

PRESENTAZIONE
di
MICHELE FILIPPELLI

L'idea di realizzare e curare un manuale scientifico sulla responsabilità sanitaria in Italia scaturisce dal desiderio di riunire in un'unica opera la principale e più rilevante normativa attinente ad un vasto istituto che vede abbracciare diversi settori della società, i quali, inevitabilmente, si troveranno sempre più frequentemente in contatto tra loro.

Il binomio scienza giuridica e scienza medica non ha avuto quel collante dovuto e sperato, finalizzato all'armonizzazione delle regole rotanti intorno al più complesso istituto di specie, ma, al contrario, la doppia velocità delle due comunità scientifiche spesso ha creato frizioni.

Il Legislatore stesso, in un contesto di produzione legislativa oltre misura, negli anni, purtroppo, non è riuscito a intervenire tempestivamente per mettere ordine a tesi dottrinali e giurisprudenziali che, gutta cavat lapidem, inevitabilmente hanno, da una crepa, iniziato a creare profondi solchi interpretativi nell'ordinamento giuridico e nel silenzio prolungato della legislazione nazionale e regionale.

Verrebbe comodo pensare che troppi siano gli interessi privati che poggiano sul piatto della bilancia e che fungono da contrappeso ai nobili principi della prevenzione, dell'assistenza e delle cure, costituzionalmente garantiti ma spesso passati in secondo piano rispetto alle crude convenienze economiche e di gestione delle strutture sanitarie e delle compagnie assicurative.

Né la giurisprudenza prodotta nel Paese, in questi anni, ha contribuito a rendere chiaro un quadro in cui gli operatori giuridici, sanitari e amministrativi del settore si sono dovuti muovere tra molteplici incertezze del diritto, figuriamoci delle pene.

Quasi a macchia di leopardo in Italia, i singoli orientamenti giurisprudenziali, hanno confermato, tra distretti di corte di appello, circondari di tribunali e, al loro interno, finanche semplici sezioni, una pluralità di pronunce radicalmente contraddittorie, sia in punta di diritto sostanziale che in punta di diritto processuale, abbandonando contemporaneamente nel caos gli utenti, che da un lato lamentavano la lesione di un diritto, e i loro difensori, che dall'altro lato avanzavano, nell'interesse dei primi, una pretesa finalizzata all'accertamento di una condotta illecita dell'esercente la professione sanitaria.

Gli interventi legislativi in materia del 2012 e del 2017 hanno tentato di porre un limite all'ormai sconfinata libera apprezzabilità dei giudicanti e alle sempre più frequenti ragioni, in alcuni casi temerarie, degli avvocati, ottenendo però non grandissimi risultati, seppur chiarendo alcuni aspetti di preliminare rilevanza.

Superando la teoria del contatto sociale, infatti, è stato chiarito il rapporto giuridico contrattuale che nasce tra il cittadino/paziente e la struttura sanitaria e quello extracontrattuale tra il cittadino/paziente e l'esercente la professione sanitaria all'interno della struttura, sia pubblica che

privata.

Ciò non è da considerare in maniera residuale, poiché il suddetto aspetto comporta come effetti una serie di incastri giuridici volti a un riordinamento delle posizioni delle parti; tant'è che per il cittadino/paziente sarà preferibile individuare quale interlocutore e controparte processuale chi avrà in capo a sé l'obbligo di dimostrare l'avvenuto ed esatto adempimento avverso un danno lamentato e che potrà essere richiesto in un arco temporale di dieci anni.

Ed ancora, in un'ottica deflativa del contenzioso, giunto ai limiti della sua straordinaria gestibilità, è stato introdotto, quale condizione di procedibilità, l'accertamento tecnico preventivo finalizzato al tentativo di conciliazione, ex art. 696 bis c.p.c.

Quest'ultimo, senza dubbio, rappresenta un aspetto rilevante e innovativo che ha trasformato in una alternativa, meno praticabile anche se più vantaggiosa come costi, la procedura di mediazione e conciliazione, inizialmente considerata unico strumento obbligatorio da espletare ancor prima di introdurre un giudizio.

Tra le novità più discusse da una vivace comunità scientifica medica troviamo l'introduzione del sistema delle linee guida, per ogni settore scientifico e specialistico, che racchiude le precise indicazioni, rivolte al sanitario, delle condotte da seguire di fronte alle diverse prestazioni preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale; anche in questo caso appare legittimo chiedersi se davvero per ogni settore vi sia una linea interpretativa scientifica tale da godere dell'unanimità o quasi delle correnti dottrinali o, al contrario, tale scelta abbia alimentato le distanze tra le varie scuole di pensiero, fedeli alle determinazioni delle rispettive attività di ricerca e, pertanto, divergenti tra loro.

Invero, il rispetto delle raccomandazioni previste dalle linee guida o, in mancanza di queste, delle buone pratiche clinico – assistenziali, che si pone alla base dell'auspicato superamento della colpa lieve, non esaurisce il fine della norma, specie alla luce del richiamo della Suprema Corte, pochi mesi dopo l'entrata in vigore della legge n. 24 del 2017, al capoverso dell'articolo 6 che condiziona il rispetto delle raccomandazioni previste alla adeguatezza della specificità del caso concreto, aprendo, con ciò, un nuovo varco penale all'imperizia.

Anche chi dovrebbe essere al vertice del controllo regionale, con una posizione di autonomia e indipendenza e con una funzione rivolta al solo interesse del cittadino, stenta a trovare la luce, nonostante la sua espressa previsione legislativa.

L'istituzione e la nomina della figura del garante per il diritto alla salute è di competenza delle regioni, così come, giova ricordarlo, è di loro competenza anche l'esclusivo governo gestionale del settore sanitario; queste avranno soltanto la facoltà e non l'obbligo di affidare all'ufficio del difensore civico le funzioni del garante, potendo, pertanto, discrezionalmente decidere in qualità di "controllate" se e quando nominare il "controllore".

L'opera, suddivisa in sezioni, nella sua apertura affronta ed espone l'evoluzione storica dell'attuale impianto normativo della responsabilità sanitaria, individuandone al suo interno le figure protagoniste,

i sistemi di sicurezza e prevenzione, nonché gli strumenti di superamento dei limiti e delle arretratezze all'interno della formazione professionale e scientifica dei sanitari.

Le sezioni centrali del manuale rappresentano il fulcro all'interno del quale sono enucleate sia le diverse tipologie di responsabilità, sia la poliedricità del danno, la sua individuazione e il legame eziologico tra la condotta e l'evento lesivo.

L'opera conclude il suo percorso analizzando tutti gli aspetti procedurali/stragiudiziali, le intere fasi processuali e la nuova formazione probatoria, senza tralasciare i profili deontologici degli avvocati, dei consulenti, dei periti e i relativi rapporti di colleganza.

Auspico, anche sotto il profilo dell'impegno di questi ultimi mesi che ha coinvolto con passione e acribia tanti autorevoli e scrupolosi Autori, che il presente lavoro possa essere non solo un utile strumento di studio e di approfondimento scientifico ma, ancor di più, uno stimolo di attenta e profonda riflessione per gli operatori del diritto, della medicina, della governance delle strutture sanitarie, del ramo assicurativo e del brokeraggio assicurativo i quali avranno l'occasione di consultarlo.

PREFAZIONE

di

PAOLO ARBARELLO

L'evoluzione storica e normativa della responsabilità sanitaria in Italia muove da un profondo sconvolgimento culturale che negli ultimi 20 anni ha completamente mutato il rapporto tra operatori, strutture sanitarie, imprese assicurative da un lato ed i "cittadini – pazienti" dall'altro.

"Cittadini – pazienti" non è termine scelto a caso, giacché esso sta a significare che, negli ultimi 100 anni, si è passati attraverso epocali mutamenti sociali, istituzionali, legislativi e giuridici dai "malati" ai "pazienti" e poi ai "cittadini – pazienti".

Ed è distinzione, questa, non tomistica o teorica, ma tutt'affatto corrispondente alla realtà.

Così come del tutto realistica è la constatazione della perdita totale di un ruolo egemone, patriarcale, singolo, paternalistico del "dottore" trasformatosi nelle funzioni dell'operatore sanitario sempre più includibilmente interconnesso ai colleghi, all'equipe, alle strutture, alla tecnologia.

Con una perdita d'egemonia che è, però, lungi dal trovare l'equilibrio corretto da un lato, tra una antica libertà d'azione e di pensiero, peraltro non sempre scevra di errori e conseguenze nella gran parte misconosciute e non sanzionate; e, dall'altro, con un crescente, fuorviante, deviante preoccupazione, più delle eventuali conseguenze negative degli esiti del proprio agire che del successo della propria azione.

Se a ciò si aggiunge l'esplosione dell'informazione massmediologica, quasi sempre approssimativa, interessata, ascientifica e fuorviante, si compone una tavolozza a tinte fresche ove l'unica parte fascinosa è quello spicchio di cielo rappresentato dalla forte crescita giuridica e legislativa di tanti "diritti", ma, per l'appunto, del cittadino, cittadino – paziente (non a caso nella locuzione venendo, l'ammalato, dopo).

E ciò perché naturalmente il primo motore di tutto è il "diritto alla salute" che ha di gran lunga sopravanzato il "diritto del malato" con ciò, aprendo scenari totalmente futuribili ma anche squilibri sovente sottocitati.

Primo tra tutti il diritto al ristoro di un danno subito: questo sì, diritto negli ultimi anni esponenzialmente assottigliatosi proprio al verso dei grandi ma sovente sol teorici ed evanescenti proclami sul diritto alla salute.

E, per venire all'ultimo provvedimento legislativo, si è anche assistito all'innescò, tutt'affatto nuovo, di un "conflitto risarcitorio" tra paziente e aziende e tra aziende e loro dipendenti operatori – sanitari. Ma purtroppo, di tali paventati pericoli, gli ultimi interventi legislativi ad onta di quanto esperti e società scientifiche avessero sostenuto in tutte le sedi parlamentari possibili, non hanno tenuto alcun conto.

Sicché è nato un ircocervo (la c.d. Legge Gelli) che anziché semplificare, (come peraltro è ovvio in un Paese nel quale, per aprire un'officina di riparazione meccanica, necessitano 85, diconsi ottantacinque diverse autorizzazioni!), ha ulteriormente complicato l'iter degli accertamenti in ambito di responsabilità medica.

Infatti, uno degli scopi di tale provvedimento, era di ridurre la portata di natura penale del contenzioso e/o di attenuare la responsabilità penale dei sanitari, ed invece, l'unico effetto che ha prodotto è che si è giunti, per tabulas, alla ratifica della rivalsa delle Aziende Sanitarie sui propri dipendenti...

Ma, a voler essere indulgenti con i legislatori, ed è davvero fatica di Sisifo, tutto l'impianto legislativo nuovo, qualcosa di positivo avrebbe potuto produrre se, almeno, fosse stato previsto in qualche modo (e magari pure con qualche franchigia) l'obbligo della tutela assicurativa per tutti, aziende in primis.

Ma così non è stato.

Tutto ciò, come si dice nelle Aule di Giustizia, al solo scopo di non nascondere nulla di quanto è a nostra conoscenza e di far conoscere ai lettori ed agli studiosi, non certo la verità assoluta che non è di questo mondo, ma almeno qualche veritiera interpretazione della realtà.

Ed è ben vero che nel volume che Michele Filippelli con tanta costanza, volontà e competenza ha voluto dare alle stampe, il lettore e lo studioso troveranno utilissime indicazioni su tutti gli aspetti della responsabilità sanitaria in ambito civile, penale ed amministrativo, con moltissimi pregevoli suggerimenti pratici per tutti gli operatori.

Al professor Filippelli va, doverosamente, un ringraziamento doppio: per aver avuto l'idea assai innovativa di un tale prodotto editoriale e, soprattutto per aver assolto ad un non facile compito di seguire, assemblare ed assecondare tutte le singole pregevoli identità culturali chiamate a produrre questa difficile, ma utilissima opera.

PREFAZIONE
di
FABRIZIO BENEDETTI VALENTINI

Il rapporto fiduciario Medico / Paziente è stato progressivamente eroso tanto da essere al giorno d'oggi quasi inesistente.

Sia in Italia che nel resto del mondo la politica, la burocrazia e gli affari hanno invaso la sanità, non certo preoccupati della sua efficienza e della salute della gente, quanto mossi dal fine principale, anche se non dichiarato, di continuare a trattarla come la propria greppia predestinata.

La stessa "politica", concetto del tutto trasversale, che è incapace o nolente di imporre regole e freni alla smodata cupidigia e al lucro, talora osceno, delle grandi industrie farmaceutiche o dei "presidi" in genere, nomina poi le proprie creature nelle posizioni direttive delle amministrazioni sanitarie perché portino acqua al proprio mulino, e non esita a tagliare i fondi del Sistema Sanitario Nazionale al primo segnale che la costringa ad una diminuzione del deficit.

La burocrazia, per sua stessa natura anelastica, preconcepita e ridondante, talora anche non volontariamente, si pone come un elemento frenante principe delle migliori iniziative mediche e della flessibilità indispensabile in tutte le cose umane: quando un paziente viene considerato come....una "pratica", e si impone al medico di trattarlo come tale, non si aiuta la soluzione dei problemi delle cure, ma si spinge il vagone verso il baratro.

Anche gli "affari" si sono insinuati progressivamente come un malcostume di ogni genere: i prezzi esorbitanti e tollerati dei materiali e dei farmaci, le iniziative volte alla moltiplicazione dei trattamenti, la pubblicità talora sconsiderata ed eludente delle problematiche dei pazienti e di rimedi non sempre condivisibili e così via.

Negli "affari" vanno poi inclusi i sistemi assicurativi, sia dei Medici che dei pazienti, il contenzioso ormai assurdamente frequente in medicina e, soprattutto, in chirurgia, spesso innescato "all'americana" da legali di pochi scrupoli, o i sistemi tipo..... "io ti do la convenzione, tu mi finanzia la campagna elettorale" di cui ormai da tempo hanno parlato i mezzi di informazione.

I "media" d'altro canto hanno sostanzialmente contribuito a rendere fosche le tinte della sanità. E' ovvio: le decine di migliaia di Medici che ogni giorno, e ogni notte, fanno il loro dovere anche in condizioni di grave disagio non fanno notizia, ma il saltuario che sbaglia sì.

E poco importa se spesso la "malasanità" nasce da "malagestione della cosa pubblica"! Come è dunque possibile evitare di avere una "medicina difensiva"?! Risultano patetici i tentativi di negarne l'esistenza.

Siamo senza alcun dubbio nel pieno di una grave crisi morale, sociale ed intellettuale anche nel campo più sensibile delle cose umane che è quello della Medicina. Una crisi nella quale non dovrebbe esservi posto per la passiva osservazione, ma largo spazio per le iniziative propositive di soluzioni meditate che iniziano dalla approfondita conoscenza dei problemi, delle leggi, delle prospettive di evoluzione. Comprendere l'oggi per guardare al domani.

Michele Filippelli, che è Avvocato e Docente articolato, attento osservatore della realtà sociale contemporanea non meno che accorto conoscitore del Diritto, non ha mancato questo appuntamento con la tempestività della docenza, scegliendo uno dei moduli più snelli e flessibili per proporre all'esigenza conoscitiva di molti, iniziati o no, professionisti o semplici appassionati, giovani entusiasti o meditabondi maturi, quanto di più aggiornato e valido si possa oggi coordinare.

PREFAZIONE

di

FABRIZIO CRISCUOLO

La disciplina della responsabilità in ambito sanitario ha subito negli anni alterne vicende, attraverso fasi nelle quali si riteneva che essa potesse integrare, all'interno del sistema dell'illecito civile, un sottosistema autonomo e conchiuso; fasi segnate dal tentativo di ricondurla nell'area delle norme dettate per l'esercizio di attività pericolose; fasi segnate dal diverso tentativo, prevalentemente

giurisprudenziale, di ricondurla nell'area dell'inadempimento, fin quando con la riforma del 2012, pur nella quasi indifferenza della giurisprudenza che sin dal '99 si attestava sull'opzione contrattuale, sembrò definitivamente rientrare tra le griglie dell'illecito aquiliano.

Senonché, anche nella circostanza da ultima richiamata, il Legislatore ha sempre esitato nel rinvio all'art. 2043 c.c., stentando, oltretutto, a chiarire l'effettivo rapporto tra responsabilità civile e responsabilità penale e indugiando, quanto all'accertamento di quest'ultima, circa le conseguenze sul piano risarcitorio, su categorie marginali come, ad esempio, quella della "colpa lieve".

Non a caso la Commissione di esperti costituita nel 2015 presso il Ministero della Salute e presieduta da Guido Alpa si affannò a riscrivere interamente il testo dell'art. 3 della Legge Balduzzi eliminando il fuorviante riferimento alla colpa lieve, discernendo nettamente la responsabilità penale dalle conseguenze risarcitorie e facendo definitiva chiarezza su ciò, che, dinnanzi al Giudice civile, il medico sarebbe stato chiamato a rispondere a termini dell'art. 2043 c.c., mentre dinnanzi al Giudice penale il mancato rispetto delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dal Ministero avrebbero certamente implicato dolo o colpa grave.

Quel testo, così riscritto, è stato poi rielaborato dal Parlamento, fatto confluire in una pluralità di disposizioni, con il pur vero apprezzabile intento di discernere più nettamente le conseguenze civili da quelle penali, fino ad essere definitivamente approvato dall'Aula del Senato il 28 febbraio 2017.

Tralascero, ratione competentiae, ogni valutazione in ordine all'impatto che la nuova disciplina ha provocato sul piano della responsabilità penale, non potendomi tuttavia esimere dal coglierne l'evidente finalità di alleggerire la responsabilità del medico, escludendone addirittura la punibilità tutte le volte che egli abbia rispettato le linee guida e le buone pratiche e che queste ultime si siano mostrate adeguate al caso.

Qualche breve riflessione, per contro, sul piano delle conseguenze sulle categorie civilistiche: anzitutto è prevalsa la preoccupazione di fare chiarezza a priori circa la natura della responsabilità, l'art. 7 della legge disponendo che la struttura, pubblica o privata, risponde sempre a termini degli articoli 1218 e 1228 c.c. per le condotte dannose dei professionisti, anche se indicati dal paziente e se non collegati con la struttura medesima da rapporto di lavoro subordinato; questi ultimi, invece, sono sempre chiamati a rispondere ex art. 2043 c.c..

La questione, di là da rilievi di tipo metodologico, viene considerata centrale nel contesto della riforma anche se, forse, così centrale non è.

La lettura per la quale il riconoscimento della natura extracontrattuale della responsabilità in parola implichi necessariamente un arretramento della tutela in considerazione ad esempio della impossibilità in sede aquiliana di ricorrere al principio di 'vicinanza della prova' o al meccanismo delle presunzioni appare invero piuttosto semplicistica.

Se da un lato, infatti, non può trascurarsi che la disciplina della responsabilità civile è sempre più una disciplina giurisprudenziale e che la legge ha ormai una scarsa attitudine ad imporre modelli preconfezionati in epoca di 'evaporazione del nesso causale' e di 'preponderanza evidenziale',

dall'altro, preme richiamare posizioni sempre più diffuse nel senso di considerare ormai come dato acquisito quello della esigenza di uniformità della disciplina applicabile agli illeciti, a prescindere dalla loro fonte.

Una volta di più, in questa materia, si mostra imprescindibile la ricostruzione del percorso giurisprudenziale dei due modelli di responsabilità (quella della struttura e quella del professionista). Questo percorso appare inizialmente segnato da punti di contatto e da sovrapposizioni poi da autonomia e complementarità.

Quanto alle elaborazioni in punto di responsabilità della struttura, esse costituiscono il compimento di una evoluzione della disciplina del settore, anche perché la specificità di esse va rinvenuta nella complessità delle valutazioni, necessariamente oscillanti tra opzioni terapeutiche e scelte organizzativo/aziendali.

Né può escludersi interferenza tra questi diversi ordini di valutazione se solo si ha riguardo alla circostanza per la quale spesso la professionalità del sanitario può realizzarsi solo in un contesto correttamente organizzato come pure al fatto che il medico che agisca comunque, pur nella perfetta consapevolezza dei deficit strutturali-organizzativi, difficilmente potrà dirsi esente da responsabilità professionali.

Ed invero, egli sarà responsabile, come insegna una giurisprudenza ormai consolidata, non soltanto se ha contribuito al verificarsi del danno, se lo ha aggravato o non ha evitato che si propagasse, ma perfino laddove non si sia peritato di neutralizzarlo, o prodigato per impedirne l'insorgenza: così per Cass. 27 ottobre 2015, n. 21782, ad esempio, il medico risponde se non ha informato il paziente della indisponibilità, presso una determinata struttura ospedaliera, di talune apparecchiature, sì da permettergli di esercitare al meglio, al di fuori dei casi di intervento urgente, il diritto di scegliere con quale struttura concludere il contratto di ospedalità o, per Corte dei Conti della Puglia 15 gennaio 2001, n. 8 è responsabile se non si astiene dall'operare ove le strumentazioni, attrezzature od apparecchiature siano all'evidenza inadeguate alla cura dei pazienti.

Al contempo, la responsabilità della struttura ha assunto anche connotati di autonomia rispetto a quella del medico e può ravvisarsi anche in via esclusiva senza essere conformata dalla natura professionale dell'attività cui nel passato si era ritenuto partecipasse, con uniformità di regime applicabile.

Ed è proprio in questa prospettiva che l'art. 7 in parola distingue titoli e natura delle due responsabilità.

Senonché va osservato che il sistema di tutele oggi introdotto non disciplina le ipotesi di responsabilità della struttura per fatto proprio (per il non disporre di apparecchiature adeguate, il non aver stabilito opportune turnazioni del personale piuttosto che per inadeguatezza delle sale operatorie) ma la chiamata in causa della struttura è sempre legata alla insorgenza di un danno di tipo professionale in senso stretto, nel senso che possa essere imputato ad un atto posto in essere da chi esercita la professione medica: questo il significato del richiamo all'art. 1228 c.c. emergendo in questo

contesto la divaricazione tra i titoli di responsabilità e l'allontanamento dal modello (definito pancontrattualistico) maturato per opera dei Giudici.

Vi è in realtà un richiamo, nell'art. 1 della legge, ai commi 2 e 3, alla responsabilità per la sicurezza per la salute, definita parte costitutiva del diritto alla salute, obiettivo cui tutti, professionisti e aziende, sono chiamati, a prescindere dal rapporto di immedesimazione tra medico e struttura, espressione di obblighi gravanti su tutte le parti ed elementi integranti del contratto di assistenza sanitaria o di ospedalità.

Ma perché la riforma acquisti davvero incisività occorre valorizzare la circostanza che essa è andata al di là della qualificazione della responsabilità, con l'obiettivo della realizzazione di un sistema di tutele complesso risultante dalla combinazione di risposte dalle quali emerge addirittura la contaminazione della natura della responsabilità: il riferimento è agli obblighi assicurativi, all'azione diretta del danneggiato verso la compagnia assicurativa, all'istituzione di un fondo di garanzia ed al rilievo assunto dal risk management.

Allorquando il suddescritto complesso quadro si misurerà con le esigenze in concreto devolute alla cognizione delle nostre Corti, prevedibilmente ne risulterà rielaborato, forse ridimensionato, certamente condizionato dall'evolversi delle soluzioni in tema di responsabilità civile e dalla logica rimediale tanto cara alle Fonti di derivazione comunitaria.

In questo contesto probabilmente riusciremo anche a valorizzare alcuni aspetti della riforma che ci richiamano all'esigenza di contenere l'anelito ad inseguire ed assecondare un processo di giuridificazione di aspirazioni individuali implicanti quella che è stata significativamente definita "l'avanzata della medicina dei desideri" in una logica di allontanamento di sofferenze, delusioni ed insuccessi e di controllo onnipotente della vita.