

Botta e Risposta

Dr. Maurizio Maggiorotti
Chirurgo Ortopedico
Presidente AMAMI

Avv. Biancamaria Cataldo
Foro di Perugia
Vicepresidente AMAMI

IL DISCUSO DECRETO BALDUZZI, TRA SPERANZE VANE E ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

Il Ministro della Salute Renato Balduzzi, con Decreto Legge del settembre 2012 convertito in legge 8/11/2012 n. 189, ha emanato alcune norme che non sono passate inosservate nel mondo giuridico e in quello medico e che meritano un momento di riflessione. Alcuni hanno intravisto nella Legge proprietà salvifiche per limitare il ricorso alla medicina difensiva, parte della classe medica le ha accolte con giubilo, ritenendo che si fosse giunti finalmente a una depenalizzazione dei reati svolti dai sanitari nell'ambito della professione e alcuni giuristi ne hanno colto portentose novità. L'AMAMI. (Associazione per i Medici Accusati di Malpractice Ingiustamente) rimaneva, invece, perplessa, assumeva un atteggiamento più cauto e durante un incontro al Ministero esponeva al Capo di Gabinetto i propri dubbi e le proprie preoccupazioni, ribadite anche durante i Lavori del 5° Congresso nazionale dell'Associazione, tenutosi a Roma nel dicembre del 2012.

Nel 2013 queste perplessità sono state puntualmente condivise dalla magistratura che con due sentenze ha ridimensionato di molto le aspettative e con altra decisione ha criticato aspramente il controverso articolo 3 della Legge. Scopo di questo breve lavoro è tentare di chiarire, ai non tecnici del Diritto, quali siano le criticità contenute nel Decreto Legge e cosa stia accadendo nelle Aule di Giustizia attorno a questa norma.

Il Decreto Legge "Balduzzi", nel testo convertito in legge, all'articolo 3 del primo comma recita:

«1. L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo».

A una prima ed emotiva lettura, poteva sembrare che la norma avesse depenalizzato la responsabilità medica, consentendo ai sanitari di operare con maggiore serenità senza preoccuparsi più di essere processati per omicidio e per lesioni colpose, dopo avere agito secondo "linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica". Sembrava che operando nel rispetto delle linee guida la colpa fosse automaticamente qualificabile come lieve e quindi esente da responsabilità penale.

Ma due sentenze della Cassazione (del 30 gennaio e del 11 marzo 2013) hanno precisato che la **colpa lieve** del medico va accertata caso per caso anche quando abbia rispettato le linee guida, che dette linee guida attengono solo alle norme di perizia ma non riguardano le ipotesi di colpa per negligenza

o imprudenza (ossia i profili di responsabilità che solitamente vedono coinvolti i sanitari), nei casi di negligenza e imprudenza è irrilevante la leggerezza della colpa ma il riferimento è limitato al caso in cui si contesti al sanitario l'imperizia.

Quindi non cambia nulla per quanto attiene alla più frequente accusa che viene rivolta dai magistrati ai medici, cioè avere agito con imprudenza o con negligenza, perché in questi due casi non ha rilievo l'elemento della colpa lieve per escludere il reato.

Non è chiaro poi perché le linee guida varrebbero soltanto quando si tratta di regolamentare come eseguire un atto medico o chirurgico ma non varrebbero per stabilire quando, se e in quale situazione compierlo.

Il 21 marzo del 2013 il Giudice dott. Giordano Bruno, del Tribunale di Milano, ha rimesso alla Corte Costituzionale gli atti del processo che stava svolgendo, rilevando numerosi profili di incostituzionalità della Legge Balduzzi. In particolare, detto Giudice ha osservato: **"Circa la formula "non risponde penalmente per colpa lieve", il legislatore avrebbe ricavato l'area di non punibilità trapiantando un grado di colpa in una equivoca funzione esimente e creando quindi una crisi di rigetto in chi tenti di inquadrare l'esimente nella teoria generale del reato".** Inoltre ribadisce che il concetto di "colpa lieve" non trova riscontro nell'ambito del codice penale, che infatti il magistrato milanese definisce **"sconosciuta al nostro ordinamento penale"**, precisando che il grado della colpa è da valutarsi solo per la quantificazione della pena.

Altro importante rilievo viene mosso dallo stesso magistrato al periodo del testo di Legge in cui si fa riferimento, in modo generico, alle **linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica**. Infatti in questo passaggio il legislatore indica, quale ulteriore presupposto per l'insussistenza del reato, l'essersi attenuti alle Linee guida, senza però indicare a quali Linee fare riferimento. Resta così il dubbio se quelle da utilizzare debbano essere quelle emanate da una delle tante società scientifiche esistenti sul panorama nazionale, spesso addirittura in contraddizione tra di loro, oppure prendere a riferimento Linee guida europee o internazionali. Né specifica come tali Linee debbano essere

pubblicizzate.

Appare ancora più fumoso il riferimento alle **"buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica"**, poichè è assai improbabile che oggi un medico possa utilizzare terapie che non trovino alcun riscontro nella comunità scientifica.

Infine deve essere rilevato che se lo scopo della norma era quello di voler arginare la medicina difensiva, questa in realtà rischia di ottenere un risultato opposto. Infatti è ipotizzabile un futuro in cui le società scientifiche emaneranno linee guida ad hoc e i sanitari si appiattiranno supinamente a tali dettami terrorizzati dalla sola ipotesi di non operare secondo rigidi schemi confezionati più per condizionamento giudiziario che per convincimento scientifico.

Sotto il profilo della responsabilità civile, poi, il testo della Legge "Balduzzi" semina ancora maggiore confusione. È noto che da decenni la giurisprudenza inquadra la responsabilità civile dei sanitari nell'ambito della responsabilità contrattuale, eppure la norma in esame fa riferimento - per gli effetti civili - solo all'art. 2043 C.C. (responsabilità extracontrattuale). Non sembrando sostenibile che la legge "Balduzzi" sia stata così rivoluzionaria da aver abolito con un solo colpo di spugna la responsabilità contrattuale dei sanitari, sul punto si assisterà a diatribe estremamente interessanti. Infatti, leggendo acriticamente la Legge verrebbe ancora una volta ribaltato l'onere della prova, oggi non più a carico dell'attore, e la prescrizione tornerebbe a essere di cinque anni dall'intervento sanitario e non più "sine die" come difatti accade. Ma si pensi al caso di un sanitario assolto in sede penale per essere incorso in colpa lieve (avendo seguito le linee guida in un caso di particolare complessità), in sede civile la sua responsabilità - dovrebbe condurre a pagare un risarcimento minore se vista sotto il profilo extra contrattuale (art. 2043 cc) ma sotto il profilo contrattuale no. Quindi colpa lieve o non lieve, a meno di non trovare un Giudice civile che applichi il diritto preistorico, il risarcimento per il paziente sarà lo stesso di sempre! L'alternativa è di ritenere che in ogni caso - anche quando si esamini la responsabilità sotto il profilo contrattuale - il Giudice debba tenerne conto della colpa lieve del sanitario nella liquidazione del danno. Ma in tal caso non è chiaro il richiamo al solo art. 2043 del Codice Civile né quando il Giudice potrebbe tener conto

della colpa lieve a fini risarcitori. Solo in sede penale? Solo dopo che si è celebrato un processo penale? E se il processo penale non si celebrasse per difetto di querela? Per quale ragione – diversamente da tutti gli altri casi – il Giudice non potrebbe valutare la colpa lieve in ambito civile quando non vi è stata querela e quindi non si è celebrato un processo penale? Insomma, un gran pasticcio.

La norma apre poi scenari inquietanti anche sotto il profilo della **responsabilità contabile** dei sanitari dipendenti pubblici. Ipotizzando che i pazienti, d'ora in avanti, chiederanno che al sanitario venga contestata la "colpa grave" oppure che un giudice la rilevi, si spalancheranno le porte all'azione contabile di recupero di quanto le Aziende sanitarie dovessero essere chiamate a pagare. Così le Aziende stesse

potranno cavalcare questa tigre per recuperare gli eventuali esborsi e tutelare la loro immagine a danno delle tasche e dell'immagine dei medici.

In conclusione sembra che la Legge "Balduzzi", ben lungi dall'aver risolto il problema della responsabilità penale del medico, ha forse sottratto a detta responsabilità penale soltanto alcune evanescenti e improbabili fattispecie di enigmistica configurabilità e presenta troppo incognite e crea troppi pericoli. È arrivato il momento che un legislatore affronti una volta per tutte la materia della responsabilità dei sanitari – sia sotto il profilo penale che sotto quello civile – e la disciplini in maniera saggia ed equilibrata, nell'interesse di tutti: dei pazienti, dei sanitari e della stessa giustizia. ➔

COMUNICATO STAMPA 12 aprile 2013 AMAMI SU LEGGE BALDUZZI: ADDIO SPERANZE VANE

Alcuni medici credevano, o forse speravano, che la L. 189/2012 (cosiddetta "legge Balduzzi") avesse depenalizzato la responsabilità medica, al contrario di come aveva già affermato AMAMI, associazione per i medici accusati di malpractice ingiustamente, che lo ha **ribadito oggi a Firenze nell'ambito del Congresso nazionale dei ginecologi (Ageo)**.

Molti professionisti pensavano che la norma li esentasse da responsabilità penale quando avessero rispettato le linee guida o le buone pratiche mediche, perché sembrava che il legislatore avesse previsto che quando il medico rispetta le linee guida, la sua colpa è qualificabile lieve e, quindi, sia esente da responsabilità penale. **E invece la legge, come spiegano due sentenze della Cassazione (una di pochi giorni fa), la colpa lieve è problema da porsi soltanto in riferimento all'imperizia, restando immutata la responsabilità penale quando si tratta di prudenza e diligenza, essendo irrilevanti sotto questi profili le linee guida.**

In sintesi, il sanitario, nonostante la Legge Balduzzi, **risponde penalmente come prima per negligenza e imprudenza**; per l'imperizia risponde, come prima, per colpa grave, nell'ipotesi in cui il caso sia di particolare complessità, e per colpa in tutti gli altri casi non particolarmente complessi. Ma – e questa è la novità – con una sola eccezione: che sia incorso in colpa lieve, cioè in una blanda leggerezza, da accertare caso per caso, durante il compimento dell'atto medico scelto ed eseguito secondo le linee guida.

Come sottolinea l'Avvocato Biancamaria Cataldo, vicepresidente di AMAMI, *"è evidente che questa interpretazione svuota di contenuto la portata innovativa della norma, escludendo la responsabilità penale soltanto in alcuni evanescenti ed improbabili comportamenti di limitata ed enigmistica configurabilità. Letta così la "legge Balduzzi", ben lungi dall'aver risolto il problema della responsabilità penale del medico, sembra essere per i medici davvero una bella vittoria: quella di Pirro"*.

"Forse è un inizio sulla strada della depenalizzazione dell'atto medico, come qualcuno dice, -aggiunge Maurizio Maggiorotti, presidente di AMAMI - ma se è così, la meta è ancora tanto lontana. L'associazione sarà come sempre in prima linea, anche con il prossimo governo, perché una svolta decisiva si faccia: subito".