

Artículo

GENIVAL VELOSO DE FRANÇA

Anestesia: obligación de medios o de resultados?➤ **Genival Veloso de França.** Vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Medicina Legal.➤ **1. PRELIMINARI**

Certamente l'anestesia è stata una branca della medicina che più si è sviluppata in questi ultimi anni, dato confermato dallo sviluppo tecnico-scientifico e dai suoi risultati tanto spettacolari. Questa evoluzione necessita un impegno permanente nelle sue applicazioni e parallelamente una vigilanza continua nella realtà operativa.

Non è un segreto che nel passato l'anestesia è stata una attività accessoria e ausiliaria della chirurgia, una "terra senza padrone" dove transitava chiunque: il collega appena assunto, lo studente in viaggio d'istruzione, l'infermiere. Oggi non è più così. L'anestesia ha acquisito un'autonomia indiscutibile e costituisce un'attività tanto imprescindibile e peculiare così che molti degli atti medici oggi praticati non sarebbero possibili o lo sarebbero con molta difficoltà senza una corretta anestesia. La concezione che abbiamo dell'anestesista prevede che egli possieda una quantità molto ampia e diversificata di conoscenze e la capacità di una corretta applicazione delle sofisticate tecnologie di monitoraggio e di controllo dei sistemi vitali e delle proprie attrezzature.

Per questa ragione, gli ospedali e i servizi specializzati sono alla ricerca di strumenti di monitoraggio sempre più perfezionati e di personale altamente qualificato come soluzione organizzata ed efficiente per l'abbattimento della mortalità e della morbilità ospedaliera, con una maggiore esigenza di medici specializzati per l'utilizzo di tecniche sempre più raffinate e farmaci molto potenti.

Un'altra importante considerazione riguarda la scelta tra i diversi tipi di anestesia che non deve essere intesa come scelta tra diversi procedimenti meccanici o una scelta preferenziale dell'anestesista ma bensì risultato di una valutazione prettamente clinica da realizzare caso per caso e, comunque, sempre a maggiore vantaggio del paziente, tenendo conto del suo stato fisico e mentale, della diagnosi preoperatoria, delle sue condizioni fisiopatologiche, delle influenze farmacologiche e del tipo di intervento che deve essere eseguito: concludendo l'indicazione dell'anestesia è innanzitutto una decisione clinica.

➤ **2. UNA CUESTIONE DI FONDO:****Anestesia: obligación de medios o de resultados?**

Secondo molti il contratto di assistenza medica consiste in una prestazione di servizi, altri lo considerano un contratto sui generis, in virtù della specificità e Della delicatezza del rapporto personale tra il medico e il paziente come insegna Alves Dias (in Responsabilità

Civile, vol 1 e 2 Forense, 1979).

All'interno delle obbligazioni positive dove si esige dal debitore un comportamento attivo del fare o del dare alcune cose, sono riconosciute due priorità di obbligazioni: dei mezzi e dei risultati. Nella prima esiste l'obbligo all'utilizzazione di tutti i mezzi disponibili per il raggiungimento del risultato senza peraltro essere legalmente obbligati al raggiungimento del risultato stesso: si persegue ovviamente il risultato, ma se questo non è raggiunto e il debitore non ha colpa in merito non si ha nulla da esigere. Nell'obbligazione dei risultati, la prestazione del servizio ha un fine definito per cui se non viene raggiunto il risultato aspettato si configura un'adempienza e il debitore assume l'onere per non avere soddisfatto l'obbligazione a suo carico.

Esiste nella responsabilità contrattuale civile del medico l'obbligazione di mezzi per cui l'impegno professionale è l'oggetto del contratto senza obbligo di risultato: rimane tuttavia obbligazione legale mettere in opera in maniera massimale tutti i mezzi necessari e disponibili. Ciò non vuol dire che il medico non abbia colpa, comunque questa è l'idea che prevale. Il contrario sarebbe cospirare contro la logica dei fatti. La responsabilità del medico può essere considerata altrimenti secondo la teoria per cui il danno prodotto durante l'anestesia abbia una configurazione più grave, intendendo che ci debba essere per forza una obbligazione di risultato tra la prestazione dello specialista e il risultato sul paziente e quindi di fronte ad un cattivo risultato il paziente ha diritto a essere indennizzato.

Su questo punto con tutto il rispetto non siamo d'accordo quando si tratti di situazioni gravate da un rischio molto elevato di insuccesso: infatti nei servizi di prima assistenza e di pronto soccorso è paradossale e inconcepibile date le condizioni cliniche estremamente precarie che implicano l'imminenza dell'evento fatale, esigere una obbligazione di risultati: ciò significa quantomeno misconoscere i principi elementari della specialità.

Oggi anche in specialità considerate sicure riguardo alla certezza del raggiungimento dell'obiettivo proposto, come la chirurgia estetica, si afferma che le responsabilità circa eventuali fallimenti vadano considerate caso per caso. Iturraspe insegna che nell'obbligazione di risultato il debitore assume l'obbligo di raggiungere un obiettivo e raggiungere l'effetto desiderato. Nell'obbligazione di mezzi il debitore non assicura il raggiungimento del risultato



Artículo

sperato ma ha l'obbligo di impegnare tutti i meci necessari e indicati per tale scopo (Responsabilità civile del Medico, Buenos Aires, Editore Astrea, 1979).

Nell'assistenza medica si assicura non la garanzia di guarigione del paziente ma la prestazione orientata a raggiungere questo fine, ciò comporta che il paziente avrà diritto da parte dell'assistenza medica al meglio delle prestazioni.

Kfourì Neto citando Mazeaud scrive: "se il paziente va dal medico e dice di non essere stato curato, il medico non può dire di non avere nessuna colpa: in prima istanza deve dimostrare se ha usato tutti i mezzi possibili ed immaginabili a sua disposizione e solo allora si valuterà se egli ha colpa o no nella mancata cura." (Responsabilità civile del Medico, Sao Paulo, 1994).

L'obbligo dell'anestesista, cioè l'oggetto del suo contratto, consiste nell'assistenza al paziente, impegnandosi a mettere in opera tutte le risorse e conoscenze disponibili, il che non significa potere garantire in ogni caso il successo del proprio intervento. Ne segue che l'anestesista possa essere considerato colpevole se non ha prestato la propria opera con la dovuta perizia agendo invece con insensatezza, impulsività o disimpegno e venendo meno all'osservanza delle regole tecniche. Al contrario nel momento in cui si dimostri che l'anestesista ha agito "secondo scienza e coscienza" ne seguirà la sua non colpevolezza. Nessuno potrà incolpare un anestesista che ha agito a "regola d'arte" in un caso in cui il paziente inesorabilmente sia deceduto: punirlo in tali circostanze, reclamando l'obbligo del risultato ad ogni costo sarebbe un'ingiustizia.

Se è vero che è obbligo dell'anestesista quello di "addormentare" e "svegliare" i pazienti non è altrettanto vero che ciò sia matematicamente applicabile in tutti i casi laddove si verificano eventi imprevedibili o rari e comunque indipendenti dalla volontà o dalle conoscenze dello specialista, eventi derivanti dalle condizioni patologiche del paziente e non superabili per i limiti attuali della scienza anestesiológica, nonostante siano stati approntati tutti mezzi disponibili.

Perciò l'anestesista non sempre si trova nella possibilità di prevedere i risultati del proprio operato e infatti l'anestesia è da molti considerata come la specialità a più alto rischio, perché in genere è caratterizzata da interventi in momenti critici, complessi e difficili.

La competenza dell'anestesista comprende non solo la conoscenza di tutte le tecniche anestesiológicas e la cura del paziente pre- intra e post-operatoria, ma anche il controllo della funzione respiratoria, dell'attività circolatoria,

la prevenzione dello shock, la soppressione dello stimolo doloroso, la correzione dell'equilibrio idro-elettrolitico, esigendo la conoscenza di provvedimenti simultanei ed immediati nelle situazioni critiche.

Se l'operato dell'anestesista è imputabile di errore, deve essere provato che si tratti di errore medico e deve essere stimato il grado della colpa in relazione ai principi di negligenza, imperizia e imprudenza riguardo all'indennizzo del danno. La teoria dell'obbligazione di risultato, che implica le stesse forme contrattuali dei prestatori di servizi inerenti le cose materiali (trasportatori, commercianti, ingegneri etc.) con impegno qualitativo e quantitativo del risultato non è applicabile alla pratica medica: solo un medico irresponsabile potrebbe sottoscrivere questo tipo di contratto. Nella pratica prevale la dimostrazione di eventuale relazione tra la colpa e il danno perché l'esigenza dell'*onus probandi* è oggi una soluzione per l'eventuale inversione della prova di colpevolezza.

➤ 3. BIBLIOGRAFIA

1. Alcântara, HR *Responsabilidade Civil e Penal do Anestesiologista*, Rev da SBA, vol. XI, 141, 1975.
2. *Responsabilidade Médica*, Rio: José Konfino Editor. 1971.
3. França, GV *Comentários ao Código de Ética Médica*, Rio: Editora Guanabara Koogan S/A., 1994.
4. *Direito Médico*. 6ª edição, São Paulo: Fundo Editorial Byk, São Paulo. 1995.
5. *Medicina legal*, 5ª edição. Rio: Editora Guanabara Koogan S/A. 1998.
6. *Responsabilidade Legal do Anestesiologista*, Rev da SBA, Ano 26, n.º 3, 1978.
7. Lopes, TA *A Responsabilidade Civil dos Médicos, in Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência*, 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.
8. R. Machado, ECSF *Responsabilidade Civil dos Médicos*. Tese de Mestrado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo: 1985
9. Penasco, WL *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*, Rio: Forense. 1977.
10. Pereira, E e Vieira Z *Visita pré-anestésica: responsabilidade intransferível do anestesiologista*. Rev da SBA, Ano 27, nº3, 1977.
11. Rodrigues, S *Direito Civil*. vol. I, I 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 1986.
12. Segre, M *Aspectos médico-legais em anestesia*, in *Temas de Anestesiologista*, Coordenação de Eugesse Cremonessi, São Paulo: Savier Editora de Livros Médicos, 1991.