

La responsabilità medica è uno degli ambiti più delicati

La conciliazione in sanità: criticità e spunti di riflessione

■ A poche settimane dalla sua entrata in vigore, la neonata conciliazione è stata rinviata da un'ordinanza del Tar del Lazio alla Corte costituzionale. Con ogni probabilità la Consulta deciderà tra qualche mese, ma nel frattempo tutto il meccanismo è gravato da un'oggettiva incertezza

di **Mina Maisto**
Avvocato, Foro di Roma

Per risolvere numerose controversie ora le parti non possono più andare direttamente innanzi al giudice senza essersi rivolte prima al "conciliatore". Tanto che, nel caso in cui si presentassero davanti al giudice senza essere prima passate per il tentativo di mediazione, sarebbe il giudice stesso ad invitare le parti alla presentazione della domanda entro 15 giorni. L'obiettivo di questo nuovo sistema è quello di facilitare l'accordo tra i contendenti, al fine di favorire una soluzione meno dispendiosa in termini di tempo e di emotività. La responsabilità medica rientra tra le materie di conciliazione obbligatoria e si tratta senza dubbio di uno dei campi in cui la questione si mostra più delicata. Partiamo da un'analisi di tipo statistico: nel 2001 le richieste di risarcimento danni avviate da pazienti nei confronti di medici operanti sul territorio italiano sono state 12 mila; oggi secondo i dati Ania le denunce sono 30 mila, con un trend di crescita del 150%. La responsabilità professionale del medico rappresenta il 5% dell'intero ramo della responsabilità civile trattato dalle assicurazioni private e secondo le stime il totale dei danni provocati da malpractice è di 260 milioni di euro. Diminuiscono gli esposti nei confronti delle strutture sanitarie e crescono quelli contro i medici; i pazienti non si fidano più troppo di chi li ha in cura e cercano informazioni online. L'aumento delle richieste di danni per malpractice ha provocato il diffondersi della medicina difensiva con conseguente ripercussione su costi, accessibilità e qualità tecnica delle prestazioni sanitarie.

Il punto centrale nella valutazione di tali preoccupanti dati sembra essere il deterioramento del rapporto tra medico e paziente: il malato si fida di meno e chi lo cura invece non è sereno perché ha paura di una denuncia. Alla luce di tali premesse, a giudizio degli studiosi della materia, la responsabilità medica si candi-

da come materia dove maggiormente possono emergere i benefici della conciliazione introdotta dal decreto legislativo n. 28/2010, che impegna medici e pazienti a confrontarsi al tavolo della mediazione prima di arrivare davanti al giudice. La finalità è quella di abbreviare i tempi del contenzioso, favorendo il dialogo, lo scambio, l'ascolto tra medico e malato e, pertanto, evitare gli "scontri" tra paziente e medi-

co in un clima più disteso volto a rinsaldare la base di fiducia che deve sussistere tra le due parti. Tuttavia lo sviluppo di tale sistema ha già incontrato un primo ostacolo. A poche settimane dall'entrata in vigore del provvedimento, infatti, la neonata conciliazione, è stata rinviata da un'ordinanza del Tar del Lazio alla Corte costituzionale. I giudici amministrativi hanno quindi sospeso la decisione del ricorso proposto dal-



Mina Maisto

l'Oua (Organismo Unitario Avvocatura) contro il regolamento attuativo sulla conciliazione obbligatoria, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale. Intanto la mediazione obbligatoria, in vigore dal 21 marzo, va avanti. Con ogni probabilità la Consulta deciderà tra qualche mese, ma

nel frattempo tutto il meccanismo è gravato da un'oggettiva incertezza, tanto che dall'avvocatura arrivano forti e chiari gli appelli al ministro Angelino Alfano per arrivare a uno stop di tutta la conciliazione. Dal fronte del Consiglio nazionale forense arriva invece la notizia della prossima probabile presentazione di un provvedimento volto a riscrivere l'istituto della mediazione di modo renderlo compatibile con la Costituzione. Con ogni probabilità, inoltre, importanti modifiche al decreto sulla conciliazione saranno apportate tramite un maxiemendamento che sarà presentato al dl sviluppo, provvedimento che inizierà l'iter in Parlamento l'ultima settimana di maggio. Quale sarà l'esito della conciliazione? Quale il giudizio della Consulta? Troppo presto per rispondere a questi interrogativi. Di certo l'istituto nel campo della responsabilità medica potrebbe gettare un "ponte" tra paziente e medico, ricucendo quel rapporto troppo spesso logorato dalla sede giudiziale. Nelle more dell'esito della Corte Costituzionale, sarebbe comunque importante che il Legislatore intervenisse nella disciplina della responsabilità medica con norme ad hoc volte a ripartire in maniera equa l'eventuale responsabilità tra struttura medica e professionista e tutelare maggiormente la figura del medico. **Y**

di **Lucia Conti**

È stato presentato il 9 maggio scorso, presso la sede dell'Ordine dei Medici di Napoli, il nuovo libro di Antonio Lepre, magistrato ordinario presso il Tribunale di Napoli. Il volume parte dalla identificazione degli enti sanitari pubblici e privati operanti nell'ambito del servizio sanitario nazionale per affrontare i rapporti tra tutela della salute del consumatore/paziente e il principio di libera concorrenza, evidenziando come la prestazione sanitaria sia l'intersecarsi di elementi organizzativi, strutturali, clinici e multiprofessionali le cui responsabilità non possono ricadere esclusivamente sul medico e l'atto medico. Soprattutto per la mancanza, spesso, di un nesso causale tra l'atto medico e il danno subito.

Per tutelare il paziente, migliorare il Ssn e la professionalità di chi vi opera, afferma Lepre, occorre il coinvolgimento totale della struttura sanitaria. Anche in termini di responsabilità civile e penale da danno causato sui cittadini. Ed è in questa direzione che si sta muovendo la giurisprudenza, come dimostrano anche due recenti sentenze della Cassazione (vedi box in basso) che non hanno mancato di suscitare un vivace dibattito.

Dottor Lepre, si invoca la relazione di fiducia medico-paziente, l'affezione al Ssn e il diritto alla salute come diritto univer-

A colloquio con Antonio Lepre, magistrato ordinario presso il Tribunale di Napoli

Errori medici: "Sia la struttura a rispondere degli errori. Non il medico"

■ È stato presentato a Napoli, presso l'Ordine dei medici, il volume "La responsabilità civile delle strutture sanitarie. Ospedali pubblici, case di cura private e attività intramuraria". Abbiamo intervistato il suo autore, Antonio Lepre, magistrato ordinario presso il Tribunale di Napoli, secondo il quale "la prestazione sanitaria è l'insieme di una serie di elementi la cui responsabilità deve ricadere sulla struttura, non sul medico"

sale e assoluto. Lei stesso, però, apre il suo libro chiamando il Ssn "mercato" e il paziente "consumatore". Non è una contraddizione?

Da un certo punto di vista è così, ma la contraddizione dipende dal tipo di modello sanitario ed è innegabile che oggi il modello sanitario italiano metta in tendenziale competizione il pubblico e il privato. Dove c'è competizione, c'è logica imprenditoriale, anche se non spinta all'estremo. E le logiche di profitto comportano dei rischi, per il Ssn e anche per il paziente.

Definire il Ssn in termini di "quasimercato" e il paziente "consumatore" non appare, al-

lora, così contraddittorio, neanche per la giurisprudenza. Perché la disciplina del consumatore aiuta a determinare le condizioni in cui il consumatore, in questo caso il paziente, ha subito un danno. Nel mio libro sottolineo che la nozione di paziente come "consumatore" è accettata solo se significa l'applicazione della disciplina a tutela del consumatore, per rafforzare la tutela del paziente. Proprio perché i beni fondamentali, come la salute, devono essere sot-

tratti dalla logica del mercato e dal rischio di abusi da parte delle "imprese".

Cosa significa questo per la giurisprudenza?

Significa dover bilanciare la tutela del consumatore con i principi di libera concorrenza e di mercato. Quando si parla di sanità, questo bilanciamento è molto delicato. Il rischio da evitare è quello di esaurire il concetto di paziente nella nozione di consumatore, ma le prime sentenze che hanno qua-



► Segue a pagina 14

► Segue da pagina 13

Errori medici: "Sia la struttura a rispondere degli errori. Non il medico"

Il paziente come consumatore lo hanno fatto proprio allo scopo di garantirne una maggiore tutela.

Come ho scritto nel mio libro, io credo che si debba qualificare il paziente come consumatore, anche di fronte all'ospedale pubblico. La mia è una posizione che si discosta dal parere della Cassazione, ma sono convinto che non farlo possa pregiudicare la tutela del paziente nei confronti della struttura pubblica che oggi è parte integrante del mercato della sanità. Lo scopo principale da perseguire resta quello di evitare che il diritto alla salute entri in conflitto, soccombendo, con i principi del mercato.

I dati sulle denunce in sanità rivelano che i casi si stanno sempre più spostando dalla responsabilità del singolo medico a quella della struttura. Una dinamica che nel suo libro è condivisa. Perché?

Il passaggio dalla denuncia al medico a quella contro la struttura è essenziale per pacificare la materia e rasserenare gli animi. Il diritto civile, del resto, nasce con l'obiettivo di riparare la vittima, non di punire l'autore. Per questo la condanna può avvenire anche senza colpa o con colpa presunta. Cosa che non può invece accadere nel Penale, dove la colpa deve

essere accertata perché quel ramo del diritto è destinato ad applicare una pena, peraltro la più grave essendo idonea a privare il soggetto della libertà personale.

Se l'obiettivo è il risarcimento, allora la logica dovrebbe spingere a favorire il coinvolgimento della struttura a fini del giudizio Civile, non tanto del medico.

Le ragioni sono numerose e le conseguenze positive. Anzitutto la struttura è un soggetto sicuramente solvibile e in quanto spesso anche un soggetto imprenditoriale, quindi più portato alla transazione di quanto non lo sia un individuo privato.

Inoltre, questo permette di non inasprire il processo coinvolgendo direttamente il medico, che inevitabilmente vedrebbe messa in gioco la propria dignità professionale e il proprio buon nome. Anche considerato che spesso il nesso causale tra il danno subito e l'errore medico è incerto, anche perché il danno spesso si verifica per tante ragioni e l'atto medico è solo una parte della più ampia e complessa prestazione sanitaria. Questo spesso rende difficile per il giudice emettere una sentenza di condanna nei confronti del singolo medico, ma non lo sarebbe nei confronti della struttura: la responsabilità del medico, cioè, coinvolge inevitabilmente quella della struttura, ma non è vero il contrario.

C'è anche un vantaggio a livello di qualità dei servizi, perché se è la struttura a dover subire le conseguenze economiche degli errori sanitari, sarà anche più incentivata a risolvere quelle problematiche che possono aver causato il danno rimuovendo

la causa. Potrebbe quindi tradursi in uno stimolo a migliorare l'organizzazione, l'efficienza, la qualità delle strutture e della preparazione del personale.

Senza un coinvolgimento della struttura, nel Civile, come nel Penale, si rischia un'eccessiva severità di giudizio. Questo la prassi lo sta capendo.

Perché finora questi concetti non sono stati ancora metabolizzati?

Il primo problema è la necessità di formare la classe forense, le assicurazioni e i vari soggetti coinvolti in un certo modo, cioè evidenziando la convenienza per tutti nel far sì che nei giudizi di responsabilità sia coinvolta la sola struttura e non il singolo professionista. L'altro problema è che la legislazione italiana non prevede ancora la responsabilità penale e amministrativa degli enti sanitari in caso di responsabilità connessa all'esercizio di attività sanitaria. C'è una legge sulla responsabilità degli enti (dlgs 231/2001), ma le strutture sanitarie vi sono escluse. Di conseguenza, il processo penale, in sanità, è inevitabilmente contro il singolo medico. Il che è assurdo, anche considerato che le strutture sanitarie possono incorrere in varie ipotesi di responsabilità penali, le truffe o corruzioni ad esempio, che con l'errore medico non hanno nulla a che fare.

Anche alcune recenti sentenze della Cassazione hanno avuto un atteggiamento favorevole nei confronti dei medici.

E l'hanno fatto proprio in questa direzione. Sono sentenze che contengono elementi anche forse non del tutto condivisibili sot-

to il profilo giuridico, ma che sicuramente mostrano una tendenza ad essere molto cauti nei confronti del professionista.

La Cassazione penale sta sottolineando che tante volte il nesso causale non è accertabile, sia perché può esserci la responsabilità di altri che condizioni cliniche pre-esistenti nel paziente. Non è quindi detto che sia stato il comportamento del medico, seppure negligente, ad aver effettivamente causato il decesso.

Ed non può esserci una sentenza di condanna in assenza di un'alta probabilità logica che sia stato proprio quel comportamento a causare il decesso. È chiaro che la certezza non potrà mai esserci, ma mentre prima la Cassazione era più severa, oggi la tendenza è a moderare la valutazione della condotta medica. Ma questo non esclude il giudizio disciplinare e quello civilistico. Che però sono tutt'altra cosa.

Insomma, nel giudizio in sanità ci si muove in un terreno molto indefinito...

Ci sono due limiti, in particolare. La mancanza di responsabilità para-penale degli enti sanitari e il fatto che, per quanto le interpretazioni dei giudici e le linee degli avvocati possano spingere verso la responsabilità delle strutture sanitarie, talvolta avviene che sia poi la struttura stessa a chiamare in giudizio il medico, direttamente o attraverso l'assicurazione. Tornando così al punto di partenza. E vanificando gli effetti positivi dell'agire dei giudici e degli avvocati.

Qual è il suo parere sul Dlgs 28/2010 che ha introdotto, per il processo civile, l'obbligo di

tentativo di mediazione. Sul decreto sono stati sollevati dubbi di legittimità, ma l'esigenza di accelerare le soluzioni dei contenziosi e di rendere meno aspri i processi è molto sentita dai medici, ma anche dai cittadini.

Ritengo che lo strumento della mediazione, in generale, sia stata una grande intuizione del legislatore. Ma questa è una legge fatta contro il parere di tutta l'avvocatura ed era prevedibile che non sarebbe stata accettata passivamente. Del resto, anche componenti significative della magistratura hanno espresso forti riserve.

Il problema è che questa brillante intuizione è forse vanificata dalle concrete modalità operative previste e quelle previste dal dlgs 28/2010 pongono molti dubbi.

Quali?

Anzitutto quello di imporre l'obbligo di tentativo di mediazione. L'imposizione solitamente non è qualcosa che ha molto successo, anzi. Da una parte suscita malumori e dall'altra si trova sempre il modo di aggirarla.

Ci sono poi aspetti che la rendono poco trasparente e poco sicura per chi deve ricorrervi. I soggetti che devono mediare, infatti, non sono giudici e non sono enti pubblici, ma possono anche essere soggetti privati e totalmente a scopo di lucro. E questo non offre alcuna garanzia sulla loro indipendenza, sul loro essere super partes.

Quando si parla di contenzioso medico, la questione diventa ancora più delicata, perché si tratta di salute. Dove è la tutela del paziente nel costringerlo ad andare da un mediatore che non dà garanzia di indipendenza? Peraltro la legge prevede tempi strettissimi per decidere e, personalmente, sono molto scettico nei confronti dell'idea che un processo di responsabilità medica debba chiudersi in quattro mesi. Ci sono una serie di valutazioni che richiedono tempo, non si può essere frettolosi.

Bisognerebbe inoltre prevedere che i mediatori abbiano una preparazione specifica sulla materia e una preparazione tecnica in medicina.

Non si può inoltre escludere che forti soggetti imprenditoriali sanitari si creino strutture di mediazione ad hoc, formalmente distinte ma che sostanzialmente facenti capo alle strutture stesse. Di fronte a interessi grandi, questo sistema di mediazione è pericoloso.

Le esigenze di snellire i procedimenti civili in sanità però resta...

Sì, ma non possono essere risolte così. È giusto cercare soluzioni di mediazione che velocizzino i contenziosi in sanità, anche perché oltre ad essere un'esigenza delle parti in causa è anche un'esigenza dell'economia del Paese. Si tratta però di perfezionare lo strumento della mediazione per renderlo efficace. Ma serve perfezionarlo molto. **Y**

Condotta omissiva: due recentissime sentenze della Cassazione assolvono i medici

Paziente muore. Assolto medico che aveva sbagliato diagnosi

■ Una nuova sentenza della Cassazione sulla responsabilità dei medici (sez. IV Penale, sentenza n. 13758/11; 20 gennaio - 7 aprile 2011) non ha mancato di suscitare dibattito e polemica. Questa volta i giudici della Suprema Corte hanno stabilito il principio, rifacendosi anche a precedenti pronunzie della stessa Corte di Cassazione, secondo il quale un medico non può essere giudicato colpevole di atti omissivi senza valutare le conseguenze pratiche della presunta omissione. Ciò vuol dire che sbagliare diagnosi e omettere di prescrivere accertamenti conseguenti non costituisce di per sé una mancanza professionale perseguibile qualora non sia dimostrabile che quello sbaglio sia stato causa diretta di danni al pazien-

te. In altre parole, se non è certo che il paziente poteva essere salvato da una diagnosi corretta, il medico non va punito anche se ha sbagliato diagnosi.

Il caso era quello di una dottoressa ligure condannata a due anni di reclusione in primo grado nel dicembre 2008 con l'accusa di omicidio colposo. Il Tribunale di Genova aveva infatti riconosciuto un comportamento omissivo da parte del medico nei confronti di un paziente da lei visitato in pronto soccorso che accusava dolore toracico, formicolio al braccio sinistro, ipertensione. Eseguito l'elettrocardiogramma che dava risultato negativo, il paziente veniva dimesso senza prescrizioni particolari. La notte successiva il paziente decedeva a causa di "acuta insufficienza cardiocircolatoria, secondaria a tamponamento cardiaco da rottura della parete posteriore del ventricolo sinistro in soggetto con infarto miocardico acuto".

Prosciolti medici su caso "difficile" e "urgente"

■ Nessuna indulgenza per i medici che mettono in atto "condotte omissive che non si sa se attribuire a scelte difensive o a carenze di preparazione", ma "una attenta e prudente analisi della realtà di ciascun caso può consentire di cogliere i casi nei quali vi è una particolare difficoltà di diagnosi, sovente accresciuta dall'urgenza; e di distinguere tale situazione da quelle in cui il medico è malaccorto, non si adopera per fronteggiare adeguatamente l'urgenza o tiene comportamenti semplicemente omissivi, tanto più quando la sua specializzazione gli impone di agire tempestivamente proprio in urgenza". È con questa motivazione che la IV Sezione Penale della Corte di Cassazione (Sentenza 5 aprile - 26 aprile 2011, n. 16328) ha confermato il proscioglimento

di un medico del Pronto soccorso e di un cardiologo dell'ospedale di Rossano (Cs) accusati di mancata diagnosi e omissione di alcuni esami in un paziente condotto nella struttura in stato comatoso. Il coma fu attribuito a problemi neurologici e il paziente fu trasferito in un altro ospedale più attrezzato, dove tuttavia morì poche ore dopo (leggi qui la sentenza).

Seconda la Corte Suprema, che ha confermato il "non luogo a procedere" per i due medici per "non aver commesso il fatto", "la sentenza impugnata ha infatti tenuto conto della ambiguità della sintomatologia e dell'esito degli esami ematochimici, nonché della necessità di avviare con prontezza il paziente alla struttura sanitaria che, nella situazione data, appariva ragionevolmente dotato delle competenze ed attrezzature più adeguate in relazione alla prospettata patologia neurologica". Il paziente, infatti, "non avrebbe potuto comunque essere trattato con successo nelle strutture locali".

Sul sito www.aogoi.it (in allegato all'articolo) è disponibile il testo delle due sentenze della Cassazione