

Al ministero della giustizia istituita una Commissione sulla colpa professionale medica

Sanità, sulla medicina difensiva in vista la terza riforma in 10 anni

PAGINE A CURA
DI ANTONIO RANALLI

Quello della responsabilità medica resta uno dei settori più appetibili nell'ambito legale. Un ambito che però presenta ancora luci e ombre e che richiede sempre più una maggiore specializzazione. C'è da dire che dall'introduzione della legge 24/2017 ci sono stati sicuramente degli effetti positivi, come la riduzione dei costi della cosiddetta «medicina difensiva». A rivelarlo è una recente indagine condotta da Eurispes intitolata «La legge Gelli-Bianco e l'accertamento tecnico preventivo. Un primo bilancio sull'accertamento della responsabilità sanitaria nel Tribunale di Roma», condotta in collaborazione con la XIII Sezione del Tribunale di Roma, l'Enpam e lo **Studio legale Di Maria Pinò**.

Dalla ricerca di Eurispes, che prende in considerazione il periodo che va dal 1° aprile 2017, l'anno in cui entrò in vigore la Legge Gelli-Bianco, fino al 31 dicembre 2021, il dato di maggiore rilevanza è che nell'analisi dei 1.380 accertamenti tecnici preventivi esaminati, i medici non risultano essere personalmente coinvolti nel 70,3% dei casi. Dalla ricerca emerge inoltre che gli accertamenti tecnici preventivi (Atp) che si concludono positivamente per il paziente sono il 65,3%, mentre l'esito è positivo per la struttura il 31,1% delle volte; solo nei due terzi dei casi, dunque, la responsabilità professionale della struttura sanitaria e/o del medico risultano effettive.

La Fondazione Italia in Salute monitora periodicamente l'applicazione della legge 24. La survey effettuata dalla fondazione stessa a fine 2022 ha evidenziato, attraverso le risposte dei direttori dei centri per la gestione del rischio e dei risk manager aziendali di molte regioni italiane, che rimane ancora molto da fare sull'effettiva attuazione dei principi fondanti che sostengono la legge. Per la Fondazione è opportuna una revisione della legge alla luce degli scenari post pandemici, degli obiettivi del Pnrr e della forte accelerazione tecnologica che ha contraddistinto questi ultimi anni e rimane indispensabile l'approvazione, dopo 6 anni, dei decreti at-



Federico Gelli



Carlo Piatti



Andrea Puccio



Enza Palmiotto



Jean-Paule Castagno



Ilario Giangrossi



Silvia Stefanelli



Cristiano Bartoletti

tuativi che porterebbero finalmente a compimento l'attuazione della norma. «La Legge riduce i costi della cosiddetta medicina difensiva e produce deflazione sui contenziosi dei tribunali», ha spiegato il presidente onorario della Fondazione Italia in Salute, **Federico Gelli**, «La legge è nata, tra le altre cose, proprio per contrastare la "medicina difensiva" che già 10 anni fa pesava sul Servizio Sanitario Nazionale per circa 10 miliardi di euro. Lo studio condotto da Eurispes conferma che non ci eravamo sbagliati, che le innovazioni giurisprudenziali, soprattutto sulla responsabilità civile, creano maggiore serenità per i professionisti e che dobbiamo continuare su questo percorso con l'obiettivo di rafforzare il nostro Servizio Sanitario favorendo un approccio costruttivo e non inquisitorio, fondato sulla prevenzione e sicurezza delle cure».

Ma cosa ne pensano gli studi legali? «La responsabilità medica è un nodo ancora non risolto», spiega **Carlo Piatti**, partner dello **Studio Masotti Cassella**. «Il bilanciamento tra il diritto del paziente al risarcimento (e, quale eventuale vittima di un reato, a veder punito il sanitario) e la necessità che il medico possa lavorare con serenità non ha ancora tro-

vato un punto di equilibrio. Negli anni si sono succeduti il Decreto Balduzzi (anno 2012) e la legge Gelli Bianco (anno 2017); ora, con un decreto del ministro della giustizia, è stata istituita una Commissione per lo studio delle problematiche relative alla colpa professionale medica e per un dibattito in materia di possibili prospettive di riforma. Sarebbe la terza riforma in meno di 10 anni rispetto ad un tema che, riguardo ad altre professioni, non si pone da decenni. Pare quasi un caso emblematico di sovra-legislazione; in realtà il problema dovrebbe piuttosto trovare una soluzione nelle aule giudiziarie con un orientamento che sia finalmente chiaro. Sotto il profilo civile bisogna accettare che il danno sanitario sia in parte inevitabile (la stessa cosa che succede per la circolazione dei veicoli) e che, quindi, la soluzione sia assicurativa con forme obbligatorie di copertura e indennizzo, dall'altro lato bisognerebbe configurare una responsabilità penale molto "circoscritta" anche perché questa strada finisce per ledere molto il sanitario senza "risarcire" effettivamente la vittima. Questo cambio di rotta si intravede già nell'attuale normativa; probabilmente non è, quindi, necessaria una nuova riforma ma

un lavoro congiunto tra avvocati e corpo giudicante nell'utilizzo, da un alto, e nell'espletamento, dall'altro, dello strumento penale». Del resto, la responsabilità medica è stata per anni una delle materie più praticate negli studi legali e più presente nelle pagine di cronaca giudiziaria. «Nel 2017 è stata approvata la Legge Gelli Bianco (Legge 8 marzo 2017, n. 24), che ha riformato la materia della responsabilità medica. A seguito di tale intervento, come evidenziato anche da una recente indagine condotta da Eurispes lo scorso marzo, si sarebbe assistito ad una riduzione del coinvolgimento dei sanitari nei procedimenti giudiziari, sebbene il numero di richieste di accertamento della loro responsabilità sia ancora molto elevato», spiega **Andrea Puccio**, founding partner di **Puccio Penalisti Associati**. «L'assetto normativo in parola non sembrerebbe, tuttavia, aver prodotto effetti deflativi sulla cosiddetta «medicina difensiva», intesa come la tendenza dei sanitari a prescrivere indiscriminatamente esami e visite, finalizzati, più che alla diagnosi e alla cura delle patologie, alla riduzione del rischio di un addebito di responsabilità. Ciò, anche in ragione dell'attuale discipli-

na prevista per la responsabilità medica, che mette il sanitario al riparo dalla punibilità per eventuali lesioni o decessi dei pazienti solo ove dimostri di aver fatto applicazione delle linee guida e delle buone pratiche clinico-assistenziali, ovvero di essersene discostato, se inadeguato al caso concreto. E, forse, anche per limitare questo fenomeno, ancora rilevante, che - come dichiarato di recente dal ministro della salute - uno degli obiettivi del nuovo Governo sarebbe quello di rivedere la disciplina della responsabilità medica, attraverso un'opera di depenalizzazione delle ipotesi di lesioni e omicidio derivanti da colpa del sanitario. Al di là delle valutazioni di merito su tale scelta governativa - per le quali sarebbe, in ogni caso, necessario attendere il testo dell'eventuale riforma - è indubbio che la prospettata depenalizzazione potrebbe comportare un calo fisiologico della centralità, all'interno degli studi legali, del settore della responsabilità penale del medico».

La responsabilità sanitaria ha conosciuto negli ultimi trent'anni evoluzioni radicali, prima ad opera della giurisprudenza intervenuta rispetto all'impianto normativo del codice civile del 1942 e poi per mano del Legi-

Molte le conciliazioni avvenute con la legge Gelli Bianco

slatore, con la Legge cosiddetta «Legge Balduzzi» (l. 189/2012) e appunto la «Legge Gelli-Bianco» (L. 24/2017). «Tuttavia, gli ultimi arresti legislativi hanno dato solo parzialmente i frutti sperati: la prassi di prestazioni e controlli medici ultronei non è di certo diminuita, pertanto, l'obiettivo di ridurre la spesa pubblica del comparto sanità non è stato affatto centrato», spiega **Enza Palmiotto di Polis Avvocati**. «Quanto agli aspetti tecnico-giuridici, i due arresti legislativi hanno sicuramente avuto la funzione di chiarire la natura della responsabilità del medico rispetto a quella della struttura sanitaria, ciò nonostante, a sei anni dalla promulgazione della Legge Gelli-Bianco, il meccanismo tracciato per garantire al paziente-danneggiato una tutela rapida ed efficace non può ritenersi ancora attuato. Di conseguenza, i medici sono ancora convenuti in giudizio direttamente vuoi dai pazienti vuoi dalle stesse strutture sanitarie presso cui operano, rimanendo i destinatari di autonome richieste risarcitorie; questo, nonostante la novella abbia previsto l'azione diretta del paziente nei confronti della Compagnia assicurativa della struttura ospedaliera e/o del medico, considerato che il dm attuativo di questa parte della legge risulta ancora in attesa della emanazione. Dunque, il tema della responsabilità sanitaria appare ancora in divenire, diviso fra una riforma non del tutto attuata e le diverse letture della novella date dai Tribunali. L'esigenza di una effettiva esecuzione del dato normativo e di una lettura armonica dello stesso da parte di tutti i soggetti interessati appare improcrastinabile sia per la collettività, che continua a sostenere costi immani, sia per l'effettiva tutela di pazienti, medici e strutture sanitarie».

Per **Jean-Paule Castagno**, partner e head del Dipartimento di Diritto penale dell'economia e dell'impresa di **Orrick** «a seguito dei recenti interventi normativi e dei successivi arresti giurisprudenziali, la responsabilità penale del sanitario risulta sì limitata, ma solo parzialmente: oltre che per dolo e colpa grave, si continua a rispondere nei casi di colpa anche lieve dettata da imprudenza, negligenza o imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali o quando vi è errore nell'individuazione della tipologia di intervento. Nell'attesa di una riforma organica, che pare indirizzata verso un sistema «no fault» sul modello europeo, si profilano comun-



que nuove aree di consulenza ed assistenza nell'ambito della responsabilità medica alla luce della trasformazione che è e sarà chiamato a fronteggiare il sistema sanitario, anche in ragione delle incertezze rilevatesi nella gestione del Covid-19. Da un lato, il ripensamento di una medicina territoriale, circolare, vicina al paziente che vede ad esempio l'ampliamento dei servizi offerti dai farmacisti e il ruolo extra-ospedaliero degli infermieri, dall'altro lato la forte spinta tecnologica che investe e sempre più investirà il settore: telemedicina, robot e l'intelligenza artificiale a fini anamnestico-diagnostico, della medicina di precisione, fino ad arrivare alla medicina predittiva... solo per menzionarne qualcuna. Si tratta evidentemente di una metamorfosi sfidante non solo da un punto di vista tecnico-specialistico ma anche da un punto di vista di gestione del rischio e di responsabilità, che imporranno anche un ripensamento degli attuali schemi giuridici, abituati a ruotare attorno alla figura del medico e in qualche caso dell'infermiere ma che dovranno interrogarsi anche sulla responsabilità di altri soggetti».

Il tema della responsabilità medica continua dunque ad essere un argomento molto interessante per i giuristi che si occupano di responsabilità civile. «Con l'entrata in vigore della legge Gelli-Bianco c'è stato il ritorno al cosiddetto «doppio binario», vale a dire l'attribuzione alla struttura sanitaria della responsabilità contrattuale sulla base del cosiddetto «contratto di ospedalità» per i danni cagionati dagli operatori sanitari di cui si avvale (anche laddove scelti dal paziente) e il riconoscimento, invece, in capo al medico che operi all'interno di una struttura sanitaria, della responsabilità extracontrattuale», sostiene **Ilario Giangrossi di Grimaldi Alliance**. «Di conseguenza, ad oggi, il soggetto maggiormente gravato dal rischio di subire azioni legali per il risarcimento di eventuali dan-

ni avvenuti all'interno del nosocomio è la struttura sanitaria. Tale assetto ha, quindi, generato la necessità per gli ospedali pubblici e privati di tutelarsi da tale rischio, stipulando polizze assicurative per i casi di medical malpractice e, difatti, il contenzioso in questo ambito vede quasi sempre come parte processuale anche la compagnia assicurativa. La legge Gelli-Bianco ha peraltro previsto l'obbligo assicurativo sia per il medico sia per la struttura, demandando a successivi decreti attuativi la disciplina delle polizze assicurative e delle modalità per lo svolgimento delle funzioni di vigilanza e controllo da parte dell'Ivass. Tuttavia, solo di recente il Consiglio di Stato ha approvato il decreto che fissa i requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie, sicché si può dire che fino ad oggi è mancata una disciplina uniforme in tale ambito, che ha generato oneri eccessivi per le strutture sanitarie e i professionisti che vi lavorano. De iure condendo, segnale che potrebbe essere molto utile introdurre la possibilità di disporre la consulenza tecnica a fini conciliativi (analoga a quanto avviene ai sensi dell'art. 696 bis cod. proc. civ.) anche in sede di mediazione obbligatoria ai sensi dell'art. 8 dlgs. n. 28 del 2010. Ciò permetterebbe, a mio modesto avviso, di snellire il carico giudiziale in modo significativo (considerando che ad oggi, sulla base dei dati in nostro possesso, solo il 10% dei procedimenti si conclude prima dell'avvio di un procedimento contenzioso)».

La telemedicina rappresenta senza dubbio uno degli strumenti per la riorganizzazione del Servizio Sanitario Nazionale. Ma come cambierà la responsabilità sanitaria nell'erogazione di una prestazione in telemedicina? «L'art. 7, comma 2, della Legge 24/2017 (c.d. Legge Gelli) nel dettare le regole di riparto della responsabilità fra struttura sanitaria e singolo esercente, stabilisce già da ora che la struttura

sanitaria risponde anche per le «prestazioni sanitarie svolte... attraverso la telemedicina», spiega **Silvia Stefanelli dello Studio Legale Stefanelli&Stefanelli**. «Quindi le regole di ripartizione della responsabilità non cambiano. Quello che in realtà potrà cambiare sono i rischi specifici collegati alla telemedicina, «diversi» da quelli tradizionali. Abbiamo allora immaginato quattro nuovi scenari di possibile responsabilità sanitaria. Un primo scenario di «nuovi» contenziosi potrebbe riguardare l'opportunità del sanitario di ricorrere alla telemedicina. Esempi: il medico fa colpevolmente ricorso alla telemedicina quando invece il paziente non risulta eleggibile; il medico che potendo ricorrere alla telemedicina, colpevolmente omette di far ricorso a detto strumento». Ancora ci può essere un errore «nelle modalità attraverso la quale la prestazione in telemedicina è stata erogata. Esempi: telecontrollo (o un tele monitoraggio) senza garantire al paziente di essere visitato in presenza in un tempo congruo al suo quadro clinico; mancato di una patologia a causa della impossibilità tecnica del paziente di fornire in tempo reale tutti i necessari dati clinici, referti medici, immagini, audio-video». Ci può essere anche un'inadeguatezza nell'acquisizione del consenso informato. «Pacifico che prestazione sanitaria in telemedicina debba rispettare gli stessi requisiti previsti per la «medicina tradizionale» in materia di consenso informato», prosegue Silvia Stefanelli, «il paziente dovrà esprimere il proprio consenso non solo circa la prestazione a cui si sottopone, ma altresì in relazione al fatto che la prestazione venga erogata attraverso telemedicina». Infine, altra possibile causa di contenzioso correlata alla telemedicina potrebbe riguardare «il riparto delle responsabilità tra i diversi soggetti coinvolti nella erogazione della prestazione sanitaria in telemedicina, che possono essere più operatori sanitario ma anche l'azienda che ha prodotto la tecnologia».

Tra le iniziative più recenti da segnalare quella intrapresa dall'Associazione Medico Protetto e **SLED - Studio Legale Associato E&D**, che hanno lanciato il *#prontosoccorsolegale*. Si tratta di un accordo per la difesa della Categoria Medica. Si andrà a garantire a tutti i Medici iscritti la migliore assistenza legale in ambito professionale senza dover pensare ai relativi costi che saranno coperti grazie alla polizza assicurativa di Tutela Legale e delle condizioni di particolare favore

concluse con SLED, per potersi così concentrare al meglio sulla propria attività clinica, senza paure o preoccupazioni diverse da quelle relative alle migliori cure possibili per i pazienti. Con il Progetto Medico Protetto, il dipartimento dedicato di SLED darà supporto per una maggior e miglior tutela dei sanitari. A tal proposito gli Avvocati **Marta Enne** e **Cristiano Bartoletti** (senior associate dello studio che guida il team di Avvocati specializzati nella tutela degli operatori sanitari) precisano che la «direzione di maggior tutela era già espressione della L.n.24/2017 a fronte di un esponenziale incremento di giudizi verso i medici. La reazione della categoria ha generato il fenomeno della cosiddetta medicina difensiva: eccesso di prescrizione di esami o prestazioni per timore di incorrere in contenziosi legali, con conseguenti costi per le casse dello Stato quasi 10 miliardi di euro l'anno. Alla finalità di tutela risponde l'introduzione, da parte della l.n.24/17, della causa di non punibilità di cui all'art. 590-sexies c.p. per fattispecie di imperizia medica, laddove il sanitario abbia comunque rispettato le raccomandazioni previste dalle linee guida ufficiali, se adeguate allo specifico caso clinico. Ancora leggiamo nella sentenza n. 8770/2017 (SSUU Cass.) che l'esclusione della punibilità è limitata ai soli casi di imperizia dovuti a colpa lieve e non grave. Si legge che circa il 95% delle cause penali verso medici si conclude con la loro assoluzione (nel civile è circa il 66%), tale dato induce a riflettere sulla necessità di evitare il coinvolgimento ab origine dei medici in procedimenti che minano la serenità nello svolgimento di una professione così delicata. È proprio su questa linea che si pone il recente annuncio del Ministro della Salute sulla volontà di depenalizzare la colpa medica, mantenendo la sola responsabilità civile. Si tratterebbe di una riforma importante, che allineerebbe l'Italia col resto del mondo, se si pensa che solo in Polonia e in Messico l'errore del medico è sanzionato penalmente. Inoltre, questo sistema c.d. «no fault» alleggerirebbe il carico di lavoro dei Tribunali e l'accesso alle prestazioni nella sanità, con notevoli risparmi per la finanza pubblica. Andrà capito lo strumento giuridico adeguato per depenalizzare l'atto medico».

© Riproduzione riservata

Supplemento a cura di Roberto Miliacca
rmiliacca@italiagoggi.it
e Gianni Macheda
gmacheda@italiagoggi.it