

La medicina difensiva e il contenzioso giudiziario nella legislazione nazionale

di *Alessandra De Palma*

Coordinatore del gruppo tecnico nazionale di medicina legale
Ssr Emilia-Romagna, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Bologna

L'opinione fallace, ma sempre più diffusa, di una medicina infallibile e onnipotente ha comportato negli ultimi decenni un aumento delle denunce per *malpractice* e, di conseguenza, l'inarrestabile diffusione della cosiddetta medicina difensiva, praticata in autotutela dai medici per evitare contenziosi giudiziari.

Da parecchi anni gli operatori sanitari chiedono al Parlamento l'emanazione di una legge in grado di deflazionare il contenzioso giudiziario, ridurre la spesa sanitaria in campo assicurativo, restituire al cittadino la fiducia nella classe medica e nelle professioni sanitarie, europeizzare la gestione italiana del contenzioso in ambito sanitario e limitare il ricorso allo strumento penale.

Il tentativo d'individuare una soluzione legislativa è stato attuato con l'emanazione dell'art. 3¹ del D.L. 158/2012, il cosiddetto Decreto Balduzzi, convertito, con modificazioni, dalla L. 189/2012. Tale legge, ferma restando la carenza di una

normativa organica² che disciplini in maniera esauriente la responsabilità professionale sanitaria, senz'altro ha avuto un impatto innovativo e, forse – stante la numerosità dei disegni di legge che giacciono in Parlamento ormai da qualche anno, il loro continuo proliferare senza però mai vedere la luce – resterà l'unica disposizione legislativa in materia anche per gli anni a venire. Introducendo una sorta di *esimente speciale* nella responsabilità penale sanitaria, il legislatore ha cercato di ricircoscrivere le ipotesi di reato alla sola colpa grave del sanitario, dando valore all'osservanza di linee guida e buone pratiche cliniche accreditate dalla comunità scientifica. Una disposizione che, sostanzialmente, sancisce la depenalizzazione della *colpa lieve* dell'esercente una professione sanitaria, ma, come ben si evince dalla prima sentenza emessa dopo la novella legislativa, per la Cassazione penale³ “la norma attribuisce rilevanza a discipline accreditate nella comunità scientifica, con tendenziale

1. Art. 3: “1. L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”.

2. Infatti, tenuto conto della vastità e della peculiarità della materia *responsabilità professionale sanitaria*, tanto che la si può considerare un vero e proprio *sottosistema* della responsabilità, e non solo civilisticamente parlando, ma anche in ambito penalistico e di responsabilità amministrativo-contabile, nonché disciplinare e deontologica, sarebbe indispensabile un impianto normativo – una legge ad hoc – che rivisitasse tutta la materia *responsabilità professionale sanitaria*, fissando con il diritto positivo i canoni della disciplina.

3. Cassazione, Sez. IV penale, 29 gennaio 2013 (depositata il 9 aprile 2013), n. 16237, Pres. Brusco, Est. Blaiotta, Imp. Cantore.

esclusione di raccomandazioni ispirate a esclusive logiche di economicità della gestione sotto il profilo del contenimento delle spese, in contrasto con le esigenze di cura del paziente” e, considerando che le linee guida non possono che contenere regole di perizia, essendo indirizzate – come nella natura delle discipline di cui all’art. 43 del codice penale – a una cerchia selezionata di destinatari dotata di conoscenze specialistiche, ne consegue che l’effetto abrogativo legato all’entrata in vigore dell’art. 3, comma 1, L. 189/2012, riguarderà le sole ipotesi di colpa professionale per imperizia del sanitario e non anche quelle per negligenza e imprudenza, depenalizzando, di fatto, la colpa lieve. Va, inoltre, sottolineato che la Suprema Corte ammette il valore delle linee guida che “costituiscono sapere scientifico e tecnologico codificato, un’utile guida per orientare agevolmente, in modo efficiente e appropriato le decisioni terapeutiche, sottraendole all’incontrollato soggettivismo del terapeuta”, ma riconosce altresì che “le direttive non sono in grado di offrire standard legali precostituiti, non divengono, cioè, regole cautelari secondo il classico modello della colpa specifica, infatti da un lato per la varietà e il diverso grado di qualificazione delle linee guida; dall’altro, soprattutto, per la loro natura di strumenti di indirizzo e orientamento, privi della prescrittività propria di una regola cautelare, per quanto elastica”, ritenendone fondamentale il ruolo di opportunità per migliorare la qualità dell’assistenza e ottimizzare i processi di cura, pur senza minare l’autonomia del professionista.

Ancora, sempre la Cassazione penale ricorda i motivi che hanno portato a un inasprimento della giurisprudenza, dopo l’atteggiamento indulgente registratosi fino agli anni ’80: “La questione della compatibilità tra l’indirizzo *benevolo*

della giurisprudenza e il principio d’uguaglianza è stata posta, nell’anno 1973, all’attenzione della Corte Costituzionale (Sentenza n. 166 del 28 novembre 1973) che ha sostanzialmente recepito le linee dell’indicata dottrina, affermando che dagli artt. 589, 42 e 43 del codice penale e dall’art. 2236 del codice civile è ricavabile una particolare disciplina in tema di responsabilità degli esercenti professioni intellettuali, finalizzata a fronteggiare due opposte esigenze: non mortificare l’iniziativa del professionista col timore d’ingiuste rappresaglie in caso d’insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista stesso. L’orientamento indulgente della giurisprudenza ha finito col coprire anche casi di grave leggerezza e ha determinato una situazione di privilegio per la categoria, che è parsa ad alcuni in contrasto col principio costituzionale d’uguaglianza. Si è pure ritenuto che tanta comprensione verso comportamenti spesso gravemente censurabili fosse espressione della deteriore visione paternalistica della medicina...”.

In riferimento alla responsabilità civile sanitaria, l’art. 3, comma 1, della L. 189/2012 ha suscitato un vivace dibattito circa la portata interpretativa della previsione che richiama l’art. 2043⁴ del codice civile, ingenerando il dubbio se sia stato inserito un nuovo binario della responsabilità (contrattuale per le strutture ed extracontrattuale per i sanitari), oppure, come chiaramente ha ribadito più volte la Suprema Corte di Cassazione civile dopo la novella legislativa, si è voluto affermare che, se per *colpa lieve* non sussiste responsabilità penale – sia ben chiaro, solo nel caso dell’imperizia – resta fermo però il diritto del danneggiato al risarcimento del danno per responsabilità civile, indiscutibilmente di tipo contrattuale. La tesi del contatto sociale – che permea il diritto vivente⁵ – mantiene anche

4. Responsabilità extracontrattuale.

5 “... l’obbligazione del medico dipendente dal Servizio sanitario nazionale per responsabilità professionale nei confronti del paziente ha natura contrattuale, ancorché non fondata sul contratto ma sul “contatto sociale”, caratterizzato dall’affidamento che il malato pone nella professionalità dell’esercente una professione protetta. Consegue che

dopo la sopra citata legge le ricadute sul riparto degli oneri probatori e sulla tempistica della prescrizione, nonostante il successivo discostamento dei giudici della Prima Sezione del Tribunale di Milano⁶. Infatti, la pronuncia del dottor Patrizio Gattari, datata 17 luglio 2014, ha affermato – con motivazioni assai analitiche – che, sulla scorta della nuova formulazione dell’art. 3, comma 1, della L. 189/2012, si modifica radicalmente⁷ il regime di responsabilità del medico – in assenza di un contratto concluso con il paziente – in quanto la norma la riconduce nell’ambito della responsabilità (extracontrattuale) da fatto illecito ex art. 2043 del codice civile, con evidente appesantimento per l’attore-paziente che avrà l’onere di provare tutti gli elementi costitutivi dell’illecito aquiliano⁸.

CONCLUSIONI

È piuttosto evidente che il medico (più colpito finora degli altri esercenti una professione sanitaria) è talora portato ad adottare scelte diagnostico-terapeutiche finalizzate anche alla riduzione delle possibili denunce e, di conseguenza dei contenziosi giudiziari, più che indirizzate esclusivamente dal *miglior interesse del paziente*, per la tutela della sua salute.

Si rende, dunque, più che mai necessario identificare modalità che possano restituire fiducia al cittadino-paziente e serenità al professionista, perché le due questioni sono assolutamente interdipendenti.

Anche alla luce delle esigenze sopra declinate, si sono fatte strada nuove modalità di approccio al trattamento sanitario, curando gli aspetti relazionali, superando il cosiddetto *Consenso informato* (*Informed consent*), considerato oggi anch’esso per lo più uno strumento di cautela-tutela del professionista per gli insuccessi terapeutici (e quindi per molti operatori sanitari è diventato un atto di medicina difensiva), per passare alla *Scelta informata* (*Informed choice*) e arrivare al *Processo decisionale condiviso* (*Shared-decision making*).

Inoltre, con la *Slow Medicine* e il nuovo orientamento del *Choosing Wisely*, è stato evidenziato e si è finalmente posta l’attenzione al fatto che molti trattamenti sanitari, anche invasivi e rischiosi (per esempio interventi chirurgici, esami radiologici, cure farmacologiche, etc.), pur essendo largamente diffusi, non mostrano affatto un rapporto fra rischi e benefici e costi e benefici vantaggioso, in quanto non portano a vantaggi per i pazienti, ma, anzi, rischiano di essere per loro dannosi (oltre a esserlo, comunque, in termini di costi sociali, se fortunatamente innocui per i pazienti che vi si sottopongono). Si tratta di trattamenti sanitari non

relativamente a tale responsabilità, come per quella dell’ente gestore del Servizio sanitario, i regimi della ripartizione dell’onere della prova, del grado della colpa e della prescrizione sono quelli tipici delle obbligazioni da contratto d’opera intellettuale professionale”, Corte di Cassazione Civile, Sez. III, Sentenza n. 589 del 22 gennaio 1999;

“... in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria (...), ai fini del riparto dell’onere probatorio l’attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l’esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l’insorgenza o l’aggravamento della patologia e allegare l’inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante”, Cassazione, Sez. Unica, Sentenza n. 577 dell’11 gennaio 2008.

6. Vedi Sentenze della dottoressa Miccichè del 26 giugno 2014 e 3 luglio 2014, del dottor Gattari del 17 luglio 2014 e della dottoressa Flamini del 18 agosto 2014 e seguenti.

7. In contrasto con la *teoria del legislatore inconsapevole*.

8. “... al di fuori dei casi in cui il paziente sia legato al professionista da un rapporto contrattuale, il criterio attributivo della responsabilità civile al medico (e agli altri esercenti una professione sanitaria) va individuato in quello della responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c., con tutto ciò che ne consegue sia in tema di riparto dell’onere della prova, sia di termine di prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento del danno. Così interpretato, l’art. 3, comma 1, della legge Balduzzi porta dunque inevitabilmente a dover rivedere l’orientamento giurisprudenziale pressoché unanime dal 1999 che riconduce in ogni caso la responsabilità del medico all’art. 1218 c.c., anche in mancanza di un contratto concluso dal professionista con il paziente...”.

supportati da prove di efficacia che, però, continuano a essere prescritti ed effettuati per varie ragioni: per abitudine (“si è sempre fatto così”), per soddisfare le pressanti richieste di alcuni pazienti, per timore di sequele medico-legali, perché spiegare ai pazienti che tali esami non sono necessari richiede più tempo che prescriverli, per interessi economici, perché nelle organizzazioni sanitarie in precedenza era premiata la quantità delle prestazioni più che la loro appropriatezza (ora non dovrebbe più essere così, vista anche la limitatezza di risorse del Ssn), etc.

Un’ulteriore evoluzione in tal senso si potrebbe considerare la **medicina narrativa** che, attraverso l’utilizzo di tecniche di comunicazione medica, come medicina che pone attenzione alle storie di malattia delle persone per comprenderle in modo più approfondito assieme alle loro patologie e col-

locandole nel loro specifico contesto, tenta il recupero di valori che la medicina esasperatamente tecnologica ha portato a superare. La medicina narrativa, oltre a restituire ai pazienti la centralità, offre ai medici la possibilità di ottenere una visione più completa e puntuale della malattia dei loro pazienti e, contemporaneamente, ripone l’accento sulla collaborazione tra medico e paziente nella formulazione del trattamento diagnostico e terapeutico, come diade imprescindibile per un corretto svolgimento dell’attività di cura.

Infine, a mero titolo esemplificativo, basterebbero poche, ma rilevanti abitudini (Figura 1) per consentire l’instaurarsi di un clima di fiducia fra medico e paziente in ospedale, evitando la diffidenza reciproca che, invece, alcuni comportamenti possono generare soprattutto nel paziente, sfociando, a volte, in inutili contenziosi.

Figura 1  **Etiquette-Based Medicine**



Fonte: Etiquette-Based Medicine, Michael W. Kahn, M.D. The New England Journal of Medicine. Perspective, 2008