

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 29/05/2013**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35095-lotta-alla-medicina-difensiva-un-decreto-dimenticato>**

**Autore: Capozzi Arnaldo**

**Lotta alla Medicina Difensiva; un decreto dimenticato**

## **Lotta alla Medicina Difensiva; un decreto dimenticato**

Dott. Arnaldo Capozzi

### **Premessa**

La lotta alla Medicina Difensiva è principalmente un problema di metodo, le cui linee generali si intravedono nella legge di interesse sanitario più antica dell'epoca moderna. Dal loro approfondimento deriva una proposta per la riduzione del contenzioso con particolare riguardo alle pratiche frivole in cui sembrano frequenti incongruità deontologiche.

La tematica è complessa e non si presta a semplificazioni; è auspicabile che le riflessioni riportate possano essere utili per future discussioni sull'argomento in un'ottica di tutela primaria dell'onorabilità del medico.

### **Parte prima**

Le radici della Medicina Difensiva andrebbero cercate anche nella rottura dell'argine alla contenziosità che il legislatore aveva posto nell'art. 3, lett. g, della legge istitutiva D. Lgs. C.P.S. del 13 settembre 1946, n. 233 (di seguito nominato decreto del 1946), relativa alla ricostituzione degli Ordini delle professioni sanitarie e per la disciplina dell'esercizio delle professioni. Nell'art. 3, lett. g, si individuano le attribuzioni che spettano al Consiglio direttivo di ciascun Consiglio dell'Ordine ovvero: «interporre, 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 nelle controversie stesse».

Il decreto del 1946 offre:

- **l'argine alla contenziosità** che può evidenziarsi nel “controllo deontologico TRA medici”;
- **un'ipotesi di metodo alla lotta alla medicina difensiva** (il legislatore del 1946 evidentemente temeva l'aspetto patologico delle controversie) ovvero: “il primo atto del medico chiamato in causa dovrà essere quello di confrontare la relazione peritale avversa con il Codice Deontologico C.D. e, in caso di incongruità (gli articoli più significativi appaiono il n.62 ed il n.58), far seguire la richiesta di interposizione (tra “sanitario e sanitario”) al proprio Ordine professionale visto che le pratiche medico-legali fanno parte a pieno titolo delle ”questioni inerenti all'esercizio professionale”. In una visione moderna, le medesime contestazioni presenti nelle lettere con richiesta di interposizione saranno riportate anche nei verbali dei tentativi di conciliazione e nella CTU;
- **lo strumento nella lotta alla medicina difensiva** rappresentato dalla “lettera con richiesta di interposizione all'Ordine professionale” che non dovrà contenere conclusioni tecnico-giuridiche-scientifiche, bensì ricalcare il codice deontologico.

Il legislatore pose un vincolo: per ottenere l'interposizione dell'Ordine professionale è necessaria la “richiesta”. Appare, quindi, necessaria una maggiore diffusione tra i medici del decreto del 1946.

Nessuno vuole ridurre l'importanza dell'errore in medicina, ovviamente, ma non si può trattare soltanto del paziente che denuncia visto che egli "parla", è necessario sottolineare il ruolo del Consulente che, invece, "firma". Si vuole far notare che il legislatore, nel 1946, aveva indicato un iniziale ordine strutturale nelle vertenze cui i medici potevano attenersi ed un Codice Deontologico che doveva essere sempre presente.

Dall'"esercizio del potere disciplinare ordinistico: analisi statistica ed esemplificazione casistica"; Dottorato in Medicina Legale e Scienze Forensi del Dott. Carmelo Raimondo (facile ricerca su Google) sembrerebbe che l'Ordine professionale di Roma, in evidente accordo con quanto affermato dall'Avv. Dr.ssa Alessandra Testuzza, Consulente dell'Ordine dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri della provincia di Latina febbraio 2007 (facile ricerca su Google), ritenga di non rivestire «un ruolo di censore autonomo di consulenti e periti, senza che l'intervento sanzionatorio si fondi sul saldo puntello dell'accertamento preventivo del Tribunale. In caso contrario, l'agire dell'Ordine che volesse ugualmente intervenire nel merito delle conclusioni peritali potrebbe essere tacciato addirittura di dissennatezza. Senza accuse fondate e senza il necessario supporto probatorio si rischia di ribaltare la posizione di ragione in quella del torto e di condurre una crociata indiscriminata e senza risultati positivi per il fine perseguito, cioè la correttezza dei consulenti e la tutela dei medici accusati ingiustamente». Sempre in accordo con l'Avv. Testuzza: "nel merito di condotte medico-professionali realizzate nell'espletamento di una consulenza, le quali a ben vedere non sono in grado da sole di inficiarne i risultati, l'Ordine può intervenire anche motu proprio".

Come si vedrà in seguito, tali posizioni ordinistiche non sembrano alterare la validità del decreto del 1946 riguardo la lotta alla Medicina Difensiva.

### **Il decreto del 1946 ed il sospetto di dolo nel comportamento del consulente deontologicamente scorretto**

L'arma che l'ordinamento processuale mette a disposizione del medico ingiustamente accusato in sede civile è anzitutto offerta dall'art. 96 del Codice di Procedura Civile, in forza del quale: "Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, a istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche di ufficio, nella sentenza" fondando la responsabilità dell'attore e quindi la richiesta del convenuto di risarcimento dei danni da lui subiti sulla temerarietà della lite instaurata, questa desumibile secondo la Suprema Corte di Cassazione dalla totale soccombenza, lo stato soggettivo integrato almeno dalla colpa grave ed il danno della controparte; la colpa grave concretandosi nel mancato doveroso impiego di quella diligenza che consenta di avvertire agevolmente l'ingiustizia della propria domanda (Cass. Civ., Sez. I, n.1592/1994).

I limiti della "responsabilità processuale" stanno nella difficoltà di provare i requisiti che fanno sorgere il diritto al risarcimento del danno subito dal medico; difficoltà spesso aggravata dal pavido atteggiamento mentale di molti giudici, i quali per un malinteso senso di solidarietà nei confronti dell'attore-paziente non ritengono di sanzionare la condotta di chi ha avanzato una domanda risarcitoria pur respinta. E così accade di frequente che anche quando sussistono tutti i presupposti per una condanna al risarcimento dei danni per lite temeraria, questa non venga sanzionata; per di più -come se tanto non bastasse- spesso i

giudici compensano le spese di lite cosicché il medico e/o la struttura sanitaria devono accollarsi anche l'onere di pagare i propri legali pur risultando vittoriosi. E così al danno si aggiunge la beffa dato che anche il costo di un'azione civile intentata senza fondamento ricade, alla fin fine, sull'intera collettività in quanto -com'è noto- in forza dell'art. 41 del DPR 270/1987 le aziende sanitarie locali sono tenute a rifondere ai medici le spese legali sostenute per difendersi da accuse da cui vengano assolti. La compensazione delle spese di lite porta quindi a far crescere il debito del sistema sanitario: e così la comunità paga anche per l'azione infondata di pochi pazienti lamentosi e talvolta mossi ad accusare i medici da intenti speculativi.

L'art. 92 C.P.C., che prevede la possibilità di compensare le spese di lite, è stato recentemente modificato nel senso di imporre al giudice di indicare esplicitamente nella motivazione i "giusti motivi" per cui ha ritenuto di compensare tali spese.

Alcuni giudici di merito hanno già superato queste barriere, ravvisando già da tempo la responsabilità aquiliana del denunciante non solo quando la denuncia venga fatta con dolo, ma altresì con colpa grave (Trib. Napoli, 22.1.2000, Giur. napol., 2000, 431) affermando che anche qualora non possa configurarsi una calunnia, nel caso di una denuncia penale per un reato perseguibile di ufficio priva di fondamento (con la conseguente assoluzione dell'incolpato) la condotta del denunciante può essere fonte di responsabilità civile, non solo quando sia stata determinata da dolo, ma altresì quando sussista una colpa grave (Trib. Bologna, 12.5.1994, Giur. Merito, 1995, 29).

Ciò che si vuole affermare è che il decreto del 1946 rende meno difficile, al medico ingiustamente chiamato in causa, provare i requisiti che fanno sorgere il diritto al risarcimento del danno subito. Con la richiesta di interposizione all'Ordine professionale, infatti, il medico chiamato in causa pone il problema della correttezza deontologica del suo comportamento e la pretende dal perito firmatario della relazione avversa ma, soprattutto, apre la strada ad un'ipotesi di "sospetto di dolo" nel comportamento del Consulente stesso.

Andiamo per ordine.

Al Consulente è stato fatto notare per iscritto, più volte e da più colleghi o enti, anche tramite le richieste di interposizione all'Ordine professionale, che nella sua consulenza di parte:

- non sembrava evidente quell'adeguata competenza scientifica necessaria per soddisfare le esigenze giuridiche attinenti al caso in esame (vista anche -se presente- la particolare complessità clinica del caso); art. 62 C.D.
- era assente l'associazione con un collega di comprovata esperienza e competenza nella disciplina coinvolta (doverosa in ambito di responsabilità professionale e nei casi di particolare complessità clinica); art. 62 C.D.
- non apparivano chiare le evidenze scientifiche (ogni concetto del Consulente viene esaminato nell'ambito di un controllo deontologico permanente); art. 62 C.D.
- non sembrava evidente la prudenza nella valutazione relativa alla condotta del-dei colleghi; art. 62 C.D.
- non sembrava evidente il rispetto e la considerazione dell'attività professionale del-dei colleghi (art. 58 C.D. assai importante nelle contestazioni con il "senno del poi" )

Consideriamo, per certo, che il Consulente abbia assunto un comportamento deontologicamente scorretto.

Qualora il Consulente rispondesse alle lettere con richiesta di interposizione o alle medesime contestazioni riportate anche nella CTU o nei verbali dei tentativi di conciliazione, la causa verrebbe messa in discussione e con ogni probabilità si chiuderebbe in breve tempo (il Consulente può ritirare la propria consulenza).

Tale condizione non appare scevra da problemi per il Consulente.

Sulla base all'art. 76 delle Norme d'attuazione del Codice di Procedura Civile, il paziente-cliente ha il diritto di visionare gli atti in Tribunale e poterli verificare insieme a persone competenti. In caso d'accertata violazione degli obblighi professionali da parte del proprio delegato, può revocargli il mandato - ben articolando nello scritto quello che è il giustificato motivo a tale decisione - e chiedere la restituzione degli onorari ed il risarcimento danni. Se la richiesta non dovesse avere riscontro può chiedere una conciliazione al Consiglio dell'Ordine di appartenenza del professionista ed esigere copia del relativo verbale quindi, teoricamente, citare il professionista in giudizio.

Esaminiamo, invece, il caso in cui il Consulente non risponda alle lettere ed alle medesime contestazioni deontologiche riportate anche nella CTU e nei verbali dei tentativi di conciliazione. Il medico chiamato in causa contesterà al Consulente la volontà deliberata e precisa di aver voluto perpetuare il comportamento deontologicamente scorretto. Il Consulente non risponde alle contestazioni deontologiche perché ha difficoltà a rispondere. Ma, pur nel dubbio di incorrere in errore e con la consapevolezza che tale errore potrebbe arrecare un danno ad altri (medico ingiustamente chiamato in causa), il Consulente persiste nella strenua difesa delle ragioni della parte che assiste. Si potrebbe censurare la condotta del Consulente contestandogli il titolo di dolo o di colpa con previsione dell'evento. Si configura l'ipotesi di abuso del diritto di difesa da parte del Consulente Tecnico; essa si verifica sia nei casi in cui egli abbia agito con dolo specifico, sia in quelli in cui egli abbia agito con dolo eventuale o con colpa con previsione dell'evento (dettaglio in fondo). Ne deriva che chiunque sporge una denuncia con la consapevolezza che la sua condotta potrà arrecare danno al denunciato agisce a titolo di colpa con previsione dell'evento e a titolo di dolo eventuale ne accetta il rischio.

In particolare colui che, consapevole che la sua condotta può arrecare danno al medico denunciato, presenta la denuncia senza svolgere adeguati accertamenti preliminari e senza il supporto di una seria consulenza medico legale; oppure nonostante tali accertamenti risultino negativi, indubbiamente accetta il rischio di arrecare un danno ingiusto al denunciato merita di essere adeguatamente perseguito in sede civile e toccato nelle sue tasche quando sarà appurata l'infondatezza della sua denuncia-querela.

Persa la causa, l'assicurazione contesterà al Consulente la volontà deliberata e precisa di aver voluto perpetuare il comportamento deontologicamente scorretto: il Consulente non risponde alle contestazioni deontologiche perché non vuole rispondere. Se avesse risposto, sarebbe stato evidente il "vizio intrinseco della cosa assicurata" e la necessità che l'assicurazione venga resa edotta al fine di mantenere eventuali coperture finanziarie.

## Art. 1892

### Dichiarazioni inesatte e reticenze con dolo o colpa grave.

*“Le dichiarazioni inesatte e le reticenze del contraente, relative a circostanze tali che l'assicuratore non avrebbe dato il suo consenso o non lo avrebbe dato alle medesime condizioni se avesse conosciuto il vero stato delle cose, sono causa di annullamento del contratto quando il contraente ha agito con dolo o con colpa grave”.*

## Art. 1906

### Danni cagionati da vizio della cosa.

*“Salvo patto contrario, l'assicuratore non risponde dei danni prodotti da vizio intrinseco della cosa assicurata, che non gli sia stato denunziato”.*

Il fatto che il Consulente creda di aver deontologicamente ragione e che, quindi, affermi di attendere serenamente l'interposizione dell'Ordine, ha minore importanza rispetto al fatto che egli non abbia risposto alle contestazioni deontologiche.

Per ottenere l'annullamento del negozio, non è necessario che l'assicurazione dimostri che l'errore in cui è caduta sia essenziale e riconoscibile; è sufficiente dimostrare che il comportamento del Consulente abbia provocato un errore negoziale anche su semplici motivi cioè è sufficiente dimostrare che ci sia il “sospetto” di dolo.

L'articolo 1439 c.c. (*Il [dolo](#) è causa di [annullamento](#) del contratto quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato*) pur senza definire il dolo, fa intendere in che cosa esso consista riferendosi specificamente ai raggiri, che possiamo intendere come ogni subdolo avvolgimento della psiche, magari compiuto solo con le parole.

La differenza tra “evidente dolo” e “sospetto di dolo” è assai interessante poiché incide nelle certezze di alcuni Consulenti che, talora, sembra sfociare nel senso di impunità soprattutto agli occhi del medico chiamato in causa.

Si potrebbe contestare al Consulente che l'interesse alla propria copertura finanziaria sia avvenuta anche con spregio dei possibili danni al paziente-cliente (oltre a quelli del Medico chiamato in causa). In assenza di risposta ai quesiti deontologici, egli non svolge il delicato compito di consigliare o meno l'avvio di un procedimento valutando i dati a disposizione mantenendo, contemporaneamente, un atteggiamento quanto più possibile obbiettivo. Egli nasconde il possibile errore deontologico abusando del suo status professionale (art.7 C.D.), disattendendo i valori etici della professione (art. 1 e 4 C.D.), disattendendo la necessaria correttezza morale (art 62 C.D.) ed il rispetto dei diritti della persona (cliente-paziente) (art. 62 C.D.).

Anche in questo caso, il paziente-cliente potrà citare il Consulente in giudizio (necessario anche per tentare di rifarsi delle spese processuali e di quelle conseguenti alla giusta difesa del medico accusato ingiustamente).

Ad avviso del dott. Rossetti, il Consulente Tecnico di parte che abbia svolto male il suo operato è responsabile anzitutto nei confronti della parte che ha mal consigliato, sempreché questa gli abbia richiesto di consigliarla al meglio e non certo quando gli abbia richiesto una consulenza partigiana!

Il comportamento deontologicamente scorretto è lesivo dell'ordine giuridico e del diritto altrui visto che nell'art. 62 del Codice Deontologico leggiamo: ...“L'espletamento di prestazioni medico-legali non conformi alle disposizioni di cui ai commi precedenti costituisce illecito sanzionato da norme di legge”. Il comportamento deontologicamente scorretto è lesivo del diritto altrui e quindi di tutti: del paziente-cliente, dei medici chiamati in causa e dell'assicurazione.

**Prendiamo atto che l'Ordine può decidere di interporre durante la causa o alla fine della stessa.**

Se l'interposizione avverrà durante la causa, il Consulente, di fronte all'evidenza di possibili sanzioni disciplinari e dell'inevitabile presa di posizione della sua assicurazione, potrebbe più facilmente ritirare la propria consulenza facendo chiudere la vertenza.

Se l'interposizione avverrà dopo la sentenza con sanzioni disciplinari, il Consulente potrebbe non avere la copertura della propria assicurazione necessaria qualora

- 1) il paziente-cliente che ha perso la causa volesse rifarsi nei suoi confronti;
- 2) i medici chiamati in causa ritenessero opportuno rifarsi nei suoi confronti.

L'assicurazione sfrutterà anche la semplice “raccomandazione ad essere più vigili dal punto di vista deontologico” per tentare di non garantire o garantire solo in parte l'eventuale necessaria copertura finanziaria del Consulente.

Art. 1907  
Assicurazione parziale

*Se il vizio ha aggravato il danno, l'assicuratore, salvo patto contrario, risponde del danno nella misura in cui sarebbe stato a suo carico, qualora il vizio non fosse esistito.*

Le sanzioni disciplinari hanno sicuro rilievo nella vita professionale ma le problematiche finanziarie conseguenti ad un comportamento deontologicamente scorretto potrebbero esserlo ancor di più.

Nell'ambito di un serrato controllo deontologico permanente tra medici, richieste di interposizione possono nascere anche dal confronto delle “note alla consulenza tecnica di ufficio” firmate dal Consulente con gli articoli del Codice Deontologico e da più medici coinvolti nella stessa vertenza. Ciò non dovrebbe stupire, vista l'orrenda abitudine di chiamare in causa il più alto numero di medici pur se la loro attività è stata marginale nel procedimento sanitario.

Appare realistico che Collegi venuti a conoscenza del decreto del 1946 possano considerare l'ipotesi di chiedere istanze di tipo deontologico per cause attuali e per cause passate e che quindi possa nascere un'involontaria coalizione nei confronti di un unico Consulente responsabile della ripetizione di una medesima incongruità deontologica o di diverse incongruità nel corso di questi anni. Non solo Collegi, ma anche enti come Asl potrebbero essere interessati alla richiesta di interposizione dell'Ordine per motivi

deontologici sia per consulenze attuali, sia per consulenze passate, ai sensi del decreto in oggetto.

Nel caso in cui il Consulente avesse firmato cento perizie in questi ultimi dieci anni, potrebbe ritrovarsi, nel futuro, in chissà quante richieste di indennizzo (onerose) da parte di chissà quanti colleghi vincitori della causa. Non dovrebbe essere difficile credere che le assicurazioni, in tali condizioni, non diano sicura battaglia in vertenze (questa volta del Consulente nei confronti della propria assicurazione) senz'altro lunghe ed estenuanti.

La più grave e dannosa conseguenza per il medico chiamato ingiustamente in causa è la lesione dei diritti al vivere proprio di ogni soggetto: la lesione all'immagine, al nome, all'onore, alla reputazione, alla riservatezza, lesioni queste tutte riassunte sotto la voce del danno esistenziale.

“Può ritenersi notorio che un'iniziativa processuale ingiustificata comporti un danno esistenziale alla persona che ne sia vittima” (Trib. Bologna, sentenza 27.1.05).

A tali voci di danno va aggiunto il danno patrimoniale del medico ingiustamente accusato per le spese sostenute per la propria difesa; per il tempo a questa dedicato; per la innegabile perdita di chances. Ciò facilmente spiega l'onerosità delle richieste di indennizzo da parte dei medici chiamati ingiustamente in causa.

Anche un medico-legale che abbia utilizzato per errore una consulenza deontologicamente scorretta potrebbe ritrovarsi coinvolto in richieste di indennizzo senza successiva copertura assicurativa (totale o parziale). In ogni vertenza vi sono, normalmente, più consulenze e sarà sufficiente che soltanto una di esse presenti problematiche deontologiche per mettere in difficoltà il medico che assume le vesti di medico-legale. In gioco non ci sono soltanto le perizie deontologicamente scorrette bensì un numero elevato di vertenze essendo queste in rapporto inferiore rispetto alle consulenze stesse.

Nel caso in cui l'Ordine professionale decidesse di intervenire nel merito di condotte medico-professionali nell'espletamento di una consulenza (durante lo svolgimento della vertenza o dopo la sentenza), il Consulente dovrà presentarsi all'appuntamento fissato non solo per difendersi, ma soprattutto perché la sua assenza comporterà il fallimento del tentativo di conciliazione e l'Ordine professionale dovrà deliberare (“... in caso di non riuscito accordo, dando il suo parere nelle controversie stesse” decreto del 1946).

Deliberare significa prendere posizione con possibili sanzioni disciplinari.

Ovviamente, il Consulente assente al confronto potrà essere chiamato a motivare la sua indisponibilità alla richiesta di tutela dell'onorabilità da parte di un Collega soprattutto se, invece, è stato puntuale agli incontri fissati dal Consulente Tecnico di Ufficio (incontri fatturati!).

Il mancato freno deontologico al numero delle cause o, meglio, la rottura dell'argine alla contenziosità del decreto del 1946, potrebbe esporre, oggi, il Consulente Tecnico con comportamento deontologicamente scorretto, ad una non sicura tutela finanziaria in chissà quante future vertenze. Il Consulente maturo, meglio di altri, ha ben chiaro l'eccessiva durata delle cause e la conseguente possibilità di “lasciarle in eredità” ai congiunti. Possono derivare, nel Consulente, forti preoccupazioni e quel sentimento di paura presente per altri motivi nella Medicina Difensiva.

Il semplice invito al Consulente, durante lo svolgimento della causa, a rispettare con maggiore puntualità i doveri deontologici da parte dell'Ordine professionale potrebbe aiutare il Consulente stesso a riflettere riguardo i profili della nuova realtà. Con il semplice invito potrebbero essere salve le preoccupazioni ordinarie descritte all'inizio.

Esistono le conclusioni tecnico-giuridiche-scientifiche del Tribunale ma esiste anche la forza del Codice Deontologico con le possibili sanzioni disciplinari (e le inevitabili conseguenze finanziarie).

La figura del Consulente Tecnico di Ufficio è ancor più delicata rispetto a quella del Consulente Tecnico di Parte: appare difficile credere che il Giudice possa nominare un CTU nel cui "storico" sono presenti sanzioni disciplinari.

La contenziosità in medicina potrebbe ridursi per fuga del perito medico-legale dalle pratiche frivole nate a "furor di popolo" ed in cui non dovrebbe essere difficile dimostrare incongruità deontologiche. Tale fuga avverrebbe in conseguenza delle nuove ed imprevedibili esposizioni (deontologiche e finanziarie) che il decreto del 1946, ahimè dimenticato o non sufficientemente considerato, aveva ed ha in serbo.

### **Conclusioni:**

la proposta per ridurre il contenzioso in medicina, fornendo nuovi stimoli nella lotta alla Medicina Difensiva, può racchiudersi nella seguente frase:

"controllo deontologico permanente da parte degli stessi medici di tutte le pratiche medico-legali utilizzando, se necessario, la richiesta all'Ordine professionale di interposizione nelle controversie tra sanitario e sanitario ai sensi dell'art. 3- lettera g del D.Lgs.C.P.S. n. 233 del 13 settembre 1946".

Secondo Farneti (1): "È pacifico che, se per ovviare all'ignoranza specifica del medico legale è necessario un esperto, altrettanto dicasi per l'esperto ignorante di medicina legale. Ma così non è sempre: vi sono casi affidati solo allo specialista spesso di grande competenza nello specifico settore, ma totalmente digiuno di basi culturali medico-legali o peggio ancora convinto che chiunque possa svolgere attività medico legale purché ne abbia avuta investitura dal giudice! Questo "cavalierato" medico legale è, come noto a tutti, quanto di più nocivo vi possa essere per una corretta amministrazione della giustizia e non raramente va a scapito degli interessi dell'una o dell'altra parte". L'analisi odierna ci porta ad aggiungere che anche gli interessi del Consulente scorretto possono essere oggetto di grave sofferenza.

1) A. Farneti, Consulenza specialistica medico legale in tema di responsabilità medica: interpretazioni operative ed applicative dell'art. 62 Codice deontologico, Tavola Rotonda, Bologna 2 febbraio 2008, (inedito).

### **Parte seconda**

Si propone, nella lotta alla Medicina Difensiva, l'utilizzo delle stesse tecniche che ne hanno comportato il "successo".

### **A) Paura del medico chiamato in causa**

La relazione tra problematiche deontologiche e problematiche finanziarie con conseguenti forti preoccupazioni e paura del Consulente scorretto è stata già discussa nella prima parte. La paura del medico di essere chiamato in causa è stata alla base del “successo” della Medicina Difensiva e la stessa paura, spostando il bersaglio sul Consulente scorretto, potrebbe essere alla base della sua fine.

### **B) Impatto (soprattutto impatto mediatico)**

Il medico è spinto ad adottare pratiche di Medicina Difensiva anche per il timore che una denuncia per malpractice possa trovare eco spropositata per mezzo dei media e dunque possa avere una ripercussione drammatica sulla propria reputazione.

I mass media dovrebbero avere il compito di informare correttamente e sensibilizzare l'opinione pubblica, promuovendo un clima di rinnovata fiducia verso gli operatori sanitari e gli addetti ai lavori, moderando i toni ed evitando di fomentare le controversie. Invece, l'impatto della criminalizzazione mediatica causato dalla diffusione di messaggi contrastanti che da un lato esaltano importanti traguardi raggiunti dalla medicina e che, allo stesso tempo, denunciano l'aumento dei casi di malpractice, facilitano la nascita di un sentimento di sfiducia da parte dell'opinione pubblica ed il conseguente incremento del contenzioso. I mass media riportano spesso “in prima pagina” un evento avverso verificatosi in un ospedale, poi, con il passare del tempo, non seguono la notizia, né il corso degli eventi e non riportano l'esito dei fatti che si concludono nella maggior parte dei casi con l'assoluzione dei medici (il numero delle assoluzioni presenta tassi elevati: 80% dei procedimenti giudiziari avviati -amami.it-).

Il maggiore rilievo nella lotta alla Medicina Difensiva andrebbe cercato, probabilmente, nel numero delle lettere di interposizione sia stilate durante sia a conclusione delle vertenze. Più alto sarà il numero delle lettere di interposizione tra “sanitario e sanitario” secondo il decreto del 1946, maggiore sarà l'effetto sul Consulente scorretto se verrà utilizzata la forza dei media ovvero una delle tecniche alla base del successo della Medicina Difensiva.

L'aggiornamento costante del numero delle lettere di interposizione nazionale potrebbe essere utile anche per diffondere il decreto del 1946.

La logica mercantile di certi messaggi sarà senz'altro maggiormente colpita dall'idea delle possibili problematiche deontologiche (e finanziarie) a carico del Consulente scorretto piuttosto che da critiche ad altissima voce.

La logica mercantile è rilevabile, ad esempio, negli spot pro-denunce di alcune associazioni che ritengono di tutelare il paziente attraverso la concessione di consulenze gratuite. Un altro esempio è presente in patti tra di cui il più noto è stato il “Patto Quota Lite” tra cliente ed avvocato. Con esso vi è un accordo tra le parti in cui è previsto che il paziente danneggiato possa pattuire con il professionista incaricato un compenso in misura percentuale sul risultato ottenuto e, in caso negativo del processo, rimarranno a carico del paziente-cliente soltanto le spese di giustizia anticipate per istituire la pratica. Ne deriva una significativa riduzione di costi che incentiverebbe ulteriormente il meccanismo del contenzioso.

### **1) Esempio di richiesta di interposizione alla Commissione Istruttoria dell'Ordine dei Medici:**

All'Ordine dei Medici di ...

Oggetto: richiesta di tentativo di conciliazione.

Il sottoscritto ..., regolarmente iscritto all'Ordine dei Medici n., ritiene opportuno chiedere, a tale Ordine, di esperire, ai sensi dell'art. 3- lettera g del D.Lgs.C.P.S. n. 233 del 13 settembre 1946, un tentativo di conciliazione con il Dott. ... (Consulente Tecnico).

Nella relazione del Collega Dott. ... (saranno riportati uno o più dei successivi paragrafi):

- a. non sembra evidente, soprattutto dalla lettura dell'intestazione della relazione del Consulente, quell'adeguata competenza scientifica necessaria per soddisfare le esigenze giuridiche attinenti al caso in esame (oppure non appare evidente quell'adeguata competenza scientifica visto la particolare complessità clinica del caso in esame). (Sono potenzialmente criticabili anche relazioni prive di timbro e con firma non leggibile).
- b. è assente l'associazione con un collega di comprovata esperienza e competenza nella disciplina coinvolta (doverosa in ambito di responsabilità professionale e nei casi di particolare complessità clinica).
- c. non appaiono chiare le evidenze scientifiche.
- d. non appare evidente la prudenza nella valutazione relativa alla condotta del sottoscritto.
- e. non appare evidente il rispetto e la considerazione dell'attività professionale del sottoscritto. (Particolare rilievo hanno i casi clinici rari).
- f. sembrano evidenti suggestioni di ordine extratecnico.

La lettera sarà essenziale e non riporterà conclusioni tecnico-giuridiche-scientifiche.

Le conclusioni tecnico-giuridiche-scientifiche sono di pertinenza esclusiva del Tribunale; l'Ordine professionale può deliberare soltanto per problematiche deontologiche.

### **Approfondimenti sul metodo**

La voce deontologica non dovrebbe limitarsi alla richiesta di interposizione all'Ordine dei Medici ma dovrebbe essere sempre presente in ogni momento della vita professionale tra medici fino, addirittura, ad inciderne il linguaggio. Il decreto del 1946 dovrebbe essere sempre presente nel contenzioso legale con i pazienti, nelle direttive imposte dai vertici delle aziende, nei rapporti con le altre professioni sanitarie, nelle politiche economicistiche del servizio sanitario nazionale, nelle sfide tecnologiche, nei problemi della fallibilità e della delegittimazione.

Il decreto del 1946, soprattutto nella sua essenza di controllo deontologico TRA medici, appare, così, incredibilmente moderno e rivoluzionario e non include soltanto la consulenza deontologicamente scorretta.

La voce deontologica, essendo unica per definizione, può riunire le problematiche dei diversi specialisti. Il numero delle lettere di interposizione si arricchisce, in questo modo, di un aspetto qualitativo.

### **Esempi:**

1)

Durante un'assemblea, un Collega, in presenza di alcuni Presidenti di Ordine, si

lamentava per una pratica medico-legale firmata da un ortopedico riguardo l'evoluzione di un parto distocico seguito da un ginecologo. Le critiche dell'ortopedico venivano suffragate da linee guida. Il Collega affermava che il Giudice avrebbe dovuto essere edotto del fatto che le linee guida hanno una valenza relativa, trattandosi di parametri generali che fanno riferimento ad un paziente "astratto" ed a situazioni standard. Le linee guida dovrebbero essere necessariamente "personalizzate" in rapporto alle esigenze del caso clinico concreto e alla specifica condizione patologica del paziente.

L'errore è di metodo: i Presidenti di Ordine, così come tutti i medici, possono dispiacersi ed essere solidali ma non hanno titolo riguardo le conclusioni del Giudice.

Il Collega avrebbe potuto chiedere il parere ai Presidenti riguardo al fatto che:

- ♣ un ortopedico firmi una perizia nei confronti di un ginecologo ovvero se l'essere ortopedico è sufficiente a soddisfare "le competenze scientifiche necessarie per le esigenze giuridiche attinenti al caso in esame" (art. 62 del C.D.);

e se:

- ♣ non sia stata scorretta l'assenza di "associazione con un collega di comprovata esperienza e competenza nella disciplina coinvolta" visto che tale condizione è "doverosa in ambito di responsabilità professionale" ai sensi dell'art.62 del C.D.;

- ♣ il senso dell'"assoluta" ragione della perizia sulla base dell'uso delle linee guida e delle risposte alle due domande soprariportate sia in contrasto con i "principi di corretta solidarietà, di reciproco rispetto e di considerazione dell'attività professionale di ognuno" che l'art. 58 del C.D. richiede nel rapporto tra medici.

2)

Un radiologo si lamentava di un Collega che affermava di aver diagnosticato un evidente carcinoma mammario in una giovane donna madre di due figli. A tale signora, il radiologo aveva diagnosticato, due anni prima, un fibroadenoma nella stessa sede ove, oggi, è presente il tumore. Per un errore medico, quel fibroadenoma non era stato asportato perché evidentemente sottovalutato.

All'Ordine dei Medici, probabilmente, sarebbe stato opportuno chiedere:

- ♣ se il senso dell'assoluta certezza del Collega, derivata con il "senno del poi", era in contrasto con il "rispetto della dialettica scientifica nonché la prudenza nella valutazione" dell'art. 62 e se era in contrasto con l'art. 58 riguardo i "principi di corretta solidarietà, di reciproco rispetto e di considerazione della attività professionale di ognuno".

L'irritante affermazione: "giovane donna madre di due figli" sembra, poi, un palese esempio di "indebita suggestione di ordine extratecnico" (art. 62).

Non si parla a sufficienza, ad esempio, del fatto che "il rapporto tra medici dovrebbe ispirarsi ai principi di corretta solidarietà, di reciproco rispetto e di considerazione dell'attività professionale di ognuno" che solo questo (art. 58 C.D.) potrebbe essere sufficiente a consigliare di chiudere istantaneamente certe perizie con deduzioni sconcertanti e voli pindarici dal punto di vista diagnostico e che non dovrebbe essere difficile evidenziare nelle perizie frivole.

Le cause frivole ed inutili sono, secondo il Procuratore Capo Di Venezia Carlo Nordio: "in percentuale molto rilevante e rappresentano tentativi di arricchimento che fanno danni

enormi alla tutela della salute dei cittadini ed alle casse dello stato". Ed è sempre un Consulente a firmarle!

Chiunque può rendersi conto della possibile molteplicità degli esempi. Ciò rende auspicabile la nascita di un forum riguardante le problematiche deontologiche presenti nelle pratiche medico-legali.

### **C) Ragionare in termini di comunità**

La Medicina Difensiva insegna l'importanza di ragionare in termini di comunità. Paragonabile ad una holding senza anima con fatturato di 13 miliardi di euro, non ha interesse per le vicende del singolo medico mentre ha interesse per le comunità in maniera proporzionale alla loro dimensione. Pertanto, dovrebbe essere la comunità a chiedere o, meglio, a pretendere che il medico chiamato in causa agisca in difesa della propria onorabilità.

L'Ordine professionale, le ASL e coloro che collaborano con il medico hanno interessi specifici che ciò avvenga.

L'interesse dell'Ordine professionale appare duplice: innanzitutto, il suo compito istituzionale è nel controllo della correttezza deontologica dell'attività professionale del medico. Inoltre, è lecito ritenere che l'Ordine professionale possa essere citato dal paziente-cliente per aver rinviato eccessivamente il proprio ruolo istituzionale di mediatore (ad esempio a dopo la sentenza). L'Ordine, infatti, in questo modo, nega al paziente-cliente la possibilità di comprendere in tempi rapidi la scorrettezza deontologica del Consulente e quindi considerare, in tempi opportuni, il ritiro della citazione. Un quadro simile è quello descritto per il Consulente assente agli appuntamenti fissati dall'Ordine durante il tentativo di accordo tra le parti.

L'interesse delle ASL è nella possibilità di risparmio, proporzionale alla riduzione del contenzioso. La proposta del "controllo deontologico permanente di tutte le pratiche medico-legali utilizzando, se necessario, la richiesta all'Ordine professionale di interposizione nelle controversie tra sanitario e sanitario ai sensi dell'art. 3- lettera g del D.Lgs.C.P.S. n. 233 del 13 settembre 1946" potrebbe, infatti, comportare una riduzione delle vertenze in medicina soprattutto su base frivola e quindi un forte risparmio sulla spesa pubblica. Qualora la stessa Direzione (o l'Associazione Sindacale o le Associazioni professionali) ponessero i propri Avvocati a disposizione dei medici per la stesura di lettere con richiesta di interposizione, risulterà difficile, anche per i medici titubanti, esimersi da ciò che può ritenersi un vero impegno civile.

Per quanto riguarda coloro che collaborano con il medico, le difficoltà appaiono comuni allo stesso medico e riguardano soprattutto le rate assicurative.

### **Le assicurazioni**

Una delle più importanti compagnie assicuratrici per malpractice mondiali, la Saint Paul Cos (USA) ha lasciato nel 2001 il mercato a causa delle perdite crescenti. In Australia è fallita la più grande compagnia di assicurazioni mediche, la United Medical Protection lasciando senza copertura 32.000 medici.

I recenti fatti che hanno coinvolto un'importante società assicurativa del Nord d'Italia nota per l'attività in campo sanitario ed attualmente sull'orlo del fallimento, sono conosciuti a molti medici. Tralasciando le problematiche dei numerosi dipendenti di

questa compagnia, molte Asl erano coperte dalle sue polizze e, in simili casi, il singolo assicurato (ad esempio medico) potrebbe dover risarcire in prima persona il danno, se condannato, per poi sperare di riuscire a recuperare con l'azione del commissario liquidatore della compagnia.

Le agenzie assicurative, evidentemente, non sono quell'ancora di salvezza che molti ritengono o auspicano. Le continue procedure giudiziali hanno comportato una loro sofferenza e insostenibilità. Sembrerebbe che:

- 1) la prevenzione del problema Medicina Difensiva non sia nella ricerca della rata assicurativa più vantaggiosa anche se, ovviamente, auspicabile;
- 2) il miglioramento delle già esistenti strutture di risk management è auspicabile ma non può rispondere alle pratiche frivole e quindi alle numerose vertenze e richieste di risarcimento;
- 3) la previsione di una copertura assicurativa obbligatoria costituisce senz'altro il primo passo per realizzare una più equilibrata allocazione della responsabilità tra il singolo sanitario e la struttura di appartenenza. È un dato ormai noto a tutti gli studiosi, infatti, che l'attività (e, correlativamente, l'errore) del sanitario è solo un momento, un segmento di una più complessa prestazione, alla cui realizzazione concorre integralmente un assetto organizzativo, una struttura complessa ed in cui il singolo operatore non rappresenta altro che un piccolo ingranaggio. Purtroppo, le aste assicurative aziendali, a volte, sono deserte.

È bene tener presente che in Italia non vi sono rilevazioni assolutamente attendibili circa il tasso di errori in ambiente sanitario e tanto meno è conosciuto il numero delle vertenze promosse dal medico chiamato in causa nei confronti della propria Assicurazione.

Se i premi assicurativi sono destinati a crescere, l'aumento non potrà mai essere sufficiente e adeguato a coprire i maggiori costi sostenuti dalle imprese di assicurazione. L'assicurazione, inoltre, non può risolvere i problemi collegati con una seria attività di prevenzione sia dell'errore deontologico del perito, sia dell'errore classicamente inteso!

### **Considerazioni a latere**

Durante alcune assemblee è si è discusso riguardo tentativi dell'Ordine professionale di mediare tra paziente e medico in presenza anche di assicurazioni e nel passato recente si è molto discusso sulla "mediazione civile". In entrambi i casi erano in discussione elementi riguardanti conclusioni tecnico-giuridiche-scientifiche. Il "controllo deontologico permanente della relazioni medico-legali (e non solo)" riguarda esclusivamente il Codice Deontologico.

"Chi in cento battaglie riporta cento vittorie, non è il più abile in assoluto; al contrario, chi non dà nemmeno battaglia e sottomette le truppe dell'avversario, è il più abile in assoluto". Sun Tzu, l'arte della guerra (700 A.C).

Nella Asl del Dott. Chissà quest'anno sono state registrate dieci denunce, il prossimo anno ce ne saranno venti..., il settimo anno, settanta (per un totale di 280). Al settimo anno la Asl del Dott. Chissà vince la causa e ne inizia un'altra per ottenere il risarcimento che si concretizzerà al decimo anno quando le cause saranno cento (per un totale di 550). La Asl del Dott. Chissà lascerà in eredità un numero incredibile di denunce e cento vittorie.

"Chi non dà nemmeno battaglia e sottomette le truppe dell'avversario, è il più abile in assoluto".

Quando l'Avvocato di parte attrice invierà la citazione dovrà considerare il "controllo deontologico permanente delle perizie medico-legali".

Se il CTP è giovane si dispiacerà senz'altro di dover rispondere all'Ordine dei Medici (per problemi deontologici, se presenti) così come il CTP anziano che normalmente non ha problemi di lavoro. Si dispiacerà anche il CTP maturo che, nella possibilità di sanzioni disciplinari, vedrà con difficoltà una sua futura nomina a CTU da parte del Giudice. Tutti dovranno considerare l'ipotesi delle problematiche finanziarie potenzialmente sempre possibili per chi firma una pratica frivola. Potrebbero nascere discussioni nella fila dei sostenitori delle pratiche frivole a tutto vantaggio dei medici ingiustamente chiamati in causa.

Appare evidente che, qualora nella consulenza fossero effettivamente presenti problematiche di tipo deontologico, l'unica possibilità per ottenere un eventuale accordo tra le parti sarà il ritiro della consulenza stessa da parte del Consulente. Tale condizione può avverarsi indipendentemente dall'operato dell'Ordine professionale e nella fasi iniziali procedurali durante un tentativo di conciliazione con l'Avvocato di parte attrice.

## Bibliografia

- Parte prima modificata rispetto alla pubblicazione sul Bollettino dell'Ordine di Bologna, Febbraio 2013
- "IL DANNO PATITO DALL'INGIUSTA ACCUSA È RISARCIBILE?" avv. Ugo Dal Lago <http://www.associazioneamami.it/Pdf/IL%20DANNO%20PATITO%20DALL.pdf>
- DENUNCIA INFONDATA: RISARCIMENTO DEI DANNI SOLO IN CASO DI
- CALUNNIA? [http://www.associazioneamami.it/Pdf/Articolo\\_Lago.pdf](http://www.associazioneamami.it/Pdf/Articolo_Lago.pdf) avv. Ugo Dal Lago dott.ssa Edvige Bressan dott.ssa Alessandra Casarotto

Approfondimento: si ha dolo eventuale quando la volontà non si dirige direttamente verso l'evento, ma l'agente lo accetta come conseguenza eventuale, "accessoria" della propria condotta. Sicché egli, pur non "intendendo" realizzarlo o anche sperando che non si verifichi, tuttavia ne accetta il verificarsi. E pertanto tra volontà ed evento non esiste quel rapporto di contraddizione, quella "controvolontà", che per legge deve caratterizzare la colpa, anche cosciente (Mantovani, Diritto Penale. Parte generale, 1992, pag. 320).

L'evento può dirsi accettato in tutti i casi in cui l'agente:

- a) si rappresenta almeno la possibilità positiva del verificarsi di esso;
- b) permane nella convinzione o nel dubbio che esso possa verificarsi;
- c) tiene ciò nonostante la condotta quali ne siano gli esiti: anche a costo di cagionare l'evento e, perciò, accettandone il rischio. Con una presa di posizione, una scelta di volontà, orientata, quindi, nel senso della lesione, non del rispetto, del bene tutelato (Mantovani, cit., pag. 321).

La colpa cosciente o con previsione dell'evento si ha, invece, quando l'evento, pur non essendo voluto, è tuttavia previsto dall'agente. Come nel dolo eventuale, anche nella colpa cosciente il soggetto si rappresenta la possibilità del verificarsi dell'evento. Ma mentre nel primo egli permane nella convinzione o anche soltanto nel dubbio che l'evento possa

verificarsi, accettandone pertanto il rischio, nella seconda ha il preciso convincimento che non si verificherà. (Mantovani, cit., pag. 341-342)

Dott. Arnaldo Capozzi  
capozzi@ecografie3d.com