

s.scritti resp civ resp medica Lovanio obbligazione

ITALIE

L'obligation du médecin

Le contenu de l'obligation du médecin n'a pas toujours été considéré par la doctrine et la jurisprudence civiles italiennes. Les raisons sont pareilles à celles qu'on rencontre dans nombreux d'autres systèmes juridiques de *civil law*. D'un côté jusqu'à les années 70 du XX siècle dans la société prévale une attitude à considérer les accidents dans un contexte médicale comme des fatalités inévitables. Seulement avec les extraordinaires progrès de la médecine et la perception de la santé et des soins médicaux comme des droits individuels et sociaux fondamentales, il y a un changement de mentalité. Deuxièmement on constate, dans la pratique, une prévalence absolue de l'action et du procès pénal, qui l'emporte sur le civil. Dans ce contexte – caractérisé par la mort du patient ou par des conséquences très sérieuses – il-y-a peu d'espace pour des analyses dogmatiques sur le thème du contenu de l'obligation: il-y-a un acte ou une omission médicale; il-y-a un fait qualifiable comme crime¹.

La question est d'établir si le professionnel a respecté les règles de l'*ars medica* et si il-y-a un lien de causalité selon les règles du droit pénal.

Quand les actions commencent à être présentes au juge civil d'un côté la tradition de la jurisprudence pénale continue à peser, situant la responsabilité du médecin dans le domaine de la responsabilité délictuelle, de l'autre on applique la distinction – bien établie en doctrine – entre obligation de résultat et obligation de moyens. Donc les conséquences

¹ J'ai cherché de présenter cette évolution dans un long article *Una commedia degli errori ? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento* qui a paru sur *la Rivista di Diritto Civile* 2008,I, 297 (réproduit à la page internet http://www.giur.uniroma3.it/materiale/docenti/zeno/materiale/Responsabilita_medica.pdf) et, en version anglaise, *A comedy of errors? Tort, contract and compensation schemes as remedies for medical malpractice* (réproduit à la page internet <http://www.giur.uniroma3.it/materiale/docenti/zeno/materiale/inglese/Comedy%20of%20Errors.pdf>)

négatives pour le patient ne sont pas – en soi – évidence d'une faute, la quelle droit être prouvée.

La charge de la preuve est sur la victime (ou ses parents) et pourtant à toute la zone grise entre la violation certes des règles professionnelles de diligence et prudence (fixées par l'art. 1176, II alinéa, code civil) et l'exclusion de toute négligence on applique le principe *in dubio pro reo*.

Ce n'est que vers la fin du XXème siècle qu'on constate un lent revirement qui passe à travers une opération de *distinguishing*².

On commence en isolant les prestations médicales pour lesquelles le résultat est, de quelque façon, implicite dans le rapport juridique : chirurgie esthétique, soins dentales.

Dans le premier cas l'objet du contrat n'est pas de soigner une maladie mais d'obtenir les résultats d'un changement prédéterminé de l'aspect physique du patient. Dans l'autre les soins apparaissent être extrêmement simples (l'extraction d'une dent) ou contiennent la réalisation d'un produit matériel (une prothèse)³.

La perspective contractuelle commence donc à s'élargir, occupant des zones de plus en plus larges : les activités médicales de routine⁴, celles qui ne demandent pas des connaissances spécialisées, celles qui ne sont particulièrement complexes⁵.

Le changement complet de perspective s'achève au début du siècle : les obligations du médecin et de la structure médicale se situent dans le domaine de la responsabilité contractuelle.

L'inachèvement de l'obligation comporte la responsabilité sauf que l'obligé ne démontre la faute d'autrui ou la force majeure. Bien que on l'affirme pas explicitement l'obligation devient – *de facto* et presque toujours – une obligation de résultat.

² La motivation de ces arrêts est, dans leur partie essentielle, reproduite dans l'article *Una commedia degli errori ?* cité à la note 1

³ R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica*, Cedam, Padoue, 1995, pp. 378 ss.

⁴ Cass. 16.2.2001, n. 2335

⁵ Cass. 21.7.2003, n.11316

Ce qui mérite d'être souligné c'est que ce complet revirement ne provient des juges du fond qui connaissent le mérite du cas et sont plus proches aux faits, mais de la Cour de Cassation qui systématiquement annule dizaines de décisions des Cours d'Appel qui avaient rejeté les plaintes des patients.

Du point de vue dogmatique et de la réalité des choses le choix de la Cour des Cassation présente des aspects critiquables dans la mesure dans laquelle on ne tient pas compte de l'inéliminable *alea thérapeutique* (voir à suivre), et que souvent le médecin ne dispose pas, *a priori*, de toutes les informations préalables qui, généralement, sont dans la seule disponibilité du patient. Toutefois il est clair que la jurisprudence qui désormais s'est imposé à tous les niveaux a introduit une responsabilité quasi objective qui réduit considérablement le rôle de l'obligation : du moment qu'il n'est pas suffisant de démontrer que la prestation médicale a été conduite en conformité des règles de *l'ars medica*, l'attention se concentre sur les aspects extérieurs qui, nonobstant la diligence professionnelle, peuvent avoir provoqué le sinistre.

La conséquence est une quasi certaine affirmation de responsabilité du médecin et de la structure et l'effet d'une crise du mécanisme de l'assurance, qui présuppose un risque et non une certitude. Le spectre de la *medical malpractice crisis* américaine des années 70 et 80 du XXème siècle est à la porte. Des tentatifs de réforme législative ont été récemment entamés, surtout pour garantir une couverture pas assurance, mais il est trop tôt pour en évaluer les résultats⁶.

L'analyse comparée de la jurisprudence démontre, d'ailleurs, que les tendances et les résultats ne changent pas soit qu'on adopte un approche contractuel (et donc formellement centre sur les obligations du médecine) ;

⁶ Il s'agit de la Loi 8 novembre 2012, n. 189 (connue comme 'Decreto Balduzzi') qui introduit une cause pénale d'exonération spéciale, l'avoir suivi les lignes directrices acceptées dans la communauté scientifique. La loi précise, toutefois, que l'absence de responsabilité criminelle n'élimine pas celle civile, mais peut porter à une réduction des dommages-intérêts.

soit qu'on adopte un approche délictuelle (et donc centre sur la violation d'un devoir et la lésion d'un intérêt protégé)⁷.

Dans tous les pays de la tradition occidentale (avec la seule exception de l'Angleterre qui continue à avoir un régime restrictive de la responsabilité civile) la jurisprudence apparait être caractérisée par une expansion des hypothèses de responsabilité et par le virement vers formes de responsabilité quasi objective.

Qu'on utilise le renversement de la charge de la preuve, qu'on impose une obligation de résultat, qu'on affirme l'adage *res ipsa loquitur* le résultat est, en général, l'affirmation de la responsabilité du médecin et de la structure hospitalière.

Ce qui démontre – au moins – la modeste incidence des doutes et des approches systématiques de la doctrine⁸.

⁷ Ce sont les conclusions d'une comparaison entre les systèmes américain, canadien, anglais, français et italien conduite dans l'article cité à la note 1. Mais v. déjà D. GIESEN, *International medical malpractice law : a comparative law study of civil liability arising from medical care*, Mohr, Tubingen, 1988, p. 9

⁸ Pour une analyse assez critique de la possibilité d'appliquer les traditionnels principes de la responsabilité contractuelle à la responsabilité médicale v. V. ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Giuffrè, Milan, 1998