

Presidente Nazionale
FRANCO VIMERCATI
Vice Presidente Nazionale
FRANCESCO PAOLO SCHENA
Segretario Nazionale
NICOLA NATALE
Tesoriere
MATTEO PIOVELLA

Consiglieri Nazionali
VINCENZO BLANDAMURA
PIETRO DI NATALE
MARCO D'IMPORZANO
FRANCESCO MACRÌ
GIUSEPPE MERCURO
MARIO PLEBANI
GIANCARLO ROVERE

Documento FISM sulla responsabilità medica

La responsabilità del medico e deflazione dei procedimenti civili e penali

Facendo riferimento alla responsabilità medica in generale e delle specialità chirurgiche in particolare si constata che la sinistrosità segnalata e la conflittualità conseguente stanno avendo un andamento in crescita costante, il tutto favorito anche dalla sfavorevole congiuntura economica attuale.

Il fenomeno della malpractice o malasanità in Europa ed il relativo contenzioso ha assunto dimensioni e gravità simili a quanto verificatosi negli Usa già negli anni ottanta.

L'attitudine alla rivendicazione del risarcimento del danno ingiusto da parte dei pazienti con ricerca di responsabilità colposa, soggettiva o oggettiva da parte di medici e istituzioni sanitarie è ormai una "pandemia", come citato in una recente ricerca di livello europeo redatta da un "working group" coordinato dal prof. Davide Ferrara di Padova e pubblicata sul Sole 24 ore.

Per avere un'idea quantitativa di tale rischio si consideri che una recente indagine statistica ha appurato che 8 medici su 10, con almeno vent'anni di attività, abbiano sperimentato direttamente almeno una volta la richiesta di risarcimento da parte di un paziente.

Inoltre Ania (associazione delle imprese assicuratrici) stima almeno 30.000 casi annui di contenzioso per "medical malpractice", di cui la metà finisce in aule di tribunale.

Il costo di questa macchina giudiziaria produce un nocumento sotto diversi punti di vista:

L'andamento premi/sinistri sta diventando costantemente negativo e quindi le società assicurative, che ricordo hanno nel loro DNA l'utile, non fa altro che ricorrere ad un costante aumento dei premi o come alternativa l'abbandono del "mercato a rischio" in attesa di tempi migliori.

Dal 2000 ad oggi quanto descritto ha comportato una continua rincorsa tra assicurazioni e strutture sanitarie nel trasferimento degli effetti economici di tale situazione, ovvero al crescere delle richieste di

risarcimento a strutture sanitarie e operatori medici, denunciate alle compagnie di assicurazione in forma di sinistro, sono corrisposti continui correttivi economici sui premi in costante aumento, ma anche correttivi alle clausole dei contratti con riduzione della portata della garanzia e conseguente esposizione al rischio da parte degli assicurati.

Il costo del contenzioso giudiziario ha un ruolo importante in termini di monetizzazione che obbligatoriamente non fanno altro che diventare costi sociali che si dovranno ripercuotersi sui costi delle prestazioni. Si fa però presente che i costi in un sistema privatistico di libera scelta alla fine sono ribaltati sul cittadino che chiede una prestazione mentre nel pubblico sono costi puri non ribaltabili, in quanto le tariffe di rimborso, non aggiornate da anni, non sono espressione di costi reali.

A questo punto il professionista nel settore privato in alcuni casi non riesce più a garantire una prestazione “a rischio” troppo cara per il paziente o troppo rischiosa per il medico che si vedrebbe aumentare il premio assicurativo a dismisura.

Nel settore pubblico il rischio di incorrere nella richiesta per il medico dipendente di rivalsa dell'ente fa in modo di non accettare, se non che in casi di stato di necessità reali, la cura di alcune patologie ad alto rischio di ricorso, in caso di probabile prevedibile insuccesso per la complessità del caso.

Tale fenomeno determina oggi anche una notevole tensione nei rapporti tra assicurati e assicuratori che peraltro ha come spiegazione evidente il fatto che il costo complessivo del rischio della r.c. sanitaria è fuori controllo, tanto da mettere in crisi anche l'utilizzabilità di uno strumento di mutualizzazione finanziaria quale l'assicurazione.

L'aspetto umano del problema:

Il medico trascinato in un'aula di tribunale e magari sbattuto sulle pagine dei giornali (in casi eclatanti) vive certamente un'esperienza dai profondi risvolti emotivi negativi. Tutto ciò fa in modo che l'assunzione di responsabilità venga valutata con estrema attenzione e, in alcuni casi, rifiutata se non assolutamente indispensabile.

Vi è inoltre da costatare come sia degradato il rapporto medico paziente. In molti casi il paziente si presenta all'appuntamento con il medico già condizionato da una serie di informazioni reperite tramite diversi siti di informazione magari non attendibili e non riferibili al suo caso specifico, aspettandosi spesso risultati infallibili e senza complicanze.

A tale dato di fatto è sotteso un fenomeno sociologico molto difficile da mitigare: le persone, anche in età avanzata, attendono performance sempre eccellenti dai sistemi sanitari, utilizzando come parametro dell'aspettativa un ottimale e perenne stato di salute personale.

Un successivo aspetto da evidenziare è che questa macchina giudiziaria ha provocato sul personale sanitario e sulla sua equipe una cultura del Blaming (colpa) che provoca sulla classe medica un'incapacità di ridefinire eventuali falle ed errori nella loro operatività.

Una menzione a parte rappresenta la medicina difensiva creata dall'instaurarsi di questo clima di "denuncia facile". Essa rappresenta tutta una serie di costi che potremmo riferire come indiretti ovvero sostenuti per diminuire il rischio di errore: fra questi annoveriamo ad esempio quelli legati al rifacimento di esami di laboratorio anche in presenza di esami già eseguiti presso altra struttura, la ridondanza di esami in sede di ricovero, esecuzione di esami non mirati o ininfluenti alla diagnosi, consulenze ridondanti

E' ora non più rimandabile la definizione di atto medico e la definizione dei confini della professione medica

Una buona definizione di atto medico è quella adottata dall'Unione Europea dei Medici Specialisti (UEMS) nel 2005-2006:

“L'atto medico ricomprende tutte le attività professionali, ad esempio di carattere scientifico, di insegnamento, di formazione, educative, organizzative, cliniche e di tecnologia medica, svolte al fine di promuovere la salute, prevenire le malattie, effettuare diagnosi e prescrivere cure terapeutiche o riabilitative nei confronti di pazienti, individui, gruppi o comunità, nel quadro delle norme etiche e deontologiche. L'atto medico è una responsabilità del medico abilitato e deve essere eseguito dal medico o sotto la sua diretta supervisione e/o prescrizione”.

Occorre ridefinire il concetto di rischio e responsabilità medica.

Definizione colpa medica grave

Il nostro ordinamento giuridico positivo non ha mai definito il concetto di “colpa grave” (il codice penale all’art. 133 si limita a dare una definizione del grado della colpa e il codice civile all’art. 2236 si limita a identificare il limite nella colpa per imperizia).

La definizione di colpa medica e soprattutto di colpa medica grave è affidata alla giurisprudenza che spesso (per stessa ammissione del CSM), arriva a oggettivare la responsabilità medica sottraendo la materia, di fatto, alle regole e alle norme sostanziali e processuali sottese (responsabilità professionale e domanda processuale).

In effetti, dai casi studiati, abbiamo potuto desumere che quanto più vi era una copertura assicurativa tanto più si oggettivava la responsabilità del medico

In Italia l'unico caso in cui è definita normativamente la colpa grave è per la responsabilità civile dei magistrati. **In tale caso si è ritenuto di dover proteggere il magistrato al fine di garantire serenità nell'operato. Analogamente, tale concetto può ben (e meglio) essere imposto al campo sanitario.**

In generale, si dice essere "grave" quella colpa presente quando non è usata la diligenza, prudenza e perizia propria di tutti gli uomini, tale da essere inescusabile.

Questo concetto generale e astratto deve essere calato nel campo medico distinguendo quella che potrebbe essere la responsabilità tipica del medico generico (o specialista in altro settore rispetto al caso concreto) e quella dello specialista specifico.

Occorre pertanto riuscire a dare una corretta definizione di colpa grave medica, tenuto conto dei limiti sopra indicati.

Al pari dei magistrati la colpa grave dovrà tenere conto di tutti i fattori di colpa e non solo dei casi d'inequivocabile imperizia.

La colpa grave dovrà consistere nell'evidente e marcata trasgressione di obblighi di servizio o di regole di condotta ovvero omissione – che si concreta nell'inosservanza di quel minimo di diligenza richiesto nel caso concreto, in una marchiana imperizia o un'irrazionale imprudenza – dovrà indicare come connotazioni di tale trasgressione:

- I) siano ex ante astrattamente riconoscibili;
- II) non sussistano oggettive ed eccezionali difficoltà nello svolgimento dello specifico compito;
- III) in caso di potenziale e particolare pericolosità delle funzioni esercitate dal soggetto, questo non si sia attenuto all'obbligo di usare il massimo della cautela e dell'attenzione;
- IV) nel caso di illecito che si concreti in comportamento omissivo, questo sia pervicace ed ingiustificato, tale da rendere ostensiva la volontà del soggetto di disinteressarsi deliberatamente di adempimenti che gli fanno carico.

Una possibile positiva definizione di colpa medica dovrà essere trovata con esperti del settore (avvocati, magistrati e ctu).

Superamento delle false fictio iuris

In ambito civile

I medici sono spesso giudicati e ritenuti responsabili in conformità a presupposti giuridici che nella realtà non esistono.

Si parla di responsabilità professionale laddove è pacifico che di professionale (inteso nel termine teleologicamente inteso nel codice civile) vi sia poco.

Il concetto di professionale implica l'autonomia delle scelte. Scelte che sono oramai quasi esclusivamente dettate dall'organizzazione aziendale e dal concetto di sanità – manageriale imposta.

Conseguentemente, il medico operante presso una struttura pubblica :

- I) non ha piena autonomia delle decisioni (a volte anche per carenze organiche o strumentali o organizzative);
- II) non ha piena discrezionalità sul comportamento da tenere e i mezzi tecnici da utilizzare;
- III) sovente è limitata anche la piena personalità della prestazione. Appare perfino inutile evidenziare o tentare di distinguere tra responsabilità tipica del medico e responsabilità dell'organizzazione (che oltre ad essere inutile potrebbe essere –in mancanza di una riforma organica - dannosa per i cittadini e per la pubblica salute).

Una seconda finzione giuridica è quella che la responsabilità del medico è contrattuale da “contatto sociale” a contenuto e a rapporto obbligatorio.

Ora delle due l'una o è a contenuto contrattuale o obbligatorio. E' come dire che il magistrato risponde per responsabilità contrattuale da contatto sociale perché avendo avanzato richiesta al Tribunale ho diritto di avere una sentenza inappuntabile.

Per superare queste finzioni si può ipotizzare che il paziente-danneggiato nelle strutture pubbliche (come per la responsabilità dei magistrati) possa agire solo nei confronti della Regione (sia per imputazione contabile che per evitare scorretti comportamenti di valutazione medico-legale ed affrettati giudizi di responsabilità dei medici).

In altre parole, l'eventuale azione di risarcimento non dovrà avere come legittimato passivo il medico, ma dovrà essere diretta sempre nei confronti della Regione .

In questa ipotesi la Regione entro un anno potrà agire, qualora ritenga esistente la colpa grave, in rivalsa verso il medico. Solo in questo caso potranno essere attivate procedure gestite da terzi di conciliazione tra struttura e medico. In caso di disaccordo si può iniziare un'azione giudiziaria vera e propria. L'azione di rivalsa (per colpa grave) deve essere definita nell'entità da risarcire.

In ambito penale

All'art. 55 del codice penale aggiungere il seguente comma: I trattamenti medico-chirurgici adeguati alle finalità terapeutiche ed eseguiti secondo le regole dell'arte da un esercente la professione medico-chirurgica o da altra persona legalmente autorizzata allo scopo di prevenire, diagnosticare, curare o alleviare una malattia del corpo o della mente, non si considerano offese all'integrità fisica.

modifica codice penale (limitazione responsabilità alla sola colpa grave)

Introdurre l'art. 590-ter al codice penale:

«Art 590-ter (Morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario)

“L'esercente una professione sanitaria che, in presenza di esigenze terapeutiche, avendo eseguito od ommesso un trattamento, cagioni la morte o una lesione personale del paziente è punibile ai sensi degli articoli 589 e 590 solo in caso di colpa grave. Ai sensi del presente articolo la colpa è grave quando l'azione o l'omissione dell'esercente una professione sanitaria, grandemente inosservante di regole dell'arte, ha creato un rischio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento.»

Tale definizione, ovviamente, è una base di partenza ma può essere rivista sulla base delle esperienze giurisprudenziali.

Provvedimenti disciplinari e formazione

Questa ipotesi di regolamentazione della colpa medica limiterebbe il ricorso alla medicina difensiva e ridurrebbe i costi assicurativi. Nel lungo periodo si verificherebbe una riduzione degli errori medici e dei procedimenti civili e penali intentati nei confronti dei medici. A tal fine occorrerà imporre ai medici prescrittori e di medicina genarle l'obbligo di specificare, giustificare e definire la richiesta medica. Salvi i casi di urgenza la richiesta dovrà essere rifiutata se non appropriata. L'inappropriatezza o l'inadeguatezza della prescrizione dovrà essere sanzionata disciplinarmente. L'appropriatezza delle richiesta è una necessità assoluta in quanto richiede la corretta valutazione del paziente e garantisce, di fatto la valutazione professionale con conseguente assunzione di responsabilità da parte del medico prescrittore.

Occorre ridefinire i caratteri dell'ECM ovvero occorrerà realizzare crediti formativi obbligatori sulla deontologia e responsabilità professionale affidata a specialisti del settore.

Ipotesi per una diversa gestione del rischio e/o del rapporto assicurativo.

Ipotesi A)

Ridefinire il concetto dell'obbligatorietà dell'assicurazione che de-responsabilizza il medico ed il professionista in generale.

L'azienda e/o la Regione con il meccanismo sopra descritto garantiranno il proprio dipendente/dirigente in ogni caso (diventando così l'assicurazione meramente facoltativa).

Il medico dipendente dovrà assicurarsi personalmente per colpa grave.

In alcuni casi la sanità pubblica ha già realizzato consorzi a livello regionale per praticare la via dell'auto assicurazione dei rischi, tema che tuttavia la sanità privata e la comunità dei professionisti sanitari può

considerare praticabile e quindi per le attività libero professionali andranno definiti i meccanismi di richiesta di risarcimento per ogni grado di colpa.

Ipotesi B)

Inquadramento della tematica a livello europeo , andando verso modalità di accertamento e quantificazione del danno, reclamato dal paziente, secondo schemi obiettivi e più facilmente stimabili e prevedibili, insomma una razionalizzazione e uniformazione della “medical liability” a livello continentale.

In tal senso si stanno esprimendo gruppi ufficiali di esperti monitorando anche fenomeni incoraggianti come avvenuto in Francia dove una serie di provvedimenti varati con una norma del 2002 e l’istituzione di una Commission Regionale de Conciliation Indemnisation ha portato nell’ultimo decennio ad una riduzione del 20% del contenzioso ed all’individuazioni di parametri che rendono più certo preventivabile e quindi assicurabile l’effetto economico dei risarcimenti.

Ipotesi C)

potrebbe mirare al ritrovamento degli equilibri economici per rinnovare l’assicurabilità attraverso l’individuazione di standard procedurali /professionali che divengano le linee guida dell’assicurabilità.

Il processo potrebbe essere gestito ad un tavolo con società medico-scientifiche, federazione degli ordini dei medici e istituzioni rappresentative della cittadinanza e della pubblica amministrazione.