archives of Legal Medicine and Dentistry*, Tagete, n. 2, Pisa, 2008
6. Manfredini D, Montagna F, Brady Bucci M. Temporomandibular disorders assessment in the medical legal setting. *Tagete-Archives of Legal Medicine and Dentistry*, Tagete, n. 4, Pisa, 2007

7. Miighalls L. General Dental Practice – the legal pitfalls, obvious and not so obvious. *Legal Medicine Journal, The Official Journal of the Australian College of Legal Medicine*, Vol. 2, N. 1, Australia, 2005
8. Montagna F. Evento avverso, errore e pseudoerrore. *Sezione SIOLA Odontoiatria Forense*, Tagete, n. 1, Pisa, 2007
9. Montagna F. Orientamenti giurisprudenziali in responsabilità civile professionale. *Sezione SIOLA Odontoiatria Forense*, Tagete, n. 3, Pisa, 2007
10. Montagna F. Orientamenti giurisprudenziali in responsabilità penale professionale. *Sezione SIOLA Odontoiatria Forense*, Tagete, n. 1, Pisa, 2007
11. Montagna F. Trattamento e costi delle lesioni dentarie da trauma nel bambino e nell'adulto. *Convegno Associazione M. Gioia*, Tagete, n. 1, Pisa, 2007
12. Montagna F, Manfredini D, Provvisionato M, Turani M. Updating the structure of litigation on professional liability in dentistry. *Tagete-Archives of Legal Medicine and Dentistry*, Tagete, n. 4, Pisa, 2007
13. Queral-Godoy E, Figueiredo R, Valmaseda-Castellón E, Berini-Aytés L, Gay-Escoda C. Frequency and Evolution of lingual Nerve Lesion Following Lower Third Molar Extraction. *Journal of Oral and Maxillofacial Surgery*, Published by Elsevier Inc, Vol. 63, Issue 6, pg 732-735, New York-Stati Uniti, 2006
14. Renton TF. Prevention of Trigeminal Nerve Injury. *Journal of Oral and Maxillofacial Surgery*, Published by Elsevier Inc, Vol. 63, Issue 8, pg 9, New York-Stati Uniti, 2005
15. Robert R, Bacchetti P, Pogrel MA. Frequency of Trigeminal Nerve Injuries Following Third Molar Removal. *Journal of Oral and Maxillofacial Surgery*, Published by Elsevier Inc, Vol. 63, Issue 6, pg 732-735, New York-Stati Uniti, 2005
16. Scher Edwin LC. Risk Management when operating in the Posterior Mandible. *Clinical Science and Techniques. Lippincott Williams&Wilkins, Inc.*, New York-Stati Uniti, 2008
17. Tiwana K, Morton T, Tiwana P. "Aspiration and ingestion in dental practice". *J Am Dent Assoc*, Vol. 135, n. 9, pg 1287-1291, Stati Uniti, 2004

stampa: Ink-Print - Napoli



Medicina

I disagi che prova il dentista nell'affrontare il problema delle responsabilità professionali derivano dal pragmatismo tipico del chirurgo, difficilmente conciliabile senza sforzo con la mentalità giuridica.

Inoltre l'isolamento professionale e la conoscenza marginale del diritto generano timori ed ansie, proprie di chi si ritrova a frequentare uno scenario di cui si ignorano le regole.

Lo scopo di questa pubblicazione non è trasformare il lettore in medico-legale, ma richiamare i concetti di base (come consenso, documentazione, complicità, errore, danno, etc.) e le implicazioni nel ragionamento giuridico in responsabilità professionale.

Il nostro augurio è che con queste conoscenze possiate lavorare con maggior efficacia ed efficienze nella prassi clinica quotidiana, liberi dalle ansie di una medicina difensiva.



Giuseppe Draetta

è giornalista e medico legale a Milano

Fabrizio Montagna

è medico-chirurgo,

specialista in odontostomatologia

Diplome Universitarie d'Orthodontie

Professore a c. presso la facoltà di Odontoiatria e la Scuola di Specializzazione in Ortognatodonzia dell'Università degli studi di Cagliari

Direttore Sanitario del Centro Servizi

Odontoiatrici, Sommacampagna (VR)