

Bergamo, 20 maggio 2023

Commissione per lo studio e l'approfondimento delle varie e complesse problematiche relative alla colpa professionale sanitaria

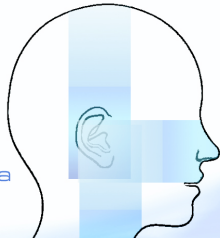
Temi e soluzioni prioritari della SIOChCF

Facendo seguito a quanto richiesto in merito alla audizione fissata dalla Commissione incaricata dal Dott. Carlo Nordio, di seguito si riportano i temi e le proposte di soluzioni che le Società Otorinolaringoiatriche Italiane da noi rappresentate ritengono rilevanti.

Innanzitutto, in considerazione del ruolo scientifico da noi svolto, preme svolgere alcune considerazioni in merito al tema delle linee guida e buone regole di pratica sanitaria il cui ruolo nell'accertamento della responsabilità sanitaria è sempre stato centrale e fondamentale, soprattutto nella determinazione dei comportamenti esigibili da parte dei sanitari quale criterio di comparazione rispetto al comportamento tenuto in concreto dal sanitario oggetto di accertamento.

In tale prospettiva, la disciplina introdotta dall'art. 5 della legge 24/2017 si è evidenziata a dir poco fallimentare: da un lato in ragione delle scarse risorse disponibili per poter realizzare linee guida anche sulla base di quanto previsto dal relativo decreto di attuazione; dall'altro, per la particolare rilevanza attribuita al risparmio di risorse economiche da parte dell'ISS quale criterio posto a fondamento del giudizio di rilevanza che la legge gli attribuisce. Allo stesso modo, l'elenco delle società scientifiche selezionate secondo i criteri dettati dall'art. 2 del DM 2 agosto 2017 si è rivelato a dir poco di scarsa rilevanza sotto il profilo della rappresentatività. Basti pensare che, a fronte di 50 specialità mediche, ad oggi, sono state iscritte 411 società. In altre parole, si è completamente disperso sia il criterio di rappresentatività specialistica che di rilevanza nazionale.

In tal caso, l'unica via percorribile è, a nostro avviso, quella di smantellare tali inutili orpelli tornando a riproporre criteri severi, così come originariamente erano previsti

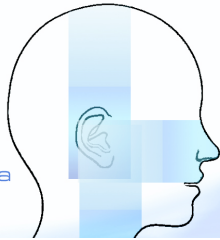


dall'art. 2 del decreto attuativo su citato e, in special modo, dando rilevanza solo (ed esclusivamente) a quelle società scientifiche mediche che rappresentano almeno il 30% degli specialisti operanti sul territorio nazionale.

Passando ai profili di responsabilità previsti nel nostro ordinamento giuridico, per quanto attiene la responsabilità penale, ci permettiamo di sottolineare il fallimento della disciplina di cui all'art.6 della legge 24/2017 che ha introdotto l'art. 589 *sexies* codice penale. Si tratta, infatti, di una disciplina arretrata rispetto all'art. 3 della Legge 189/2012 (Legge Balduzzi) di difficile (se non impossibile) lettura e che ha costretto le Sezioni Unite della Corte di Cassazione a riscrivere completamente la nuova norma per renderla intelligibile attraverso una sentenza a dir poco "creativa" (si veda Cass., SSUU, sent. 21 dicembre 2017, n. 8770).

In questi giorni si osservano proclami da parte della politica miranti alla depenalizzazione della colpa medica.

Già da alcuni anni la SIOeChCF ha attivato, al proprio interno, un Gruppo di studio dedicato al tema della responsabilità professionale in otorinolaringoiatria che – grazie ad una convenzione assicurativa centralizzata – ha consentito, nel tempo, di maturare una maggiore esperienza e consapevolezza reale e concreta sul fenomeno. In tal senso, l'aspetto penalistico della responsabilità medica è sicuramente quello più fastidioso, soprattutto per il sanitario che lo subisce, sia sotto il profilo professionale che sociale ma che, molto raramente, sfocia in una sentenza di condanna. Si tratta, a nostro avviso, di un inutile utilizzo dello strumento penale nei confronti dei medici, la cui inefficacia non deriva tanto dalle innovazioni legislative che dal 2012 ad oggi si sono susseguite, quanto piuttosto dagli orientamenti dettati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione penale: in particolare, ci si riferisce alla sentenza n.30328 dell'11 settembre 2002, nota come "Sentenza Franzese" (dal nome del medico che, purtroppo, ha dovuto subire il relativo giudizio) con cui si è definitivamente affermato che, nel procedimento penale per responsabilità medica, si richiede che la prova dell'esistenza del necessario nesso causale, di collegamento fra il danno subito e la condotta del medico, venga provata "*al di là di ogni ragionevole dubbio*". Chiunque si occupi di medicina si rende perfettamente conto che sono poche le situazioni che, in concreto, si pongono "*al di là di ogni ragionevole dubbio*": il che significa l'attivazione di molti procedimenti (spesso di ufficio in

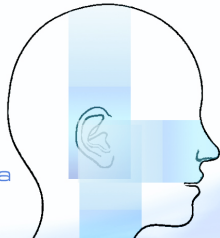


considerazione dell'obbligo di azione penale costituzionalmente previsto) ma scarsissime sentenze di condanna.

Ciò premesso, il nostro quadro giuridico attuale rende praticamente impossibile pensare di poter realmente depenalizzare l'atto medico in quanto, da un lato, questo determinerebbe inevitabilmente la necessità di modificare sia quanto indicato nel codice penale e di procedura penale sia, e soprattutto, le stesse disposizioni previste nella Carta costituzionale; dall'altro, sorgerebbe poi un enorme (e forse insormontabile) problema di legittimità costituzionale, in conseguenza della disparità di trattamento che si verrebbe a determinare fra la professione medica e le altre professioni intellettuali.

In questa materia, risultano particolarmente interessanti le proposte avanzate dal Ministro della Giustizia Dott. Carlo Nordio che, in ragione della profonda esperienza maturata come magistrato, ha attivato questa Commissione composta da autorevoli esperti con il compito di definire alcune piccole innovazioni normative (soprattutto procedurali) finalizzate a limitare l'uso dell'azione penale ai soli casi realmente fondati. Ad esempio, costringendo chi presenta una denuncia-querela nei confronti di un sanitario, a fondarla su una consulenza tecnica "giurata": in altre parole, con una disposizione come questa, si costringerebbero i medici legali e gli specialisti utilizzati dal paziente-danneggiato, ad assumersi la diretta e personale responsabilità della verità scientifica di quanto da essi affermato. In questo modo, è pur vero che rimarrebbe la possibilità di attivare l'azione penale nei confronti dei sanitari ma, di fatto, ci sarebbe un'inevitabile e radicale riduzione delle denunce e delle querele nei confronti degli stessi con evidenti ripercussioni anche sul fenomeno della c.d. medicina difensiva.

Un altro aspetto che assume rilevanza sotto il profilo penalistico è poi quello che riguarda l'impossibilità per l'imputato (nel nostro caso il medico) di coinvolgere nel giudizio il responsabile civile (la Struttura sanitaria): un diritto che spetta solo ed esclusivamente alla parte lesa. Se quest'ultima decidesse di non coinvolgere il responsabile civile, questa scelta potrebbe riverberarsi in modo assolutamente gravoso sul medico coinvolto nel procedimento penale, soprattutto per quanto riguarda i casi di sentenza provvisoria di condanna, cioè quella statuizione accessoria che può accompagnare una sentenza di condanna al risarcimento del danno, pronunciata dal giudice penale, per effetto della quale al soggetto condannato al risarcimento viene imposto il pagamento di una



parte di quanto dovuto. In tal caso, il medico potrebbe trovarsi nella necessità di dover utilizzare il proprio patrimonio personale per poter far fronte a tale richiesta, soprattutto considerando le difficoltà conseguenti alla scarsa offerta assicurativa oggi presente.

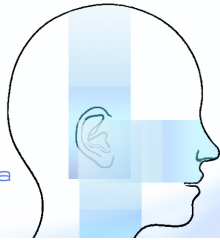
A nostro avviso, il vero problema risiede, invece, nelle conseguenze civili derivanti dalla responsabilità medica.

Innanzitutto, occorre rilevare la mancanza di un chiaro riconoscimento normativo della responsabilità per difetto di organizzazione delle Strutture sanitarie per il quale si può solo fare riferimento ad un orientamento giurisprudenziale.

Sul punto, sarebbe auspicabile che il legislatore recepisce, espressamente e chiaramente nel diritto vigente, la figura della responsabilità civile per c.d. “difetto di organizzazione” facendo riferimento alla elaborazione dottrinale e, soprattutto, giurisprudenziale stabilendo che *“le Strutture sanitarie rispondono anche per i danni alle persone o alle cose derivanti dall’inadeguata organizzazione, dalla carenza e dall’inefficienza delle dotazioni o delle attrezzature delle medesime Strutture sanitarie”*.

Tra l’altro, anche sotto il profilo di interesse pubblico, sarebbe auspicabile la sottoposizione delle Strutture sanitarie, sia pubbliche che private all’adozione di un Modello di Organizzazione e Gestione (MOG) ai sensi del D.Lgs. 231/2001. Già nel 2015 il Ministero della Salute adottava il DM 70/2015 *“Regolamento recante definizione degli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi relativi all’assistenza ospedaliera”*, da cui è scaturito, in molte Regioni, l’obbligo di adottare un Modello 231 per poter intrattenere rapporti con una pubblica amministrazione o essere accreditati per l’erogazione di servizi di pubblico interesse. Ma ora, nell’attuale momento storico, considerando gli ingenti finanziamenti previsti per il settore sanitario (v. PNRR Missione Salute 6 – M6) questa adozione sarebbe uno strumento essenziale per garantire un corretto e proficuo utilizzo dei fondi e per contrastare prevedibili fenomeni corruttivi.

L’adozione di un sistema di *soft-law* come quello in esame, avrebbe, inoltre, anche notevoli conseguenze per quanto concerne l’individuazione dei reali responsabili (spesso apicali) in tutti quei casi di responsabilità connessi ad una inadeguata organizzazione, alla carenza e all’inefficienza delle dotazioni o delle attrezzature presenti nelle Strutture sanitarie.



Sempre sotto il profilo civilistico, con la legge 24/2017 si è avuto, inoltre, un incredibile incremento dei sinistri aperti dai professionisti sanitari in conseguenza del loro coinvolgimento nei giudizi civili. Una situazione determinata da diversi fattori.

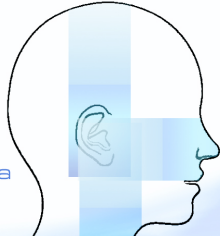
Innanzitutto, occorre sottolineare il fatto che le comunicazioni ex art. 13 della Legge 24/2017 Legge Gelli-Bianco (con cui la Struttura sanitaria pubblica e privata comunica al proprio dipendente l'avvio di un procedimento giudiziario o di trattative stragiudiziali invitandolo ad attivare la propria polizza assicurativa personale), invece di svolgere un ruolo informativo e di condivisione su quanto accade, finiscono, di fatto, per ulteriormente evidenziare la presenza di un conflitto esistente fra gli interessi della Struttura sanitaria e quelli dei professionisti che operano presso di essa.

Inoltre, tali comunicazioni, formalmente notificate, determinano inevitabili conseguenze anche sotto il profilo assicurativo: non è raro, infatti, che un Direttore di Struttura complessa chirurgica riceva una notevole quantità di queste comunicazioni che, se considerate come “sinistro” dalla polizza sottoscritta, comporterebbero una situazione storica personale di sinistrosità talmente gravosa, da rendergli difficile (se non impossibile) reperire una nuova copertura assicurativa, qualora l'assicuratore in corso decidesse di disdettarlo. Il tutto inutilmente.

Allo stesso tempo, l'art. 7 della legge 24/2017 individua uno specifico ed autonomo profilo di responsabilità in capo al dipendente della Struttura sanitaria che non abbia rapporti contrattuali con il paziente: il che significa che egli potrà essere autonomamente coinvolto direttamente dal paziente-danneggiato, sia in un procedimento di mediazione che di accertamento tecnico preventivo (ex art. 8 Legge 24/2017).

Il che determinerebbe una particolare esposizione economica per il professionista coinvolto che risulterebbe, sostanzialmente, non coperta dalla assicurazione in quanto, come è noto, ai sanitari dipendenti (soprattutto pubblici) vengono proposte solo polizze assicurative limitate a coprire la sola responsabilità contabile-amministrativa avanti alla Corte dei conti (c.d. “colpa grave”).

Inoltre, nel caso di giudizio attivato direttamente dal paziente-danneggiato nei confronti del professionista sanitario, quest'ultimo non potrebbe usufruire delle



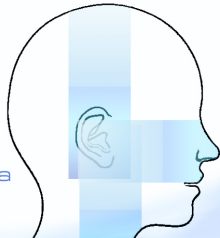
disposizioni a lui favorevoli previste dall'art. 9 della legge 24/2017 (rubricato "Azioni di rivalsa o di responsabilità amministrativa"). In particolare, si intende fare riferimento alla limitazione della responsabilità sanitaria alle sole condotte connotate da dolo o "colpa grave" e al limite di massima esposizione economica nel risarcimento del danno, fissato dalla legge nel triplo della retribuzione lorda.

Sul punto, occorre ricordare che, sempre con riferimento alle Strutture sanitarie pubbliche, più volte le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (ultima sentenza n. 21992/20) hanno ribadito l'esistenza del c.d. "doppio binario", secondo cui, al fine di recuperare gli esborsi compiuti in favore di terzi per i danni cagionati dai propri dipendenti, le Strutture sanitarie pubbliche possono utilizzare sia gli ordinari strumenti del diritto e del processo civile, che avvalersi di quelli propri del giudizio contabile, così da non potersi ravvisare una interferenza tra giurisdizione civile e quella amministrativa.

Questa impostazione risulta normativamente confermata dai primi quattro commi dell'art. 9 su citato che consentono alla Struttura – sia pubblica che privata - di attivare un giudizio civile nei confronti del proprio dipendente per ottenere la restituzione di quanto pagato al paziente entro un anno dal pagamento effettuato a favore del danneggiato, qualora il fatto commesso dal medico o dal sanitario risultasse connotato da dolo o "colpa grave". Il che, nuovamente, determina notevoli difficoltà sotto il profilo assicurativo, esponendo direttamente il professionista sanitario al risarcimento del danno in quanto, come sopra esposto, si tratterebbe di azioni legali e di risarcimenti non coperti dalla sua polizza assicurativa (normalmente limitata alla sola responsabilità amministrativa).

Questa possibile esposizione del dipendente pubblico al giudizio civile (su citazione del paziente-danneggiato o della stessa Struttura sanitaria) non può essere facilmente superata, in quanto comporterebbe una radicale modificazione dell'assetto normativo presente nel nostro ordinamento, compresa anche la stessa Carta Costituzionale (art.28 Cost.).

Ciò premesso, sarebbe quanto meno auspicabile chiarire, in modo definitivo, l'esistenza di un obbligo in capo alle Strutture sanitarie, pubbliche e private, di far fronte alle conseguenze economiche a cui sono esposti i loro professionisti sanitari: sia per quanto concerne gli eventuali risarcimenti dei danni; sia per quanto riguarda gli oneri di difesa sia giuridica che tecnica.



Ancora sotto il profilo assicurativo, la Legge 114/2014 e ora l'art. 10 della Legge 24/2017, consentono alle Strutture pubbliche e private di realizzare la c.d. auto-ritenzione del rischio senza più assicurarsi ed effettuando degli accantonamenti su un apposito fondo senza che, di fatto, vi sia l'obbligo di sottoporsi ai doverosi e severi controlli pubblici di stabilità economica ed attuariale. Il che rende sempre più frastagliata e complessa la reale solvibilità delle Strutture sanitarie, con il rischio che tali incertezze possano ricadere sulla categoria dei professionisti sanitari: gli unici ad essere sottoposti, per legge, ad un obbligo assicurativo.

In tal caso, occorre considerare che, con la scelta di adottare una totale o parziale auto-ritenzione del rischio, le Strutture sanitarie svolgono, di fatto, una attività assicurativa e dovrebbero, pertanto, sottoporsi ai medesimi (stringenti) requisiti e controlli, di solvibilità e stabilità, richiesti alle imprese di assicurazione.

Un ultimo accenno alla responsabilità contabile.

Considerando che il rilievo costituzionale del bene "salute" è pari (se non superiore) al bene "giustizia", occorre prevedere anche per i professionisti sanitari, analogamente a quanto previsto per i magistrati, una limitazione della responsabilità e una definizione espressa e chiara di "colpa grave".

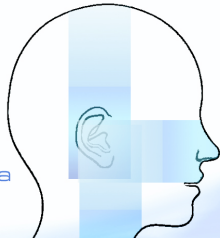
Come è noto, l'art. 2, comma 3, della legge 117/88, prevede: *"3. Costituisce colpa grave la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea, il travisamento del fatto o delle prove, ovvero l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento, ovvero l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione"*.

Senza spingersi, in questa sede, in una ricostruzione normativa, risulta evidente che un criterio simile a quello adottato per la magistratura limiterebbe molto i casi di responsabilità per "colpa grave" commessi dai dipendenti che non hanno alcun rapporto contrattuale nei confronti del paziente-danneggiato sia in sede civile (nell'ambito privato) sia nei casi di responsabilità amministrativa indiretta (nell'ambito pubblico).

Infine, riguardo l'attuazione di quanto richiesto dall'art. 15 della legge 24/2017 e, in particolare, alla necessità che nei giudizi civili e penali vi sia la garanzia che le perizie e le consulenze tecniche di ufficio siano realizzate da professionisti che abbiano una

SIO

Società Italiana
di Otorinolaringologia
e Chirurgia
Cervico-Facciale



Membro IFOS (Federazione Internazionale Società Otorinolaringoiatriche)
Membro FISM (Federazione Italiana Società Mediche)
Membro CIC (Collegio Italiano Chirurghi)

www.sioechcf.it

“specifica e pratica conoscenza di quanto oggetto del procedimento”, occorre rilevare che, nonostante gli accordi fatti dalla FNOMCeO insieme al CSM e al CNF, tale norma è rimasta sostanzialmente inattuata.

La ragione del fallimento deriva dal fatto che gli Ordini professionali possono solo certificare la presenza e l'anzianità di iscrizione del professionista sanitario: nulla, invece, possono dire sulla specifica professionalità, dovendosi obbligatoriamente limitare a quanto viene indicato nei curricula depositati.

L'unica via percorribile per risolvere definitivamente questo importantissima esigenza, è, a nostro avviso, che la FNOMCeO apra un tavolo di confronto sul tema, coinvolgendo anche le associazioni medico-scientifiche che siano oggettivamente (si veda sopra) maggiormente rappresentative delle varie specialità, al fine di definire, in concreto, come dare effettiva ed efficace attuazione all'esigenza di garantire ai magistrati di aver conferito l'incarico ad un professionista sanitario che sia effettivamente competente su quella specifica complicità oggetto del procedimento.

Il Presidente SIOeChCF
Prof. Giovanni Danesi