



**Fondazione
Sicurezza
in Sanità**

Prof. Pasquale Giuseppe Macrì

Docente Medicina Legale Università di Siena
Direttore U.O.C. Medicina Legale Az. Usl Sud Est - Toscana - Arezzo
Consigliere Nazionale Sindacato Italiano Medici Legali - SISMLA
Responsabile Network Medico-giuridico FEDERSANITA'
Consulente Fondazione Sicurezza in Sanità

Roma, 5 aprile 2016

Al Presidente la XII Commissione
Igiene e Sanità del Senato
Senatrice Emilia Grazia De Biasi

Al Relatore disegno di legge AS 2224
XII Commissione Igiene e Sanità
Senatore Amedeo Bianco

Ai Senatori
della Commissione Sanità del Senato

DISEGNO DI LEGGE AS 2224

"Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario"

Illustrissimo Sig. Presidente, Illustri Senatori,

sottoponiamo alla vostra attenzione alcune osservazioni che potrebbero - a nostro parere - costituire la base di alcuni momenti di miglioramento dell'articolato in esame. Giova, comunque, premettere come il Disegno di Legge già nella forma licenziata dalla Camera dei Deputati, rappresenti un momento di sicuro progresso e di positiva innovazione della disciplina che regolava, sotto l'esclusiva egida del controllo giurisprudenziale, l'attività dei professionisti della sanità. **Vogliamo proprio partire dai momenti di sicuro pregio del Disegno di Legge.**

Art. 6.

(Responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria)

I professionisti tutti non possono che salutare con grande soddisfazione l'intento del legislatore di tipizzare e punire specificamente - in ambito penale - la condotta colposa del sanitario che cagioni lesione o morte del paziente con un titolo specifico e diverso dall'**omicidio colposo**. L'articolo 6 del DL in esame introduce - come noto - l'articolo 590-ter che è così rubricato "**Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario**". Tale definizione dell'illecito penale sanitario che cagioni lesioni o morte varrà a limitare l'oltraggio mediatico che quotidianamente viene perpetrato ai danni di tantissimi medici da giornalisti, dal basso profilo deontologico, che titolano, accanto al nome del professionista ed a caratteri cubitali, l'espressione "**omicidio**".

Tale innovazione non appare nel disegno di legge come positiva intrusione ma rispetta lo spirito e la ratio della norma ovvero contribuisce a limitare quello stato di ansia e di risentimento che ingenera ed accresce l'ambito di applicazione della medicina difensiva.

Altro momento da preservare immutato è costituito dalla previsione di cui all'articolo 5 "*buone pratiche cliniche-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida*" segnatamente laddove si prevede che "gli esercenti le professioni sanitarie" debbano far riferimento - "salve le specificità del caso concreto - alle buone pratiche cliniche assistenziali ed alle raccomandazioni previste dalle linee guida elaborate dalle società scientifiche iscritte in apposito elenco". Si vuole qui consolidare l'orientamento normativo indicato dalla legge 189/2012 (Legge di conversione Decreto Balduzzi), definitivamente indicando la precisa scelta del legislatore di tutelare come bene giuridico l'esercizio della medicina secondo regole esperienziali, non solo correttamente sperimentate ma codificate e validate, lasciando - comunque - al professionista la libertà e l'onere di adattare le medesime al caso specifico o finanche di disattenderle in relazione alla "specificità del caso concreto". Si tratta di una norma di bilanciamento tra il diritto (deontologicamente e costituzionalmente tutelato) del medico all'esercizio libero e incondizionato della professione e l'esigenza collettiva di prevenire situazioni di errori e di rischio sanitario e di contrastare sporadiche ma ricorrenti tendenze, anche speculative, di quei professionisti che impongono e propongono trattamenti e cure autoreferenziali, non validate ed a volte antiscientifiche (vogliamo qui ricordare i tanti casi di cronaca, cura Di Bella, il trattamento Stamina o le più recenti false attribuzioni di gravi effetti collaterali alla profilassi vaccinale). C'è di più: l'innovazione normativa consolidata dall'articolo 5 evita il proliferare della cosiddetta **medicina di fonte giurisprudenziale**. Troppo spesso, infatti, le scelte diagnostiche o terapeutiche dei medici vengono quantomeno condizionate da, spesso improbabili, affermazioni di apparente natura tecnico-scientifica, riportate ed esaltate nel corpo di alcune sentenze. Si viene così a creare un'indebita e

dannosa interferenza tra produzione scientifica e prassi applicativa sanitaria. Orbene, il richiamato monito della norma ad attenersi alle buone prassi ed alle linee guida varrà anche a sanare tale momento di turbativa nel rapporto tra scienza e applicazione professionale.

Art. 7.

(Responsabilità della struttura e dell'esercente la professione sanitaria per inadempimento della prestazione sanitaria)

Riteniamo poi che il mantenimento dell'attuale formulazione dell'articolo 7 sia condizione necessaria affinché la norma che il Senato vorrà licenziare risulti conforme alla propria ratio e, soprattutto, presenti caratteristiche di efficacia durante il suo periodo di validità.

Art. 8.

(Tentativo obbligatorio di conciliazione)

Il maggior pregio dell'articolato pervenuto all'attenzione della XII Commissione del Senato risiede senz'altro nella previsione dell'articolo 8 (Tentativo obbligatorio di conciliazione). I risultati di un monitoraggio triennale compiuto sui ricorsi ex art. 696 bis c.p.c. proposti dinnanzi al Tribunale di Arezzo consentono di affermare che - se ben utilizzato - l'istituto della Consulenza Tecnica Preventiva è idoneo a consentire, in oltre il 50% dei casi, la definizione bonaria delle controversie in cui la Consulenza Tecnica d'Ufficio risulti momento istruttorio esclusivo o predominante (e tale percentuale cresce addirittura al 70% proprio nelle controversie concernenti la responsabilità sanitaria). Vale altresì ricordare come anche in quei casi che, nel cennato monitoraggio, non sono pervenuti ad una composizione stragiudiziale, il successivo iter processuale sia stato significativamente più veloce rispetto ai tempi consueti del processo di cognizione, dato che, come previsto dall'art. 696 bis c.p.c., la Consulenza Tecnica d'Ufficio esperita in fase preventiva è stata acquisita al giudizio ordinario, in tal modo rendendo non necessario lo svolgimento di un'ulteriore consulenza e costituendo un efficace momento di accelerazione per la definizione del giudizio.

Riteniamo che la previsione della consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c. così come formulato dall'art. 8 DDL. N. 2224, attualmente in valutazione presso la XII Commissione del Senato della Repubblica, sia idonea a perseguire la triplice finalità di:

1. consentire al cittadino danneggiato un equo e tempestivo riscontro in sede consulenziale, con garanzie tecniche e procedurali identiche a quelle della sede contenziosa ordinaria;
2. ridurre il carico processuale degli Uffici Giudiziari, atteso che l'intervento del giudice si riduce, nella stragrande maggioranza dei casi, al conferimento di un incarico di consulenza (senza che la sua attività rischi di essere svolta inutilmente, dato che, in caso di mancata conciliazione, potrà essere comunque utilizzata nel giudizio ordinario);
3. restituire velocemente serenità al professionista indebitamente accusato.

Confidiamo pertanto che la Commissione e l'aula approvino l'art. 8 del nominato D.L. senza alcuna significativa modifica.

Siamo consapevoli che alcuni portatori di interessi in relazione all'istituto della Mediazione chiederanno alla Commissione di prevedere tra le condizioni di procedibilità della domanda di risarcimento - oltre al ricorso ex art. 696 bis - anche la Mediazione civile e commerciale ex d. lgs. 28/2010. Siffatta richiesta trova –a mio parere- esclusiva motivazione corporativa. L'esigenza di sostituire la Consulenza tecnica preventiva alla Mediazione deriva invece proprio dall'acclarato fallimento di quest'ultima. E' noto, infatti, come la natura per certi versi atecnica e metagiuridica della procedura di mediazione sia inapplicabile alle controversie civili il cui *thema decidendum* verta sulla soluzione di problemi tecnici o specialistici di particolare complessità. E' invece proprio la natura tecnica dell'accertamento di cui all'art. 696 bis che costituisce momento di pregio della scelta dell'odierno legislatore. E' risaputo, e finanche ammesso anche da illustri Magistrati come le controversie di responsabilità sanitaria siano - nella quasi totalità dei casi - risolte dal consulente tecnico e come pertanto la Consulenza Tecnica costituisca il mezzo istruttorio principale (se non esclusivo) nelle controversie per l'accertamento o l'esclusione della responsabilità sanitaria e, contestualmente, per l'accertamento e la valutazione dei danni. La consulenza viene di norma esperita, in sede endoprocessuale, mediamente dopo quindici mesi dall'inizio della causa. Essa importa una sostanziale sospensione del processo per sei-dodici mesi secondo la complessità. E' di tutta evidenza che, laddove l'accertamento tecnico preceda – come previsto dall'articolo 8 del Disegno in esame – l'inizio della causa, questa sarà evitata (con la definizione bonaria) o, comunque, godrà di una relevantissima riduzione della durata.

Dopo aver dato atto della sostanziale positività dell'intero disegno di legge e della rilevante caratura del *novum* illustrato ai punti che precedono, passiamo ad esporre alcuni elementi critici dell'articolato, peritandoci contestualmente e sommessamente di proporre alcune modifiche.

Art. 9

(Azione di rivalsa)

L'articolo opera una profonda rivoluzione dell'istituto della rivalsa nei confronti dei professionisti sanitari che hanno cagionato danni risarciti ai pazienti. Tale azione era ed è finora prevalentemente esercitata dalla Procura della Corte dei Conti.

Tre sono i momenti innovativi:

1. **l'esercizio innanzi al giudice ordinario dell'azione di rivalsa** (anche della struttura sanitaria, oltre che dell'impresa assicuratrice, ex art. 1916, comma 1, cc), ex comma 5;
2. **la decadenza dell'azione di rivalsa** (un anno dal passaggio in giudicato della sentenza che riconosce il risarcimento al paziente, ovvero dal pagamento, se connesso a titolo stragiudiziale), ex comma 2;
3. **la "misura della rivalsa"**, che non può superare "una somma pari al triplo della retribuzione annua lorda", cui si aggiungono misure personali e temporanee di interdizione da alcuni incarichi professionali, ex comma 5.

Desideriamo segnalare alcune criticità:

l'articolo di interesse, al punto 5 prevede: *"l'azione di rivalsa nei confronti l'esercente la professione sanitaria ... deve essere esercitata dinnanzi al Giudice ordinario ed è esclusa la giurisdizione della Corte dei Conti"*. Tale previsione, ove non fosse, come invece ci auguriamo profondamente modificata, comporterebbe - in caso di accertamento di responsabilità per colpa grave - una **uplicazione della controversia civile**: si avrebbe, infatti, una prima causa intentata dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria ed una seconda, promossa da quest'ultima, da avviarsi obbligatoriamente entro un anno dal risarcimento, contro il professionista, dipendente o convenzionato.

Non è possibile non prevedere come l'intervento attivo della struttura, obbligata a chiamare in giudizio dinnanzi al Giudice ordinario i propri dipendenti, costituisca momento disgregativo del clima lavorativo interno all'azienda, mini il rapporto fiduciario tra prestatore d'opera e dirigenza e inibisca o comprometta quel sentimento di solidarietà e di affidamento che costituisce elemento identitario tra professionisti e struttura. Ripristinare la competenza della Corte dei Conti varrebbe fra l'altro, ad evitare che, in caso di contenzioso, l'azienda e il professionista, legati dapprima nella causa di accertamento e valutazione del danno da un

comune approccio difensivo, si vedano poi controposti in un secondo giudizio da avviarsi nel tempo massimo di dodici mesi.

Verrebbe da pensare che gli stessi Uffici Affari Legali delle Aziende dovrebbero dapprima acquisire elementi difensivi da parte del medico, impostare con il di lui ausilio gli atti di discarico e quindi, in un successivo, conseguente ed obbligatorio giudizio, usare contro il professionista quanto da lui appreso in via confidenziale e riservata.

Altra - rilevantissima - criticità è evidenziabile al punto 7 del medesimo articolo: *“Nel giudizio di rivalsa il giudice può desumere argomenti di prova dalle prove assunte nel giudizio instaurato dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria o dell'impresa di assicurazione”*. Riteniamo trattarsi di una svista senz'altro da sanare nel prosieguo dell'iter legislativo.

Il testo originario dell'articolo al punto 3 prevedeva: *“La struttura sanitaria ha l'obbligo di dare comunicazione all'esercente la professione sanitaria dell'instaurazione del giudizio risarcitorio mediante notifica dell'atto di citazione. Tale comunicazione deve contenere l'avviso che **la sentenza di condanna che ne abbia definitivamente accertato la responsabilità per dolo o colpa grave farà stato nei confronti del professionista nel giudizio di rivalsa**”*.

In più occasioni abbiamo avuto modo di far notare al relatore presso la Camera dei Deputati come siffatta previsione fosse inficiata da un palese vizio di incostituzionalità.

In buona sostanza, ritenere che nell'ambito del giudizio di rivalsa, laddove nel primo giudizio cognitivo il professionista non fosse stato citato e non avesse partecipato, si potessero assumere elementi di prova a carico del medico rappresentava una patente lesione del diritto di difesa. Il professionista infatti si sarebbe visto condannare nel giudizio di rivalsa in base a prove assunte in un precedente giudizio nel quale lo stesso non aveva potuto esercitare alcuna azione difensiva. Le argomentazioni sono state evidentemente convincenti al punto da trasformare la contestata previsione nel proprio contrario.

Ora, infatti, al punto 3 dell'articolo 9 si legge: *“la decisione pronunciata nel giudizio promosso contro la struttura sanitaria o sociosanitaria o contro l'impresa di assicurazione **non fa stato nel giudizio di rivalsa** se l'esercente la professione sanitaria non è stato parte del giudizio”*.

Risulta evidente come la *ratio* che sottende al disposto del punto 3 deve essere armonizzata con il contenuto del punto 7. Il Senato vorrà, confidiamo, rilevare e sanare l'evidente contrasto tra la generale disposizione del punto 3 e quella speciale di cui al punto 7. Non è possibile infatti non rilevare l'illogicità delle due disposizioni laddove, nella prima (punto 3) si pone espresso divieto al giudice di formare la propria decisione sulla base di quanto statuito con sentenza nel giudizio accertativo, mentre nella seconda (punto 7) si dà facoltà al medesimo giudice di acquisire la prova, principale od esclusiva, dalla quale è derivata la

precedente decisione. Si confida pertanto che la Commissione prima e l'Aula di seguito voglia sanare il cennato contrasto introducendo l'affermazione negativa dell'attuale disposto del punto 7.

Art. 15 del ddl A.S. 2224

(Nomina dei consulenti tecnici d'ufficio, dei consulenti tecnici di parte e dei periti nei giudizi di responsabilità sanitaria)

Testo licenziato Camera	Proposte di modifica
<p>1. Nei procedimenti civili e nei procedimenti penali aventi ad oggetto la responsabilità sanitaria</p> <p>implicanti la valutazione di problemi tecnici complessi, l'autorità giudiziaria affida l'espletamento della consulenza tecnica e della perizia a un medico specializzato in medicina legale e a uno o più specialisti nella disciplina che abbiano specifica e pratica conoscenza di quanto oggetto del procedimento ...</p>	<p>1. Nei procedimenti civili e nei procedimenti penali aventi ad oggetto la responsabilità sanitaria, l'autorità giudiziaria affida l'espletamento della consulenza tecnica e della perizia a un medico specializzato in medicina legale e a uno o più specialisti nella disciplina che abbiano specifica e pratica conoscenza di quanto oggetto del procedimento ...</p>

Il punto 1 dell'articolo 15 riveste particolare importanza sostanziandosi in una norma di equilibrio tra l'interesse generale ad un corretto accertamento, qualitativo e quantitativo, dei danni da malprassi sanitaria e l'interesse specifico e convergente dei professionisti chiamati a rispondere del loro operato. Essa inoltre ha il merito di raccordare la prassi giudiziaria di nomina dei consulenti e dei periti con il disposto del Codice Deontologico di cui all'articolo 62 prevede: "In casi di particolare complessità clinica ed **in ambito di responsabilità professionale, è doveroso che il medico legale richieda l'associazione** con un collega di comprovata esperienza e competenza nella disciplina coinvolta".

Orbene la formulazione del Disegno di Legge come giunta al Senato presenta un inciso che ne vanifica l'efficacia.

In sintesi, l'attuale formulazione del punto 1 lascia ampia (troppa!) discrezionalità al giudice circa l'applicazione o meno del proprio dispositivo. Inoltre pone il consulente medico legale, chiamato dal Giudice ad assumere un incarico di consulente o di perito in forma monocratica, nel dilemma tra rispettare la volontà del Magistrato o l'obbligo deontologico per l'inosservanza del quale potrebbe essere chiamato a rispondere dinnanzi alla specifica Commissione disciplinare dell'Ordine professionale. Tutte le società scientifiche hanno richiamato , sul punto, l'attenzione del Legislatore.

I casi di responsabilità sanitaria implicano sempre, ineludibilmente, la valutazione di problemi tecnici complessi.

Confidiamo pertanto che la Commissione Voglia ripristinare il testo originario del punto 1 ovvero emendare l'attuale sottraendo l'espressione “**implicanti la valutazione di problemi tecnici complessi**”.

Segnaliamo, infine, quello che riteniamo essere un refuso: attualmente l'articolo 15 è così rubricato “Nomina dei consulenti tecnici d'ufficio, **dei consulenti tecnici di parte** e dei periti nei giudizi di responsabilità sanitaria” mentre nel corpo dello stesso non viene operato alcun riferimento ai consulenti tecnici di parte (così come invece avveniva nell'originario disegno di legge). Si propone pertanto di eliminare dalla rubrica l'espressione “**dei consulenti tecnici di parte**”.

Grato della Vostra attenzione esprimo soddisfazione e riconoscenza per un testo di legge che costituisce, come già detto, momento di progresso nella disciplina di trattazione.

Con osservanza

Prof. Pasquale Giuseppe Macrì