

Suggerimenti e proposte di aggiornamento alla Legge 24/2017

Dopo sette anni dalla pubblicazione della Legge Gelli/Bianco, prima Legge ad approvazione Parlamentare del nostro ordinamento giuridico in campo specificamente Sanitario, si è verificata la necessità, in seguito alla sua applicazione, di apportare alcune modifiche di aggiornamento ed integrazione alla stessa.

Alla luce di questo la Sigo (Società Italiana di Ginecologia ed Ostetricia) e la Aogoi (Associazione Ostetrici Ginecologi Ospedalieri Italiani), ambedue componenti del Comitato Scientifico e del tavolo tecnico sulla Legge 24/2017 della Fondazione Italia in Salute, propongono alcuni suggerimenti e note di aggiornamento che vengono qui di seguito riportati.

L'analisi dei problemi medico-legali e dei numerosi casi giudiziari e stragiudiziali di responsabilità medica impone una riflessione sul **grave e preoccupante fenomeno della crescita esponenziale del conflitto** tra la società e il medico, che ha assunto i caratteri di una vera e propria patologia sociale.

La diffusa tendenza a trasformare ogni **fallimento terapeutico in un addebito di colpa**, oltre a causare un ingiusto trauma sul versante psicologico e professionale per il sanitario coinvolto, incide inevitabilmente sulla qualità del servizio offerto, anche alimentando il tanto criticato fenomeno della **"medicina difensiva"**, pertanto è opportuno cercare di **raggiungere l'obiettivo di un necessario deflattivo del contenzioso con una "scrematura" stragiudiziale di quei casi ricollegabili ad "alea terapeutica" e non ad errore da colpa professionale.**

Attualmente, l'ATP e la mediazione non sembrano costituire utili strumenti di deflattivo del contenzioso nell'ambito della responsabilità sanitaria.

La legge 24/2017 (Gelli) ha previsto che prima di citare nel giudizio civile il medico o sanitario (e/o la struttura) debba esperirsi l'ATP o la mediazione.

Come è noto l'ATP è una CTU (perizia) in sede stragiudiziale con l'intervento del Giudice e delle parti. Il paziente e gli eredi quasi sempre si rivolgono alla struttura, che si difende con il suo legale ed il suo consulente, dandone informativa al medico. Quando la CTU (perizia) è **sfavorevole, spesso l'azienda risarcisce transattivamente il paziente e invia gli atti alla Corte dei Conti per recuperare le**

somme, ponendo il risarcimento erogato **a carico del medico**, contro cui si istaura il giudizio contabile (per danno erariale e colpa grave). In difetto il paziente adisce il giudice civile con una “corsia preferenziale”. Nell’ATP è stata prevista la presenza in contraddittorio di tutte le parti, inclusa l'assicurazione, ma la mancata emissione del decreto attuativo non incoraggia la necessaria presenza della compagnia assicurativa.

La procedura è costosa e senza copertura delle spese sostenute **dal medico**, che pertanto non partecipa "ad adiuvandum" ma solo se espressamente citato assieme alla struttura, dovendo **sostenere in proprio i costi dell'avvocato e del consulente**. Inoltre gli esperti nominati dal Giudice, che svolgono le operazioni peritali, dovrebbero avere competenze di "conciliatori" per tentare una definizione bonaria della controversia. Tali competenze mancano e l'avvicinamento fruttuoso delle parti avversarie risulta raro e difficile.

Del pari non è risolutiva la mediazione che in ambito sanitario nella maggioranza dei casi si conclude con esito negativo perchè le parti si incontrano in presenza dei loro legali ma **senza i rispettivi consulenti tecnici, nè esame della documentazione clinica**. Trattandosi di controversie basate su prove tecniche, il fallimento dell'incontro è assicurato e il verbale negativo è solo lo step burocratico per procedere alla citazione civile, spesso già preparata dal legale del paziente asseritamente leso.

Va ricordato che con l'espressione *Alternative Dispute Resolutions* si è soliti indicare un insieme di strumenti di gestione della conflittualità sociale e di risoluzione delle controversie che si presentano come **alternativi alla giurisdizione dello Stato** (da Frank Sander 1976).

La criticità del sistema italiano è costituita dal fatto che **ATP o mediazione non sono alternative al processo bensì condizioni di procedibilità, da doversi esperire prima del processo**.

Riconosciuta l'esigenza di introdurre utili deflattivi del contenzioso per risolvere il problema del cattivo funzionamento della giustizia e della medicina difensiva, occorre oggi riflettere su **forme moderne, realmente alternative** o complementari alle azioni giudiziarie per la composizione delle dispute.

Occorre un sistema che fornisca una valida "alternativa", senza costituire solo un passaggio burocratico obbligatorio per adire il giudice, rendendo ancora più complessa la procedura.

Si propone:

1

Commissioni Regionali di valutazione sinistri sanitari

L'istituzione di organi (commissione regionale valutazione sinistri sanitari - CVS) allocati presso ciascuna regione che il paziente o gli eredi possano adire per avviare una procedura in contraddittorio con i CT e i legali della struttura e del medico o sanitario¹.

All'esito della procedura l'organo regionale indirizzerà alle parti **una proposta soddisfattiva**, che se accettata, **porrà fine alla controversia senza ricorso alla via giudiziaria**. Il paziente o i suoi eredi avranno la possibilità di **scegliere tra la via stragiudiziale o quella giudiziale**. La copertura del danno sarà a carico dell'assicurazione del sanitario o della struttura, senza possibilità di rivalsa.

Si propone una via stragiudiziale "no fault", a mezzo di organi regionali stragiudiziali, soprattutto per offrire una copertura a quei casi non riconducibili a responsabilità della struttura e/o del sanitario, bensì noti in letteratura medica come incolpevoli complicanze. Val la pena ricordare l'attenzione di altri ordinamenti europei per l'"alea terapeutica" e conseguente diversa disciplina di queste fattispecie con la realizzazione di un "Fondo di Garanzia" dedicato

2

Divieto di duplicazione dei processi

A) Qualora, in caso di lesioni o omicidio colposo da responsabilità sanitaria, il medico sia stato sottoposto a processo penale che si sia concluso con: archiviazione, sentenza di non luogo a procedere, sentenza assolutoria, il paziente o i suoi eredi non possono adire il giudice civile per la stessa vicenda clinica.

B) Qualora, in caso di lesioni o omicidio colposo, il medico / sanitario sia stato sottoposto a procedimento penale conclusosi favorevolmente per l'indagato/imputato, il paziente o gli eredi che hanno sporto denuncia querela sono condannati alle spese processuali ed a eventuale risarciment

¹ La Commissione è composta da un magistrato, un medico legale, uno specialista nominati dal Presidente della Regione di concerto con il Presidente del Tribunale.

3

La responsabilità del medico/sanitario unicamente per colpa grave

La forma di colpevolezza adatta alla responsabilità penale del sanitario appare dunque la colpa, come dimostra l'art. 590 *sexies*, intitolato “*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*”. Tale disposizione contiene anche una causa di esclusione della colpa e, quindi, della relativa punibilità, laddove siano state rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida, come definite e pubblicate ai sensi di legge, ovvero, in caso di loro mancanza, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le relative raccomandazioni risultino adeguate alla specificità del caso concreto (cfr. art. 6, L. 8 marzo 2017, n. 24).

Si propone a livello penalistico che la responsabilità del medico/sanitario sia limitata alla colpa grave, lasciando al diritto civile le ipotesi meno gravi di colpa lieve e lievissima. Ciò ha proprio lo scopo di consentire, in particolare, la sperimentazione clinica, giacché, se l'operatore sa che può essere ritenuto penalmente responsabile solo per colpa grave, ovviamente è più indotto ad operare, che ad astenersi dal farlo.

Si propone di prevedere un'espressa riforma dell'art. 590 *sexies* c.p., introducendo anche a livello penalistico, la limitazione della responsabilità medica alle **sole ipotesi di dolo e colpa grave** sia con riferimento all'**imprudenza ed alla negligenza**, oltre che all'**imperizia**, laddove la **colpa grave si verifichi nella fase di scelta e/o attuazione delle linee guida o buone pratiche** (cfr. da ultimo, VALLINI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in CINGARI-PAPA-VALLINI, *Lezioni di diritto penale. Parte speciale, Delitti contro la persona, Delitti contro la P.A., Delitti contro l'amministrazione della giustizia, Delitti contro il patrimonio*, 2°, Torino, 2023, spec. 42 ss.)

4

Divieto di ricerca di acquisizione di clientela con messaggi promozionali con evidenziazione di vantaggi economici per i giudizi contro esercenti la professione medica (c.d. assistenza “Zero Spese”)

Nell'ambito del contenzioso *MedMal*, costituisce pratica commerciale diffusissima quella adottata da numerosi avvocati che - anche sotto mentite spoglie di società di capitali - offrono **assistenza medico legale e giudiziale, evidenziando il carattere della gratuità della prestazione nel suo intero.**

La questione è regolamentata da norme di natura deontologica (tra le altre art. 37 C.D.F.).

In applicazione di detta previsione **il Consiglio Nazionale Forense ha più volte stigmatizzato tale condotta, statuendo che si tratta di atti di accaparramento deontologicamente illegittimi** poiché suggestivi e comparativi in quanto suggeriscono al potenziale cliente l'opportunità di avvalersi del servizio legale offerto senza alcun esborso economico, *“fruendo quindi di una prestazione maggiormente conveniente rispetto a quella di altri professionisti”* (Sentenza CNF 17 marzo 2022).

Si intende **censurare l'informativa orientata a suggestionare il cliente sul piano emozionale, con un messaggio di natura meramente commerciale ed esclusivamente caratterizzato da evidenti sottolineature del dato economico**, senza alcun riferimento professionale, per **attirare l'attenzione degli utenti non particolarmente avveduti**.

Siffatta forma di pubblicità è pertanto incompatibile con la **dignità** e il **decoro** della professione e, soprattutto, con la tutela dell'affidamento della collettività (cfr CNF sentenze n. 75 del 15 aprile 2021, n. 23 del 23 aprile 2019, n. 208 del 18 dicembre 2017).

Taluni hanno sostenuto che tale condotta sarebbe in linea con i principi in tema di pubblicità di cui alla legge n. 248/2006 (c.d. decreto Bersani); si dissente da tale argomentazione posto che, pur potendo il professionista fornire specifiche informazioni sull'attività e i servizi professionali offerti, non è possibile aggirare la peculiarità e la specificità della professione forense, in virtù della sua funzione sociale che, conformemente anche alla normativa comunitaria e alla costante sua interpretazione da parte della Corte di Giustizia EU, pone vincoli che derivano dalla sua dignità ed dal suo decoro.

E' ancor più illegittima tale condotta allorquando si accompagna a fenomeni di pseudo finanziamento della promozione del contenzioso (c.d. *Litigation Funding*) attraverso cui l'avvio di un giudizio diventa occasione per speculare sul risultato economico dello stesso.

Con l'espressione **Litigation Funding** si intende l'accordo mediante il quale un soggetto terzo rispetto alla controversia (cd. *Funder*) si obbliga a sostenere gli oneri che graverebbero su una delle parti del giudizio (ossia la parte finanziata) per intraprendere e coltivare la controversia, sino a farsi carico - in talune ipotesi - delle spese di CTU e delle spese dovute alla controparte vittoriosa in applicazione del principio di soccombenza.

Dall'altro lato, la parte finanziata, si impegna a riconoscere al *Funder* una percentuale delle somme ottenute all'esito del giudizio che oscilla tra il 15% e il 50% in base alla complessità del giudizio e alle possibilità di successo valutate *ex ante*.

Non si tratta pertanto di ottenere il ristoro di un bene della vita violato o lesa bensì un vero e proprio investimento. Tant'è vero che l'istituto ha origine consumeristica e nasce per finanziare le azioni di classe dei consumatori a livello europeo.

È evidente che fenomeni del genere possono senz'altro avere un'incidenza piuttosto negativa nell'ambito del contenzioso tra medico e pazienti, incentivando questi ultimi ad avviare azioni giudiziarie - a zero costi - a beneficio non soltanto proprio ma anche di terzi estranei.

Per non dire che **la diffusione di detti accordi rischia di rendere del tutto vani gli obiettivi che il Legislatore si era prefissato alla entrata in vigore della Legge Gelli Bianco, ossia la riduzione del contenzioso e l'eliminazione delle pratiche di *medicina difensiva*.**

Si rileva che l'interesse del *Funder* ad ottenere una percentuale più elevata di profitto dal contenzioso renderebbe del tutto inutili i procedimenti di accertamento tecnico preventivo e di mediazione la cui finalità conciliativa collide, evidentemente, con gli interessi delle società di finanziamento del contenzioso.

* * * *

In conclusione, i numerosi interventi del CNF sono risultati vani e una mera previsione deontologica non è sufficiente ad arginare le gravi condotte anzidette in merito di "giudizi a costo zero".

Appare di dubbia legittimità il fenomeno di Litigation Funding nella parte in cui (i) si inserisce una logica speculativa nel contenzioso civile e (ii) lo stesso è realizzato per aggirare l'espresso divieto di "patto quota lite" e di cessione dei crediti litigiosi *ex art. 1261 c.c.*.

Riteniamo pertanto necessario definire una norma di rango primario che vieti la promozione di assistenza legale nel contenzioso di *mal practice* sanitaria con messaggi di natura meramente commerciale ed esclusivamente caratterizzati da sottolineature del dato economico.



Nella norma andrà altresì incluso l'esplicito divieto a far ricorso a qualsiasi forma di finanziamento da parte di terzi per fare fronte ai costi di giudizio, col fine di riconoscere al soggetto finanziatore - in tutto e in parte - il vantaggio economico del risultato giudiziale.

5

Compensazione delle spese di lite del contenzioso civile in caso di soccombenza del paziente

È ormai molto frequente che la giurisprudenza di merito compensi le spese di lite all'esito di giudizi relativi ad asserite ipotesi di *mal practice* medica, che si concludono con il rigetto delle richieste risarcitorie avanzate dai pazienti.

Le motivazioni addotte a sostegno della compensazione delle spese di lite, ahinoi, sono sempre generiche e talvolta giustificate dalla presunta "*complessità della vicenda sanitaria dedotta, che ha reso necessario l'espletamento di CTU*" (da ultimo, Tribunale di Roma, sentenza del 22.01.2024).

Così argomentando, la giurisprudenza di merito applica erroneamente la disposizione di cui all'articolo 92, co. 2, c.p.c. nella parte in cui - a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale del 2018 - prevede la possibilità per il Giudice di compensare le spese di lite per "*gravi ed eccezionali ragioni*".

Riteniamo che rappresenti un pregiudizio abnorme per la categoria dei medici l'ormai consolidata prassi giurisprudenziale di sussumere tutti i contenziosi attinenti ipotesi di dedotta responsabilità sanitaria conclusi con il rigetto delle domande degli attori/ricorrenti nell'ambito di quei contenziosi che presentino "*gravi ed eccezionali ragioni*" tali da consentire la compensazione delle spese.

L'espletamento della CTU è difatti uno strumento istruttorio, espressamente disciplinato dal codice di procedura civile, al quale il Giudice - anche d'ufficio - può ricorrere nelle ipotesi in cui la tecnicità della materia preclude una piena ed esaustiva valutazione del merito della controversia.

Ciò però non può in alcun modo determinare e configurare *tout court* una compensazione delle spese di lite, pena l'immotivata e ingiusta inapplicabilità del principio della soccombenza di cui deve rispondere il paziente che ha avuto torto in giudizio.

Anche sotto questo profilo, gli obiettivi programmatici della Legge Gelli Bianco rischiano di essere vanificati. È evidente difatti che intraprendere un giudizio senza alcun rischio sotto il profilo delle spese legali (congiuntamente alle nuove forme di finanziamento del contenzioso e alle pubblicità illecite di diversi studi legali di cui sopra) incentiva (e ha incentivato) inevitabilmente i pazienti ad intraprendere e coltivare liti strumentali e sinanco temerarie, confidando su benevole statuizioni del genere.

* * * *

Anche sotto questo profilo, è necessario che il Legislatore intervenga attraverso l'emanazione di una norma che escluda dalle ipotesi “*gravi ed eccezionali*” di cui all’art. 92 c.p.c. che giustificano la compensazione i giudizi in materia di responsabilità medica che, all’esito di CTU, statuiscano la soccombenza del paziente, per inesistenza di colpa medica.

Prof. Antonio Chiàntera

Presidente Nazionale AOGOI – Associazione Ostetrici Ginecologi Ospedalieri Italiani

Prof. Vito Trojano

Presidente Nazionale SIGO – Società Italiana di Ginecologia e Ostetricia

Avv. Vania Cirese

Responsabile Ufficio Legale AOGOI – diritto penale

Avv. Sabino Laudadio

Responsabile Ufficio Legale AOGOI - diritto civile