

Il ruolo del medico legale e delle Commissioni Conciliative nella soluzione delle controversie tra medico e paziente

D. GASPARINI

RIASSUNTO: Il ruolo del medico legale e delle Commissioni Conciliative nella soluzione delle controversie tra medico e paziente.

D. GASPARINI

L'Autore, dopo aver esaminato l'attuale stato del sottosistema della responsabilità professionale medica, ne considera gli svantaggi e prospetta le possibili soluzioni alla luce delle iniziative che più di recente vengono portate avanti in Italia.

SUMMARY: The role of medical examiner and Conciliation Courts in the disputes between surgeon and patient.

D. GASPARINI

The Author examines the present conditions of the professional medical liability and considers his own disadvantages. He proposes the possible solutions on the basis of the recent initiatives grow up in Italy.

KEY WORDS: Responsabilità professionale - Chirurgia - Camere di Conciliazione.
Medical liability - Surgery - Conciliation Courts.

Introduzione

La conflittualità tra medico e paziente è progressivamente in aumento. I motivi sono molteplici, ma vanno ricercati soprattutto nella carenza di dialogo tra i professionisti e i pazienti e nel progressivo venir meno del rapporto fiduciario medico-paziente.

Da svariati anni, ed in particolare con l'introduzione del sistema giuridico europeo, gli stessi cultori del diritto avvertono la necessità di riforme sia in ambito civile sia penale per la responsabilità del professionista medico. Anche recenti convegni nazionali hanno prospettato l'esigenza di portare ad unità questo complesso sottosistema della responsabilità professionale medica. È ancor più attuale la regolamentazione nazionale per l'istituzione di osservatori epidemiologici nell'ambito del Sistema Sanitario Nazionale (SSN) con la prospettiva di raccogliere contributi e lanciare proposte di

soluzione di fronte al progressivo incremento del contentioso. Gli stessi interventi giudiziari hanno ulteriormente complicato il sistema facendo nascere nuove tipologie di danno che sino a pochi anni fa non trovavano riconoscimenti, quali il danno esistenziale, il danno da perdita di chances, il danno psichico da lutto, il danno da perdita del piacere vitale, etc.

Il ruolo del medico legale

Il presente lavoro è supportato dallo studio di innumerose decisioni giurisprudenziali e dalla disamina delle relazioni tecniche civili e penali giunte all'osservazione, nonché da una casistica personale di circa 50 casi presi in carico. Anche se non rilevante per numero, tale casistica rappresenta un campione sufficientemente significativo della Sanità veneta, pur nell'inevitabile disomogeneità delle tematiche e delle situazioni.

Spesso dalle disamine e dalle successive discussioni sono emerse carenze organizzative all'interno dei reparti. Tali problematiche restavano quasi del tutto ignorate all'epoca iniziale di istituzione del SSN, ma con il trascorrere degli anni sono state sempre più avvertite ed indi considerate anche dal Giudicante nelle proprie decisioni giurisprudenziali.

L'intervento giudiziario ha fatto affiorare, talora, conflittualità e situazioni limite all'interno delle strutture sanitarie del tipo più disparato, le quali a loro volta hanno influito sulla qualità delle prestazioni sanitarie. La chiamata giudiziaria ha permesso, altresì, di verificare di fatto le conflittualità che la categoria medica, a torto o a ragione, deve affrontare con il pubblico. I familiari dei pazienti sono i primi che avvertono l'esigenza di far luce sugli aspetti meno noti della prestazione medica resa.

Senza dubbio le aspettative del pubblico sono progressivamente aumentate, il più delle volte basate su dati incompleti e su pregiudizi che la categoria medica per frettosità, per acquiescenza, scarso dialogo o per enfasi non ha saputo dipanare. Dalle richieste espresse talora è emerso che il pubblico ha aspettative nel medico legale di ardua realizzazione, come se egli potesse ricostruire sempre e comunque quanto è già accaduto, magari decenni addietro, basandosi su congettive, senza rigorosi accertamenti scientifici. D'altro canto la categoria medica raramente coglie nell'intervento giudiziario un valido mezzo per difendere la propria immagine professionale o per addivenire al superamento di posizioni personali o di orientamenti scientifici obsoleti, ma ne coglie i soli aspetti sanzionatori. La categoria deve prendere coscienza della necessità di salvaguardare la qualità delle prestazioni, anche in questi momenti di recessione economica; solo così potrà risollevarsi dalla crisi d'identità, là ove stanno divenendo sempre più pressanti istanze che di sanitario hanno valenza sempre minore.

Quando le istanze del cittadino non hanno trovato adeguata risposta da parte delle strutture sanitarie, siano esse private oppure pubbliche, subentra a torto o a ragione, una sfiducia nella Sanità che incide notevolmente sulla stessa salute del singolo e di riflesso della collettività. La salute è un bene protetto e lo Stato non può ignorarlo; ma il cittadino, oltre a non trovare alcun ristoro, ben difficilmente si rivolgerà di nuovo alla Sanità pubblica per trovare ulteriori rimedi e volgerà lo sguardo altrove, magari su forme di cura alternativa con garanzie ben minori. Oggidì il medico di famiglia è spesso gravato dalle incombenze burocratiche, talora coinvolto nelle medesime problematiche che si riscontrano negli ospedali, e non riesce a soddisfare appieno le istanze del cittadino. È qui che dovrebbe intervenire il consulente medico legale quale garante d'imparzialità. La sua opera, se adeguatamente responsabilizzata, rappresenta l'unica possibilità per il malato di ritrovare la propria serenità, oltre all'eventuale legittimo risarcimento.

L'intervento del medico legale risulterà tecnico, ma potrà indicare degli iter da seguire che sconfinano nel giuridico, senza trascurare gli aspetti sanitari. Spetterà a lui, in base alle sue conoscenze giuridiche,

indirizzare il malato verso la scelta operativa più adeguata. Le possibilità infatti, seppur limitate, sono pluri: 1) potrà far intendere al malato che le sue insoddisfazioni non sono imputabili ad alcunché di scorretto, di inappropriato o inadeguato, ma che esse sono riconducibili a puri eventi imprevisti e a complicanze insiti nella natura stessa della malattia o dell'intervento terapeutico; 2) potrà anche far intendere al malato che per tutta una serie di sfortunate coincidenze ed eventi sarà arduo che egli trovi un adeguato soddisfacimento alle proprie speranze; 3) potrà poi indicargli le strade più consone da seguire e che possono essere rappresentate dal Tribunale del Malato, dal Difensore Civico Regionale oppure dal legale di fiducia.

Ciò che comunque si rileva foriero di imprevisti e di ingiustificabili strascichi è l'inopportuno avvio della pratica giudiziaria senza che vi sia stata una preventiva consulenza medico legale. Ciò avviene, seppur non sia frequente.

Soluzioni alternative all'iter giudiziario

Se pensiamo che ogni anno in Italia sorgono circa 180.000 contenziosi per problemi collegati più o meno direttamente con la malasanità e che le strutture giudiziarie preposte non riescono a far fronte alle istanze in tempi adeguati, ci si rende conto come da più ambienti siano state prospettate soluzioni alternative all'iter giudiziario. Esse presentano sulla carta alcuni vantaggi rispetto all'iter giudiziario. Di recente è stata prospettata l'istituzione degli arbitrati e di una polizza assicurativa per il malato al momento del ricovero ospedaliero. In linea teorica ciò permetterebbe una rapida soluzione della controversia a costi molto contenuti, se non nulli, e potrebbe risultare vantaggiosa per le problematiche meno complesse.

Le stesse polizze assicurative ospedaliere ormai prevedono una franchigia sino ad una certa somma sotto la quale interviene direttamente l'Ente Ospedaliero con le proprie risorse finanziarie. Ciò serve per contenere i premi assicurativi che si stanno facendo sempre più onerosi. È ben auspicabile anche per l'Italia l'istituzione di un unico fondo collettivo d'indennizzo, senza gli attuali interventi delle svariate compagnie assicuratrici che gestiscono il mercato.

L'istituzione di Commissioni Ospedaliere per la valutazione della qualità era prevista ancora negli anni Ottanta, ma non sembra vi siano state valide attivazioni, né che le medesime abbiano comportato vantaggi di sorta. Merita far notare che di recente, a seguito di modifiche del Codice di Procedura Civile, l'accertamento tecnico preventivo (ATP) può essere accolto con ben più alta frequenza da parte dei Giudicanti, divenendo un altro valido mezzo a disposizione del cit-

tadino e del legale per una più rapida soluzione delle vertenze.

V'è poi il problema non indifferente dell'obbligatorietà dell'azione penale, che tutti questi organismi di recente o istituita costituzione non potranno mai risolvere appieno. Del resto, come già accennato, tali organismi sono attivati solamente previo consenso delle parti. La loro opera va inquadrata soprattutto nell'azione informativa e chiarificatrice che possono svolgere verso il pubblico. Gli Ordini, da tempo operati da compiti burocratici e storditi dalle normative di continuo emanate, recupererebbero buona parte dei loro compiti istituzionali e riprenderebbero a svolgere quell'autentica azione deontologica, oggi troppo limitata dagli atti formali. Lo stesso decreto istitutivo dell'Ordine Professionale (D. Lgs. C.P.S. 13 settembre 1946, n. 233) all'articolo 3, lett. 9, elenca tra le funzioni spettanti ai Consigli Direttivi quella di "interporsi, se richiesto, nelle controversie fra sanitario e sanitario, o fra sanitario e persona o enti a favore dei quali il sanitario abbia prestato o presti la propria opera professionale, per ragioni di spese, di onorari e per altre questioni inerenti all'esercizio professionale, procurando la conciliazione della vertenza e, in caso di non riuscito accordo, dando il suo parere sulle controversie stesse". Il progetto "Accordia", attuato nel corso dell'anno 2005 presso l'Ordine dei Medici di Roma, ne rappresenta una valida sperimentazione, tanto che ora è stato riproposto a Treviso.

Esistono altre prospettive per la soluzione stragiudiziale dei conflitti: le Società Scientifiche possono ben svolgere un'azione quasi analoga a quella ordinistica, anzi forse ancor maggiore sotto l'aspetto tecnico. Il loro intervento attraverso idonei e competenti componenti all'interno di ben strutturati osservatori e/o commissioni è auspicato da molte parti. Esisterebbe poi la soluzione legislativa, ovvero potrebbe essere introdotta una modifica sostanziale della normativa vigente. Sull'esempio dei Paesi Anglosassoni, che da tempo considerano la responsabilità oggettiva, e sull'esempio della Francia, paese in cui già da alcuni anni è stata introdotta una responsabilità senza colpa ("sans faute"), è possibile considerare anche per l'Italia l'introduzione di opportune modifiche ai Codici Civile e Penale vigenti e far sì che il cittadino danneggiato da prestazioni sanitarie possa ottenere il giusto indennizzo economico o altre forme di ristoro, se possibile senza che il professionista coinvolto ne abbia pregiudizio. Il danno infatti che ne deriva al professionista in caso di contenzioso è notevole, anche in caso di assoluzione. Nel diritto penale italiano vige il principio di uguaglianza per tutti i cittadini, professionisti in toto compresi, e non sono previste forme differenziate di sua applicabilità a seconda dello status professionale. Tuttavia si possono intravvedere spiragli diversi, se si considera che con la

nascita del SSN in Italia sono state introdotte normative sempre più specifiche per l'ambito sanitario. Ricongiderare come l'attività sanitaria, e quella medica in particolare, presentino particolarità loro proprie, diverse rispetto ad altre e per così dire *sui generis*, non risulta assolutamente aleatorio e può ben essere ricongiderata per norme che attengono alla responsabilità. Del resto si è sempre ritenuta l'attività sanitaria, e quella medica in particolare, un'attività "atipica", non paragonabile a quella di altri professionisti. Si vede in questo un motivo valido per cui anche la responsabilità possa trovare norme più adeguate per lo specifico ambito sanitario. L'introduzione di tali norme specifiche, che salvaguardino il professionista sia nella propria immagine sia nella propria specifica attività, potrà ben rappresentare un'altra valida soluzione alla conflittualità medico paziente.

Esiste poi la possibilità anche in Italia dell'intervento del Difensore Civico, per lo meno nelle Regioni le cui normative prevedono il suo intervento in ambito sanitario pubblico o convenzionato. La Toscana è forse la regione che al momento ha maggiormente valorizzato questo Ufficio Pubblico, l'intervento del quale, nelle problematiche sanitarie, svolge una funzione di mediazione tra le parti, ma nel contempo può intervenire con decisioni vincolanti e, a mio avviso, svolgerà un'azione sempre più incisiva e marcata nel prossimo futuro, affiancandosi agli Organismi Giudiziari.

La soluzione tuttavia più semplice e meno gravosa per tutte le parti è rappresentata dalla Conciliazione e a tale proposito meritano rilievo le numerose iniziative assunte da svariate istituzioni pubbliche e private, tra le quali va ancora una volta citato lo Sportello di Conciliazione sperimentato di recente presso l'Ordine dei Medici di Roma. Ancor meglio normata e regolamentata, grazie alla piena autonomia amministrativa riconosciuta alla Provincia Autonoma di Bolzano, risulta la Commissione Conciliativa per le questioni di responsabilità medica (L. Prov. 5 marzo 2001 n. 7 e Decreto Prov. 18 gennaio 2007 n. 11). Espletati gli atti formali di nomina, nell'agosto di quest'anno detta commissione ha iniziato ad operare per l'Alto Adige.

Le Commissioni Conciliative

Gli USA, che pur sono all'avanguardia in fatto di tecnologia e di ricerca scientifica, sono in testa per gli errori medici. Colpisce nel caso americano la radicalizzazione del problema, che è gestito con un elevatissimo tasso di conflittualità e che vede praticamente tutti contro tutti: Compagnie Assicurative, Stati, associazioni professionali, singoli medici, avvocati, giudici e, naturalmente, anche i pazienti danneggiati. Stante questa situazione, è ben difficile che,

almeno a tempi brevi, possa sorgere negli USA un sistema regolamentato di conciliazione per malpractice. L'unico paese dal quale è possibile trarre esperienza è la Germania. In Germania, a partire dagli anni Settanta, sono nate presso gli Ordini Professionali dei Medici le *Gutachterkommissionen* e *Schlichungstellen*, organismi camerale sorti al fine di favorire, grazie al loro alto grado di competenza e di obiettività, una rapida conciliazione stragiudiziale delle controversie in tema di responsabilità medica, nell'interesse di entrambe le parti coinvolte in questo tipo di contenzioso. Esistono in tutto il territorio federale nove *Gutachterkommissionen* (Commissioni di Approvazione) e *Schlichungstellen* (Uffici di conciliazione) ormai attivi da oltre 25 anni. Le *Gutachterkommissionen* si fermano alla valutazione della condotta medica, aiutando paziente e medico a capire quando la pretesa risarcitoria è, rispettivamente, fondata o infondata, mentre gli *Schlichungstellen*, esponendo le ragioni della eventuale responsabilità del medico, concludono il procedimento con una proposta conciliativa formulata direttamente all'impresa assicuratrice, che è parte del procedimento degli *Schlichungstellen*. L'esito della controversia dipende sempre e comunque da una negoziazione diretta tra il paziente (ed i suoi legali) e l'impresa assicuratrice, che si svolge sulla base dei risultati ottenuti nel procedimento dinanzi alle Commissioni e che si conclude con un semplice accertamento o con una proposta conciliativa. Lo svolgimento del procedimento dinanzi alle *Gutachterkommissionen* e nei *Schlichungstellen* presuppone l'adesione volontaria delle parti. Il procedimento è gratuito, e le spese sono sostenute dalle *Ärztekammern* (Ordini dei Medici). È prevista una iniziale richiesta scritta. Nel 2000, le Commissioni Conciliative hanno registrato 9.666 domande di intervento. Il 30% di queste istanze non sono state trattate nel merito per la presenza di impedimenti in genere riguardanti l'assenza di alcuni requisiti di base. Dei 6.372 casi trattati nel merito, il 66% circa sono stati decisi a favore del medico e 1.749 casi si sono conclusi con esito favorevole al paziente (il 27,4%). L'importanza dell'esperienza delle *Gutachterkommissionen* e degli *Schlichungstellen* va ricercata nel loro forte effetto deflativo rispetto al carico giudiziario ordinario, nella maggiore economicità del sistema e nella riduzione sensibile dei tempi di risoluzione delle controversie, anche in caso di prosieguo giudiziario.

Esperienze assimilabili a quella tedesca si sono avviate anche in Austria dalla metà degli anni Ottanta, sempre su iniziativa degli Ordini Professionali di ogni Bundesland.

In Italia purtroppo mancano analoghe esperienze di lunga durata e per di più vi è la tendenza ad improvvisare le soluzioni a secondo delle varie pressioni senza un attento vaglio medico legale. La prima a soffrirne è l'imparzialità del giudizio tecnico, da cui poter poi trarre le conseguenti decisioni. La composizione degli organi tecnici risulta particolarmente importante. Si deve trattare di componenti del tutto estranei al procedimento, neutrali anche professionalmente, per poter accettare in forma imparziale l'errore, ricostruire i fatti intervenuti e quantificare il danno obiettivamente. Se vengono lasciati margini di incertezza e di opinabile soggettività clinica, l'iter prosegue giudizialmente e si annullano gli indubbi vantaggi della rapidità. Solamente un medico legale (meglio se più medici legali) del tutto estraneo professionalmente al fatto clinico e slegato da possibili connivenze può garantire quella dovuta e necessaria neutralità atta a ristabilire il dialogo compromesso tra medico e paziente.

La Provincia Autonoma di Bolzano, nell'istituire di recente le Commissioni Conciliative, ha previsto quali loro caratteristiche la volontarietà, la gratuità e la non vincolatività. Indubbiamente esse stanno svolgendo un'azione di freno sui conflitti, prevenendoli e abbreviando sia i tempi tecnici dell'indagine sia quelli della vertenza. Altresì esse svolgono una lodevole azione informativa verso i pazienti di gran lunga maggiore rispetto a quella giudiziaria. La composizione di tali Commissioni Conciliative prevede esplicitamente la presenza e l'intervento di uno o più medici legali, perché il clinico può essere insostituibile per l'individuazione dell'errore tecnico, ma il suo intervento può solo essere fuorviante in caso di valutazioni circa il nesso causale, il danno, la colpa e l'elemento soggettivo della condotta professionale, senza trascurare il suo possibile personale coinvolgimento professionale nella tematica. L'iniziativa che sta portando avanti la Provincia Autonoma di Bolzano, con l'intervento del rispettivo Ordine Professionale e di altri Servizi Pubblici, rappresenta la soluzione maggiormente garantista sia per il cittadino sia per il professionista. Si auspica che analoghe iniziative vengano progressivamente prese anche dalle altre Regioni.

I principi che devono ispirare queste Commissioni Conciliative sono stati espressi; non è tecnicamente possibile indicare altre concrete modalità operative delle medesime, in quanto le tematiche possono variare *ad libitum* e si può andare dalla problematica ospedaliera, all'ambulatoriale etc., così come possono essere coinvolti i servizi sanitari e le discipline più disparate.

Bibliografia di riferimento

1. Barach P, Small SD. Reporting and preventing medical mishaps: lessons from non-medical near missreporting system. Br Med J 2000;320:759 ss.
 2. Barni M. La responsabilità medica verso il difficile approdo dell'assicurazione obbligatoria, Resp. Civ Prev 2000;830.
 3. Bilancetti M. La responsabilità penale e civile del medico, Padova, Cedam, 2001 (IV ed.).
 4. Breda R, Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria, in Danno Resp, 2001; 209.
 5. CENSIS. Rischi ed errori nella sanità italiana. La gestione delle responsabilità nelle politiche assicurative per la salute. Roma, 21 febbraio 2001.
 6. Fiori A. Medicina legale della responsabilità medica. Vol. I, Ed. Giuffrè Milano 1999-2000.
 7. Forestieri G (a cura di). Risk Management. Strumenti e politiche per la gestione dei rischi puri dell'impresa, EGEA, 1996.
 8. Introna F. È possibile introdurre l'assicurazione obbligatoria per responsabilità professionale? Riv It Med Leg 1997;4-5, 1121.
 9. Intronà F. Metodologia medico-legale nella valutazione della responsabilità medica per colpa. Riv It Med Leg 1996;6:1295.
 10. Intronà F. L'epidemiologia del contenzioso per responsabilità medica in Italia ed all'estero, Riv It Med Leg 1996;1:71.
 11. Izzo U, Pascuzzi G. La responsabilità medica nella provincia autonoma di Trento. Provincia Autonoma di Trento anno 2003 (in particolare pagg. 173-212).
 12. Longo P. Responsabilità medica e consenso informato in Germania e in Italia, in Dir Econ Ass 1997;261.
 13. Loré C, Martini P. Sulla responsabilità penale degli amministratori di strutture sanitarie, Riv It Med Leg, 1998; 3:403-412.
 14. Palmiere C, Picchioni DM, Molinelli A, Celesti R. Carenza delle strutture sanitarie:a chi la responsabilità, Difesa Sociale-2004;2:99-114.
 15. Pontonio F. La responsabilità professionale del medico nella prospettiva europea, Resp Civ Prev, 1993;22.
 16. Rossetti M. Errore complicanza e fatalità: gli incerti confini della responsabilità civile in ostetricia e ginecologia, in Danno resp, 2001;12.
 17. Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant'Anna di Pisa, La responsabilità sanitaria tra valutazione del rischio e assicurazione. Progetto di Ricerca dei Proff. G. Comandé e altri.
 18. G. Venturello M. L'esperienza francese, tedesca e di common law, Giur. it., 1995;1:790.
 19. Zambrano V. Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato. Napoli, E.S.I., 1993.
-