

È uno dei principi contenuti nel documento elaborato dalla Commissione Alpa per la Camera

Malpractice medica, le cause si spostano dal conciliatore



Guido Alpa



Silvia Stefanelli



Stefano Previti

*Pagine a cura
di FEDERICO UNNIA*

Un lavoro lungo, un percorso che ha incontrato non poche difficoltà che potrebbe ridisegnare i rapporti medico paziente struttura di cura.

Questi i primi commenti dopo l'approvazione in Commissione XII

della Camera del provvedimento legislativo sulla medicina difensiva, lo scorso 19 novembre.

Un testo che trova un punto di equilibrio tra le tutele dei medici, che hanno bisogno di svolgere il loro delicato compito in serenità, e il diritto dei cittadini dinanzi ai casi di malasanità.

Il testo redatto dalla Commissione ministeriale presieduta dall'ex presidente del Cnf, **Guido Alpa**, è stata una base preziosa di discussione in Parlamento.

Cambia la responsabilità del medico sia da un punto di vista penale, poiché il medico non sarà più responsabile neppure per colpa grave se rispetta le linee guide, che civile, prevedendosi la natura extracontrattuale della responsabilità dei medici non liberi professionisti con conseguente inversione dell'onere della prova e dimezzamento del termine di prescrizione; viene introdotta l'azione diretta nei confronti dell'assicurazione; la conciliazione obbligatoria pone un freno al proliferare dei contenzioni giudiziari; viene limitata, da un punto di vista della quantificazione, l'azione di rivalsa della struttura sanitaria nei confronti del medico; viene creato un fondo di garanzia per le vittime di malasanità.

«L'ambito di analisi e di proposta affidato alla Commissione era ampio: precisare il dettato normativo sulle responsabilità nel settore sanitario, verifica della copertura assicurativa, prevenzione del contenzioso. Oltre ai numerosi casi di malpractice – che richiedono una uniformazione dei criteri di valutazione e della applicazione

del presupposti delle responsabilità nel settore sanitario per prevenire l'incertezza del diritto – abbiamo considerato i criteri di ripartizione del rischio tra tutti i soggetti che operano in ambito sanitario» racconta Guido Alpa.

La Commissione ha proposto di integrare la disciplina legislativa vigente prevedendo una distinzione precisa tra responsabilità del medico (e degli altri operatori) e responsabilità della struttura sanitaria. La prima governata dalla responsabilità extracontrattuale, superando dun-

que l'orientamento che configura il «contatto sociale» tra medico e paziente (una vecchia teoria tedesca prospettata nel 1941), trascinando – indebitamente - la responsabilità sul piano contrattuale; la seconda governata dalla responsabilità contrattuale, come si conviene al contratto che si istituisce tra paziente e struttura. E, ancora, proposti miglioramenti alla disciplina del fondo di garanzia, della prevenzione dei rischi, della copertura assicurativa, e della conciliazione.

Quali reazioni e quali prospettive concrete da questo lavoro? Per **Silvia Stefanelli**, partner dello **Studio Legale Stefanelli & Stefanelli**, «partendo dal lavoro svolto dalla relazione della Commissione Alpa, la Commissione affari sociali della Camera ha approvato in data 19 novembre 2015 il ddl sulla responsabilità professionale.

Si tratta senza dubbio di un notevole passo avanti in una materia che ormai da anni sta cercando un punto di equilibrio tra il diritto dal paziente al risarcimento dei danni e la necessità di arginare la crescita di una medicina sempre più difensiva con la fuga di medici da alcune branche considerate troppo a rischio»

Trovare punti di contatto tra le esigenze dei pazienti, medici e strutture di cura non è facile. «Senza dubbio il ddl ha l'obiettivo di introdurre il principio che senza danneggiare la posizione del paziente, si alleggeriscono anche le responsabilità dei medici. In questa direzione sia la proposta modifica dell'art. 590 (lesioni personali) che prevede una minore responsabilità del medico ove rispetti le linee guida accreditate, sia la previsione per il medico dipendente della responsabilità extracontrattuale con prescrizione quinquennale e inversione dell'onere della prova che ritorna a carico del paziente. È inoltre previsto che la rivalsa della struttura sanitaria possa avvenire solo per dolo e colpa grave (e non quindi per colpa lieve)».

Le novità riguardano poi anche le procedure che il paziente deve attivare per chiedere il risarcimento del danno «Sotto questo profilo», continua la Stefanelli, «il ddl Gelli prevede l'obbligo di incardinare (prima dell'azione di risarcimento danni) una procedura di Atp, accertamento tecnico preventivo con fini conciliativi (art. 696-bis cpc), e che, nel caso in cui la conciliazione non riesca, si debba incardinare un procedimento sommario ex art. 702-bis.

Se da una parte si «svuota» la mediazione in materia di responsabilità medica ex dlgs 28/2010 dall'altra si apre la strada a procedure che potremmo definire di Adr in senso lato. Scelta condivisibile perché, in ogni caso, si tratta di una tipologia di risarcimento che richiede un accertamento tecnico. Inoltre di grande importanza è la previsione dell'obbligo delle assicurazioni di partecipare a tale procedimento»

Secondo **Stefano Previti**, name partner dello **Studio Previti Associazione professionale**, «immaginare una azione di responsabilità contrattuale verso la struttura e aquiliana verso il professionista comporterà probabilmente una tendenza dei danneggiati ad aggredire la sola struttura ospedaliera, nei cui confronti potranno limitarsi ad allegare l'inadempimento; è dunque verosimile che il singolo professionista risulti avvantaggiato, ma non le aziende ospedaliere».

Previti ricorda che la riforma della materia «potrebbe



Alessia Capozzi

avvantaggiare i medici che operano all'interno di strutture ospedaliere, che per effetto dell'attuale lettura interpretativa, sono stati esposti, negli ultimi anni, al rischio di dover risarcire danni anche ingenti (con proporzionale aumento dei premi assicurativi), in virtù dell'elaborazione della figura della cosiddetta responsabilità da «contatto sociale», di fatto

equiparata a quella contrattuale.

Nella pratica, medico e struttura sono spesso convenuti congiuntamente. Il superamento della teoria del «contatto sociale» non comporterà una compressione delle possibilità per il danneggiato di ottenere il risarcimento dei danni, ciò in ragione sia del fatto che rimarrà immutato il regime giuridico (art. 1218 c.c.) applicabile alla responsabilità, contrattuale, della struttura presso cui il medico opera, sia della prevedibile maggiore solvibilità della stessa».

Guarda le novità con gli occhi dei pazienti **Alessia Capozzi**, of counsel dello studio **Tonucci & Partners**, secondo la quale «il provvedimento legislativo approvato nei giorni scorsi dalla Commissione XII della Camera contiene talune modifiche che potrebbero apparire particolarmente gravose per i pazienti.

Anzitutto, la previsione in sede civile di una responsabilità dell'esercente dipendente o convenzionato esclusivamente di natura extracontrattuale, avrà come diretta conseguenza la riduzione dei termini prescrizione a cinque anni, nonché lo spostamento in capo al paziente dell'onere della prova, laddove la giurisprudenza di legittimità attribuiva, fino ad oggi, al rapporto tra medico e paziente natura contrattuale, con conseguente applicabilità della prescrizione decennale, nonché onere della prova a carico del medico di aver agito senza colpa».

La previsione del procedimento di conciliazione obbligatoria sembra senz'altro condivisibile ed utile al fine contenere il numero di cause che ogni anno vengono avviate dinanzi i Tribunali italiani. «La mediazione obbligatoria, attualmente in vigore, non ha, infatti, a nostro avviso sortito l'effetto inizialmente sperato.

L'espletamento di una consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite ex art.696 bis c.p.c. potrebbe, quindi, costituire un utile rimedio, consentendo, se del caso, una risoluzione anticipata della controversia, ovvero di indurre il paziente a desistere da eventuali azioni infondate, determinate a volte solo da spinte emotive. Appare, in tal senso, interessante che il legislatore abbia previsto il litisconsorzio necessario tra tutte le parti, comprese le

compagnie di assicurazione. Infatti, alla luce delle esperienze negative avute negli ultimi anni nell'ambito delle mediazioni obbligatorie, sembra che l'introduzione dell'obbligo a carico del Giudice di disporre la condanna delle parti che non hanno partecipato al pagamento delle spese di consulenza e di lite a prescindere dall'esito del giudizio - oltre

che a una pena pecuniaria -, possa costituire un utile deterrente all'ingiustificato assenteismo delle parti coinvolte e così un incentivo ad una conclusione anticipata delle controversie, senza necessità di gravare ulteriormente il carico dei ruoli dei Tribunali. Di notevole interesse, infine, l'istituzione di un Fondo di Garanzia per i soggetti danneggiati da responsabilità sanitaria» conclude.

—© Riproduzione riservata—

NICOLA TODESCHINI, STUDIO LEGALE TODESCHINI

No alla depenalizzazione per i medici dipendenti

«Il Progetto di riforma era fortemente deludente, partigiano, come al solito allusivo ed inconcludente. L'influenza delle compagnie di assicurazione si sentiva lontana un miglio anche se nell'attuale versione licenziata il tiro è stato - solo in parte - corretto. Pesano però sulla sua attendibilità gravi incoerenze da eliminare e principi destinati a rimanere sulla carta». Non usa mezzi termini **Nicola Todeschini**, fondatore dello **Studio legale Todeschini** al centro di alcune importanti cause di malpractice medica.

Domanda. Quali possono essere gli effetti concreti nella tutela dei pazienti e loro familiari?

Risposta. Se anche non siamo dinanzi ad una rivoluzione perché l'azione principe è e rimane quella contrattuale nei confronti della struttura è pacifico che la novella non agevola i medici virtuosi né tutela le vittime della c.d. malasana. Aver escluso l'azione contrattuale nei confronti del medico dipendente è ipocrita oltre che

discriminatorio rispetto ad altri professionisti. La depenalizzazione, ancor più secca rispetto alla Balduzzi, farà venir meno l'effetto preventivo della regola penale, e quindi è lecito attendersi purtroppo ancor meno attenzione, e maggiori sprechi, altro che risparmi! Gli errori non diminuiscono arretrando l'allerta, ma prevenendo ed educando al rispetto dei diritti del paziente.

D. Quali sono i punti da correggere nella riforma?

R. Sono tanti. Bene che all'A.T.P. sia finalmente riconosciuto il ruolo deflattivo contro il quale combattevano, guarda caso, le compagnie di assicurazione ed un certa giurisprudenza di merito. Ma che senso ha considerare litisconsorti necessari i sanitari dipendenti (e chi li individuerà?) se si esercita solo l'azione contrattuale nei confronti della strut-

tura? Chi ne pagherà le spese? E ancora: in un sistema che non conosce la differenza tra linee guida, buone pratiche e raccomandazioni legate alla c.d. spending review, che senso farvi

generico e cumulativo riferimento? Basta poi sventolare l'effimera bandiera della medicina difensiva, che è un falso problema! Va fatta vera prevenzione del rischio ma nel segno della consapevolezza dei diritti del paziente, non della riduzione delle sue garanzie e dell'affrancamento da responsabilità. Al di là delle formule di principio nessuno punta il dito, guarda caso, su di un serissimo problema: la posizione spesso pretestuosa

delle compagnie di assicurazione che ha l'effetto di annullare qualsiasi intento conciliativo ed aumentare a dismisura i costi del contenzioso. Quando avremo il coraggio di occuparcene?

—© Riproduzione riservata—



Nicola Todeschini

ROBERTA GUAINERI, STUDIO MORO VISCONTI, DE CASTIGLIONE, GUAINERI

Le procure non si affidino esclusivamente ai ct

«Mi sembra un lavoro interessante; la conclusione cui è giunta la Commissione,

ossia quella di limitare la responsabilità penale del medico - che si sia attenuto alle linee guida e alle buone pratiche - ai soli casi di dolo o colpa grave, sia corretta», commenta **Roberta Guaineri**, penalista, socio dello **Studio Moro Visconti, de Castiglione, Guaineri**. «La Commissione vorrebbe che si definisse a livello normativo il concetto di «colpa grave»: è un passaggio delicato, mi auguro che il legislatore sia all'altezza, in quanto si tratta di un concetto estremamente complesso da definire. Ritengo sia condivisibile anche il capitolo rela-

tivo alla gestione del Rischio Clinico e la prospettiva dell'inserimento di un Clinical Risk Manager».

Domanda. È difficile conciliare gli interessi di due parti spesso contrapposte...

Risposta. È un problema di natura soprattutto culturale; bisognerebbe cambiare mentalità ed evitare che il medico svolga la sua professione con la perenne presenza di una «spada di Damocle» sulla testa.

Molto spesso le procure indagano su presunti casi di malpractice perché il pm è sostenuto da consulenti tecnici «inadeguati», supinamente appiattiti sulle tesi accusatorie e che non hanno il coraggio di evidenziare l'infondatezza delle accuse contenute

nelle denunce.

Se è vero che, in base alla mia esperienza, è ben difficile che casi di malpractice totalmente infondati giungano ad una sentenza di condanna definitiva, è altrettanto vero che le sentenze di assoluzione arrivano sempre troppo tardi e non sono certo sufficienti a ricompensare le forti preoccupazioni che colpiscono i medici tutte le volte che vengono colpiti nella loro professionalità.

Sarebbe opportuno prevedere una esenzione da responsabilità in capo ai medici tutte le volte in cui giustificano sotto il profilo scientifico le loro scelte terapeutiche, indipendentemente dal fatto che vi fossero altre strade percorribili. Così, forse, si darebbe la possibilità al medico di evitare di prescrivere un sovraccarico di esami, in un'ottica di medicina difensiva.

—© Riproduzione riservata—



Roberta Guaineri

DAVID MARINO E VITO BISCEGLIE, DLA PIPER

Ci si attende un'accelerazione dei tempi dei processi

«**P**ur considerando che il testo, che sembra proporsi come intervento «sistemico», dovrà passare al vaglio delle Commissioni e dell'Aula, emerge l'intento del legislatore di affrontare il tema della responsabilità medica non solo sotto il profilo civile e penale, ma anche sotto il più ampio profilo della gestione del rischio», commentano **David Marino** e **Vito Bisceglie**, rispettivamente partner e of counsel di **Dla Piper**. «Sembra maturata la convinzione che l'assenza di presidi organizzativi volti alla corretta gestione del rischio clinico impedisce l'adozione di soluzioni giuridiche volte al contenimento dei costi connessi all'incremento del contenzioso in tale ambito.

Il richiamo esplicito all'appropriatezza nell'utilizzo «delle risorse strutturali, tecnologiche ed organizzative», congiuntamente all'introduzione delle funzioni di risk management e di internal audit, tipiche di altri settori regolamentati, sono chiaro indice del cambio di passo. Per consentire di superare le incertezze interpretative della legge Balduzzi, sotto il profilo civilistico viene chiarito che

qualora la struttura sanitaria «si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa» la sua responsabilità è di natura contrattuale, ferma restando la concorrente responsabilità extracontrattuale del professionista. Inoltre, la soluzione di introdurre l'accertamento tecnico preventivo obbligatorio da affidare ad esperti di comprovata capacità ai fini della conciliazione (strumento già previsto dall'art. 696 bis c.p.c.) è certamente apprezzabile.

Altrettanto apprezzabile la scelta del ricorso al giudizio ordinario «semplificato» previsto dall'art. 702 bis c.p.c., qualora all'esito dell'accertamento tecnico le parti non raggiungano una soluzione conciliativa.

Innovativa la possibilità data al giudice di applicare una pena pecuniaria alla parte che non abbia partecipato al procedimento di accertamento tecnico, in aggiunta alla condanna alle spese di consu-

lenza e di lite. «Si tratta di un insieme di disposizioni che potrebbero contribuire a risolvere la partita medico-paziente in modo molto più rapido di quanto avvenga ora, anche tenuto conto del fatto che il riferimento alle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica - adesso più puntuale ed accompagnato dalla previsione di un elenco delle società scientifiche da cui sono adottate istituito con decreto del Ministero della Salute - potrebbe risolversi in un nuovo e diverso approccio da parte del consulente tecnico dalle cui valutazioni - in questa materia, come in tutte

quelle ad alto tasso tecnico - difficilmente il giudice si discosta». Altre novità di rilievo: improcedibilità della domanda di rivalsa in sede civile nei confronti del medico quando sia stata esercitata l'azione erariale da parte della procura presso la Corte dei Conti; obbligo generalizzato della copertura assicurativa, accompagnato dall'azione diretta del terzo danneggiato verso le compagnie delle strutture

e dei medici; obbligo di trasparenza dei dati sulle richieste di risarcimento; fondo di garanzia.



David Marino



Vito Bisceglie

Le nuove sfide legali in medicina? Vengono da Google Glass

L'ingresso di strumenti di realtà aumentata - quali i Google Glass - anche in sala operatoria impone una riflessione di carattere giuridico circa i profili di criticità e/o di responsabilità legati all'utilizzo di queste nuove tecnologie. «In primo luogo emerge il problema della tutela dei dati personali: che cosa succede, infatti, se attraverso i Google Glass vengono mostrati dati identificativi (es il volto del paziente) magari per un teleconsulto a un soggetto estraneo al rapporto di cura, come ad esempio un medico che si trovi altrove e non faccia parte dell'equipe operatoria?», spiega Silvia Stefanelli. Altro tema meritevole di indagine è quello relativo al possibile ampliamento dei soggetti responsabili in caso di evento

avverso e dell'onere probatorio su di essi gravante. «Ci dobbiamo chiedere se l'utilizzo di strumenti tecnologici quali i Google Glass amplia, ad esempio, la responsabilità dell'equipe operatoria e quella dei singoli componenti della stessa. Come cambia l'onere probatorio gravante sul medico e sulla struttura sanitaria? Diventerà più difficile dare evidenza delle ragioni per le quali non è stato raggiunto l'obiettivo terapeutico? Questi sono soltanto alcuni dei temi di indagine sui quali occorre iniziare a interrogarsi in attesa che i Google Glass diventino una realtà effettiva - e non soltanto sperimentale - anche nel mondo della sanità e ciò al fine di tracciare i contorni di possibili risposte», conclude.